

Kim Frost

Informationsydelsen

FORLAGET THOMSON



GadJura

Kim Frost
Informationsydelsen
1. udgave / 1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2002

ISBN 87-619-0320-5

Omslag: Axel Surland, Snostrup
Sats og tryk: AKA-Print A/S, Århus

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Informationsydelsen

“...E-commerce traders are operating in a virtual version of the “wild west” where there are no more than one or two “sheriffs” trying to keep any kind of order”.

Steven Gallagher: Contracting in Cyberspace – A Minefield for the Unwary. CLSR, Vol. 16, No. 2, 2000, s. 101.

Forord

Jeg skylder utallige min bedste tak for, at jeg med denne bog har formået at færdiggøre min akademiske afhandling *Informationsydelsen*. Udfordringerne har været mangfoldige undervejs i forløbet, faldgruberne talrige. Det har derfor været en glæde at opleve den velvillighed, med hvilken jeg er blevet mødt i min egenskab af stipendiat.

Det er desværre en umulig opgave at takke alle ved navns nævnelse. Jeg vil derfor indledningsvis takke alle mine kolleger på Det Retsvidenskabelige Institut A ved Det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet for tre gode år. I den forbindelse takker jeg også Det Juridiske Fakultet for gennem hele projektet at have skabt gode rammer og arbejdsvilkår. En særlig tak skal lyde til adjunkt, ph.d. Caroline Heide-Jørgensen, docent dr. jur. Jens Schovsbo og lektor, dr. jur. Vibe Ulfbeck for deres værdifulde kommentarer og generelle venlighed. Ligeledes en ganske særlig tak til min gode ven Henrik Udsen for talrige berigende faglige diskussioner og godt socialt samvær.

Fremhæves skal desuden mine gode venner, adjunkt Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og adjunkt, ph.d. Rasmus Kristian Feldthusen, som i mere end én forstand har været pejlemærker i vildmarken, samt professor, dr. jur. Peter Mortensen, hvis generøse væsen og venlige person har været mig til megen glæde. Jeres faglige og sociale kvaliteter har været og er af uvurderlig betydning, og jeg er jer megen tak skyldig.

En person fortjener i særlig grad at blive nævnt. Den indsats, min vejleder, professor, dr. jur. Mads Bryde Andersen, har lagt for dagen, har været uforlignelig. Som inspirator er han uovertruffen, og der skal derfor lyde en helt særlig tak for et positivt og lærerigt forløb til min vejleder, uden hvis indsats meget havde set anderledes ud.

Intet havde imidlertid været muligt uden støtte og opbakning gennem årene fra min familie, hvem jeg takker inderligt. En særlig tak sender jeg desuden til familien Theuerkauf for altid at have tid til mig.

Jeg har forsøgt at skrive en akademisk afhandling med et vist praktisk tilsnit. Hvorvidt denne ambition er opfyldt, er det op til andre at vurdere, men jeg vedstår gerne, at de teoretiske overvejelser er i over-

Forord

tal. Alligevel er det mit håb, at afhandlingen også vil kunne inspirere praktikere og anspore til en solid faglig diskussion. Kun derved kan området videreudvikles.

Der er med tilladelse fra bedømmelsesudvalgets formand, professor, dr. jur. Mogens Koktvedgaard, foretaget en række mindre justeringer af teksten i forhold til den indleverede afhandling. Dette er navnlig sket med henblik på i begrænset omfang at indføre oplysninger om nye retsforskrifter, lovforslag og litteratur, der er fremkommet i perioden siden afhandlingens indlevering til bedømmelse i juni 2001. Der er samtidig foretaget nogle få redaktionelle ændringer i forholdet mellem tekst, tekstnoter og fodnoter.

Anvendelsen af henvisninger til hjemmesider er søgt minimeret i videst mulig udstrækning. Sådanne hjemmesider vil ofte antage en flygtig karakter, ligesom de hyppigt ændres. Det har dog ikke været muligt helt at undgå brugen af henvisninger. De anvendte hjemmesiders aktuelle brugbarhed er ajourført pr. 31. december 2001.

*København, januar 2002
Kim Frost*

Indholdsfortegnelse

Kapitel I – Emnet

1. Oversigt. Begrundelse for emnevalg	15
2. Metodeovervejelser. Teknik og jura. Retskildebetragtninger ...	17
3. Afgrænsning af emnet	19
4. Inddragelse af fremmed teori og praksis	23
5. Terminologiske overvejelser	24
6. Afhandlingens teser	26

Kapitel II – Karakteristik

1. Oversigt	29
2. Den digitale ydelse	29
2.1. Oversigt	29
2.2. Inddelingsgrundlag	30
2.2.1. Oversigt	30
2.2.2. Grundlæggende terminologi. Information og data ..	30
2.2.3. Fleksibel og integreret information	33
2.2.3.1. Integreret information	33
2.2.3.2. Fleksibel information	35
2.2.4. Mediet og informationen	36
2.2.5. Information som hoved- eller biydelse	40
2.2.6. Kategorier af fleksibel information	44
2.2.6.1. Oversigt	44
2.2.6.2. Digital og analog information	45
2.2.6.3. Menneskelæsbar og maskinlæsbar information	46
2.2.6.4. Objektiv og subjektiv information	48
2.2.6.5. Systemintern og brugerrettet information ..	51
2.2.6.6. Anskueliggørelse af den fleksible information	52
2.2.7. Opsamling	53

Indholdsfortegnelse

2.3. Informationsydelsens kendetegn	54
2.3.1. Oversigt	54
2.3.2. Information overføres ved reproduktion. Den matematiske kommunikationsteori.	54
2.3.3. Forbrug og slitage	58
2.3.4. Manglende håndgribelighed	59
2.4. Information som selvstændigt formuegode	60
2.5. Identificering af den digitale ydelse	64
2.5.1. Oversigt	64
2.5.2. Filbaserede transaktioner	64
2.5.3. Adgangsbaserede transaktioner	66
3. Retlige præstationsformer	68
3.1. Oversigt. Almindelige obligationsretlige principper	68
3.2. Køberetlig indfaldsvinkel	72
3.2.1. Køberetlige argumentationsmønstre	72
3.2.2. Købsbegrebet	76
3.2.2.1. Overdragelse	79
3.2.2.2. Realydelsens beskaffenhed – formuegodet ..	80
3.2.2.3. Realkreditors forpligtelse	81
3.2.2.4. Opsamling	82
3.2.3. Det køberetlige retsfaktum	82
3.2.4. Købelovens fundament	87
3.2.5. De køberetlige retsvirkninger	92
3.2.6. Forbrugerbeskyttelse	93
3.3. Andre transaktionsformer	100
3.3.1. Tjenesteydelsen	100
3.3.2. Brugsrettigheder og licenser	103
3.3.3. Regulering sui generis?	105
4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser	106
4.1. Oversigt	106
4.2. Kasuistik	108
4.2.1. Udgangspunktet. Fysiske formuegoder. Det fysiske medium	108
4.2.2. Overdragelse af energienheder o.lign.	110
4.2.3. Overdragelse af ydelser med symbolværdi (rettighedsoverdragelsen)	114
4.2.4. Fleksibel information i form af software	117
4.2.4.1. Oversigt	117
4.2.4.2. Retsgrundlaget for de digitale programinstruktioner	118

Indholdsfortegnelse

4.2.4.2.1. Udgangspunktet	118
4.2.4.2.2. Anvendelsen af de køberetlige beføjelser	134
4.2.5. Fleksibel information i menneskelæsbart format. . .	143
4.2.5.1. Oversigt	143
4.2.5.2. Retsgrundlaget for menneskelæsbare information	144
4.2.5.2.1. Objektiv og subjektiv information	146
4.2.5.2.2. Det retlige grundlag og informationsfriheden	156
5. Opsamling	157

Kapitel III – Detailregulering

1. Oversigt	161
2. Præstation af informationsydelser	162
2.1. Oversigt. Købelovens funktion	162
2.2. Sondringen genus – species	163
2.3. Filtransaktioner via digitale netværk – teknologiske principper	165
2.4. Levering kan ikke ske (rettidigt) som følge af tekniske forhold	166
2.5. Det retlige udgangspunkt	168
2.6. Informationsydelser udenfor købelovens anvendelsesområde. Komplicerede digitale ydelser	176
2.7. Anvendelse efter ydelsens formål	182
3. Mangelfulde informationsydelser	183
3.1. Oversigt	183
3.2. Konkrete mangelstilfælde	187
3.2.1. Oversigt	187
3.2.2. Forsinkelse eller mangler – generelle bemærkninger	189
3.2.3. Sondringen species – genus	190
3.2.4. Rådgivningsydelsen	192
3.2.5. Mediefejl	198
3.2.6. Genstands- eller aftaletilknyttede objektive informationsudtryk	201
3.2.6.1. Oversigt	201

Indholdsfortegnelse

3.2.6.2. Genstandstilknyttede objektive informationsudtryk	202
3.2.6.3. Aftaletilknyttede objektive informationsudtryk	205
3.2.7. Mangler ved egentlig objektiv information	209
3.2.7.1. Oversigt	209
3.2.7.2. Informationen er upræcis eller utilstrækkelig	212
3.2.7.3. Informationen er forældet	216
3.2.7.4. Informationsydelsen er ufuldstændig	218
3.2.7.5. Edb-programmer	219
3.2.7.5.1. Oversigt	219
3.2.7.5.2. Edb-programmers input	220
3.2.7.5.3. Edb-programmers output	224
3.2.8. Mangler ved egentlig subjektiv information?	227
3.2.9. Afgrænsningen mellem mangler og produktrelaterede skader	229
3.2.10. Retsmangler	231
4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser	234
4.1. Oversigt	234
4.2. Misligholdelsesbeføjelser ved forsinkelse fra realdebitors side	235
4.3. Misligholdelsesbeføjelser ved tilstedeværelsen af mangler	238
4.3.1. Oversigt	238
4.3.2. Omlevering	239
4.3.3. Afhjælpning	244
4.3.3.1. Afhjælpning af fejl i realydelser omfattet af køberetlige regler	244
4.3.3.2. Afhjælpning af fejl i realydelser udenfor køberetligt omfattede tilfælde	250
4.3.4. Forholdsmæssigt afslag	252
4.4. Ophævelse i tilfælde af forsinkelse eller mangelfuld præstation fra realdebitor	255
4.4.1. Oversigt	255
4.4.2. Ophævelse i tilfælde af forsinkelse med eller mangler ved hardware	257
4.4.3. Ophævelse af aftaler, der vedrører informationsydelser, i tilfælde af forsinkelse	258
4.4.4. Ophævelse af aftaler, der vedrører informationsydelser, i tilfælde af faktiske mangler	260

Indholdsfortegnelse

4.4.5. Aftaler om ophævelse som følge af realdebitors misligholdelse	264
4.5. Erstatning ved realdebitors misligholdelse	265
4.6. Øvrige misligholdelsesbeføjelser	267
4.7. Realkreditors reklamationspligt	268

Kapitel IV – Sammenfatning og afsluttende bemærkninger

1. Sammenfatning	273
2. Generelle reguleringsovervejelser	276
3. Generelt behov for købelovsrevision?	284

Kapitel V – English Abstract 289

Litteraturfortegnelse 295

Domspraksis & anden praksis 326

Stikord 327

Til Pernille

Forkortelser

I det følgende anføres en række af de hyppigst anvendte forkortelser. Der henvises derudover til afhandlingen i øvrigt.

AB 1992	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 1992
APEC	The Asia Pacific Economic Cooperation
Bet.	Betænkning
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1896
B.L.I.	Business Law International
CASE	Computer Aided/Assisted Software Engineering
Cd	Compact disc
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CLSR	Computer Law & Security Report
CR	Computer und Recht
DL	Danske Lov
EDB	Elektronisk databehandling
EF	Det Europæiske Fællesmarked
EIPR	European Intellectual Property Review
EMRK	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
EU	Den Europæiske Union
EUSIDIC	The European Association of Information Services
FAQ	Frequently Asked Questions
FDIH	Foreningen for Dansk Internethandel
FN	Forenede Nationer
FT	Folketingstidende
FTC	The Federal Trade Commission
H	Højesteretsdom
HTML	HyperText Markup Language
ICC	International Chamber of Commerce
IT	Informationsteknologi
JT	Juridisk Tidsskrift
JÅ	Juridisk Årbog
JUR	Juristen
KAL	Kreditaftaleloven
KBL	Købeloven
K18	Statens standardkontrakt for standardiserede edb-systemer
K33	Statens standardkontrakt for edb-totalleverancer (samti-

Forkortelser

	dig anskaffelse af maskinel, special- og standardudviklet programmel)
MMR	Multimedia Recht
Nc	Network Computer
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NL 92	Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande (1992)
NLM 94	Almindelige betingelser for levering og montering af maskiner og andet mekanisk, elektrisk og elektronisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande (1994)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOU	Norges Offentlige Utredninger
NU 1984:5	Fællesnordisk betænkning om forslag til nye nationale købelove (Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning)
NÅR	Nordisk årsbok i rättsinformatik
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OHL	Ophavsretsloven
Ot.prp. Nr. 80, 1986-87	Justits- og politidepartementets proposisjon 1986-87 om A. Kjøpslov og B. Lov om samtykke til ratifikasjon av FN- konvensjonen om kontrakter for internasjonale løse-ørekjøp i Norge
Pc	Personal Computer
Ram	Random Access Memory
RGA	Regler om god advokatskik
RT	Rigsdagstidende
SH	Sø- og Handelsretsdom
SFS	Svensk Författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TDC	Tele Danmark Communications A/S
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UCC	Uniform Commercial Code
UCITA	Uniform Computer Information Transaction Act
UETA	Uniform Electronic Transaction Act
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UfR, B	Ugeskrift for Retsvæsen, litterær afdeling
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
V	Vestre Landsretsdom
WTO	World Trade Organisation
Ø	Østre Landsretsdom

Kapitel I

Emnet

1. Oversigt. Begrundelse for emnevalg

Elektronisk handel er i løbet af de senere år kommet stadigt mere i fokus. Politikere, medier og virksomheder udtrykker generelt stor begejstring ved udsigten til overgangen fra det industrialiserede samfund til informationssamfundet, om end en vis bekymring for øget polarisering i samfundet tillige spiller ind. På trods af den udbredte anvendelse af begrebet elektronisk handel og det ofte udtalte ønske om at fremme denne transaktionsform, er det imidlertid iøjnefaldende, at der ikke er klarhed over, hvad meningen egentlig er. Dette skyldes, at elektronisk handel er et mangesidet begreb, der dækker over en så bred vifte af temaer, at begrebet i sig selv alene er funktionsdygtigt som en generel samlebetegnelse uden noget særligt realindhold, bortset fra den omstændighed, at transaktionen skal involvere en eller anden form for *elektronisk hjælpemiddel*.

Denne begrebsforvirring gør sig også gældende på det *juridiske* område. Som fremstillingens kap. II, afsnit 1, vil vise, dækker elektronisk handel i retlig forstand alt fra indgåelse af aftaler ved brug af telefoner til den rent digitale præstation, der finder sted via digitale netværk som *Internettet*. Eftersom den *formueretlige* regulering, der er denne fremstillings væsentligste tema, i vid udstrækning bygger på principper og regler, som er formuleret på et tidspunkt, hvor samfundsordenen og omsætningen på markedet var væsensforskellig fra de forhold, der præger nutidens informationssamfund, er det af fundamental interesse at søge klarlagt, *hvilke retsregler* der finder anvendelse på informationstransaktioner. Retsusikkerhed fremhæves ofte som en væsentlig barriere for udbredelsen af den elektroniske handel,¹ navnlig handelen på Internettet, og det er et af denne fremstillings hovedformål at afklare, i hvilken udstrækning allerede eksisterende principper og regler er tilstrækkelige, eller om der er behov for nye reguleringstiltag.

1. Se eksempelvis rapporten nævnt i note 2 s. 19, der derudover opregner en række andre faktorer.

Den megen fokusering på elektronisk handel til trods er der endnu et stykke vej fra den rene omtale og den første, umiddelbare begejstring over den nye teknologis muligheder, til det for alvor giver sig udslag i markedsomsætningen. I en opgørelse over brugen af Internettet af nyere dato fremgår det således, at ud af samtlige Internetbrugere i de undersøgte 27 lande benyttede alene 10 % nettet til at foretage egentlige handler i form af aftaler vedrørende bøger, musik, tøj mv.² De 10 % dækker over markante geografiske forskelle. Således handler 27 % af alle Internetbrugere i USA på nettet i løbet af en måned, hvorimod dette alene gør sig gældende for 1 % af brugerne i Tyrkiet og Thailand. I Danmark er tallet 16 %.³ Det er således åbenbart, at den form for elektronisk handel, der finder sted med Internettet som medium, langt fra har udnyttet sit potentiale optimalt.⁴ Med den eksplosive tilvækst i antallet af computere, der præger store dele af den vestlige verden, må betydningen af denne handelsform forventes at tiltage ganske meget, og behovet for en retlig afklaring bliver derfor stadigt større.

Når det angår den *retlige* regulering, der indtil videre har fundet sted indenfor området, er det umiddelbart påfaldende, at interessen primært har samlet sig om forholdene *i forbindelse med selve aftaleindgåelsen*. Det drejer sig om temaer som elektroniske signaturer, realdebitorers oplysningsforpligtelse, markedsføring og persondataskyttelse. Flere af disse temaer er gjort til genstand for regional eller international regulering, eksempelvis gennem EU eller FN. I sig selv er det imidlertid ikke overraskende med denne vægtning, eftersom disse forhold er af fundamental betydning for, om en aftale i det hele taget kommer i stand mellem parter, der vælger at benytte et digitalt medium som kommunikationsmiddel. Når det drejer sig om *regule-*

-
2. *The Taylor Nelson Sofres Interactive Global eCommerce Report, July 2000* s. 8. De undersøgte lande var USA, Belgien, Danmark, Tyskland, Tjekkiet, Frankrig, England, Ungarn, Italien, Holland, Norge, Polen, Portugal, Slovakiet, Spanien, Tyrkiet, Australien, Hong Kong, Indien, Indonesien, Japan, Malaysia, Philippinerne, Singapore, Sydkorea, Taiwan og Thailand.
 3. Danmark ligger i øvrigt sammen med USA og Norge højt placeret hvad angår antallet af Internetbrugere i den undersøgte periode over en måned, henholdsvis 54, 56 og 58 %, se rapporten s. 13.
 4. Jf. også rapportens s. 8, hvor det fremgår, at ud af alle brugere havde 15 % overvejet onlinehandel, men ikke gennemført tanken, 13 % havde ageret i den fysiske verden som direkte følge af information hentet på nettet, og 14 % havde planer om at handle online indenfor de næste 6 måneder.

2. Metodeovervejelser. Teknik og jura. Retskildebetragtninger

ringen af selve den ydelse, der skal præsteres, er der imidlertid ingen international regulering udover de regler og principper, der allerede eksisterer i form af eksempelvis CISG. Problemet er her, at den ydelse, der skal præsteres, ikke nødvendigvis har en ækvivalent i den fysiske verden, og selv, hvor dette er tilfældet, er der knyttet særegne problemer til *ydelse, der præsteres uden medoverdragelse af fysiske medier*, jf. nærmere om begrebsdannelsen nedenfor kap. II, afsnit 2.

Intentionen med denne fremstilling er tvedelt. Det drejer sig i første række om at forsøge at formulere det *generelle retsgrundlag for ydelser, der består af samlede informationsmængder*, jf. om denne terminologi nedenfor kap. II, afsnit 2.5. Udgangspunktet for bedømmelsen hviler på den fundamentale antagelse, at enhver retlig bedømmelse af nye fænomener – in casu: nye måder at foretage transaktioner på mellem parter på markedet – med fordel kan tage afsæt i *allerede eksisterende regler og principper*. Såfremt dette retsgrundlag finder anvendelse, mindskes behovet for overvejelser om indførelsen af nye regler i den udstrækning, de eksisterende regler i det hele taget tager stilling til de problemer, den elektroniske handel forårsager. Med etableringen af et retsgrundlag er det herefter muligt at forholde sig til en række *konkrete problemstillinger*. Transaktionsmåden og ydelsens realindhold afstedkommer en række særegne retlige problemer, der behandles i kap. III, afsnit 2 og 3.

2. Metodeovervejelser. Teknik og jura. Retskildebetragtninger

Udgangspunktet er, at det er den traditionelle *retsdogmatiske metode*, der anvendes i denne fremstilling. Allerede eksisterende love og principper analyseres og det overvejes, hvorvidt de finder anvendelse eller ej. Som anført i afsnit 1 er det imidlertid kendetegnende for reguleringen af informationsydelser, at der ikke findes noget retsgrundlag, der specifikt retter sig mod disse ydelser. I det omfang, ydelsen – som følge af sin særegne karakter – ikke direkte eller analogt omfattes af det eksisterende retsgrundlag, består opgaven i mere *retspolitiske tilkendegivelser* af retstilstanden, herunder om behovet for lovgivning. I det hele taget har fremstillingen et retspolitisk præg, hvilket emnet taget i betragtning er uundgåeligt. Litteraturen om emnet er for nærværende beskeden, i hvert fald på nordisk plan, tilsvarende gælder domspraksis, og hvad lovgivningen angår, er det allerede nævnt, at der ikke

er gennemført egentlige regler for så vidt angår reguleringen af selve ydelsen. I det omfang, analogislutninger ikke lader sig gennemføre, eksisterer der derfor et egentligt *retskildeunderskud* for så vidt angår traditionelle retskilder som domme, lovgivning og den juridiske doktrin, og i sådanne situationer overlades man til friere overvejelser om *forholdets natur*.⁵ Som i enhver anden sammenhæng, hvor den juridiske verden er på dagsordenen, er *argumentationen* af central betydning, men netop fordi der hersker tvivl om retsgrundlaget for informationsydelser, bliver det af så meget desto større betydning at fastholde en stringent og logisk juridisk tænkning.

Se om metodeovervejelser indenfor IT-retten nærmere *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 25ff. med henvisninger og hertil *Hanne Bender: Edb-retteligheder* (1998) s. 17ff., ligeledes med henvisninger. Se også kap. II, afsnit 2.2.4 med omtale af det analytiske aspekt i IT-retten.

Den danske formueret er i vid udstrækning *ulovreguleret*. Talrige retlige problemer løses ved hjælp af *almindelige obligationsretlige principper*, udviklet i den juridiske doktrin og i praksis gennem århundreder. Selv på områder, hvor lovgivning er gennemført, vil den ofte tage udgangspunkt i disse almindelige principper, der så tilpasses det pågældende reguleringsområde. Se om almindelige obligationsretlige principper kap. II, afsnit 3.1 og om regulering *sui generis* kap. II, afsnit 3.3.3.

Den juridiske analyse kompliceres af den omstændighed, at den elektroniske ydelse hviler på et *teknologisk fundament*. Det er ikke muligt at tage stilling til, hvilket retsgrundlag, der finder anvendelse på en elektronisk bog, før det er fastslået, hvad en elektronisk bog består af. Edb-programmer er teknisk yderst komplicerede ydelser, og en mangelsbedømmelse af denne ydelse giver ikke mening, førend der er skabt klarhed over, hvad et edb-program er. Set i et bredere perspektiv kan informationsydelsen inddeles efter forskellige kriterier, der alle hver på deres måde udtrykker noget centralt ved denne ydelse – information er med andre ord heller ikke et entydigt begreb. Digitale (eller i et bredere perspektiv: elektroniske) ydelser kan transmitteres via netværk, eksempelvis *Internettet*, men før der kan tages stilling til

5. Forholdets natur, eller med et udtryk hentet fra *Preben Stuer Lauridsen: Om ret og retsvidenskab* (1992) s. 160: reale overvejelser, bliver således af relativ stor betydning indenfor dette område.

3. Afgrænsning af emnet

de retlige komplikationer, der kan blive følgen af at anvende et sådant transmissionsmedium, må strukturen bag disse netværk være kendt.

Det ville imidlertid føre for vidt, hvis der i en fremstilling som den foreliggende skulle medtages detaljerede overvejelser om alle disse temaer. Sigtet med fremstillingen er *juridisk*, og en lang række af de teknologiske principper og den baggrundsviden, der er påkrævet for til fulde at forstå den nærmere sammenhæng mellem jura og IT på dette felt, forudsættes derfor bekendt. For den, der måtte være interesseret heri, findes der en omfattende litteratur om de tekniske principper, og tilsvarende gælder for de mere teoretiske overvejelser om emnet.⁶ Koncentrationen samles om de aspekter, der har konkret og umiddelbar betydning for *denne* fremstilling set i lyset af de forudsætninger, der bygges på.

3. Afgrænsning af emnet

Der er talrige retlige problemer forbundet med den elektroniske handel. Aftaleindgåelsen, spørgsmålet om realdebitors markedsføring og beskyttelsen af personoplysninger er blot eksempler på den mangfoldighed, der præger området. I en fremstilling som denne er det imidlertid ikke praktisk muligt at forholde sig lige intensivt til alle disse temaer. Afhandlingen er derfor *for det første* tilrettelagt ud fra den forudsætning, at *der er indgået en bindende og gyldig aftale mellem parterne*. Dette medfører, at ikke alle spørgsmål om aftalelovens anvendelighed på elektroniske aftaler, markedsføringsmæssige komplikationer i forbindelse med aftaleindgåelsen og anvendelsen af andre

6. Se eksempelvis Roy N. Freed: A Functional Approach to Information Upon the Convergence of Communication and Information Processing, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. XV, Fall 1996, No. 1, s. 3ff., og i samme publikation Lee Loevinger: The Invention and Future of the Computer (s. 21ff.) samt International Business Lawyer, April 1998, Vol. 26, No. 4, s. 145ff. (temanummer om elektronisk handel). Om de tekniske principper, se Daniel P. Dern: The Internet Guide for New Users (1994) s. 3ff., Constance D. Williams: The Internet for Newbies – An Easy Access Guide (1997) s. 1ff. og Nicholas Baran (oversat af Jette Andersen og Michael Andersen): Informationsmotorvejen – genvej til fremtiden (1995) s. 65ff. Amerikanske domme vil i øvrigt ofte indeholde tekniske redegørelser, der også i en dansk kontekst kan være af interesse, se som et eksempel Advent Systems Limited v Unisys Corp., 925 F. 2d 670, U.S. CA, Third Circle (1991). Dommen omtales i kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

retsgrundlag, der retter sig mod dette led i processen, diskuteres her, medmindre de har betydning for fremstillingens hovedemne, jf. herom straks nedenfor.

Med fremkomsten af navnlig *Internettet* er der opstået en række problemer i relation til *hvilket lands ret, der skal finde anvendelse* (jurisdiktion og værneting). Dette har ikke mindst betydning i forbrugerforhold, og der pågår for nærværende bestræbelser i EU-regi for at etablere den generelle ordning, at det er retsreglerne i det land, forbrugeren er bosat i, der skal finde anvendelse.⁷ For denne fremstilling er dette aspekt imidlertid uden betydning, idet det forudsættes, at *det er nationale regler og principper, hvis anvendelighed på ydelser, der skal diskuteres*. Situationen er med andre ord den, at det forudsættes afklaret, hvor der er værneting – i Danmark – samt hvilke regler, der kan tænkes at komme i anvendelse – de danske.

Det var oprindeligt planen med fremstillingen, at den alene skulle vedrøre de ydelser, der *præsteres digitalt*, altså som en bitstreng bestående af nuller og ettaller. Alle andre ydelser, herunder de, der måske nok består af digital information, men er manifesteret i et fysisk medium, der medoverdrages som et led i transaktionen – et edb-pro-

7. Se generelt om jurisdiktion og værneting i grænseoverskridende IT-transaktioner Agne Lindberg & Daniel Westman: Praktisk IT-rätt (1999) s. 65ff. Bogen er anmeldt af Mads Bryde Andersen i UfR 2000 B. s. 370. Se også *Forbrugerens retsbeskyttelse i grænseoverskridende digitale net* (rapport fra Erhvervsministeriet, juni 1997) s. 66ff. og TemaNord 1999:598: Shopping på Internettet s. 132ff. I Direktiv nr. 2000/31/EF om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester (direktivet om elektronisk handel) hedder det i præambelens pkt. 19 om *tjenesteyderens etableringssted*, at "... etableringsstedet for en virksomhed, der leverer tjenester via en Internet-hjemmeside (website), er ikke det sted, hvor den benyttede teknologi befinder sig, eller det sted, hvor Internet-hjemmesiden er tilgængelig, men det sted, hvor virksomheden udøver sin erhvervsmæssige virksomhed ...", fremhævet her. Afgørende for, hvor en tjenesteyders etableringssted er, vil således efter direktivet ikke i sig selv være placeringen af en server eller det domænenavn, en hjemmeside måtte være registreret under, men derimod virksomhedens *fysisk/faktiske* placering. Direktivet, hvis implementeringsfrist er 18 måneder fra direktivets ikrafttrædelsesdato den 17. juli 2000, har tidligere foreligget som et Forslag til lov om informationssamfundstjenester, herunder visse aspekter af elektronisk handel. Lovforslaget, der – som følge af folketingsvalget den 20. november 2001 – er bortfaldet, jf. grundlovens § 41, stk. 4, har været sendt i høring hos et bredt udsnit af erhvervs- og forbrugerorganisationer, ministerier mv. Det må, henset til implementeringsfristen, forventes, at lovforslag til gennemførelse af direktivet genfremsættes i løbet af foråret 2002.

3. Afgrænsning af emnet

gram på en diskette, et litterært værk på en cd-rom – ville derimod falde udenfor. Fordelen ved en sådan fremgangsmåde ville være, at det da ville være muligt udelukkende at fokusere på de særlige problemer, den rent *digitale* ydelse afstedkommer i retlig henseende. Den ville i øvrigt stemme overens med den indfaldsvinkel, der er anvendt i sui generis-reguleringen *Uniform Computer Information Transactions Act* (forkortes UCITA) i USA, jf. generelt om inddragelse af fremmed teori og praksis nedenfor kap. I, afsnit 4 med note 12. På mange måder ville dette være mere overskueligt og stringent, eftersom emnet er elektronisk handel, jf. afsnit 1.

Modhensynet er imidlertid iøjnefaldende. For det første ville en udelukkelse af ydelser, der alene begrundes i, om der medoverdrages et fysisk medium eller ej, være unødigt formalistisk. Konsekvensen ville blandt andet blive, at et edb-program, der er manifesteret i en diskette, ikke skulle medtages, hvorimod det samme program der transmitteres som en fil, skulle. Der kan være særlige, navnlig ophavsretlige, komplikationer knyttet til den rent digitale transmission, jf. herom kap. II, afsnit 4.2.4.2.1, men dette kan ikke legitimere, at den fysisk manifesterede informationsydelse holdes udenfor fremstillingen. Dernæst er selve begrebet elektronisk handel som anført i afsnit 1 ikke entydigt, hvorfor anvendelsen af det ikke i sig selv kan begrunde en udelukkelse af fysisk manifesterede ydelser.

Man kan spørge, hvorfor denne argumentation ikke samtidig har til følge, at også fysiske ydelser, der ikke består af information, medtages. Internettet benyttes jo i stadigt stigende omfang til det, man kunne kalde *digitalt postordresalg*, hvor ydelsen eksempelvis kan være tøj eller dagligvarer. Årsagen hertil skal søges i *informationsydelsens særlige beskaffenhed*, se herom kap. II, afsnit 2.2 og 2.3. I realiteten adskiller anvendelsen af Internettet som kommunikationsmiddel mellem parterne sig ikke nævneværdigt fra eksempelvis anvendelsen af telefoner eller kuponhæfter⁸ – ydelsen skal i alle tilfælde forsendes til

8. Internettet muliggør dog en interaktiv adfærd fra brugerens side, og realdebitors (den erhvervsdrivendes) muligheder for at påvirke (navnlig) forbrugeren kan give anledning til overvejelser om særlige beskyttelsesforanstaltninger, sml. hertil eksempelvis forbrugerombudsmandens retningslinier for markedsføring på Internettet *Orientering om markedsføringsloven og Internettet* (december 1999) og de nordiske forbrugerombudsmænds fælles holdning til *Handel og markedsføring på Internettet*. Begge publikationer kan hentes via <http://www.forbrugerstyrelsen.dk>.

realkreditor som en fysisk-faktisk foranstaltning. Som det vil fremgå i det følgende, er dette ikke nødvendigvis tilfældet, når det drejer sig om digital information. Ydelser, der alene består i forsendelse af fysiske genstande, afstedkommer ikke særegne retlige problemer i henseende til *retsgrundlaget* for ydelsen, og medtages således ikke. Men det betyder ikke, at tilstedeværelsen af et fysisk element i sig selv er ensbetydende med, at dette element falder udenfor fremstillingen. Således omtales også de fysiske genstande, der *virker som informationsbærere*, herunder disketter, cd-rom'er, halvlederkredsløb mv. samt – i et vist begrænset omfang – den *hardware*, der er forudsætningen for, at edb-programmer kan benyttes. Disse ydelser, der ganske vist ikke falder inden for kategorien informationsydelser, er så nært knyttet hertil, at det savner mening ikke at medtage dem. For så vidt angår de fysiske informationsbærere er det i realiteten ikke muligt at undlade dem, eftersom det indgår som et led i den retlige argumentation vedrørende retsgrundlaget, at informationen er knyttet til noget fysisk, jf. hertil diskussionen i kap. II, afsnit 4.1 og 4.2.4.2.1. Trods dette forhold skal der ikke herske tvivl om, at det centrale er det kommunikative aspekt.

Netop dette *kommunikative aspekt* er ikke noget nyt fænomen.⁹ Litterære værker har været kendt længe, det samme gælder for andre lignende kunstneriske frembringelser som malerier og tegninger. Sådanne ydelser har så meget til fælles med den rent digitale ydelse, at det ikke ville være hensigtsmæssigt at udelade dem med den blotte begrundelse, at de ikke er digitale. Konsekvensen af dette ville være, at en digital bog ville være omfattet, hvorimod den samme bog, der foreligger som en fysisk genstand, og altså med samme informationsindhold, ville falde udenfor. Eftersom argumentationen i vid udstrækning¹⁰ er identisk i relation til retsgrundlaget, hvad enten ydelsen foreligger i ren digital form eller ej, medtages disse fysiske informationsudtryk i fremstillingen.

Fremstillingen koncentrerer derfor om *præstation af informationsydelser* og overvejelser om det *retsgrundlag, der finder anvendelse herpå*. Præstationsmåden er ikke afgørende, for så vidt angår det generelle *retsgrundlag*, men den rent digitale ydelse kan afstedkomme særegne retlige problemer, der gøres til genstand for fremstillingens kapitel IV, afsnit 2 og 3.

9. Se om *kommunikationsprocessen* kap. II, afsnit 2.3.2.

10. Jf. dog om ophavsretlige komplikationer ovenfor og nærmere diskussionen i kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

4. Inddragelse af fremmed teori og praksis

I en afhandling, hvis primære formål er en analyse af den danske retstilstand, må interessen selvsagt rettes mod *nationale retskilder*.¹¹ Eftersom hverken teorien eller praksis endnu har forholdt sig nævneværdigt til de retlige problemer, informationsydelser, herunder de digitale, kan afstedkomme, bliver det imidlertid relevant at diskutere, om og i givet fald i hvilken udstrækning *fremmed ret* skal inddrages. I det omfang, det er muligt ved analogislutninger eller efter friere overvejelser, herunder ved benyttelse af betragtninger om *forholdets natur*, at belyse retsgrundlaget, mindskes behovet for anvendelsen af eksterne faktorer som fremmed ret. Når det ikke desto mindre kan være hensigtsmæssigt at medtage disse kilder, skyldes det navnlig, at adskillige af de retlige såvel som de praktiske problemer, der er forbundet med den elektroniske handel, hverken har foreligget til bedømmelse ved de danske domstole eller er diskuteret i noget større omfang i teorien.

Situationen er en anden i USA. Der eksisterer efterhånden en ganske righoldig praksis indenfor området – en praksis, der strækker sig tilbage til frembringelsen af de første maskinelle installationer over fremkomsten af edb-programmer til nutidens rent digitale leverancer. Tilsvarende er emnet genstand for hyppig diskussion i den amerikanske teori. Endelig har man i USA som noget ganske enestående valgt af regulere ydelser, der præsteres digitalt, i et særskilt *lovkompleks*, UCITA.¹² Selvom disse kilder ikke kan benyttes til at afklare, hvad der er den *danske* retstilstand, kan de tjene til illustration af en lang række af de problemer, den elektroniske handel allerede på nuværende tidspunkt har foranlediget i et samfund, hvor denne transaktionsform er mere fremherskende end i Danmark. Lovtiltag som UCITA kan endvidere virke som inspirationsgrundlag til at løse nye uregulerede tilfælde.

Også i andre lande end USA diskuteres den elektroniske handel og de problemer, den afstedkommer. Emnet er i realiteten *universelt*, hvilket ikke kan overraske, når man tager navnlig Internettets grænseoverskridende og globale karakter i betragtning. Det ville imidlertid være en i praksis umulig opgave at

-
11. Og i en vis udstrækning nordiske, eftersom store dele af den formueretlige regulering bygger på samme fundament i de nordiske lande. Se om det nordiske aspekt inden for købsretten nedenfor kap. II, afsnit 3.2.
 12. Se om UCITA nedenfor kap. II, afsnit 2.2.3, 2.2.5 og 3.3.3 med henvisninger.

Kapitel I · Emnet

inddrage teori og praksis fra alle disse lande i en fremstilling som denne, og det vil i realiteten også være uhensigtsmæssigt – det er jo *danske* forhold, der er hovedinteressen. Af denne grund medtages retstilstanden i andre lande end USA, herunder navnlig England og Tyskland, kun i begrænset omfang.

Netop den omstændighed, at fremmede retskilder ikke kan afklare retstilstanden i Danmark, medfører, at betydningen af sådanne kilder ikke må overvurderes. Det er velkendt, at forskellige retssystemer bygger på egne hensyn og forudsætninger, og det ville føre for vidt at medtage detaljerede diskussioner af argumentationsmønstre, der primært har interesse internt i de lande, kilderne hidrører fra. Fremmed teori og praksis tjener derfor i denne fremstilling alene til *belysning af de retlige og praktiske problemer*, emnet afstedkommer. I det omfang, argumentationen i en given sammenhæng bygger på samme retlige fundament som efter danske forhold, vil også denne indgå i overvejelserne. Ønsker man derudover indsigt i retstilstanden i andre lande, må der henvises til disse landes teoretiske værker og praksis.

Et eksempel på argumentationens betydning er sammenkoblingen mellem det ophavsretlige forbud mod eksemplarfremstilling og de rent tekniske forhold, der betinger en – midlertidig – reproduktion af (dele af) et digitalt værk i en computers interne arbejdslager, jf. nærmere herom nedenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2.1. Synspunkter af denne karakter ligger bag reguleringen i UCITA og kan også spores i en række afgørelser i USA, ligesom den ses i dele af den nordiske teori. I sådanne tilfælde kan argumentationen fra (her) USA inddrages i diskussionen, eftersom den kan være af betydning også for en stillingtagen til *danske* forhold.

5. Terminologiske overvejelser

Hovedbestanddelen i en informationsydelse, jf. om dette begreb nedenfor kap. II, afsnit 2, er af *immateriel* karakter. Den omstændighed, at informationsindholdet ikke på samme vis som andre *realtydelser* lader sig fysisk berøre, kan føre til overvejelser om det betimelige i overhovedet at karakterisere en informationsydelse som en realydelse. Som modsætning til *pengeydelsen* er begrebsdannelsen brugbar, men det kan forekomme ejendommeligt at henhøre informationsydelsen til kategorien af realtydelser, eftersom *det reale* i transaktionen her udgør-

5. Terminologiske overvejelser

res af immaterielle værdier. Modsætningen er imidlertid kun tilsyneladende. Realydelsen defineres i reglen negativt som omfattende alle andre ydelser end pengeydelse¹³ og er alene et praktisk terminologisk begreb, der benyttes som redskab til at udsondre parternes forpligtelser. Indbefattet i realydelsesbegrebet er således også licenser til immaterialretligt beskyttede frembringelser eller til immaterielrettigheder som sådan.¹⁴ Af samme grund er det ligeledes hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med hidtidig terminologi at karakterisere den part, der skal præstere realydelsen, for *realdebitor* eller *pengekreditor*, og den part, der skal udrede vederlaget, for *realkreditor* eller *pengedebitor*.

Det kunne overvejes alternativt at operere med begreberne *informationsydelse*, *informationsdebitor* og *informationskreditor*, men dette forekommer ikke hensigtsmæssigt. I så fald kan man med lige så stor ret argumentere for, at transaktioner, der involverer *løsøre*, skal have en selvstændig begrebsdannelse (løsøreydelsen, løsøredebitor, løsørekreditor). Konsekvensen af sådanne individuelle begrebsdannelser vil være en fragmentering og opbrydning af et ellers indarbejdet begrebsapparat med tvivlsomt udbytte. Terminologien realydelse – realdebitor – realkreditor er alene tænkt som et arbejdsredskab, der skal holde vederlagsdelen af en transaktion adskilt fra den ydelse, som skal præsteres, og parternes respektive rolle i opfyldelsen af transaktionen.

Indenfor konkrete områder af obligationsretten kan der være skabt særlige udtryk til afløsning eller supplement af den generelle begrebsdannelse. I køberetten er realdebitor *sælger*, som oftest *erhvervsdrivende*, realkreditor er *køber* eller undertiden *forbruger*, og realydelsen består af *løsøre*. I lejeretten er realdebitor *udlejer*, realkreditor er *lejer* og realydelsen er *det lejede*, på samme vis som man i immaterialretlige *licenstransaktioner* ofte vil kalde realdebitor for *licensgiver*, realkreditor for *licenstag* og realydelsen for *det licenserede*. Principielt bør sådanne fast indarbejdede begreber anvendes i de transaktioner, hvor de er aktuelle, men i denne fremstilling vil de almene begreber om realydelser mv. i reglen blive foretrukket i alle transaktioner. Talrige af de retlige analyser i fremstillingens kap. II og III involverer mere generelle overvejelser, og selv om en konkret informationsydelse omfattes af købeloven og derfor principielt bør benævnes løsøre, er de generelle begrebsdannelser af fremstillingstekniske hensyn i overvejende grad valgt til at definere ydelsen og parterne.

-
13. Jf. Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 41ff. Se også Bernhard Gomard: Obligationsret, del 1 (1998) s. 9.
14. Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 41.

6. Afhandlingens teser

I overensstemmelse med, hvad der er anført ovenfor, kan afhandlingens grundlæggende teser formuleres således:

- a) *Den omstændighed, at transaktionens realydelse består af information, bør i udgangspunktet ikke give anledning til særlige overvejelser om retsgrundlaget inter partes. Udgangspunktet må være, at de allerede kendte formueretlige regler og principper også finder anvendelse på informationsydelser.*

I juni 1997 udkom rapporten *Forbrugerens retsbeskyttelse i grænseoverskridende digitale net* fra Erhvervsministeriet. Kommissoriet for arbejdsgruppen, der står bag udfærdigelsen af rapporten, er formuleret på rapportens s. 7, hvor det blandt andet fremgår, at det vil blive analyseret, “[h]vilke retlige problemer [der]... på nuværende tidspunkt [kan] identificeres indenfor [grænseoverskridende informationsteknologi], hvordan [de retlige problemer kan tænkes] bedømt efter gældende ret ...”. På rapportens s. 15 under overskriften *Forslag til initiativer* stilles i pkt. 5 forslag om at “... ændre købeloven, produktansvarsloven og produktsikkerhedsloven. Disse love synes at være “blinde” over for eksistensen af rent digitale produkter,” fremhævet her.

Denne rapport og dens analyser var den faktor, der for alvor gjorde tanken om at skrive en afhandling om emnet nærværende og interessant. Er det således korrekt, at fremkomsten af digitale produkter nødvendiggør en ændring af købeloven? Som nævnt kap. I, afsnit 2 bygger den danske formueret grundlæggende på almindelige obligationsretlige principper, der, eventuelt i modificeret form, finder anvendelse på talrige transaktioner. Købeloven er baseret på disse principper,¹⁵ og det forekommer derfor umiddelbart overraskende, såfremt den blotte kendsgerning, at den ydelse, der skal præsteres, udgøres af et digitalt produkt, nødvendiggør lovændringer. Diskussionen af lovændringer eller ej er del af en mere overordnet problemstilling, eftersom man kan stille det fundamentale spørgsmål hvilke *retsregler*, der i det hele taget finder anvendelse på digitale produkter.

15. Se nærmere kap. II, afsnit 3.1 og 3.2.1.

6. Afhandlingens teser

I tiden siden rapportens udgivelse er der også andre steder givet udtryk for tvivl om den retlige regulering, se eksempelvis *Chris Reed: Internet Contracting, Computers & Law*, February/March 1999 s. 36ff., hvor det s. 37 hedder: "In the physical world most objects of commerce are classifiable either as goods or services. In either case, a developed legal system will have, over time, identified the terms which should be implied into contracts for the provision of goods and services. These implied terms are largely standard across most jurisdictions, and have often been codified in international instruments such as the UN Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Law on International Sales. *In contrast, information products which are supplied as discrete packages and without being embodied in some physical carrier are likely to be classified as neither goods nor services*", fremhævet her.

- b) *Det har ingen betydning i inter partes-relationen, om informationsydelsen foreligger i digitalt eller analogt format.*

Afhandlingens andet hovedspørgsmål opstår i naturlig forlængelse af det første og kan belyses med følgende eksempel: en realkreditor ønsker at indgå aftale med en realdebitor om præstation af et litterært værk. Det pågældende værk forefindes i såvel en fysisk (analog) som en ikke-fysisk (digital) udgave.¹⁶ Har det da nogen betydning for den retlige vurdering af inter partes-relationen, om parternes aftale vedrører et analogt eller et digitalt værkseksempplar? I udgangspunktet må svaret være benægtende, eftersom realkreditor i begge tilfælde får *den samme informationsmængde*, men den digitale ydelse giver anledning til særlige overvejelser af navnlig immaterialretlig karakter. I overensstemmelse med kap. I, afsnit 3, er afhandlingens emne således det retlige grundlag for informationsydelsen *som sådan*.

- c) *Behovet for lovændringer eller vedtagelse af helt nye love til regulering af inter partes-relationen, når realydelsen består af information, kan ikke for nærværende antages at være påkrævet.*

Berettigelsen af denne antagelse afhænger af de resultater, analysen af a) og b) medfører. I den udstrækning, gældende ret er tilstræk-

16. Se om disse og andre begrebsdannelser kap. II, afsnit 2.2.6.

kelig, er der intet behov for hverken ændringer eller vedtagelse af nye love. Når dette spørgsmål er udskilt til særskilt behandling er årsagen, at det ikke er hensigtsmæssigt at isolere bedømmelsen af behovet for reguleringstiltag til informationsydelsen. Det er muligt, at netop informationsydelsen giver anledning til særlige problemer, men for *retsgrundlagets* vedkommende er det generelt af væsentlig betydning, at nye transaktionsformer ikke leder til indførelse af *systemfremmede regler*.¹⁷ Udgangspunktet er derfor som anført under a), at gældende ret må kunne fortolkes på en måde, der gør ændringer unødvendige.

Sådanne generelt formulerede teser vil selvsagt altid dække over en mangfoldighed af detailspørgsmål, jf. i øvrigt afhandlingens kap. II–IV. Eftersom de i øvrigt bygger på en terminologi, der først forklares i de følgende afsnit, kan formålet umiddelbart forekomme svært at få øje på. Som et *arbejdsredskab* og en *disposition* for den fremstilling, der følger, er de imidlertid nyttige. Om ikke andet kan læseren, når afhandlingen er læst til ende, ved selvsyn konstatere, hvorvidt der er argumenteret overbevisende for de opnåede resultater.

17. Se hertil *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 123.

Kapitel II

Karakteristik

1. Oversigt

Elektronisk handel er et diffust og lidet præcist samlebegreb. Taget efter ordlyden omfatter det alle former for transaktioner, der i en eller anden forstand involverer *elektroniske hjælpemidler*. Aftaler indgået via telefon eller telefax om udveksling af formuegoder kan således siges at udgøre elektronisk handel. I den anden ende af skalaen finder man de digitale ydelser, herunder navnlig transaktioner på Internettet. Med denne store spændvidde er der behov for en konkretisering af afhandlingens begrebsfastlæggelse, jf. afsnit 2. Elektronisk handel, eller med et begreb, der efterhånden er ved at være ganske indarbejdet også i dansk terminologi, *E-commerce*, er kommet på dagsordenen såvel nationalt som globalt, og der er for nærværende en mangfoldighed af rapporter og igangværende initiativer indenfor området.¹

2. Den digitale ydelse

2.1. Oversigt

Hvis man ser bort fra den kendsgerning, alle digitale ydelser har til fælles – de er netop digitale – må man konstatere, at begrebet er særdeles omfattende. Som anført i kap. II, afsnit 2.2.3 kan al information, der er sanserettet og forbruges som led i en intellektuel tankeproces, digitaliseres og efterfølgende gøres til genstand for elektronisk præstation, navnlig via digitale netværk. I et forsøg på at skabe overblik er der i afsnit 2.2 opstillet en lang række *inddelingsgrundlag*, som den videre analyse kan tage sit udgangspunkt i. De forskellige kategorier kan anskues som teoretiske, men praktisk anvendelige, konstruktioner, hvis formål er at systematisere et område, der er præget af uoverskuelighed.

1. Se nærmere nedenfor kap. IV, afsnit 2 og 3 om generelle initiativer, herunder fra EU, FN og i Danmark.

Trods informationsydelsens mangfoldighed er det muligt at udfinde en række *fælles kendetegn* for al information. Dette er emnet for afsnit 2.3. Disse referencepunkter er væsentlige, eftersom talrige af de retlige problemer, der er forbundet med informationsydelsens bedømmelsesgrundlag, er nært forbundet hermed. Det giver imidlertid alene mening at diskutere en informationsydelses retlige bedømmelsesgrundlag, hvis ydelsen i det hele taget nyder beskyttelse som et *selvstændigt formuegode*, se herom i afsnit 2.4. Afsnittet rundes af med en kort gennemgang af de *tekniske* muligheder for at transmittere en informationsydelse via digitale netværk i afsnit 2.5.

2.2. Inddelingsgrundlag

2.2.1. Oversigt

Information kan inddeles på talrige måder. Der eksisterer ingen klar systematisk fremgangsmåde i den juridiske teori, og som fremstillingen i afsnit 3 vil vise, kan det diskuteres, hvorvidt informationsydelse i det hele taget giver anledning til tvivl i henseende til det retlige bedømmelsesgrundlag. Ud fra systematiske overvejelser er de nedenfor anførte inddelingsgrundlag imidlertid uundgåelige, og også i retlig henseende er de af væsentlig betydning for denne afhandling såvel som for retsdannelsen som sådan. Som det vil fremgå, tjener begrebsdannelsen navnlig til at påpege forskellen mellem en ydelses *materielle fremtoning* og det *informationselement*, der er knyttet hertil. Fraværet af en egentlig *metode* inden for dette felt medfører imidlertid, at der eksisterer en ganske vidtstrakt *frihed til valg af inddelingsgrundlag*, en frihed, der i det følgende er søgt anvendt på den mest hensigtsmæssige og praktisk anvendelige måde.

2.2.2. Grundlæggende terminologi. Information og data

Information er et u håndgribeligt og svært definerbart begreb. En lang række fagdiscipliner har hver deres forståelse af, hvornår noget udgør information. En egentlig *informationsteori* eksisterer således både i en matematisk, en algoritmisk, en datalogisk, en fysisk, en biologisk, en filosofisk, en sprogvidenskabelig og en økonomisk variant, hvor hver enkelt variant dækker over en større eller mindre grad af fagdisciplinær spændvidde.² Bortset fra, at en nærmere redegørelse for disse te-

2. Se nærmere oversigten i *Dansk Encyklopædi*, Bind 9 s. 376ff. og *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 7 (1968) s. 331ff.

orier og deres respektive udtryk ville være praktisk taget uoverkommeligt i nærværende sammenhæng, er det heller ikke ønskeligt end-sige påkrævet.³ Den retlige regulering tager sit udgangspunkt i en given retsregels beskrivelse af de faktiske kendsgerninger, der tillægges vægt som *retsfaktum*, hvilket gælder uafhængigt af, om denne beskrivelse måtte være uforenelig med en eller flere af de anførte fagdiscipliners informationsteoretiske opfattelse.

En egentlig *retlig* informationsteori eksisterer ikke. Information og data indgår i talrige enkeltbestemmelser som et led i angivelsen af de relevante retsfakta, men de er ikke *retlige* begreber med en almen retlig betydning.⁴ Beskrivelsen af et givet retsfaktum som information i en konkret retsregel kan således ikke uden videre lægges til grund som udtryk for en mere almen retlig systematik. Eftersom den formueretlige regulering retter sig mod transaktionens realindhold snarere end mod en rent begrebsmæssig terminologi,⁵ er behovet for nærmere overvejelser vedrørende begrebsdannelsen på dette område beskeden og vel i realiteten unødvendig.⁶ Det eneste, der reelt er påkrævet, er en klar tilkendegivelse af, hvad der konkret *tillægges* informationsværdi.

3. Jf. også *Thomas Hoeren*: Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs – Prolegomena zu einer Theorie des Informationsrechts, Beilage zu MMR 9/1998 s. 6, der stiller sig skeptisk overfor såvel negative som positive definitioner af informationsbegrebet, eftersom “[d]iesen nebulösen Aussagen entsprechen eine Fülle von Informationsbegriffen in einzelnen Fachdisziplinen”. *Hoeren* følger op på spørgsmålet i artiklerne E-Commerce – Germany: Electronic Commerce and Law – Some Fragmentary Thoughts on the Future of Internet Regulation From A German Perspective, CLSR Vol. 16, no. 1 2000 s. 113ff. og Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrecht, NJW no. 39, 1998, s. 2849ff.
4. Se om *databegrebets* særlige betydning inden for persondatabeskyttelsesretten straks nedenfor. Straffelovens § 279a hjemler straf for *databedrageri*.
5. Se som et eksempel herpå *Mads Bryde Andersen*: Grundlæggende aftaleret (1997) s. 227, hvorefter det for “... [a]nvendelsen af [handelsagentloven] eller anden lovgivning om mellemmandstransaktioner, er *indholdet* i parternes aftale [,der er] afgørende, ikke den betegnelse, parterne har valgt for transaktionen” (originalfremhævelse).
6. Således også *Peter Blume*: Fra tale til data (1989) s. 29, der endog går så vidt som til at karakterisere ethvert forsøg på en nærmere begrebsbestemmelse som “... futile eller anstrengt”, og *Thomas Hoeren* ovenfor ved note 3, s. 6, hvorefter “... niemand weiss, was Information ist” med den konsekvens, at “... der Begriff [ist] allerdings konturen- und grenzenlos”, men tildels anderledes *Jan Silvander*: Dator- och datarelaterade förmögenhetsbrott utom borgernärsbrotten (1998) s. 46ff., der betoner vigtigheden af stringent begrebsanvendelse. Forfatteren opstiller s. 48 sin egen opfattelse af informationsbegrebet.

Kapitel II · Karakteristik

Opstillingen af et egenartet informationsbegreb, der tager sit udgangspunkt i den aktuelle problemstilling, er ikke ukendt i den juridiske teori. Se eksempelvis *Peter Blume: Fra tale til data* (1989) s. 29, *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 285 og samme forfatter i værket *IT-retten* (2001) s. 106ff., *Hanne Bender: EDB-rettigheder* (1998) s. 36ff., *Jan Silvander: Dator- och datarelaterade förmögenhetsbrott utom borgenärsbrotten* (1998) s. 46ff., *Jesper Lau Hansen: Informationsmisbrug* (2001) s. 5ff., *SOU 1992:110* s. 81, *Knut S. Selmer* i *Lov & Data* nr. 42/1995 s. 1: Hva er data og *William Mock: On the Centrality of Information Law – A Rational Choice Discussion of Information Law and Transparency*, trykt i *Journal of Computer & Information Law* Vol. XVII (1999), s. 1072ff.

Databegrebet spiller en særlig rolle i relation til beskyttelse af *personoplysninger*. Se om den engelske lovgivning, hvor EU-direktivet om persondatabeskyttelse (95/46/EU) er implementeret i *The Data Protection Act* den 16. juli 1998, *Rosemary Jay & Angus Hamilton: Data Protection – Law And Practice* (1999) s. 32f. For dansk vedkommende henvises til *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) kap. 8, *betænkning nr. 1345/1997* om behandling af personoplysninger, *Peter Blume: Databeskyttelsesret* (2000), samme i *UfR* 2000B. 425ff., sidstnævnte særligt om behandlingsbegrebet, jf. lov om behandling af personoplysninger § 3, nr. 2, samt: *Personoplysningsloven – Lov nr. 429 af 31. maj 2000* om behandling af personoplysninger (2000).

Med information forstås i denne afhandling det *meningsindhold*, mennesker kan udlede af givne *data*, hvad enten dette meningsindhold udledes direkte af mennesket eller indirekte med tekniske foranstaltningers mellemkomst.⁷ Det er ikke noget krav, at det konkrete menneske kan udfinde meningsindholdet, hvis det blot ligger fast, at dataene har *meningspotentialer*. Bøger skrevet på et sprog, læseren ikke kan forstå, består ikke desto mindre af information, eftersom teksten har et *meningspotentialer*.⁸ En overførsel af data (bits) via et digitalt netværk er således en *informationstransaktion* i det omfang, transaktionen involverer potentielt meningsbærende data.

7. Jf. i samme retning om maskinelt udfundet meningsindhold *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 285 og *SOU 1992:110* s. 81, hvorefter information opstår "... antingen gennem en direkt tolkning av människor eller genom en indirekt tolkning efter en förberedande maskinell bearbetning ...".

8. Se *Peter Blume: Fra tale til data* (1989) s. 30, der vistnok kan læses i samme retning, om end der ikke tages direkte stilling til spørgsmålet.

2. Den digitale ydelse

Der eksisterer en omfattende speciallitteratur om information som begreb. Udover de allerede anførte værker kan nævnes *Michael Buckland: Information And Information Systems* (1991), *Birger Højland: Informationsvidenskabelige grundbegreber* (1992), *Keith Devlin: Logic and Information* (1991), *Louis Philips: The Economics of Imperfect Information* (1988), *R.L. Winder m.fl. (ed.): Philosophical Aspects of Information Systems* (1997), *Roger Noll: The Economics of Information – A User's Guide* (1993), *Robert W. Lucky: Silicon Dreams – Information, Man, and Machine* (1989), *David L. Sills (ed.): International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 7 (1968) s. 331ff., *Peter Seipel: Juristen och Datorn* (1994), *Jan Silvander: dator- och datarelaterade förmögenhetsbrott utom borgenärsbrotten* (1998) s. 46ff. og fremstillingen i *SOU 1992:110* s. 81ff. En god indfaldsvinkel til problemstillingen er *William Mock's* artikel *On The Centrality of Information Law – A Rational Choice Discussion of Information Law and Transparency*, trykt i *Journal of Computer & Information Law*, Vol XVII 1999 s. 1069ff., *Roy N. Freed: The Physical Nature and Legal Significance of Information* (1996) samt *Knut S. Selmer: Hva er data, Lov & Data* nr. 42, juni 1995 s. 1.

2.2.3. Fleksibel og integreret information

2.2.3.1. Integreret information

Enhver fysisk genstand indeholder en form for *budskab* om anvendelsesmuligheder, funktion, design, udtryk mv. En *bil* giver således i kraft af dens *funktion* som bil information om dens anvendelse via dørhåndtag, pedaler, rat, motor mv. Herudover kan der hentes information om bilen via *designet, mærket og indretningen*. Alle disse informationskilder spiller en rolle ved den konkrete vurdering af, hvilken bil blandt de talrige på markedet, man skal erhverve. Det centrale er imidlertid, at *informationen ikke lader sig løsrive fra bilens fysiske manifestering* – informationen er *integreret* i den fysiske genstand. Dette er særlig klart, hvor bilen erhverves for at blive brugt til dens oprindeligt tiltænkte hovedformål som et transportmiddel, men det gælder også, selvom den erhverves *netop i kraft af de særlige informationer, den udsender via design mv.* Biler, der benyttes til museumsbrug eller indgår i private samlinger alene i kraft af en særegen formgivning eller anden form for unikapræg, er alene interessante som følge af denne informations tilknytning til netop dét fysiske eksemplar, informationen er manifesteret i – den konkrete bil.

Kapitel II · Karakteristik

Selvom det anførte kan forekomme noget teoretisk, giver det god mening. Hvis det alene var informationen, som var udslagsgivende, skulle det i princippet være tilstrækkeligt for at drage den fulde nytte af informationens værdi, at man kom i besiddelse af noget, der *fastholdt* denne information. I relation til bilens formgivning kunne man da tænke sig eksempelvis et *fotografi* af bilen, da formgivningens information jo vil være manifesteret i dette billede. Er det en særlig motorlyd, man er faldet for, kan denne optages på *audio* og herefter nydes via en dertil indrettet afspiller. Selvom sådanne surrogater for den fysiske vare utvivlsomt tillægges værdi af rette vedkommende, er de en ringe trøst for den, der ønsker at drage nytte af bilens funktion som transportmiddel.

Der er således tale om *fleksibel* information, såfremt realydelsens informationsindhold *er det bærende i transaktionen mellem parterne*, jf. herom kap. II, afsnit 2.2.5, og såfremt dette informationsindhold *lader sig løsrive fra det fysiske medium, indholdet måtte være manifesteret i*, se hertil kap. II, afsnit 2.2.3.2 Dette er tilfældet, hvor ydelsen består af bøger, film, plader, malerier og lignende.⁹ *Integrerede* informationsydelser udgøres derimod af de mere traditionelle fysiske formuegoder. Se i øvrigt også kap. II, afsnit 2.2.4 om sontringen mellem medier og information.

I tilfælde, hvor det er selve den fysiske genstands karakter, der betinger aftalens indgåelse, må den informationsoverførsel, der sker ved samme lejlighed, betragtes som subsidær i forhold til aftalens hovedformål. Med baggrund i eksemplet er forholdet med andre ord det generelle, at hvis det er en genstands fysiske fremtræden, der bærer transaktionen og således er hovedårsagen til, at aftalen overhovedet kom i stand, *falder den udenfor denne afhandlings rammer*,¹⁰ jf. hertil den generelle afgrænsning i kap. I, afsnit 3.

9. Se hertil *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 37 (IT-ordbogen), hvorefter fleksibel information er "[i]nformation, som kendetegnes ved ubesværet at kunne fæstne sig på medier af enhver art...".

10. Selvom sontringen principielt er klar, kan den volde problemer i konkrete tilfælde. Såfremt der er tale om fleksibel information, der er manifesteret i et fysisk medium, jf. om medier og information nedenfor afsnit 2.2.4, medtages *hele* ydelsens retlige regulering i denne fremstilling. Er der eksempelvis tale om et edb-program indlæst på en diskette eller et litterært værk trykt på papir er det ikke hensigtsmæssigt, såfremt fremstillingen indskrænkes til alene at omfatte informationsindholdet.

2. Den digitale ydelse

Ganske mange aftaler, der involverer brug af elektronik, omtales dermed ikke, herunder eksempelvis aftaler om leverancer af fysiske genstande, der kommer i stand via digitale netværk (højteknologisk postordresalg). Ydelsen skal med andre ord *præsteres digitalt* for at være omfattet. Se hertil UCITA Sec. 102(a)(11), hvorefter der ved *computer information transaction*, som er lovkompleksets genstand, forstås "... an agreement or the performance of it to create, modify, transfer, or license computer information or informational rights in computer information ... The term does not include a transaction merely because the parties' agreement provides that their communications about the transaction will be in the form of computer information". Således falder en aftale ikke indenfor UCITA, blot fordi parterne beslutter sig for at indgå *aftalen* via eksempelvis Internettet, hvis denne aftale ikke vedrører en ydelse, der skal *præsteres digitalt*.

Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med Sec. 102(a)(37) om *informational content*, der defineres som "... information that is intended to be communicated to or perceived by an individual in the ordinary use of the information ...".

Se om UCITA Sec. 102(a)(11) også kap. II, afsnit 2.2.5.

De relevante dele af UCITA omtales i afhandlingen i øvrigt.

2.2.3.2. *Fleksibel information*

Den *fleksible* information kan inddeles i tre kategorier, alt efter hvad informationen nærmere vedrører. Fælles for dem alle er, at de principielt kan gøres til genstand for handel via digitale netværk, eftersom informationen her er *sanserettet* og forbruges som led i en *intellektuel proces*. En kategori udgøres af den form for information, der residuelt kan betegnes som *tjenesteydelser*, jf. nærmere om dette begreb kap. II, afsnit 3.3.1, eksempelvis rådgivnings- og serviceydelser. Advokatrådgivning kan teoretisk finde sted ansigt til ansigt, telefonisk eller via digitale netværk (e-mail). Også ydelser med *symbolværdi* kan omsættes via et netværk, jf. nærmere kap. II, afsnit 4.2.3. Det drejer sig om fordringer og rettigheder, hvor det afgørende ikke er eksistensen af et fysisk medium, jf. om medier kap. II, afsnit 2.2.4, men hvad fordringen eller rettigheden er *udtryk* for. Den sidste kategori udgøres af *de egentlige digitale ydelser*, hvor pendanten i den fysiske verden udgøres af bøger, film eller musik manifesteret i fysiske medier.¹¹ Alle disse ydelser kan digitaliseres, altså omdannes til en bitstreng bestående af en lang række nuller og etaller, eftersom der er tale om data, der *kan udtrykkes digitalt*.

Kapitel II · Karakteristik

Tekst kan anskueliggøre tankegangen bag digitaliseringsteknologien. En tekst består af en række bogstaver – *tegn* – sammensat på en given måde og i overensstemmelse med de regler og principper, der gælder for det sprog, teksten er skrevet på. Det informationsindhold, teksten er udtryk for, kan derfor omdannes til *digitale* tegn (bits), der transformerer teksten til en række af nuller og et-taller. Det kan på denne baggrund forekomme svært forståeligt, at også eksempelvis *musik* og *billeder* kan digitaliseres. Et fotografis informationsindhold udgøres jo af fotoets udseende, og hvordan transformerer man eksempelvis en sky til en bitstreng? I realiteten er det heller ikke det, der sker. Billedet kan anskues som bestående af et stort antal små delfelter, og det er disse delfelter (*pixels*), der danner grundlaget for digitaliseringen. På samme måde kan *musik* anskues som *lydbølger* målt som svingninger pr. sekund. I begge tilfælde er det *kvantificeringen* af billedets eller musikkens meningsindhold, der muliggør digitaliseringen.

Se om digitaliseringsteknologien *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 272f. og *Alan Williams, Duncan Calow & Nicholas Higham: Digital Media – Contracts, Rights and Licensing*, 2nd Ed (1998) s. 3f., hvorefter “[d]igitisation involves taking information, in its natural analogue form, and ‘sampling’ it to create a series of individual binary notations. By creating a sufficient number of samples the information can be replayed as an apparently continuous signal like the analogue original. The information has however been translated into a common ‘language’ of simple binary codes which can be recorded, stored and manipulated by computer”. Det konkluderes, at “... in essence, digitisation is the breaking down of complex information into a series of simple instructions which a computer can understand and to which it can respond”. Se i øvrigt om digital og analog datarepræsentation kap. II, afsnit 2.2.6.2.

2.2.4 Mediet og informationen

Adskillelsen mellem fleksibel og integreret information danner grundlaget for en fundamental sontring – sammenhængen mellem et *medium* og dette mediums *informationsindhold*. Et fysisk eksemplar af et litterært værk består for en umiddelbar betragtning af to indbyrdes afhængige elementer: selve *bogudstyret* (omslaget og papirsiderne) og

-
11. Ydelser, der omfattes af denne kategori, er hverken mere eller mindre digitale end ydelser, der omfattes af de øvrige kategorier, og det kan derfor forekomme uhensigtsmæssigt at karakterisere dem som *egentlige* digitale ydelser. Formålet hermed er imidlertid at påpege den nære tilknytning, der eksisterer til de typiske *analoge* informationsudtryk, hvor indholdet er det samme.

2. Den digitale ydelse

den *information*, der er trykt heri. Et maleri består på samme vis af *lærredet* (mediet) og af *motivet* (informationen). Men den fleksible information behøver ikke have denne tilknytning til et medium – faktisk er det end ikke en forudsætning, at mediet er fysisk. Digitale ydelser overføres som en bitstreng via eksempelvis lyslederkabler, og her vil dette kabel være transaktionens medium.¹² Selv det talte ord har et medium (lydbølger). Der må derfor ikke alene skelnes mellem mediet og informationen, men også mellem forskellige *typer* af medier. Medierne kan inddeles efter den *funktion*, de varetager i den konkrete transaktion. Transaktioner, der involverer såvel fleksibel information som et fysisk medium, der *medoverdrages*, kendes fra eksempelvis overdragelse af bøger manifesteret i et fysisk bogudstyr, musik indlæst på cd'er eller film på videobånd. Situationen er en anden, hvis mediet alene fungerer som *bærer* af informationen, således som det er tilfældet ved transaktioner på digitale net. I disse tilfælde benyttes der ganske vist et fysisk medium som led i overdragelsen i form af – som oftest – *lyslederkabler*, men mediet anvendes alene til transport af den fleksible information.¹³ Endelig kan fleksibel information præsteres helt uden anvendelse af fysiske medier. Hovedeksemplet er her transaktioner, der baseres på *menneskelig kommunikation*, såsom rådgivning eller fremførelsen af et skuespil på en scene.

Nicholas Negroponte: Det digitale liv (1997) s. 19ff. benytter betegnelserne *atomer* og *bits* for henholdsvis mediet og informationen. Sondringen er ligeledes lagt til grund af Mads Bryde Andersen i *Ophavsretten og den nye teknologi*, NIR 1995 s. 617. Navnlig indenfor den matematisk-fysiske verden vil der være en tendens til at anskue information kvantitativt, eksempelvis i form af såkaldte *infons*, der forstås som et givet antal *informationspartikler*, jf. Keith Devlin: *Logic and Information* (1991) s. 11, hvorefter "... an 'infor' may be thought of as a discrete item of information ...". En infon er således en teoretisk begrebsdannelse, konstrueret i et forsøg på at indføre en objektiv og operabel standard,

12. Et lyslederkabel er som et ark papir et fysisk medium, men til forskel fra den fleksible information, som er manifesteret i papiret, vil information, der benytter lyslederkabler som medium, ikke resultere i en samtidig overdragelse af såvel et medium som information.
13. Situationen bliver en anden, i det omfang tankerne om anvendelse af *luftbåren kommunikation* til transaktioner på Internettet eller andre digitale net virkeliggøres, idet det fysiske medium her vil være afløst af lydbølger, jf. i øvrigt straks i det følgende.

Kapitel II · Karakteristik

der kan anvendes indenfor rammerne af en matematisk teori, se i øvrigt kap. II, afsnit 2.3.2 om den matematiske kommunikationsteori.

Sondringen mellem medium og information er væsentlig i flere henseender.¹⁴ Går spørgsmålet eksempelvis på, om købeloven finder anvendelse på digitalt præsterede ydelser, afhænger svaret af hvilke *aspekter* af transaktionen, man fokuserer på.¹⁵ Menes der mediet, er svaret ikke nødvendigvis det samme, som hvis det er informationen, der har konkret interesse. Samme distinktion må anlægges i relation til talrige andre retsgrundlag, eksempelvis produktansvarsloven, forældelsesloven og ophavsretsloven. At en fejl i en diskette forårsager skade på brugerens hardware, skal ikke nødvendigvis bedømmes efter samme retsgrundlag som de skader, der kan følge af egentlige programfejl (informationsfejl).¹⁶

Også i relation til forholdet mellem fleksibel og integreret information spiller sondringen mellem medium og information en rolle. Er der tale om *integreret* information, vil det således i praktisk taget alle situationer være *mediet*, der bærer transaktionen, jf. i øvrigt eksemplet med bilen ovenfor afsnit 2.2.3. Vedrører transaktionen derimod *fleksibel* information, kan det lige så vel være informationen som mediet, som har været afgørende for parternes aftaleindgåelse. Udslagsgivende bliver da, *hvor* fleksibel informationen er. I forhold til *litterære værker* manifesteret i et *fysisk medium* kan situationen være den, at det er dette fysiske medium (bogudstyret), som ligger til grund for transaktionen, eksempelvis begrundet i en særlig kostbar eller sjælden indbinding.¹⁷ Tilknytningen mellem medium og information er ganske vist fleksibel, eftersom informationen kan *udskilles* fra mediet,

14. Om sondringen, se *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 114ff.

15. Denne *analytiske* tilgang, som i sig selv blot er en variation af den juridiske metode, er introduceret i dansk formueret af *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 33ff. og gentaget af samme i *IT-retten* (2001) s. 104ff. Den er dog ikke uomtvistet, se *Hanne Bender: EDB-rettigheder* (1998) s. 19f., *Henrik Zahle* i *NÅR* 1990 s. 197ff., *Peter Blume* i *JUR* 1989 s. 293ff. og *Ole Bruhn Nielsen* i *JUR* 1989 s. 299ff.

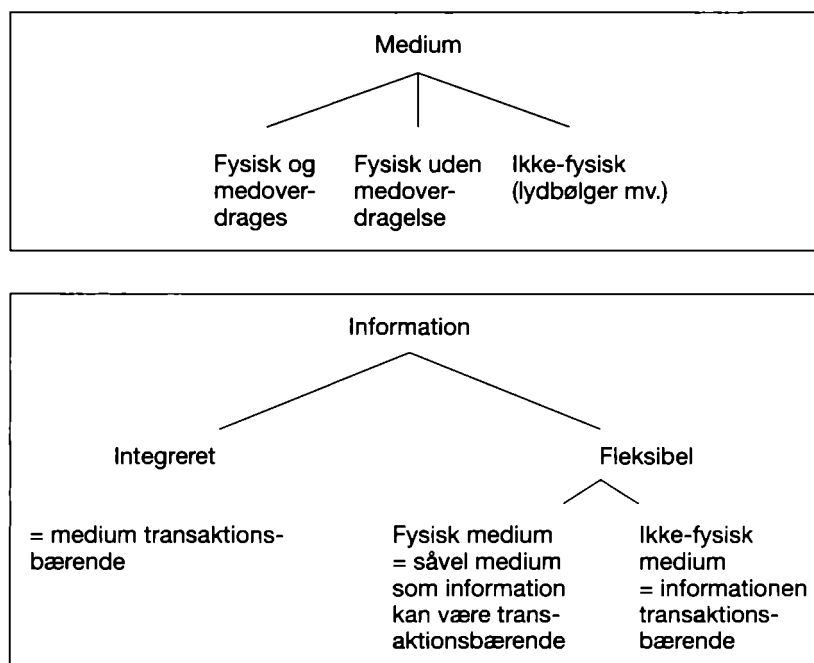
16. Se nærmere om sondringen mellem køberetlige mangler og produktrelaterede skader kap. III, afsnit 3.2.9 og om informationsfejl i kap. III, afsnit 3.2.5 og 3.2.7.

17. At store udgifter til det fysiske bogudstyr som oftest vil have nær tilknytning til den værdi, *information* har, ændrer ikke ved det principielle i, at mediet her er det bærende i transaktionen.

men udskillelsen, eksempelvis i form af fotokopiering, er dog fortsat forbundet med et vist, om end begrænset, praktisk besvær.

Hvis det litterære værk derimod er et *edb-program*¹⁸ manifesteret i et fysisk medium som en *diskette* eller en *cd-rom*, vil det fleksible element for alvor træde frem. Det fysiske medium (disketten eller cd-rom'en) benyttes her alene som en praktisk måde at *overføre* den relevante information mellem parterne på. Skal programmet præsteres via en *netforbindelse*, forsvinder mediets rolle som andet og mere end en ren praktisk foranstaltning helt. Man kan sammenfatte forholdet derhen, at *fleksibel information er et relativt begreb*, der må anskues i lyset af *mediets* konkrete funktion.

Skematisk kan man angive relationen mellem fleksibel-integreret information og medium-information på denne vis:



Figur II.1 – Relationen mellem medium-information og integreret-fleksibel information

18. Edb-programmer behandles ophavsretligt som litterære værker, jf. OHL § 1, stk. 3. Der gælder imidlertid en række særregler for edb-programmer og tildels andre digitale værker som følge af disses særlige natur. Se hertil kap. II, afsnit 4.2.4.

Kapitel II · Karakteristik

2.2.5. Information som hoved- eller biydelse

Aftaler om overdragelse af formuegoder vil undertiden være kombineret med forpligtelser for realdebitor til, udover at præstere det aftalte formuegode i overensstemmelse med aftalen og udfyldende retsregler, at foretage en række handlinger, der ligger efter leveringens foretagelse. Typiske fysiske genstande som biler og andre varige brugsgoder kan i dag kombineres med forskellige varianter af *serviceforpligtelser* for realdebitor. Aftalen mellem parterne indgås imidlertid ikke med henblik på disse efterfølgende forhold, eftersom *hovedydelsen* består i præstation af selve den fysiske genstand. Den *biydelse*, som serviceforpligtelser er et eksempel på, er alene et appendiks til aftalen, som realkreditor i reglen må betale ekstra for.

Der er alene tale om en biydelse, hvis ydelsen indgår som et led i aftalen om præstation af hovedydelsen. En forpligtelse for en automobilforhandler til at forestå et årligt eftersyn af kundens bil er kun en biydelse til aftalen om levering af bilen, hvis den er indeholdt i det oprindelige aftalegrundlag mellem parterne. Derimod er det ikke afgørende, om realkreditor betaler for det årlige eftersyn samtidig med vederlagsrælgelsen for bilen, eller dette først finder sted i forbindelse med de enkelte eftersyn. Indgås aftalen om foretagelse af eftersyn efterfølgende er dette eftersyn ikke længere en biydelse, men den efterfølgende aftales hovedydelse.

Afgrænsningen mellem hoved- og bydelser kan være problematisk, se kap. II, afsnit 4.2.4.2.1 om software og serviceydelser og kap. III, afsnit 4.3.3.1 om support samt den nøgterne formulering hos *Stan Davis & Christopher Meyer* i *BLUR: The Speed of Change in the Connected Economy* (1998) s. 19, hvorefter “[t]he difference between products and services blurs to the point that the distinction is a trap” og hertil *Michael De Kare-Silver*: *E-shock 2000* (2000) s. 71ff. For begge fremstillinger vedkommende og for andre lignende værker gælder dog det generelle, at deres retlige betydning i det væsentligste indskrænkes til alene at virke som inspirationsgrundlag. Selvom værker som de anførte ikke vedrører retlige aspekter, er pointeringen af faren ved at fokusere unuanceret på den traditionelle adskillelse mellem løsøre og tjenesteydelser også af retlig interesse, se hertil *Committee on Cyberspace Law: Achieving Legal and Business Order in Cyberspace – A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet*, *The Business Lawyer*, Vol. 55, No. 4 s. 1922 med note 374: “The distinctions become more complex when technology blurs the difference between a “good” and a “service”. For example, are the words of a new

2. Den digitale ydelse

novel downloaded to a consumer's computer through the Internet the sale of a good or the provision of a service?"

Den retlige regulering afhænger af, hvad der i det enkelte aftaleforhold er hovedydelsen henholdsvis biydelsen. Her bliver de begreber, der introduceredes i kap. II, afsnit 2.2.3 og 2.2.4, relevante. Hvis transaktionen hovedsageligt bæres af overdragelsen af et *informationsintegreret* medium som i eksemplet med bilen og den efterfølgende forpligtelse til at foretage eftersyn, er den retlige regulering ikke nødvendigvis den samme som i de tilfælde, hvor det afgørende for parterne har været et *informationsfleksibelt* medium. Der er såvel faktisk som retlig forskel på aftaler om overdragelse af fysiske genstande som biler (informationsintegrerede medier), aftaler om præstation af software knyttet til fysiske genstande som disketter eller cd-rom'er (fleksibel information knyttet til et fysisk medium) og aftaler, hvorefter det centrale for parterne har været selve informationen (fleksibel information knyttet til et ikke-fysisk medium), hvilket må afspejles i den retlige regulering. Efter denne terminologi vil hovedydelsen i førstnævnte tilfælde være mediet og i sidstnævnte informationen, mens forholdet mellem hoved- og biydelse i det midterste eksempel afhænger af, om det konkret er mediet eller informationen, der er transaktionsbærende og dermed det, som har været afgørende for parterne i forbindelse med aftaleindgåelsen.

Identificeringen af hoved- og biydelsen i aftaleforholdet mellem parterne er det *nødvendige* udgangspunkt for afklaringen af den retlige regulering, men det er ikke *tilstrækkeligt*. Hvis det konkret viser sig, at det er informationen, der har været transaktionsbærende og derfor udgør aftalens hovedydelse, opstår spørgsmålet efter *hvilket* retsgrundlag, denne aftale da skal reguleres, i det omfang parterne ikke selv har aftalt – eller ikke har haft mulighed for gyldigt at kunne gøre dette som følge af præceptive bestemmelser i det relevante retsgrundlag – sig til rette. Udsagn om gældende ret for så vidt angår aftaler om præstation af henholdsvis informationsintegrerede og informationsfleksible medier må derfor tage sit udgangspunkt i overvejelser om den rette retlige kvalificering af ydelsen.

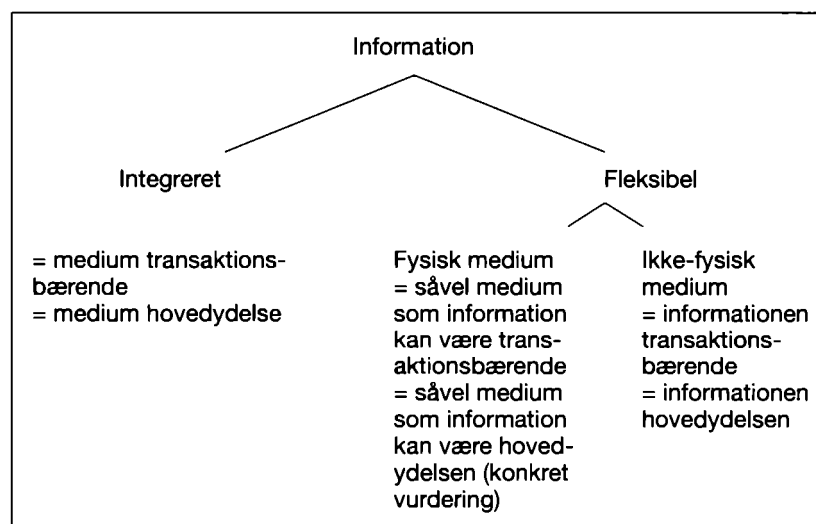
En aftales biydelse vil ofte falde ind under den noget upræcise betegnelse *tjenesteydelse*, der i overensstemmelse med *Bernhard Gornard: Obligationsret, del 1* (1998) s. 10 kan defineres som "[y]delser, der hverken består i penge, ting eller i

Kapitel II · Karakteristik

arbejde i et ansættelsesforhold, men er 'usynlige'...". Tjenesteydelsebegrebet er således et *residualbegreb*, jf. også formuleringen af artikel 50, stk. 1 EF, hvorefter tjenesteydelser skal forstås som "...ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer", jf. nærmere diskussionen hos *Caroline Heide-Jørgensen: Liberale erhverv* (2000) s. 178ff. I eksemplet ovenfor med bilen er den efterfølgende forpligtelse til at foretage eftersyn på bilen et eksempel på en ydelse, der efter disse definitioner udgør en tjenesteydelse. Spørgsmålet er imidlertid, om den traditionelle sondring mellem *løsøre* og *tjenesteydelser* kan opretholdes i relation til de transaktioner, hvor det er informationen mere end mediet, der er bærende for aftalen. Aftaler om præstation af software indlæst på en diskette involverer et fysisk medium, men dette medium er ikke transaktionens *hovedformål*, da det er afgørende for realkreditor er at få adgang til programinstruktionerne. Se om denne problemstilling kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

Se om retsgrundlaget for tjenesteydelsen også kap. II, afsnit 3.3.1.

Det anførte kan implementeres i figur II.1 på denne vis:



Figur II.2 – Relationen mellem medium-information, integreret-fleksibel information og hovedydelse-biydelse

Identificeringen af en transaktions hoved- og biydelse er en velkendt retlig problemstilling. At den optræder også i IT-retlige sammen-

hænge, er således ikke noget særsyn. Overvejelser om sontringens bæredygtighed aktualiseres imidlertid i udpræget grad i relation til digitale ydelser, eftersom disse ydelser ikke umiddelbart lader sig rubricere i de traditionelt funderede begreber. Om en informationsydelse i retlig forstand kan defineres som løssøre, en tjenesteydelse eller noget helt tredje er således et centralt, men i store træk uomtalt, spørgsmål, der gøres til genstand for diskussion i kap. II, afsnit 4. På dette sted skal det alene anføres, at eftersom afhandlingens emne er digital præstation, omhandles principielt kun de tilfælde, hvor det er *hovedydelsen*, der skal præsteres digitalt. Det er således ikke tilstrækkeligt, at aftalen mellem parterne indgås digitalt, hvis ydelsen ikke skal præsteres på samme vis. Aftaler indgået via en digital netforbindelse om præstation af *fysiske genstande* som tøj og smykker (højteknologisk postordresalg af fysiske genstande) falder dermed udenfor, eftersom det afgørende ikke er det medium, som benyttes til *aftaleindgåelsen*, men det, der benyttes til *præstationen* af ydelsen, jf. også kap. I, afsnit 3.

Se i samme retning UCITA Sec. 102(a)(11), der definerer reguleringsområdet (*computer information transaction*) som "... an agreement or the performance of it to create, modify transfer, or license computer information or informational rights in computer information ... The term does not include a transaction merely because the parties' agreement provides that their communications about the transaction will be in the form of computer information". Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med kommentarens pkt. 9 hvorefter eksempelvis en aftale om en *flybillet* ikke er en *computer information transaction* – heller ikke selvom selve *billetten* præsteres digitalt – da "... [t]he subject matter [hovedydelsen] of [such an] agreement is not the computer information, but the service – air transportation". *Informational content* betegnes i Sec. 102(a)(37) som "... information that is intended to be communicated to or perceived by an individual in the ordinary use of the information ...". UCITA indfører således en retstilstand, hvorefter den samme informationsydelse behandles retligt forskelligt, alt efter om den præsteres elektronisk eller manifesteret i et fysisk medium, se om dette aspekt i kap. II, afsnit 4.1 og 5.

Skal argumentationen følges konsekvent, bør også aftaler om præstation af information – digital eller analog, jf. om disse begreber kap. II, afsnit 2.2.6.2 – der er manifesteret i et fysisk medium, lades uomtalt. Afgørende hensyn taler imidlertid for, at dette ikke sker. Overvejelser om den retlige regulering af nye præstationsformer må tage sit ud-

gangspunkt i allerede kendte og veletablerede præstationsformer, og informationsfleksible medier er ikke et nyt fænomen. Overvejes det at anvende et bestemt retsgrundlag til regulering af den rent digitalt præsterede information (fleksibel information uden fysisk medium), kan man med fordel inddrage den digitale eller analoge information manifesteret i et fysisk medium. Sidstnævnte præstationsformer har været kendt længere end rent digitale transaktioner. Et litterært værk trykt på papir er et eksempel på *analog* information, der finder udtryk i et fysisk medium, og software indlæst på en diskette udgør *digital* information knyttet til et fysisk medium, og det forekommer ikke velbegrundet at udelukke disse ydelser fra fremstillingen, eftersom argumentationsrækken i vid udstrækning er den samme for alle aftaler, hvor informationen er hovedydelsen. Fokus vil dog være på de rent digitale ydelser.

2.2.6. Kategorier af fleksibel information

2.2.6.1. Oversigt

På samme vis som spændvidden inden for kategorien af integrerede informationsydelser (typiske fysiske formuegoder) er betragtelig – alt fra papirclips til lastvognstog omfattes – præges den fleksible information af en tilsvarende mangfoldighed. Ikke desto mindre lader det sig gøre at foretage en række basale afgrænsninger med udgangspunkt i den *form*, den fleksible information foreligger i. Det er den bærende tanke i nærværende fremstilling, at det netop er den konkrete informationsydelses form, som er afgørende for den retlige bedømmelse, og ikke det format, den måtte forefindes i, se nærmere i det følgende.

Der er ikke tradition for at inddele aftalens ydelse efter hvilken *art*, ydelsen udgør. Er der tale om et traditionelt fysisk formuegode er sådanne inddelingsgrundlag imidlertid heller ikke nødvendige. Det ville således fremstå kunstigt og uden retlig værdi, såfremt der sondredes mellem forskellige former for biler, papirclips eller lignende, når spørgsmålet er hvilket retsgrundlag, der finder anvendelse inter partes. Den fleksible informationsydelse adskiller sig imidlertid i en række henseender afgørende fra sådanne integrerede informationsydelser. Hensigten med de følgende betragtninger er at etablere et teoretisk fundament, som den retlige bedømmelse herefter kan tage sit udgangspunkt i. De enkelte kategorier er ikke skarpt afgrænset over for hinanden, jf. også kap. II, afsnit 2.2.6.6, men fremstår ikke desto mindre velegnede som illustrative konstruktioner.

2.2.6.2. *Digital og analog information*

Den fleksible information har som omtalt ovenfor afsnit 2.2.3 det særlige karakteristikum, at den er *sanserettet* og forbruges som led i en intellektuel proces.¹⁹ Bøger læses, musik høres og film ses. Informationen kan komme til udtryk på to måder: *digitalt* eller *analogt*. Den digitale udtryksform er omtalt i afsnit 2.2.3. *Analog* datarepræsentation er tæt forbundet med de traditionelle fysiske manifestationer. Traditionel radio- og tv-transmission, LP-plader og bøger trykt på fysisk medium (papir) er alle eksempler på analog information. Den information, der lagres i eller transmitteres via sådanne medier, foreligger i form af "... a continuous signal, which recognises changes in the information by moderating the amplitude or frequency of the signal. As such those media simply reflect the natural world – it is the way in which we are able to see or hear information".²⁰ Kort fortalt kan alle todimensionale frembringelser altså digitaliseres.²¹

Sondringen mellem analog og digital datarepræsentation har sin største retlige betydning inden for *ophavsretten*. Begrundet i den digitale teknologis karakteristika, herunder navnlig den hurtige reproduktionsmulighed, indeholder den danske ophavsretslov en række særlige bestemmelser for digitale værker, der i vidt omfang indskrænker mulighederne for at drage nytte af disse værker, i det omfang de er omfattet af lovens retsfaktum. Loven, der på dette område er en af de mest restriktive i verden, indeholder således i § 12, stk. 1, nr. 3-4 et forbud mod enhver form for *digital-digital* reproduktion, der som udgangspunkt også gælder, selvom den fremstillede kopi alene er til privat brug, jf. dog § 12, stk. 2, nr. 5, 2. led.²² Udgangspunktet for analog information er derimod, at reproduktion til privat brug er tilladt, § 12, stk. 1.

Såvel den fleksible information, der er knyttet til et fysisk medium, som den, der ikke er det, kan være digital eller analog. En bog trykt på papir er et eksempel på fleksibel analog information knyttet til et fysisk medium, hvorimod

-
19. Jf. i samme retning *Jesper Lau Hansen: Informationsmisbrug* (2001) s. 5, hvorefter "[i]nformation ... kan føre til en *erkendelse*", originalfremhævelse.
 20. *Alan Williams, Duncan Calow & Nicholas Higham: Digital Media – Contracts, Rights and Licensing*, 2nd Ed. (1998) s. 3.
 21. *Kasper Heine m.fl.: Internet.Jura* (1997) s. 222.
 22. §§ 36-37 indeholder en række undtagelser til dette reproduktionsforbud, jf. herom nedenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

Kapitel II · Karakteristik

software indlæst på en diskette er fleksibel digital information på et fysisk medium. Den rent digitale ydelse, der også præsteres digitalt, er udtryk for fleksibel digital information uden fysisk medium, mens det talte ord udgør fleksibel analog information uden fysisk medium. Se om betydningen af disse overvejelser kap. II, afsnit 4.

2.2.6.3. Menneskelæsbar og maskinlæsbar information

Om information er menneskelæsbar eller maskinlæsbar, afhænger af den *form*, informationen finder udtryk i. Forskellen belyses mest konstruktivt ved at tage udgangspunkt i *software*.²³ For den, der ønsker at skabe et edb-program, i dag som oftest ved hjælp af såkaldte *højniveausprog*, vil det første skridt være at udarbejde en *kildekode*. Denne kode består af en lang række kommandoer, der, hvis højniveausprog benyttes, er formuleret på et naturligt sprog, oftest engelsk. Kildekoden er med andre ord *menneskelæsbar*. Hovedformålet med at skabe edb-programmer er imidlertid deres funktion *som edb-programmer* og ikke i første række det indhold, der kan læses ud af kildekoden.²⁴ For at processoren skal kunne få adgang til de instruktioner, programmet indeholder, skal kildekoden derfor *oversættes* til maskinsprog – der skal med andre ord skabes en *maskinlæsbar* version, hvorved programkommandoerne omformes til en lang række af nuller og ettal, der for et menneske vil fremstå uoverskuelig og uden reelt informationsindhold.²⁵ Den maskinlæsbare udgave kaldes også for *objektkoden*.

Det interessante i retlig henseende er, om kilde- og objektkoden er undergivet den samme retlige regulering. Som det var tilfældet for sondringen mellem digital og analog information har også adskillel-

23. Se nærmere fremstillingen hos *Mads Bryde Andersen*: IT-ret (kompendium) kap. 1.2.b og kap. 3, *Colin Tapper*: Computer Law, 4th Ed (1989) s. 33ff. og *David Bainbridge*: Software Copyright Law, 4th Ed (1999) s. 1ff.

24. Edb-programmer er af afgørende betydning for, hvilke funktioner en computer kan udføre, jf. de prosaiske bemærkninger i *SOU 1985:51* s. 52, hvorefter "... en dator bara [är] 'en hög skrot' [utan ett program]".

25. Edb-programmer kan på denne vis siges at fungere i det skjulte, idet brugeren ikke har adgang til de enkelte instruktioner i den maskinlæsbare variant på samme måde som det er tilfældet med de informationer, der træder frem som tekst i et litterært værk formuleret på et naturligt sprog. Det er med andre ord alene *resultatet* af beregningerne foretaget internt i processoren, brugeren får adgang til i kraft af skærbillede mv., ikke instruktionerne i sig selv. Se nærmere fremstillingen hos *Julius Ernestus*: Nutzung und Vervielfältigung eines Computerprogrammes, CR nr. 9/1989 s. 786ff.

sen mellem kilde- og objektkode størst betydning indenfor *ophavsretten*. Der eksisterer således en række særregler for edb-programmer i den danske ophavsretslov, der til dels er foranlediget af forskellige EU-direktiver, og spørgsmålet er da, hvordan *edb-programmer* skal fortolkes i så henseende, jf. nærmere herom nedenfor kap. II, afsnit 4.2.4.. Men også på anden vis kan sondringen spille en rolle. Det forhold, at den menneskelæsbare version i dag ofte vil være skrevet på et naturligt sprog, medfører, at den lettere lader sig jævnføre med anden fleksibel information skrevet på naturlige sprog end den maskinlæsbare variant, der alene lader sig benytte via en computers processor. De overvejelser, man kan have, og de argumenter, som kan fremføres, i relation til retsgrundlaget for fleksibel information manifesteret i et fysisk medium og skrevet på et naturligt sprog (eksempelvis et traditionelt litterært værk), kan derfor i udgangspunktet med større vægt på samme vis fremsættes i relation til kildekoder end objektkoder.²⁶

Se hertil *Beta Computers (Europe) v Adobe Systems (Europe)*, SLT 1996 s. 608, hvorefter “[a] book typically is intended to be read, not copied, as a way of enjoying or using the object. The understanding of the reader may vary ... [but there] are no mechanisms which predetermine access to the written material”. Se om dommen nedenfor kap. II, afsnit 4.1. Om kopiering af edb-programmer og ophavsret, se kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

Udtrykket “menneskelæsbare” skal ikke forstås bogstaveligt således, at informationen nødvendigvis skal kunne læses af modtageren. Det centrale er, om informationen kan opfattes af modtageren ved brug af alle sanser. Musik høres, film ses og bøger læses, men i alle tilfælde er der tale om, at ydelsens værdi kommer til udtryk som led i en *kundskabsorienteret proces*. “Menneskelæsbare” er således alene et praktisk samlebegreb for alle sanseorienterede ydelser. Et edb-programs *objektkode* er derimod ikke menneskelæsbare, eftersom de digitale programinstruktioner retter sig til computerens processor. Det er først efter bearbejdningen heri, real kreditor kan få udbytte af disse digitale instruktioner.

Sondringen mellem menneskelæsbare og maskinlæsbare information har blandt andet betydning, når det skal afklares, hvilke retsregler der regulerer en informationsydelse med et menneskelæsbart eller maskinlæsbart informationsind-

26. Medmindre også kildekoden er gjort maskinlæsbare og derved konverteret til objektkode. I så fald behandles denne objektkode som andre objektkoder, sml. også kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

Kapitel II · Karakteristik

hold. Som nærmere omtalt i kap. II, afsnit 4.2.4.2.1 og 4.2.5.2.1 kan der fremsættes forskellige argumenter mod *købelovens* anvendelse, alt efter informationsydelsens menneskelæsbare eller maskinlæsbare indhold.

2.2.6.4. Objektiv og subjektiv information

Information kan finde udtryk på talrige måder. For en umiddelbar betragtning går en af de væsentligste skillelinier mellem det, man kan kalde *objektiv* og *subjektiv* information alt efter den konkrete informations karakter.²⁷ Ud fra en retlig synsvinkel er information objektiv, hvis realdebitor *indestår for* informationen. Den realdebitor, der garanterer et bestemt informationsindhold, må være underlagt en anden retlig bedømmelse end den, der blot forpligter sig til at foretage en given informationsrelateret handling uden indholdsmæssige krav til den information, der bliver resultatet.²⁸ En forfatter, der i sin aftale med forlaget forpligter sig til at skrive en kriminalroman, men i stedet udfærdiger og afleverer en digtsamling, er underlagt en anden retlig vurdering end den forfatter, hvis forlagsaftale alene forpligter ham til at skrive to bøger uden nærmere specifikation. Den myndighed eller private virksomhed, som udtaler sig om (andre) virksomheders produkter eller arbejdsmetoder i form af *certifikater*, og som i den forbindelse *garanterer* tilstedeværelsen af visse egenskaber ved det pågældende produkt eller den pågældende arbejdsmetode, må på samme vis behandles anderledes i retlig henseende end den, der alene udtaler sig om sin *mening* vedrørende de relevante forhold.²⁹

De anførte eksempler har alle det tilfælles, at det ikke er *informationen i sig selv*, der er noget i vejen med, men derimod denne informations relation til *parternes konkrete aftaleforhold*. Den digtsamling, forfatteren præsterer i stedet for den aftalte kriminalroman, kan således meget vel være af udmærket kvalitet, men den lever ikke op til aftalen. Legitimeres en virksomhed udadtil i kraft af et certifikat eller anden

27. Se i samme retning *TemaNord 2000:612* s. 27ff., navnlig om *mangelsvurderingen*. Spørgsmålet diskuteres i kap. II, afsnit 4.2 og kap. III, afsnit 3.

28. Jf. nedenfor kap. III, afsnit 3.2.4 om rådgivningsydelser og kap. III, afsnit 3.2.6.3 om aftaletilknyttede objektive informationsudtryk.

29. Jf. generelt om certificering og kvalitetsstyring *Mads Bryde Andersen: Praktisk Aftaleret* (1995) s. 222ff. Certificering kan komme til at spille en central rolle i forbindelse med lov nr. 417 af 31. maj 2000 om *elektroniske signaturer*, hvis § 4 indeholder regler om kvalificerede certifikater. Her som i øvrigt må den erklærende være påpasselig ved konciperingen, jf. i øvrigt *U. 1969. 882 H*, omtalt af *Bryde Andersen a.st.* s. 224.

form for kvalitetssikring, som beror på fejlagtige oplysninger vedrørende forhold af afgørende betydning for udstedelsen af certifikatet, er det ikke certifikatet som sådan, der er fejlagtigt, idet oplysningerne heri er rigtige – det er *grundlaget* for certifikatet, som er utilstrækkeligt.

Denne situation må holdes adskilt fra de tilfælde, hvor det er *selve informationen*, der ikke lever op til aftalen, og derfor har risiko for at skuffe modparten eller tredjemand. Visse informationer har et så autoritativt og objektivt præg, at de må underlægges en anden retlig bedømmelse end mere subjektivt prægede informationer, eftersom informationerne *lader sig verificere* efter en objektiv standard. Hvis den forfatter, der aftaleretligt har forpligtet sig til at præstere en kriminalroman, rent faktisk gør dette, men romanen ikke lever op til de kvalitetsmæssige forudsætninger, forlaget har, vil forfatteren ikke desto mindre have opfyldt aftalen, medmindre den er suppleret af krav om forlagets godkendelse af romanen efter deres eget skøn.³⁰ Dette beror på den kendsgerning, at informationen i *litterære eller kunstnerisk prægede relationer* i udpræget grad er undergivet tidens smag og behag. Om en roman eller anden kunstnerisk manifestation er god eller ej afhænger af en række *subjektive* faktorer, som ikke lader sig objektivisere. Det *kunstneriske udtryk* er i vidt omfang skaberens eget.³¹ Se om det *konkrete og abstrakte mangelbegreb* nedenfor kap. III, afsnit 3.1.

Ikke alle informationer har imidlertid dette præg. Visse informationer har en sådan grad af objektivitet over sig, at det kan give anled-

30. I så fald vil der være tale om en egentlig *betingelse*. Situationen kan også være den, at forholdet ikke direkte er nævnt i aftalen, men at der var tale om en væsentlig og afgørende *forudsætning* for forlaget. Sådanne forudsætningssynspunkter tillægges en vis betydning i teorien og praksis, se oversigten hos *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende Aftaleret* (1997) s. 64ff. og *Lennart Lyngé Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand* (2001) s. 186ff.

31. Det er samme begrundelse, der ligger til grund for princippet om, at det afgørende for den *ophavsretlige* beskyttelse efter ophavsretslovens § 1, stk. 1, ikke er frembringelsens eventuelle æstetiske indhold, men om den lever op til lovens forudsætning om, at der skal foreligge et egentligt *værk*. Værksbegrebet er således, i hvert fald i nutiden, udelukkende et juridisk begreb, se nærmere fremstillingen hos *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret* (1999) s. 40ff. og i det hele *Morten Rosenmeier: Værkslæren i ophavsretten* (2001). Der stilles mærkbart højere krav til ophavsretlig beskyttelse af *brugskunst* end i tilfælde, hvor det drejer sig om litterære eller kunstneriske frembringelser, hvilket navnlig skyldes konkurrencehensyn. Se om mangler i litterære og kunstneriske værker kap. III, afsnit 3.2.8.

ning til overvejelser om en anden retlig regulering end for de rent subjektivt prægede forhold, også uden en udtrykkeleg indeståelse. Det drejer sig i første række om informationer, som nok for en umiddelbar betragtning kan forekomme subjektive, men som får et objektivt præg i kraft af den sammenhæng, de indgår i. Brugermanualer og instruktionsvejledninger i al almindelighed er således isoleret betragtet en informationsform, der i større eller mindre udstrækning er subjektivt præget, men informationerne heri kan *relateres til den genstand eller ydelse, de knytter sig til*. Oplysningerne i sådanne publikationer og disse oplysningers mulige fejl eller unøjagtigheder er ikke fritstående, men indgår som en del af den samlede transaktion mellem parterne, og bedømmelsen af aftaleforholdet må derfor tage sit udgangspunkt i en *helhedsbedømmelse*.

Også *fritstående informationer* kan være af objektiv karakter. Om dette er tilfældet beror helt på informationernes *karakter*. Der er såvel praktisk som retlig forskel på skønlitterære værker og værker, hvis evne til at udgøre realdebitors ydelse i et aftaleforhold *ud fra vedtagne eller fagmæssige sammenhænge* lader sig vurdere. Der synes at være basis for en anden, undertiden strengere, retlig bedømmelse af eksempelvis samlinger indeholdende *faktuelle oplysninger* end rent subjektive informationer, eftersom disse oplysningers *aftalemæssige egnethed* i højere grad lader sig belyse. Grænsen til de situationer, hvor der foreligger en egentlig *indeståelse*, kan i disse tilfælde være udflydende, eftersom indeståelser også kan foreligge *stiltiende*, og der kan da argumenteres for, at hvor transaktionen vedrører eksempelvis faktuelle oplysninger, skal der mindre til, før man i praksis vil bedømme forholdet som en (stiltiende) indeståelse fra realdebitors side. Det centrale på dette sted er imidlertid blot at gøre det klart, at også *informationernes karakter* kan spille en rolle ved den retlige bedømmelse og dermed i afvejningen af, om en given lov finder hel eller delvis direkte anvendelse.

Opdelingen i objektiv og subjektiv information er af ganske stor betydning for denne afhandling, navnlig for så vidt angår spørgsmålet om *mangelsbedømmelsen*, jf. kap. III, afsnit 3. Ikke desto mindre skal det ikke skjules, at grænsen undertiden kan være ganske svær at drage. Se om problemstillingen kap. III, afsnit 3.1, 3.2.6.2 og 3.2.6.3.

2.2.6.5. Systemintern og brugerrettet information

Adskillelsen mellem systemintern og brugerrettet information er introduceret i dansk IT-ret af *Mads Bryde Andersen*, se eksempelvis IT-ret (kompendium) kap. 12.2.b.³² Information er *systemintern*, hvis den udgør en del af en anden ydelse og her alene tjener et *teknisk formål*. Som eksempler nævner *Bryde Andersen* a.st. køleskabe med edb-baserede termostatfejl og kameraer med defekte edb-baserede blændere. Andre eksempler kunne være biler med utilstrækkelige bremseegenskaber som følge af en defekt chip eller vaskemaskiner, der på grund af edb-baserede fejl i temperaturmekanismen vasker alt tøj som kogevask. Det interessante ved denne information ud fra en retlig synsvinkel er, at brugeren ingen indflydelse har på informationen, eftersom informationen udgør en *fasttømret del* af den ydelse, den er koblet til.

Brugerrettet information er derimod betegnelsen for information, som alene viser sin fejlagtige substans som led i en *kommunikationsproces* med brugeren, og det er således ikke nødvendigvis informationen i sig selv, der er fejlbehæftet endsige mangelfuld. Det er alene, fordi brugeren *disponerer* over eller i tillid til de pågældende informationer, at fejlen viser sig. Det kan dreje sig om edb-systemer, der afgiver misvisende data om et givet forhold, ukorrekte madopskrifter, fejl i kalkuleringsgrundlag og ufyldestgørende rådgivning, som brugeren herefter disponerer i tillid til. I alle disse tilfælde er det brugerens efterfølgende kommunikativt baserede adfærd, der udløser fejlen – det er udelukkende i kraft af den *vurdering*, brugeren anlægger, og den *betydning*, der tillægges informationen, at fejlen kommer til udtryk.

Kan en bil ikke bremse korrekt som følge af en fejl i edb-systemet, vil denne fejl ikke vise sig for brugeren, medmindre han bruger bremsepedalen. På samme vis som den brugerrettede information viser fejlen i *funktionel* information sig først i kraft af en interaktiv adfærd fra brugerens side. Forskellen er imidlertid, at fejlen i den funktionelle information ikke viser sig ved en kommunikativ tilknytning til den enkelte *bruger*. Der er tale om en kommunikativ proces, der finder sted *internt i den enkelte ydelse*, som brugeren ikke har mulighed for at gøre til genstand for en umiddelbar prøvelse. Fejlen i bremsesystemet kommer til udtryk, når brugeren træder på bremsepedalen, eftersom dette sætter en kædereaktion i gang, der involverer bilens elektriske installationer og kabelføring

32. I IT-retten (2001) s. 790 er sondringen imidlertid ikke gentaget. Forfatteren lægger nu udelukkende vægt på, om informationen er fleksibel eller mediekompatibel, jf. også IT-retten (2001) s. 110ff.

Kapitel II · Karakteristik

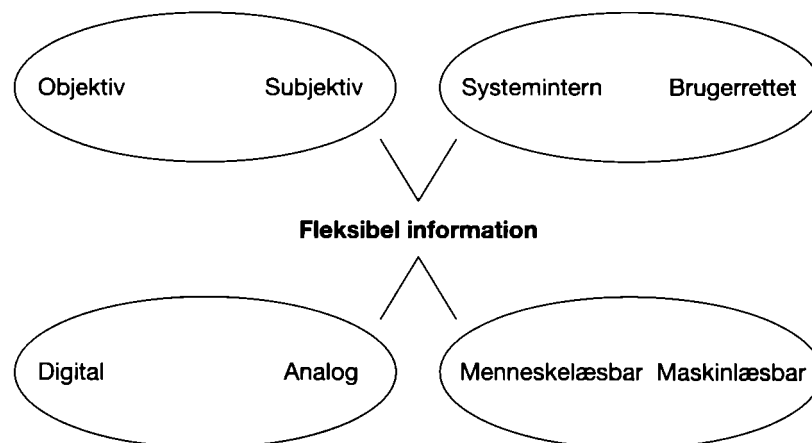
mv. Denne *systeminterne kommunikation* ligger udenfor brugerens rækkevidde. Til forskel herfra vil den, der får informationer fra eksempelvis et edb-system, først opnå kendskab til denne informations mulige fejl, når informationen er blevet gjort til et led i en kommunikativ proces *hos brugeren selv* (informationen læses, ses eller høres).

Om kommunikationsteorien, se kap. II, afsnit 2.3.2.

Det anførte er ikke ensbetydende med, at information ikke i sig selv kan være fejlbehæftet. Som anført i afsnit 2.2.6.4 kan information være *objektiv*, hvilket kan tillægges betydning ved den retlige vurdering. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at alle former for brugerrettet information, hvad enten den er knyttet til et fysisk medium eller ej, i større eller mindre udstrækning skal *tolkes af brugeren*, hvilket ikke gør sig gældende for den funktionelle information, hvis mulige fejl kommer til udtryk i kraft af en systemintern kommunikationsproces. Brugerens rolle som kommunikativ modpart i relation til potentielle fejl i den brugerrettede information kan have indvirkning på overvejelserne om, hvilket retsgrundlag der finder anvendelse, jf. *Mads Bryde Andersen: IT-ret* (kompendium) kap. 12.2.b og nærmere kap. III, afsnit 3.2.9 om relationen mellem produktansvar og mangler.

2.2.6.6. Anskueliggørelse af den fleksible information

Følgende figur kan illustrere de forskellige kategorier af fleksibel information:



Figur II.3 – Kategorier af fleksibel information

En informationsydelse kan og vil i reglen være i besiddelse af flere af disse karakteristika på samme tid. Et edb-program, der foreligger i *maskinlæsbart* format, består således af *digitale data*, der for så vidt angår programmets *input*, anvendes i en *systemintern proces*, hvorved ydelsen – programmet – i denne udformning har et *objektivt præg*. Om det samme gælder for programmets *output* afhænger af, hvad dette output består i.³³ Et traditionelt litterært værk manifesteret i et fysisk medium, eksempelvis trykt på papir, har et *analogt udtryk*, der gør det *umiddelbart menneskelæsbart* i en *brugerrettet proces*. Også her afhænger værkets objektive eller subjektive informationsindhold af informationernes karakter.³⁴

2.2.7. Opsamling

Med begrebsfastlæggelsen i afsnit 2.2.2-2.2.6 er der etableret et teoretisk grundlag for den videre retlige bedømmelse. Den omstændighed, at der i vid udstrækning er tale om begrebsmæssige konstruktioner, er ikke ensbetydende med et fravær af praktisk anvendelighed. Som det vil ses i det følgende, er det af fundamental betydning at klassificere de enkelte informationsydelser i overensstemmelse med de anførte inddelingsgrundlag, da ydelsens karakter af *digital* eller *analog* fremtræden mv. kan være udslagsgivende for *retsgrundlaget*. Der er for så vidt ikke noget epokegørende heri, eftersom reguleringen af enhver aftale altid vil forudsætte klarhed over aftalens *genstand*, således som denne er beskrevet i aftalen eller kan udfindes på anden vis. Men som afsnit 2.3 vil vise, er netop *informationsydelsen* karakteriseret ved en række særlige forhold, og beskrivelsen heraf ville savne mening, såfremt der ikke forinden var skabt klarhed over informationsydelsens mulige *indhold*.

Som andre teoretiske begrebsdannelser afhænger den praktiske nytteværdi af afsnit 2.2.2-2.2.6 således af, om de enkelte kategorier er *operable* i en retlig kontekst. Som den følgende fremstilling vil vise, kan det undertiden være vanskeligt at fastholde den stringente opdeling, men den omstændighed, at grænserne i praksis kan være flydende, fratager ikke i sig selv den teoretiske begrebsdannelse enhver værdi. I en juridisk disciplin, der som formueretten i vid

33. Se om klassificeringen af edb-programmer og den retlige behandling inter partes kap. II, afsnit 4.2.4 og kap. III, afsnit 3.2.7.5.

34. Om litterære værker i menneskelæsbart format, se kap. II, afsnit 4.2.5 og kap. III, afsnit 3.2.8.

Kapitel II · Karakteristik

udstrækning er præget af pragmatiske og praktisk orienterede regler og principper, kan det være en selvstændig pointe at etablere et begrebsapparat, der finder anvendelse også når forholdene forandrer sig. Dette er så meget desto mere tilfældet, når man ønsker at beskrive og indplacere nye transaktionsformer, hvor det umiddelbart anvendelige kildemateriale er beskedent, jf. også om dette aspekt kap. I, afsnit 2.

2.3. Informationsydelsens kendetegn

2.3.1. Oversigt

Uanset, om der er tale om fleksibel eller integreret information, har alle former for informationsydelser en række fundamentale egenskaber tilfælles. Det følgende afsnit har til formål at give et kort overblik over de væsentligste af disse, men intenderer ikke at være udtømmende. Henset til den mangfoldighed af ydelser, der kan henføres til informationsydelsen, jf. afsnit 2.2, ville dette være en uoverskuelig opgave med begrænset udbytte. De centrale aspekter kan derimod beskrives ganske kortfattet, men alligevel tilstrækkeligt til at anskueliggøre, hvori det særlige består.

2.3.2. Information overføres ved reproduktion.

Den matematiske kommunikationsteori

Hvis ydelsen i et aftaleforhold udgøres af et fysisk formuegode, opfyldes aftalen i form af en *overdragelse* af det pågældende formuegode, også selvom godet indeholder integreret information. Overdragelsen indebærer, at ydelsen ikke længere udgør en del af realdebitors formuemasse.³⁵ Vedrører aftalen en bil af mærket XX opfyldes aftalen ved realdebitors overdragelse af en bil af denne type med den konsekvens, at bilen ikke længere er i realdebitors varetægt. Dette hænger sammen med det faktum, at transaktioner, der involverer medium-integreret information, altid vil have til formål at skaffe realkreditor

35. Overdragelsesbegrebet spiller en særlig rolle i *køberetlig* terminologi. Et køb defineres traditionelt som en aftale, der går ud på overdragelse af et formuegode mod vederlag i penge, jf. nærmere om køkets grundstruktur kap. II, afsnit 3.2. Overdragelse er her et *retligt* begreb, der ikke nødvendigvis indebærer, at realkreditor får faktisk rådighed over formuegodet. Det afgørende er alene, at realdebitor fratages muligheden for gyldigt at kunne råde over formuegodet i retlig henseende. Transaktioner, hvorved realdebitor bevarer formuegodet i sin besiddelse (*constitutum possessorium*), opfylder det køberetlige krav om overdragelse, eftersom realdebitor besidder godet på realkreditors vegne og er afskåret fra at disponere over ydelsen i retlig henseende.

råden over en fysisk genstand. Informationen er her en biydelse i aftaleforholdet mellem parterne.

Er der tale om fleksibel information, er situationen en anden. Dette illustreres mest iøjnefaldende i relation til fleksibel information uden fysisk medium. Sådanne informationsydelser – eksempelvis mundtlig rådgivning og digitalt præsterede ydelser – adskiller sig fundamentalt fra aftaler om mediumintegreret information, eftersom ydelsen populært sagt *kan være flere steder på én og samme tid*. Den advokat, der mundtligt rådgiver sin klient, vil fortsat være i besiddelse af ydelsen (rådgivningens indhold) efter transaktionens gennemførelse. Den realdebitor, der opfylder sin forpligtelse til at præstere en digital ydelse, vil i reglen ligeledes fortsat være i besiddelse af den information, der udgør ydelsens indhold, når transaktionen er tilendebragt. Flexibel information uden fysisk medium overdrages med andre ord ikke – den *overføres* (kopieres, reproduceres).³⁶

Mens adskillelsen mellem mediumintegreret information og fleksibel information uden fysisk medium relativt enkelt lader sig forklare, kan den fleksible information manifesteret i et fysisk medium umiddelbart forekomme mere problematisk at klassificere. Angår aftaler eksempelvis bølger eller musik indspillet på kassettebånd, grammofoonplade eller compact-/minidisc vil man normalt i overensstemmelse med dagligsproget sige, at sådanne ydelser købes. I udgangspunktet er det for så vidt også korrekt, idet der sker en overdragelse af et fysisk gode, men for de fleste praktisk forekommende tilfælde vil det ikke være den fysiske manifestation, der har realkreditors interesse. Som det var tilfældet for den fleksible information uden fysisk medium er det *informationen* som sådan, der bærer transaktionen og er årsagen til aftalens indgåelse.

Som anført i kap. II, afsnit 2.2.4 og 2.2.5 kan det forekomme, at transaktioner, der involverer fleksibel information manifesteret i et fysisk medium, bæres af det fysiske medium snarere end af informationen. Tydeligst træder dette frem ved eksemplarer med *samlerværdi*, altså eksemplarer, der i kraft af særlig indbinding eller fordi de udgør sjældne førsteudgaver mv., har en unikaværdi for realkreditor. Hvis det fysiske medium derimod udgøres af en diskette eller en cd-

36. Fremkomsten af den digitale teknologi med dens muligheder for hastig reproduktion har afstedkommet store problemer for den immaterialretlige, navnlig den *ophavsretlige*, lovgivning. Se for aspekter af denne problemstilling kap. II, afsnit 4.2.4.

Kapitel II · Karakteristik

skive, vil sådanne situationer blive stadigt mere sjældne, eftersom disse mediers egenverdi er ganske beskeden. Egentlig samlerværdi vil disse medier næppe få.

Mediet kan på denne vis anskues som en form for *emballage*, der alene er påkrævet for at muliggøre adgangen til informationen. Dette gælder både medier af fysisk og ikke-fysisk karakter, men er særlig tydeligt ved de ikke-fysiske medier, eftersom informationen her for alvor løsriver sig fra informationsbæreren. Angår aftalen en digital præstation, er det åbenbart, at realkreditor ikke er interesseret i de impulser, der muliggør transaktionen, men derimod i den information, disse impulser overfører.

I kap. II, afsnit 2.2.6.5 introduceredes en sondring mellem systemintern og brugerrettet information. Afgørende var det, om informationen indgik i en *menneskelig* eller en *maskinel kommunikationsproces*. Centralt for al information er det, at den – for at kunne reproducere – må indgå i en sådan kommunikativ relation. Når det drejer sig om digital informationsteknologi kan sammenhængen mellem information og kommunikation illustreres gennem *den matematiske kommunikationsteori*, som udgør et væsentlig element indenfor hele denne teknologiske gren.

Teoriens hovedtræk er beskrevet af *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar (1988) s. 266ff., samme: IT-retten (2001) s. 110ff. og *J. F. Sowa*: Conceptual Structures – Information, Processing in Mind and Machine (1984) s. 339f., der alle baserer sig på fremstillingen af *Shannon & Weaver*: Recent Contributions to the Mathematical Theory on Communication (1949). *Mads Bryde Andersen*'s anvendelse af teorien i EDB og Ansvar (1988) diskuteres af blandt andre *Peter Blume* i JUR 1989 s. 293ff. og *Henrik Zahle* i NÅR 1990 s. 197ff. Teorien forekommer dog fortsat velegnet til beskrivelse af selve kommunikationsprocessen og dermed til illustration af, hvordan information overføres. Kritikken går da også hovedsagelig på nytten af at anvende teorien i en *juridisk* kontekst, jf. herom i det følgende.

Den matematiske kommunikationsteori kan kort beskrives som en teori for overførelse af information i tekniske systemer, hvor den til gengæld passer på talrige situationer – fra telefonsamtaler og radio-kommunikation til digitale netværk.³⁷ Selve *kommunikationssystemet*

37. Den følgende fremstilling er inspireret af *Dansk Encyklopædi*, Niende Bind s. 376ff.

består af følgende seks elementer: der skal være en *afsender af et budskab* (en kilde), en *sender*, der koder budskabet i et signal og afsender det (en *transmitter*), en *kanal* (der altid vil rumme en vis *støj*), en *modtager* af budskabet, der afkoder dette, og en *slutbruger*, eksempelvis den person, der slutteligt tildeles informationen (en *destination*).³⁸ Teorien beskriver de *tekniske* betingelser, i kraft af hvilke information kan overføres på den mest effektive måde. Det er værd at holde sig for øje, at teorien *ikke* begiver sig af med at beskrive informationens *betydning* eller *mening* (semantik). Information ligestilles med stof og energi kendt fra fysikkens og matematikkens verden og angives derfor *kvantitativt*. *Kvalitative* betragtninger (mening eller værdi) indgår derimod ikke. Teoriens praktiske anvendelse i en bredere forstand problematiseres derudover ved, at den er uegnet til at beskrive *ny* og *uforudsigelig* information, eftersom det er et fundamentalt krav, at det *forud* skal være muligt at fastlægge sættet af mulige hændelser.

Gennem fokuseringen på afsenderen, budskabet og modtageren illustrerer teorien det basale i en kommunikationsproces: information (budskabet) afsendes (gennem det talte ord, via radiobølger, via digitale signaler mv.) til modtageren (et andet menneske, en teknisk installation mv.). For at processen skal opnå sit formål – overførelse af informationens *indhold* – skal såvel afsender som modtager beherske det samme *sprog*, og det er her, mulighederne for støj optræder. Adgangen til informationens indhold afhænger således af den kompetence, modtageren har til at *tolke* dette indhold, hvilket igen afhænger af hvilken *form*, sproget antager. Er der tale om *naturlige* sprog, som anvendes i den menneskelige kommunikation, består der en risiko for, at parterne misforstår hinanden. Denne risiko elimineres ved brugen af *formaliserede* sprog som eksempelvis det formalsprog, software skrives i.³⁹ Kravene til stringent og præcis anvendelse af de principper, der gælder for det formaliserede sprog, er fundamentalt for anvendelsen af dette sprog til overførelse af informationsindhold. Informationsindhold, der fremtræder i naturlige sprog, kan derimod fortolkes i større eller mindre udstrækning.

38. Se nærmere illustrationen hos Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar (1988) s. 269, hentet fra Shannon & Weaver: Recent Contributions to the Mathematical Theory on Communication (1949).

39. Se fremstillingen hos Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar (1988) s. 271.

Kapitel II · Karakteristik

Den matematiske kommunikationsteori fremstår fremdeles som velegnet til beskrivelse af de kommunikative processer, der præger al informationsoverførsel, selvom den langt fra er den eneste teori, der beskæftiger sig med information som begreb, jf. oversigten kap. II, afsnit 2.2.2. Dens betydning i en *juridisk* kontekst kan derimod diskuteres. *Mads Bryde Andersens* anvendelse af teorien i EDB og ansvar (1988) skal ses i lyset af det retlige problem, der tages op: teknologiens betydning for *erstatningsansvaret*. Teorien kan her være til hjælp i kraft af fokuseringen på de enkelte deltagere i en kommunikationsproces og de *valg*, disse foretager. I nærværende sammenhæng har teorien imidlertid ikke i alle henseender den samme betydning. Teorien er som nævnt *kvantitativ*, og for afgørelsen af, om eksempelvis købeloven finder anvendelse på en konkret transaktion, er det ikke *mængden* af det, der indgår i transaktionen, som er afgørende, men derimod *karakteren* af det (løsøre eller ej). I andre relationer kan teorien derimod spille en rolle, eksempelvis hvad angår overvejelser om anvendelsen af *produktansvarsloven* på fleksibel information, herunder digitale ydelser. Se om produktansvar kap. III, afsnit 3.2.9.

2.3.3. Forbrug og slitage

Det forhold, at information kan befinde sig flere steder på én gang, har en række afledte virkninger. Information *forbruges* således ikke som fysiske formuegoder bliver det. Den, der erhverver sig et litterært værk, udtømmer ikke dette værks forbrugsmuligheder ved at læse det én gang – bøger kan som bekendt læses i det uendelige. Software kan benyttes igen og igen, man kan høre det samme stykke musik om og om igen.⁴⁰ Derimod kan den samme mursten kun benyttes én gang i et entrepriseforhold,⁴¹ fødevarer kan kun konsumeres én gang, benzin kan kun bruges én gang. Dette hænger sammen med, at medium-integreret information *ikke primært er sanserettet*, men derimod be-

40. En ting er, hvad man faktisk kan gøre, noget andet er, hvad man retligt er beføjet til. I det omfang, frembringelsen udgør et værk i ophavsretlig forstand, indeholder ophavsretsloven en række begrænsninger i adgangen til at foretage eksemplar fremstilling mv., der kan få betydning for brugen af information. Se om ophavsretslovens § 36 kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

41. Murstenen kan imidlertid *genbruges*, indtil den som følge af slid eller ælde ødelægges eller på anden vis får reduceret anvendelighed. Dette ændrer dog ikke ved, at stenen kun kan benyttes ét sted på samme tid.

regnet til at blive *forbrugt*. Fleksibel information er således ikke som sådan underlagt nogen form for *tidsmæssigt betinget begrænsning*.⁴²

Ikke alle former for typiske fysiske formuegoder forbruges på denne vis. En bil kan som bekendt også anvendes mere end den første gang, der køres i den. Forbrug er der ikke desto mindre fortsat tale om, det er blot ikke *øjeblikkeligt*. En bil har, eventuel foretagelse af service ufortalt, ikke samme stand efter 50 år som da den var ny. Fleksibel information kan derimod meget vel have samme – eller større – værdi også efter adskillige århundreder. Fleksibel information er med andre ord ikke udsat for *slitage* på samme måde som fysiske formuegoder.⁴³ Dette betyder ikke, at informationen nødvendigvis har samme *værdi* på et hvilket som helst tidspunkt – vittigheder er oftest sjovest første gang, de høres – eller at værdien er konstant – dårlige vittigheder bliver sjældent bedre af at blive fortalt mere end én gang – men det betyder, at informationen – disse forhold desuagtet – ikke taber i værdi, endsige destrueres, på samme måde, som det er tilfældet for fysiske formuegoder.

2.3.4. Manglende håndgribelighed

Alle former for konkrete informationsudtryk har det til fælles, at de ikke er *håndgribelige*. Information antager således immateriel karakter. Er der tale om mediumintegreret information eller fleksibel information knyttet til et fysisk medium er det alene mediet, der bogstaveligt talt kan holdes i hånden, ikke den information, der er manifesteret heri. Den information, der ligger i en bils design, antager lige så lidt som teksten i et litterært værk fysisk form. Er der intet fysisk medium – som ved rent digitale præstationer – åbenbares den manglende håndgribelighed for alvor.

Fraværet af en fast, fysisk form kan få betydning i en række situationer. For det første kan det indgå i overvejelserne om anvendelsen af *mediumspecifik retlig regulering*. Adskillige lovbestemmelser beskriver

42. Sådanne restriktioner kan imidlertid være aftalt eller følge af anden retlig regulering, men heller ikke i disse tilfælde er der tale om, at begrænsningen er knyttet til informationen som sådan.

43. Der erindres om, at fleksibel information kan være manifesteret i et fysisk medium, der er udsat for samme *slitage* som andre fysiske medier. Det papir, en bog er trykt på, kan slides i stykker, en lp-plade kan ridses, et lærred kan mørne. Dette ændrer imidlertid intet ved, at selve informationen ikke er *slitageudsat*. Se om sådanne *mediefejl* kap. III, afsnit 3.2.5.

direkte eller indirekte retsfaktum som noget fysisk (produkt, løsøre, ting, genstand). En uhåndgribelig, immateriel ydelse som information falder umiddelbart ikke indenfor rammerne af sådanne retsfaktumangivelser, jf. hertil kap. II, afsnit 3.2.3 om det køberetlige retsfaktum. For det andet og i nær tilknytning hertil kan manglen på fysisk form fremkalde tvivl om mulighederne for at *sikre rettigheder med virkning for tredjemand* over informationen. Der kan således sættes spørgsmålstejn ved muligheden for at *rådighedsberøve* fleksibel information.⁴⁴ For det tredje medfører informationens immaterielle karakter en uundgåelig fokusering på *immaterialretslovgivningen*. I det omfang, der er knyttet rettigheder til informationen, vil dette ofte indvirke på overvejelserne om det generelle retsgrundlag inter partes, jf. om licensbetragtninger kap. II, afsnit 3.3.2 og 4.2.4.2.1.

2.4. Information som selvstændigt formuegode

Den, der skaber en fleksibel informationsydelse, opnår alene immaterialretlig beskyttelse, såfremt betingelserne herfor, således som disse kommer til udtryk i de enkelte immaterialretlige love, er opfyldt. Man kan derfor spørge, om *ubeskyttet* information er et formuegode – et i udgangspunktet simpelt spørgsmål, der imidlertid ikke lader sig besvare lige så enkelt.⁴⁵ Relevansen af spørgsmålet skal søges i det faktum, at information alene har interesse i en retlig kontekst i det omfang, informationen kan gøres til genstand for *retlige* forpligtelser og *retlig* regulering. Ønsker man eksempelvis at stifte *tinglige* rettigheder over ubeskyttet information, må forudsætningen herfor være, at informationen udgør et formuegode. I modsat fald kan den økonomiske interesse ikke realiseres under en tvangsfuldbyrdelse, og retsstiftelsen mister da sin værdi, eftersom rettigheden ikke kan gennemtvinges.

Som det fremgik af afsnit 2.2, kan information inddeles efter en lang række forskellige kriterier alt efter hvilket aspekt, der konkret fokuseres på. Allerede af denne grund ses det, at der ikke kan gives et entydigt svar på det stillede spørgsmål. Svaret må derfor i første række være, at informationens mulige retsbeskyttelse afhænger af, hvad der

44. Eksempelvis ved *håndpant*. Emnet falder udenfor nærværende afhandlings rammer. Se om emnet *bet. nr. 1394/2000* om papirløs tinglysning og *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 513ff. samt s. 534f. om håndpant.

45. Sml. hertil *Jon Bing m.fl.: Strafferettslig vern av immaterielle goder*, Complex nr. 12/1987 s. 9.

menes med information. Er der tale om *mediumintegreret* information giver det ikke anledning til særlige vanskeligheder at karakterisere en sådan information for et formuegode. Informationen fremtræder her ikke selvstændigt, men som en integreret del af den fysiske genstand. Det samme gælder ikke for den *fleksible* information, der som nævnt i kap. II, afsnit 2.2.3 og 2.2.6 end ikke behøver at være manifesteret i noget fysisk medium. Det er disse ydelser, hvor informationen er transaktionsbærende, som påkalder sig konkret interesse.

Der kendes talrige eksempler fra eksisterende lovgivning på *regulering* af information. Straffelovens bestemmelser om brevhemmelighed straffer uberettiget tilegnelse af breves informationsindhold, lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger forbyder visse former for disponering over personoplysninger, og reglerne om aktindsigt i forvaltningsloven giver under nærmere angivne betingelser en borger ret til at blive gjort bekendt med de dokumenter, som indgår i en sag, hvori vedkommende er part. Fælles for sådanne reguleringstiltag er, at de relaterer sig til visse særlige former for information, hvis nærmere beskaffenhed fremgår af de enkelte loves angivelse af retsfaktum. I det omfang, en konkret informationsmængde er omfattet af dette retsfaktum, er informationen undergivet en retlig regulering og udgør dermed også et retsbeskyttet gode.

Det er ikke ukendt, at information konkret kan gøres til genstand for eksempelvis overdragelse og finansiering, hvad enten informationen er analog eller digital. Bøger, aviser og digitale ydelser udgør alle dele af et fælles *informationsmarked*.⁴⁶ Et af de mest illustrative eksempler på *retsbeskyttelse* af manifesteret information er hele det immaterialretlige lovkompleks, herunder *ophavsretslovgivningen*, hvorefter frembringeren af eksempelvis et litterært værk nyder en vis beskyttelse, jf. ophavsretslovens § 1 og om beskyttelsens omfang lovens § 2. Eftersom det ikke er afgørende for beskyttelsen som et værk, at dette

46. Se hertil SOU 1992:110 s. 155ff., hvor det diskuteres, om information er *egen-dom*, jf. også om det køberetlige retsfaktum kap. II, afsnit 3.2.3. Som nævnt af Ellen-Kathrine Thrapp-Meyer: Forbrukerkjøp og edb, Complex nr. 5/1989 s. 19 har fleksible informationsydelser været kendt længe, men problemet for de digitale ydelsers vedkommende er den lethed, hvormed informationen lader sig frigøre fra mediet. Dette medfører, at "... forholdet mellom det immaterielle og det fysiske element er blitt tilspisset", Ellen-Kathrine Thrapp-Meyer a. st.

Kapitel II · Karakteristik

er fikseret⁴⁷ i et fysisk medium – også mundtlige frembringelser nyder beskyttelse, hvis de opfylder kravene i ophavsretslovens retsfaktumangivelse – kan man med en vis ret sige, at også *information som sådan* kan opnå retsbeskyttelse gennem den ophavsretlige lovgivning.

Informationens *kvantitative* omfang kan have betydning for den *ophavsretlige* beskyttelse af, i første række, de *sproglige* værker, jf. nærmere *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret (1999) s. 52, samme i *TfR* 1987 s. 317ff., navnlig s. 323f. og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer (1998) s. 102f. med henvisninger. Ofte nævnt er *U.1951.725 H*, der gav ophavsretlig beskyttelse til sætningen “Hvem ringer klokkerne for”, samt *U.1966.676 Ø*, hvor “Nabo til Nordpolen” ligeledes nød ophavsretlig beskyttelse. Sidstnævnte afgørelse kritiseres af *Koktvedgaard a.st.*, der – overbevisende – argumenterer for, at forholdet rettelig burde have været henført under ophavsretslovens § 73 om *titelbeskyttelse*, jf. også *Schønning a.st.*⁴⁸ Det kan diskuteres, om ét eller to ord er tilstrækkeligt, men det må anses for udelukket, at enkeltstående bogstaver, tegn eller bits kan opnå ophavsretlig beskyttelse som *litterært værk*,⁴⁹ medmindre det enkelte tegn – som det kinesiske alfabet – kan udtrykke et litterært meningsindhold. Angivelsen af et “ja” eller et “0” er normalt ikke udtryk for en kreativ indsats fra frembringerens side og overlader i øvrigt ikke noget *valg* til denne, jf. også om risikoen for dobbeltfrembringelser *Mads Bryde Andersen*: IT-retten (2001) s. 291ff. og 295ff. samt *U.1993.17 H*. Det er ikke nogen undtagelse hertil, at edb-programmer efter ophavsretslovens § 1, stk. 3 i udgangspunktet nyder samme beskyttelse som litterære værker. Programbeskyttelsen relaterer sig ikke til de enkelte bits, men derimod til den *helhed*, programmet udgør, og som manifesterer sig som instruktioner til processoren.

47. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret (1999) s. 39 og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer (1998) s. 83.

48. Her som i øvrigt på immaterialrettens område må den ophavsretlige regulering ses i kombination med den øvrige immaterialretlige regulering, herunder varemærkeretten, samt konkurrenceretten. Sidstnævnte kan navnlig få betydning for reklameslogans mv., se *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret (1999) s. 65.

49. Særligt kunsthåndværk udformede enkeltstående tegn kan opnå ophavsretlig beskyttelse som et kunsværk, hvis de i øvrigt opfylder værkshøjdekravene. Det kan således ikke udelukkes, at en kunstners fremstilling af eksempelvis et bogstav i et særegent format kan opnå beskyttelse som kunsværk. Beskyttelsen vil da omfatte værkets konkrete udformning, ikke det meningsindhold, dette værk måtte være i besiddelse af, eftersom ophavsretten ikke yder beskyttelse af ideer.

2. Den digitale ydelse

Information kan således være gjort til genstand for en konkret retsregulering eller retsbeskyttelse og kan dermed udgøre et gode, der er værnet af retsordenen. Om det konkret er tilfældet afhænger af den foreliggende informations indplaceringsmuligheder under den relevante retlige reguleringsangivelse af retsfaktum. Men information kan også være undergivet retlig *regulering*, selv om den ikke i sig selv nyder retlig *beskyttelse*. Den, der indgår aftale med frembringeren af en informationsydelse, som ikke falder indenfor rammerne af retsfaktumbeskrivelsen i ophavsretsloven, er *aftaleretligt* forpligtet til at opfylde aftalen med frembringeren, desuagtet ydelsen ikke i sig selv nyder retlig beskyttelse efter ophavsretsloven (eller andet lovgivningsgrundlag), jf. princippet i aftalelovens § 1, 1. pkt., medmindre aftalen er ugyldig eller af andre årsager ikke kan gøres gældende mod parten.⁵⁰ Informationsydelsen opnår i sådanne tilfælde sin retlige betydning i kraft af parternes indbyrdes retsgrundlag – aftalen – og aftalen vil da i udgangspunktet kunne gennemtvinges med retsordens mellemkomst.

Den retlige regulering af sådanne informationsydelser beror som udgangspunkt på aftalen, således som denne måtte blive fortolket og udfyldt. Temaer, parterne ikke har taget stilling til i aftalen, må enten indfortolkes som en del af aftalegrundlaget ud fra synspunkter om stiltiende accept eller reguleres ved udfyldning med almindelige retsgrundsætninger om kravene til ydelsens beskaffenhed, opfyldelse af præstationsforpligtelsen mv.

Spørgsmålet om information som formuegode har også et *ejendomsretligt* aspekt. Der må her sondres mellem *mediet*, den dertil knyttede *information* og de immaterielle *rettigheder*, denne information måtte være undergivet. Tredelingen tjener til at belyse det forhold, at der er forskel på, om man taler om ejendomsret til mediet (det konkrete eksemplar), til informationen eller til de immaterielle rettigheder til denne information.⁵¹ Immaterialrettighederne ses ofte betegnet som *intellektuelle ejendomsrettigheder*, en terminologi, der kan afstedkomme tvivl, eftersom ejendomsretten generelt er en ret for indehaveren til i *almindelighed* at foretage dispositioner. Immaterialrettighe-

50. Det anførte har en vis betydning for den køberetlige begrebsudvikling, jf. kap. II, afsnit 3.2.2.1 om overgang af ejendomsret som betingelse for at anse en transaktion som køb.

51. Således eksempelvis *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret* (1999) s. 1f.

derne er derimod lovbestemte og indehaveren har ingen almindelig dispositionsadgang, eftersom de enkelte love udtømmende opregner indehaverens beføjelser.⁵²

2.5. Identificering af den digitale ydelse

2.5.1. Oversigt

De digitale ydelser er flertydige størrelser. Deres mangfoldighed til trods er alle digitale ydelser imidlertid baseret på det samme tekniske fundament, *digitaliseringsteknologien*. Man kan generelt sondre mellem to forskellige hovedpræstationsmåder, der hver især dækker over en række underkategorier. Bedømmelsen af retsgrundlaget for den digitale ydelse afhænger af ydelsens *art* og den *måde*, hvorpå ydelsen præsteres, og en kortfattet præsentation af de teknologiske muligheder kan derfor danne grundlaget for overvejelser om de retlige problemer, den digitale ydelse foranlediger.

2.5.2. Filbaserede transaktioner

En digital ydelse kan præsteres ved overførsel af en *fil*. En fil er betegnelsen for en *datapakke* bestående af bits (nuller og ettaller), hvis informationsindhold træder frem, når dataene transformeres i det rette sproglige miljø.⁵³ På samme måde som en pakke sendt med almindelig post i den fysiske verden fremtræder filen som en helhed, der lader sig afgrænse overfor omverdenen.⁵⁴ Modtageren af filen vil efter modtagelsen i udgangspunktet frit kunne åbne den, indlæse den på sin harddisk eller på andet varigt hukommelsesmedium eller lade dens indhold udskrive, medmindre filen eller dele heraf fra afsenders side er forsynet med kode eller på anden vis låst. Filen er med andre ord i modtagerens varetægt også *efter* transaktionens afslutning, og modtageren kan benytte den på et hvilket som helst givent tidspunkt efter eget valg.

52. Emnet diskuteres ikke yderligere her, se i stedet note 51.

53. *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 36 (IT-ordbogen) definerer en fil som en "... mængde af data, som logisk har noget at gøre med hinanden, og som derfor håndteres som en enhed". I *TemaNord 1999:598* s. 90 defineres en fil som "... en struktureret mængde data, repræsenteret ved tegn".

54. Det kan af tekniske årsager forekomme, at en fil deles op under transmissionen på et digitalt netværk. Selv hvor dette er tilfældet, samles filen imidlertid altid igen, inden den når adressaten, hvor den derfor atter vil udgøre en helhed. Se om de tekniske principper bag navnlig *Internettets* opbygning de i kap. I, afsnit 2 med note 6 anførte værker.

2. Den digitale ydelse

En fil kan komme realkreditor i hænde på to måder: den kan blive sendt direkte fra realdebitor til realkreditor, eller den kan være indlagt på et medium kontrolleret af realdebitor, som realkreditor herefter kalder op. I førstnævnte situation foregår selve transaktionen på realdebitors foranledning,⁵⁵ medens det i sidstnævnte tilfælde er realkreditor selv, der skal tage affære og eksempelvis logge sig ind på en hjemmeside og downloade filen. Man kan beskrive forholdet på den vis, at hvor filtransaktionen i førstnævnte tilfælde forudsætter en aktiv handling fra realdebitors side for at komme i stand, er det i sidstnævnte tilfælde realkreditor, der skal foretage den aktive handling, eftersom filen alene er lagt på det pågældende medium i den hensigt at udbyde den til *potentielt* interesserede realkreditorer. I begge tilfælde er omfanget af den aktive handling begrænset til et, eventuelt flere, tryk på musen. Slutresultatet er det samme: realkreditor opnår rådighed over en fil, men det centrale er, på hvis *foranledning* transaktionen kommer i stand.

Hvor filen skal transmitteres direkte til realkreditor, kan dette ske enten via *netværksforbundet* hardware (point to point-transaktioner) eller med baggrund i en *direkte opkobling*, eksempelvis en telefonforbindelse, mellem realdebitor og realkreditor. Kommunikerer parterne med en almen netforbindelse som medium, eksempelvis via Internettet, vil filen ofte blive sendt som en *e-mail*. Direkte opkobling vil ofte blive benyttet mellem mere faste parter, idet den forudsætter, at parterne er i besiddelse af specialprogrammel og selvstændige datalinier. Risikoen for, at der opstår fejl eller forsinkelse undervejs i transaktionen, er forskellig alt efter den måde, transaktionen foretages på, se hertil kap. III, afsnit 2.5 og 2.6.

Skal realkreditor selv effektuere transaktionen ved at downloade ydelsen fra det medium, hvorpå realdebitor har lagt den, forudsætter dette rådighed over det fornødne programmel, eksempelvis i form af de almindeligt kendte brow-

55. Transaktionen kan, såfremt de tekniske og programmæssige forudsætninger herfor er til stede, eventuelt effektueres således, at indlæsningen foretages på realdebitors foranledning: ydelsen sendes og realkreditors installation påbegynder umiddelbart indlæsningen uden aktiv handling fra realkreditors side. I de fleste tilfælde vil en sådan *automatiseret proces* dog være ledsaget af krav om *færdiginstallation* til realkreditor, eksempelvis i form af åbning og transformering af .exe-filer. Uanset om denne fremgangsmåde er anvendt, er den retlige bedømmelse dog identisk.

Kapitel II · Karakteristik

sere fra Netscape eller Microsoft. Denne transaktionsform kan afstedkomme særegne problemer. Se hertil kap. III, afsnit 2.5 om fordringshavermora.

2.5.3. Adgangsbaserede transaktioner

En digital ydelse behøver ikke blive opfyldt ved overførsel af en fil. Visse ydelser indlægges af realdebitor på et medium kontrolleret af denne, typisk en *hjemmeside* eller en *database*, som der herefter kan kaldes op til *med henblik på aktuel brug på stedet* af den information, der er på mediet.⁵⁶ Illustrerende eksempler på dette er generelle søgeværktøjer (Altavista, Jubii), opslagsværker (ordbøger, leksika) eller telefonbøger og vejvisere (TDC, Krak). Den digitale ydelse består her i, at brugeren logger sig ind på mediet, bruger ydelsen, hvorefter der logges af igen. Transaktionen resulterer således ikke i nogen overførsel af en datapakke, som realkreditor kan benytte sig af, også efter forbindelsen er afbrudt, og det er ikke meningen, at transaktionen skal medføre realkreditors råden over selve den ydelse (søgeværktøjet mv.), der bruges⁵⁷ – det interessante for brugeren er det *resultat*, søgeværktøjet fremviser, ikke det pågældende søgeværktøj i sig selv. Sådanne transaktioner iværksættes af brugeren selv, idet ydelsen alene udbydes fra realdebitor til almenheden eller dele heraf, ikke til nogen bestemt bruger.

Den adgangsbaserede transaktion, der også kan betegnes som *brugeradgang til tjenestemaskiner*, minder i sin struktur om traditionelle *tjenesteydelser*. Transaktionen resulterer i en immateriel informationsmængde, og selvom dette også gør sig gældende for filtransaktionernes vedkommende, er der det yderligere aspekt ved adgangsbaserede transaktioner, at disse ikke involverer nogen helhed i form af en *datapakke*. Der eksisterer ingen legal definition af tjenesteydelsen i dansk ret, jf. kap. II, afsnit 2.2.5 og 3.3.1, men med baggrund i den af *Bernhard Gomard* opstillede definition⁵⁸ kan man sige, at den adgangs-

56. Se hertil UCITA Sec. 102(a)(1), hvorefter der ved en *access contract* forstås "... a contract to obtain by electronic means access to, or information from, an information process system of another person, or the equivalent of such access".

57. De fleste browsere har en funktion, der tillader brugeren at gemme centrale og ofte benyttede IP-adresser i form af *bogmærker*. Browseren vil da huske disse adresser også efter afbrudt strømforsyning eller lukning af selve browseren. Der er imidlertid ikke tale om nogen filtransaktion, eftersom det alene er *netop adressen*, der huskes, ikke det *indhold*, der måtte være på denne adresse.

58. Obligationsret, del 1 (1998) s. 10.

2. Den digitale ydelse

baserede transaktion som tjenesteydelsen er *usynlig*, eftersom den manifesterer sig immaterielt. Terminologien kan imidlertid i andre sammenhænge forekomme utilstrækkelig til at beskrive de talrige ydelser, der kan indgå i den adgangsbaserede transaktion såvel som i filtransaktionen, jf. kap. II, afsnit 2.2.5 og 3.3.1 om grænsedragningen mellem løsøre og tjenesteydelser.

Sondringen mellem de to forskellige transaktionsformer kan være svær at opretholde i konkrete tilfælde. Hvis det medium, hvor den adgangsbaserede information er indlagt, er under direkte kontrol af informationens indehaver, kan vedkommende vælge en filoverførsel frem for en overførsel af enkeltstående informationer som reaktion på et opkald. Man kan eksempelvis forestille sig, at den person, der forestår rådgivning via nettet, opbygger et katalog med *frequently asked questions* (FAQ), hvor der er angivet en række generelle og ofte forekommende spørgsmål med dertil hørende svar. Dette kan være udbygget med muligheder for direkte kontakt med rådgiveren, som så kan sende sit svar enten som en fil eller som en overførsel af en åben tekst, eksempelvis en e-mail. I sådanne tilfælde kan det diskuteres, om det vil være holdbart at behandle de to situationer retligt forskelligt, jf. generelt om rådgivningsydelsen kap. III, afsnit 3.2.4 og hertil kap. III, afsnit 4.4.4 om ophævelse. Svaret vil som oftest være, at det afhænger af en eventuelt eksisterende retlig regulerings formulering af retsfaktum, herunder navnlig om reguleringen er *mediumspecifik*. Under alle omstændigheder kan sådanne grænsetilfælde ikke medføre, at der ses bort fra den kendsgerning, at der i systematisk henseende er forskel på de to transaktionsformer.

Det karakteristiske for den adgangsbaserede digitale ydelse er således, at informationsindholdet *fremføres for brugeren*.⁵⁹ Situationen minder ganske meget om eksempelvis fremvisning af film i biografer, koncerter eller museumsbesøg, eftersom brugeren af sådanne ydelser heller ikke kan råde over ydelsen efter transaktionens afslutning. Den, der ser en film, eller benytter sig af en adgangsbaseret digital ydelse, kan ganske vist drage nytte af ydelsens *indhold* derved, at indtrykket af filmen kan gengives til andre, ligesom den/de information(er), der fremgår af den adgangsbaserede digitale ydelse, kan benyttes efter transaktionens afslutning. Det centrale er imidlertid, at brugeren ikke opnår hverken en *faktisk* eller en *retlig råden* over selve den ydelse, der

59. TemaNord 1999:598 karakteriserer s. 99 sådanne ydelser som *fremføringstjenester*.

udgør formålet for den konkrete *fremføringstjeneste*. Det er alene ydelsens *informative element*, der kan rådes over, og da kun med respekt af eventuelle immaterielle begrænsninger.

3. Retlige præstationsformer

3.1. Oversigt. Almindelige obligationsretlige principper

En aftale vil som oftest indeholde en regulering af de punkter, der har central betydning for parterne. Aftalen er som sådan parternes eget vedtagne retsgrundlag og vil i udgangspunktet blive lagt til grund for den retlige bedømmelse af deres indbyrdes forhold, jf. princippet om aftalefrihed i aftalelovens § 1, 1. pkt. I det omfang, aftalen tager stilling til temaer som præstation af ydelsen, betalingsforpligtelsen og parternes beføjelser i tilfælde af misligholdelse mv.,⁶⁰ mindskes behovet for overvejelser om den eventuelle *lovregulering*, der kan tænkes anvendt. Interessen samler sig derfor primært om de tilfælde, hvor parterne enten ikke *har* forholdt sig (udtrykkeligt eller stiltiende) til et opstået problem i deres aftale, eller hvor de måske nok har lagt en given opfattelse til grund, men hvor denne ikke er *retsgyldig*.

Overvejelser om den retlige regulering af ydelser, der præsteres på en anden måde end hidtil kendt, kan ofte med fordel tage sit udgangspunkt i gældende ret for beslægtede ydelser. I den udstrækning, eksisterende regler og principper finder anvendelse, er der et solidt retligt fundament, der kan tjene som udgangspunkt for overvejelser om behovet for vedtagelse af nye regler. Når det skal vurderes, efter hvilke principper den digitale ydelse – og i et bredere perspektiv den fleksible informationsydelse – skal bedømmes i henseende til væsentlige retlige problemer som præstation og misligholdelse, fremstår der principielt fire muligheder: køberetlige grundsætninger (herunder købeloven), almindelige obligationsretlige principper i øvrigt (herunder om tjenesteydelsens regulering), immaterialretlige grundsætninger og *sui generis*-betragtninger.

En lovs anvendelighed på et konkret sagsforhold beror i første række på den pågældende lovs formulering af sit *retsfaktum*. I den fysiske verden vil den retlige kvalificering af ydelsen som oftest ikke give

60. Således som disse temaer identificeres ved hjælp af *fortolkning* eller *udfyldning*, jf. i øvrigt om aftalefortolkning kap. III, afsnit 3.2.6.3.

3. Retlige præstationsformer

anledning til retlige problemer. Reguleringen af væsentlige temaer for så vidt angår *fysiske formuegoder* tager sit udgangspunkt i købeloven.⁶¹ Er der tale om *tjenesteydelser*, eksisterer der ingen generel lovgivning til afklaring af centrale aspekter som levering, forsinkelse og misligholdelsesbeføjelser. Den retlige regulering afhænger her af tjenesteydelsens art, idet der i en vis udstrækning er vedtaget retningslinier for visse brancher, eksempelvis i form af regler for god skik. Dette gælder eksempelvis advokat- og revisorerhvervene, se nærmere om dette aspekt nedenfor kap. III, afsnit 3.2.4. Findes sådanne reguleringsmekanismer ikke, reguleres parternes indbyrdes relationer af mere *almene obligationsretlige principper*, som også supplerer den deklaratoriske lovgivning i relation til fysiske formuegoder.

Den danske købelov er i vid udstrækning udtryk for en kodificering af den retstilstand, der allerede var gældende på tidspunktet for kodificeringens foretagelse (1906). Ikke desto mindre har nedskrivningen fordele for parterne, jf. også *Joseph Lookofsky & Peter Møgelvang-Hansen: En ny dansk indenlandsk købelov – KBL III?*, UfR 1999 B. s. 240.

Den centrale diskussion står i første række om, hvorvidt købeloven finder direkte anvendelse på informationsydelser. Loven indeholder en række *beskyttelsespræceptive* regler i forbrugerkøb, jf. § 1, stk. 2, samt enkelte regler, der afviger fra den regulering, som baseres på almene obligationsretlige grundsætninger (§§ 54 og 83). Som det gælder for al anden lovgivning, omfattes en ydelse alene af købeloven i det omfang, den kan rummes indenfor rammerne af den formulering af retsfaktum, loven direkte eller forudsætningsvist angiver, jf. kap. II, afsnit 3.2.3. En lov kan imidlertid også være helt eller delvist uegnet til anvendelse på en konkret ydelse, selvom den umiddelbart lader sig indpasse i retsfaktum. Hvis lovens angivelse af de *retsvirkninger*, der skal gælde for et givet forhold, ikke lader sig overføre på den konkrete ydelse, må dette indgå i overvejelserne om det betimelige i at anvende

61. Som anført nedenfor kap. II, afsnit 3.2.1 bygger købeloven i vid udstrækning på almindelige obligationsretlige principper, omend det kan diskuteres, hvor mange af reglerne, der kan tolkes som udtryk for den almindelige retstilstand. Den konkrete udmøntning, principperne har fået i loven, og det forhold, at visse bestemmelser er ufravigelige i forbrugerkøb, gør det imidlertid naturligt først at vurdere, hvorvidt loven finder direkte anvendelse.

Kapitel II · Karakteristik

loven direkte.⁶² Synspunktet spiller en vis rolle i relation til den direkte anvendelse af en række centrale bestemmelser i købeloven på informationsydelser, se hertil kap. II, afsnit 3.2.1, 3.2.5 og 4.2.3.

Med informationsydelse sigtes her i første række til transaktioner, der involverer fleksibel information. Integrerede informationsydelser vedrører typiske formuegoder i form af fysiske genstande og afstedkommer derfor ikke særlige problemer i relation til spørgsmålet om det anvendelige retsgrundlag. Som nærmere omtalt i afsnit 2.2 kan den måde, hvorpå den fleksible information konkret finder udtryk, spille en rolle for den retlige kvalificering, eksempelvis alt efter om der er tale om systemintern eller brugerrettet information. Selvom det er den overordnede diskussion om fleksibel information som sådan, der har primær interesse, vil disse forhold indgå som en integreret del af den følgende fremstilling.

Som nævnt i kap. I, afsnit 2 er store dele af den retlige regulering inden for det formueretlige område baseret på *almindelige obligationsretlige principper*.⁶³ Disse principper er det ikke helt enkelt at konkretisere nærmere. De er netop *almindelige* og så tilpas generelt formuleret, at de finder anvendelse på talrige transaktionsformer. Principperne danner det overordnede udgangspunkt for overvejelser om retsgrundlaget inter partes, og de kan således siges at udgøre *fikspunkter*⁶⁴ for nye og hidtil ukendte transaktionsformer. I en række tilfælde er principperne *lovfæstet*, således som dette eksempelvis ses i *købeloven* eller *lejeloven*, hvis bestemmelser i vid udstrækning – men ikke ubetinget, jf. i det følgende for købelovens vedkommende – er udtryk for en konkretisering af de generelle principper.

I kraft af princippernes karakter af almene, generelle retningslinier bør enhver retlig bedømmelse af nye transaktionsformer principielt tage sit udgangspunkt heri. I den udstrækning, der gælder særlige regler inden for et retsområde, kan disse herefter inddrages og eventuelle

62. Se generelt om retskildeproblematikken kap. I, afsnit 2, herunder om *reale overvejelser*.

63. Det er omstridt, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at operere med en almindelig del af obligationsretten, se hertil diskussionen hos *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 122f. og hertil *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 178f.

64. Udtrykket er gengivet fra *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 123.

3. Retlige præstationsformer

forslag til ændringer af gældende ret formuleres.⁶⁵ Denne fremgangsmåde forekommer imidlertid, i hvert fald i denne sammenhæng, ikke hensigtsmæssig. For det første er *indholdet* af principperne ikke klart, jf. også ovenfor, hvilket i sig selv komplicerer den retlige bedømmelse. I en række tilfælde kan betydningen af dette forhold mindskes. Hvor principperne har fundet udtryk i en *lov*, kan en henvisning til denne lovs manifestering af det almindelige princip danne udgangspunktet for den retlige bedømmelse. Dette gælder også, selvom loven ikke finder direkte anvendelse, eftersom det jo netop forudsættes, at den pågældende bestemmelse i loven implementerer et *almindeligt* obligationsretligt princip. Ved at basere den retlige bedømmelse på den konkrete udmøntning, principperne har fået i en given lov, opnår man desuden den fordel, at de *fravigelser*, loven måtte indeholde i forhold til, hvad der måtte gælde efter den almindelige obligationsret, kommer til at indgå som en integreret del af den retlige analyse. For så vidt angår transaktioner, hvor parterne tilsigter en *overdragelse* af en informationsydelse, udgør *købeloven* et centralt retsgrundlag, der med fordel kan udgøre fundamentet for denne afhandlings emne. Men eftersom det er et af formålene med afhandlingen at søge afklaret, i hvilken udstrækning loven, herunder de dele af den, der ikke er udtryk for almindelige principper, finder anvendelse, kan loven ikke stå alene, men må suppleres af *andre* mulige retsgrundlag, se hertil kap. II, afsnit 3.3.

Om der tages udgangspunkt i de almindelige principper eller i købeloven, er i vid udstrækning et spørgsmål af terminologisk snarere end praktisk betydning. Så længe man blot er opmærksom på de områder, hvor loven afviger fra de almindelige principper, fremstår risikoen for, at "... specialregler, der skyldes én aftaletypes særegne karakter "eksporteres" til en anden aftaletype, der ikke har samme særlige karakteristika ..." ⁶⁶ ikke overhængende. En anvendelse af de almindelige principper vil ofte blive knyttet til den konkrete udmøntning, princippet måtte have i en given lov (eksempelvis af typen "... jf. princippet i købelovens § X"), og om man i disse situationer lader den retlige bedømmelse tage udgangspunkt direkte i de almindelige principper eller i den konkrete formulering i lovteksten, medfører ingen forskel i den retlige bedømmelse.

65. Se hertil *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 124, der argumenterer for en sådan indfaldsvinkel.

66. *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 124.

Kapitel II · Karakteristik

Det kan hævdes, at en retlig bedømmelse, der funderes i en given lov, mister sin relevans, såfremt denne lov *ophæves* eller *ændres*. Købeloven indeholder i §§ 72-86 en række bestemmelser, der i et vist omfang, jf. lovens § 1, stk. 2, ikke kan fraviges til skade for forbrugeren, jf. hertil kap. II, afsnit 3.2.6. Forestiller man sig, at disse bestemmelser ophæves, kan der argumenteres for, at en væsentlig bevæggrund for at lade den retlige bedømmelse tage udgangspunkt i loven i stedet for i de almindelige principper, falder bort. Bæredygtigheden af den købelovsfunderede indfaldsvinkel baseres blandt andet på tilstedeværelsen af de særlige regler, hvor loven fraviger de almindelige principper – en bæredygtighed, der kan synes at falde bort, såfremt disse særlige regler ikke længere eksisterer.

Det må imidlertid fastholdes, at fremgangsmåden fortsat har meget for sig. For det første er det ikke klart, om loven selv i fraværet af de forbrugerbeskyttelsespræceptive regler er udtryk for almindelige principper, se således *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 179 om ansvarsreglerne i *genuskøb* og hertil nedenfor kap. II, afsnit 3.2.1. En ophævelse eller ændring af visse af lovens særregler indebærer således ikke, at loven er uden betydning på andre områder, hvor den fraviger den almindelige retstilstand. Men selv, hvis man forestiller sig, at alle de regler i købeloven, der ikke er udtryk for almindelige principper – hvilket forudsætter en detaljeret og omfattende analyse, det ikke er muligt at foretage indenfor denne afhandlings rammer – ophæves eller ændres, fremstår en købelovsfunderet fremgangsmåde hensigtsmæssig. De tilbageværende bestemmelser vil være udtryk for en konkret manifestering af de almindelige principper, og om man baserer udsagn om gældende ret på det almindelige princip eller på lovens formulering heraf er i så fald uden reel betydning.

3.2. Køberetlig indfaldsvinkel

3.2.1. Køberetlige argumentationsmønstre

Købeloven er en af dansk formuerets ældste og mest basale love.⁶⁷ Grundstrukturen i loven stammer fra 1906, året for hovedlovens indførelse, og adskillige af lovens bestemmelser henstår uforandret her næsten et århundrede senere. En af årsagerne hertil er, at mange af lovens oprindelige bestemmelser er meget bredt formuleret og i øvrigt ikke knyttet håndfast op på definitioner, der – alt efter deres detalje-

67. Der eksisterer ikke længere retsenhed på nordisk plan inden for køberetten, idet såvel Sverige som Norge og Finland har fået nye love. Se om dette aspekt kap. II, afsnit 3.2.

3. Retlige præstationsformer

ringsgrad – kan besværliggøre eller endog udelukke anvendelsen af en lov under omstændigheder, hvor dette ellers forekommer ønskeligt. Købeloven overlader det i vidt omfang til praksis og den juridiske doktrin at fastlægge centrale temaer som selve købsbegrebet, hvad der skal anses for løsøre, hvad der udgør en faktisk mangel mv.⁶⁸

Detaljerede og bredt formulerede lovgivninger har hver deres fordele og ulemper. Den detaljerede lov vil ofte indeholde en lang række enkeltbestemmelser for derved at søge at lede de retsanvendende myndigheder, herunder domstolene, i en bestemt retning. Jo mere udtømmende og bestemt, en lov er formuleret, jo mindre råderum overlades der til retsanvenderen. Prisen for denne fremgangsmåde, der eksempelvis anvendes indenfor *skatteretten*, er behovet for hyppige regelændringer i takt med, at baggrunden for formuleringen af bestemmelserne ændres. De bredere formulerede love vil derimod ofte vise sig mere levedygtige, eftersom de netop ikke binder retsanvenderen i samme grad. Gennem anvendelsen af generelle formuleringer og principper åbnes der mulighed for, at loven kan tilpasses ændrede samfunds- og livsforhold. På den anden side vil disse love netop i kraft af det brede *skøn*, der overlades til retsanvenderen, ofte være formuleret så bredt, at det risikerer at mindske mulighederne for forudsigelighed i retsanvendelsen, medmindre loven suppleres med *selvregulering*, eventuelt i form af standardaftaler, sml. *Göran Ramberg: Skall land byggas med lag eller med standardavtal? i Rättsvetenskapliga Studier till minnet av Tore Almén (1999) s. 299*. Retstilstanden vil ofte først vise sig efter en – kortere eller længere – periode gennem lovens konkrete anvendelse. Se til emnet *Jan Ramberg: Köplagen (1995) s. 38f.*

Det hævdes ofte, at købeloven er udtryk for mere almindelige obligationsretlige retsgrundsætninger, og at loven derfor i mange henseender kan anvendes *analogt* på forhold, der ikke umiddelbart kan henføres under loven, herunder fast ejendom, tjenesteydelser mv.⁶⁹ Alle-

68. Med indførelsen af de forbrugerbeskyttelsespræceptive regler er der blandt andet indført en mangelsdefinition (§ 76), jf. hertil kap. III, afsnit 3.1. Som nærmere anført dér er opregningen af mangelstilfælde i vid udstrækning udtryk for en kodificering af den allerede gældende retstilstand, blot med den vægtige modifikation, at bestemmelsen er ufravigelig i forbrugerkøb. I de nye købelove i Sverige, Norge og Finland findes generelle mangelsregler i §§ 17-19.

69. Eksemplerne herpå er mangfoldige. Til illustration kan nævnes FT 1904-05, tillæg A spalte 3348, *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom (1960) s. 5*, *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 34* og *Joseph Lookofsky: Køb – Dansk indenlandsk købsret (1996) s. 16f.*

rede af den grund, at købeloven som nævnt i vid udstrækning er formuleret i brede termer, har denne opfattelse meget rigtigt for sig. Men det er værd at understrege, at man ikke ved lovens vedtagelse havde forudsat en sådan bredere anvendelse.⁷⁰ Når hertil lægges, at loven formulerer sit retsfaktum meget bredt som "... alle køb, bortset fra køb af fast ejendom ...", jf. § 1a, stk. 1, kan dette tale for en vis forsigtighed med anvendelsen i tilfælde, der ikke falder direkte ind under denne brede formulering.⁷¹ Analogisk lovanvendelse forudsætter klarhed over, hvad det er, man søger at analogisere med, og betingelsen for at anvende købelovens regler analogt må være, at den transaktion, man påtænker indfortolket i den køberetlige struktur, har så mange lighedstegn med de køb, der omfattes direkte af loven, at der foreligger årsagernes lighed,⁷² jf. hertil *bet.nr.* 738/1975 s. 81, hvorefter "... domstolene vil kunne bringe købelovens regler i analogisk anvendelse, når et retsforhold skønnes at være af beslægtet art ...", min fremhævelse. Se også *bet.nr.* 1133/1988 s. 15.

Enhver diskussion af købelovens direkte anvendelighed må tage sit udgangspunkt i lovens *retsfaktum*, der som netop anført beskrives som "... alle køb, bortset fra køb af fast ejendom". Heri ligger to forudsætninger. Der skal for det første være tale om en transaktion, som kan karakteriseres som *et køb*, jf. analysen i kap. II, afsnit 3.2.2. Købets

70. Jf. i samme retning *Erik Hørlyck*: Tilvirkningskøbet (1996) s. 11 og FT 1904-05, tillæg A spalte 3309-10 om kommissionens hverv formuleret som "...visse Dele af Obligationsretten, navnlig Reglerne om Køb og Bytte af Løsøre ...".

71. Jf. også *Erik Hørlyck*: Tilvirkningskøbet (1996) s. 11f., hvorefter det kan diskuteres, hvorvidt løsørekøbet kan betragtes som en "... obligationsretlig typekontrakt ...", hvis retlige regulering kan danne grundlag for andre retlige konstruktioners regulering. Se om dette forhold straks i det følgende. Sml. også *Mogens Koktvedgaard*: Om Købelovgivningens Anvendelse på Overdragelse af Immaterialrettigheder, TfR 1965 s. 575.

72. Således også *Christina Hultmark*: Köplagens tillämplighet på fel i patent, JT 1993-94 s. 687ff., hvor det s. 690 hedder, at "[a]tt lyfta ut ett köpobjekt eller en feltyp ur köplagens direkta tillämpningsområde och därefter tillämpa köplagens regler analogt framstår som en omotiverad omväg". Udelukket er analog anvendelse dog ikke, sml. hertil samme forfatter: Kontraktsbrott ved köp av aktie (1992) s. 83, hvorefter "[d]e principer som kommit till uttryck i ... köplagen [ju har] avsetts kunna appliceras utanför lagernas formella tillämpningsområdet, eftersom många av bestämmelserna ger uttryck för allmänna rättsprinciper". Se ligeledes diskussionen hos *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky*: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 251ff. om anvendelse af blandt andet købelovens § 24 udenfor lovens direkte anvendelsesområde.

3. Retlige præstationsformer

genstand beskrives ikke, men lovens forhistorie og formuleringen af dens enkeltbestemmelser tilsammen med en – så vidt det ses – enstemmig opfattelse i den juridiske doktrin peger entydigt i retning af, at alene *løsøre* omfattes, se gennemgangen i kap. II, afsnit 3.2.3. Det er kendetegnende for hovedparten af den diskussion, der hidtil har fundet sted på nationalt såvel som nordisk og amerikansk plan vedrørende den retlige behandling af digitale ydelser, at denne har koncentreret sig om, hvorvidt ydelsen lader sig indplacere som *løsøre* og dermed som omfattet af de respektive jurisdiktioners køberetlige love, der alle baseres på en – direkte eller indirekte – forudsætning om lovens begrænsning til denne ydelsesform.⁷³

Diskussionen om *løsøre*begrebets udstrækning er væsentlig, men den kan ikke stå alene. Det vil altid være af betydning at få et givet begreb afklaret og systematiseret, men begrebsanalyser, der ikke tager hensyn til den sammenhæng, hvori begrebet indgår, vil sjældent være frugtbare, eftersom begrebet ikke siger noget i sig selv.⁷⁴ Af central betydning er det derfor at supplere den rent retsfaktumbaserede diskussion med overvejelser om, hvorvidt lovens *katalog af retsvirkninger* i det hele taget er anvendeligt på den konkret foreliggende transaktion. Det giver ikke megen mening at henføre en ydelse som *løsøre* og dermed som omfattet af loven, hvis det derefter viser sig, at de for loven centrale bestemmelser om forsinkelse og mangler mv. ikke kan anvendes som følge af ydelsens særegne karakter. Man kan – med inspiration fra den norske købelovs § 1(2)⁷⁵ – udtrykke forholdet derhen, at loven anvendes i det omfang, den passer på transaktionen. Dette emne gøres følgelig til genstand for diskussion i kap. II, afsnit 3.2.5 og kap. III, afsnit 2-4.

Se tilsvarende navnlig *Mogens Koktvedgaard: Om Købelovgivningens Anvendelse på Overdragelse af Immaterialrettigheder*, TfR 1965 s. 571ff., samme: *Immaterialretspositioner* (1965) s. 198f., *Stig Jørgensen: Misligholdelse* i TfR 1964 s. 449ff., *Erik Hørlyck: Tilvirkningskøbet* (1996) s. 12, *Ellen-Kathrine Thrapp-Meyer: Forbrukerkjøp og edb*, Complex nr. 5/1989 s. 18 og *Trevor Cox: Chaos versus uniformity – the divergent views of software in the International Community*, B.L.I. Issue 4 (2000) s. 363 (om CISG). Se nærmere diskussionen straks nedenfor og i øvrigt kap. II, afsnit 3.2.3.

73. Der henvises til kap. II, afsnit 3.2.3 for en nærmere redegørelse.

74. Se i samme retning *Alf Ross: Tû-Tû* i Festskrift til Henry Ussing (1951) s. 468ff.

75. "Loven gjelder også bytte av ting så langt den passer".

Kapitel II · Karakteristik

Med indførelsen af de *forbrugerbeskyttelsespræceptive* regler i købelovens §§ 72-86 i 1979 har diskussionen om anvendelsen af loven fået en ny dimension. Forbrugerbeskyttelse har spillet en central rolle i debatten om navnlig Internettets udbredelse og forskellige reguleringstiltag er allerede eller påtænkes indført. I relation til købeloven må man principielt spørge, om forbrugervinklen kan få betydning for overvejelser om lovens anvendelse. Klart er det, at i det omfang, loven ikke finder anvendelse, er der ingen *køberetlig* beskyttelse af den potentielt svagere part, forbrugeren. På den anden side indebærer dette ikke nødvendigvis, at der slet ingen beskyttelse er, og fordelene ved præceptivitet må derudover afvejes overfor ulemperne ved at anvende denne reguleringsform. Emnet diskuteres i kap. II, afsnit 3.2.6.

Om købeloven finder direkte eller analog anvendelse, har sin største betydning på områder, hvor loven *afviger* fra almindelige obligationsretlige principper. Centralt står her netop de forbrugerbeskyttelsespræceptive regler og reklamationssreglen i lovens §§ 54, stk. 1 og 83, stk. 1.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 99/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbruger køb og garantier i forbindelse hermed (EF-Tidende 1999 L 171, side 12) indeholder en række bestemmelser, der på forskellig vis søger at styrke forbrugernes retsstilling. Justitsministeren har den 5. december 2001 fremsat lovforslag om gennemførelse af direktivet i den danske købelov. Lovforslaget forventes vedtaget i løbet af foråret 2002, men loven får, jf. forslagens § 2, stk.2, virkning fra den 1. januar 2002, der er seneste frist for rettidig gennemførelse af direktivet, jf. dettes art. 11.

Se om direktivet og lovforslaget også kap. II, afsnit 3.2.6. Enkelte af de centrale bestemmelser omtales i afhandlingens delafsnit i øvrigt. Derudover kan henvises til *Betænkning nr. 1403/2001 om gennemførelse af forbruger købsdirektivet* samt *TemaNord 2000:612*.

3.2.2. Købsbegrebet

Taget i betragtning, hvor centralt købsbegrebet er for spørgsmålet om anvendelse eller ej af en lov, der vedrører netop køb, kan det forekomme paradoksalt, at loven ikke selv giver nogen vejledning i, hvad man skal lægge i begrebet, jf. dog om bestillingskøb i § 2, stk. 1. I andre jurisdiktioner ses bestemmelser med et sådant indhold jævnligt.⁷⁶ De øvrige nordiske landes købelove indeholder derimod som den

3. Retlige præstationsformer

danske ingen sådan angivelse. Af forarbejderne til 1906-loven fremgår det, at man fra lovgivers side ikke har ønsket at binde domstolene til en bestemt opfattelse af de aftaler, der omfattes af loven.⁷⁷ Også på dette punkt prægtes loven med andre ord af en betydelig fleksibilitet, idet selve købsbegrebet og forståelsen heraf herefter principielt må udledes af almindelige retsgrundsætninger.

Den juridiske doktrin har imidlertid i vidt omfang lagt sig fast på en opfattelse af købstransaktionen som en *aftale om overdragelse* af et

76. Se eksempelvis den tyske BGB, der i § 433, stk. 1 indeholder en bestemmelse, der angiver de karakteristika, en købsaftale prægtes af i henseende til sælgers forpligtelser. Købers forpligtelser omtales i stk. 2. Den franske Code Civil indeholder en bestemmelse af samme karakter, se art. 1582. Efter den engelske Sale of Goods Act 1979 er en købsaftale "... a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price", Sec. 2 (1). I den amerikanske Uniform Commercial Code hedder det i Sec. 2-106(1), 3. pkt.: "A 'sale' consists in the passing of title from the seller to the buyer for a price ...". Se generelt og oversigtsmæssigt om UCC *Millard Ruud & Ole Lando: The Uniform Commercial Code – Om dens almindelige principper og nogle af dens regler om køb*, TfR 1965 s. 3ff. Den internationale købelov (CISG) indeholder derimod ingen definition af købet, men det er almindeligt at udlede de afgørende karakteristika fra bestemmelserne om sælgers respektive købers forpligtelser i art. 30 og 53, jf. nærmere *Peter Schlechtriem: Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods* (1998) s. 22. Fremgangsmåden i CISG svarer således den, der er anvendt i BGB art. 433 og UCC Sec. 2-106(1), 3. pkt.

77. FT 1904-05, tillæg A, sp. 3348, hvorefter "...[udkastet ikke indeholder] nogen Definition af de Aftaler, der maa henføres under Begrebet 'Køb' ...".

formuegode mod erlæggelse af *vederlag* i *penge*.⁷⁸ Allerede i tiden op til købelovens vedtagelse i 1906 opererede teorien med denne udlægning af købebegrebet,⁷⁹ og der er tale om en så indarbejdet begrebsfastlæggelse og afgrænsning, at selve definitionen sjældent vil give anledning til tvivl.⁸⁰ Derimod kan man diskutere, hvordan man nærmere skal forstå de enkelte fremhævede dele af definitionen.

Ved læsning af de svenske begrebsdannelser skal man være opmærksom på sontringen mellem *överbåtelse* og *upplåtelse*. Hvor førstnævnte begreb er betegnelsen for en *rettighedsoverdragelse*, eksempelvis af ophavsrettigheder, er sidstnævnte udtryk for, at der stiftes en *begrænset ret*, eksempelvis en brugsret, der kan tage form som en licens. Se om rettighedsoverdragelsen kap. II, afsnit 4.2.3.

I tiden siden købelovens vedtagelse er der tilvejebragt en række andre love, der som købeloven forudsætter tilstedeværelsen af et købsbegreb. Centralt står her navnlig *kreditaftaleloven* og *loven om internationale køb*. Ingen af disse love eller deres forarbejder indeholder imidlertid bidrag, der kan medvirke til den nærmere begrebsfastlæggelse.

78. Kilderne hertil er mangfoldige, se blandt andre *Anders Vinding Kruse: Købsretten* (1992) s. 53, *Joseph Lookofsky: Køb – Dansk indenlandsk købsret* (1996) s. 11, *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 32, *Bernhard Gomard: Obligationsret, del I* (1998) s. 57, *Bent Iversen m.fl.: Lærebog i Dansk & International Erhvervsret* (1999) s. 151, *Paul Krüger Andersen m.fl.: Dansk Privatrete*, 11. udgave (1999) s. 221, *Børge Dahl: Erhvervsjura* (1999) s. 161 og 164, *Henning Hasle & Bent Nebelong: Løsørekøb* (1949) s. 17, *Julius Lassen: Lærebog i Obligationsrettens Specielle Del*, 2. udgave v. Henry Ussing (1919) s. 17, *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 125, *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) s. 63, *Kai Krüger: Norsk Kjøpsrett* (1999) s. 1, *Ellen-Kathrine Thrap-Meyer: Forbrukerkjøp og edb* (1989) s. 15 samt *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 12.

79. Se eksempelvis *Julius Lassen: Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del*, 1. udgave 1897 s. 25, *F.T.J. Gram: Den danske Formueret* (1864) s. 12, *Fr. Hallager: Den Norske Obligationsret*, 1. bind (1859) s. 172 og *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 12 med henvisninger (note 42).

80. Der kan være visse sproglige forskelle mellem enkelte forfattere imellem, men dette ændrer ikke ved det grundlæggende i definitionen. At nogle forfattere således taler om "afhændelse" (*Hagerup: Om Kjøp og Salg* (1884), s. 4), mens andre benytter udtrykket "overdragelse" (eksempelvis *Julius Lassen: Lærebog i Obligationsrettens Specielle Del* (1919), s. 17) indebærer ingen realitetsforskel, men er alene udtryk for rent sproglige valg, tildels foranlediget af udviklingen i sprogbugen generelt, tildels begrundet i forskelle i de nordiske sprog.

3. Retlige præstationsformer

Efter KAL § 5 er et kreditkøb "... en kreditaftale [jf. § 4] med henblik på køb af løsøre ...". Efter *bet. nr. 839/1978*, som lå til grund for KAL's forgænger, kreditkøbsloven, er det det traditionelle køberetlige begreb, der skal lægges til grund, se s. 56.⁸¹ Hvad angår CISG indeholder denne lov som omtalt ovenfor ved note 76 ingen definition, men bygger sit købsbegreb på en fortolkning af henholdsvis sælgers og købers forpligtelser.

Straks nedenfor vil de enkelte elementer i det traditionelle købsbegreb blive analyseret, men i overensstemmelse med fremstillingens afgrænsning omtales det forhold, at der skal foreligge en *aftale*, samt kravene til denne aftales indgåelse mv., ikke. Der henvises i stedet til speciallitteraturen, se eksempelvis *Henry Ussing: Aftaler* (1950), *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktsret* (1996), *Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemænd* (2001), *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret* (1997) og samme: *Praktisk aftaleret* (1995).

3.2.2.1. Overdragelse

Med overdragelse i køberetlig forstand sigtes til det forhold, at realdebitor ikke (længere) kan råde over aftalens genstand i *retlig henseende*. Disponeres der til anden side, efter gyldig aftale med realkreditor 1 er indgået, vil der foreligge en dobbeltdisposition (vanhjemmel), og konflikten mellem realkreditor 1 og 2 må da løses efter de ejendomsretlige regler. At realdebitor er afskåret fra at råde over genstanden i retlig forstand betyder med andre ord ikke, at han også skal være udelukket fra rent *faktisk* at foretage en sådan råden. Denne situation kan navnlig opstå, hvor realdebitor fortsat har aftalens genstand i sin besiddelse, men på *realkreditors* vegne, altså hvor ejendomsretten er gået over, såkaldt *constitutum possessorium*. Overdragelse er altså ikke nødvendigvis det samme som det, man normalt vil forstå ved *overgivelse*, idet der heri ligger en forudsætning om, at genstanden ikke længere er i den hidtidige besidders varetægt, sml. også købelovens § 10 om overgivelse til en selvstændig fragtfører, om end det ofte vil være tilfældet. På samme vis er overdragelse heller ikke ensbetydende med *levering*, således som dette begreb anskues retligt, se om levering kap. III, afsnit

81. I samme retning *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Kreditkøb* (1983) s. 29, *Lennart Lynge Andersen: Lov om kreditaftaler med kommentarer* (2001) s. 76 samt – om forgængerens for kreditkøbsloven, afbetalingsloven – *Torben Jensen: Afbetaling* (1970) s. 25ff.

2.5. Overdragelsen markerer det tidspunkt, hvor erhververen bliver den, der kan foretage retslige dispositioner over genstanden.

Overdragelse forudsætter ikke, at genstanden *ubetinget* stilles til erhververens disposition. At genstanden endegyldigt skal undrages realdebitors retlige rådighedssfære er således ikke nødvendigvis ensbetydende med, at den *fuldstændige* ejendomsret skal overgå til erhververen.⁸² Realkreditors manglende beføjelse til at råde ubegrænset kan følge af aftalen med realdebitor eller af offentligretlig regulering.⁸³ Disse tilfælde må imidlertid holdes adskilt fra *leje- og brugsforhold*, hvor det kendetegnende er, at genstanden på et givent tidspunkt skal returneres til overdrageren. Den køberetlige overdragelse er derimod udtryk for en permanent udskillelse fra realdebitors formuemasse, medmindre der senere indgås aftale om tilbagekøb.

3.2.2.2. Realydelsens beskaffenhed – formuegodet

Det er et centralt led i den køberetlige konstruktion, at der skal ske en *formueforskydning* i forholdet mellem overdrageren og erhververen. Det giver ingen mening at tale om et køb, hvis det, der overdrages, ingen formueværdi har for erhververen. Kravet er imidlertid af begrænset selvstændig betydning, hvilket navnlig skyldes, at det ikke er nogen betingelse, at det overdragne har generel formueværdi. Det er tilstrækkeligt, at aftalens genstand har en formueværdi for den enkelte erhverver, hvorfor eksempelvis genstande med affektionsværdi, personlige breve mv. kan udgøre formuegodet.⁸⁴ Købsaftalens genstand beror således på et *subjektivt* værdikriterium.

Den nærmere afgrænsning af formuegodet i køberetlig henseende har ikke været gjort til genstand for diskussion i den nordiske teori eller praksis, hvor man har koncentreret sig om, hvorvidt der er tale om løsøre eller ej. Dette er ikke overraskende, eftersom løsørediskussionen er afgørende for angivelser om købelovens, herunder dens præceptive lovreglers, anvendelsesområde. Se om løsøre kap. II, afsnit 3.2.3.

82. Om ejendomsret, se *Ellen-Kathrine Thrap-Meyer*: Forbrugerkjøb og edb, Complex nr. 5/1989 s. 15f. og – mere generelt – *W.E. von Eyben*: Formuerettigheder (1979) s. 24ff. med talrige henvisninger.

83. Jf. også *Tore Almén*: Om köp och byte av lös egendom (1960) s. 8.

84. Således også *Henry Ussing*: Køb (1987) s. 2 og *Bent Iversen m.fl.*: Lærebog i Dansk & International Erhvervsret (1999) s. 151.

3.2.2.3. *Realkreditors forpligtelse*

Købsaftalen er *gensidigt forpligtende*. Realdebitor skal præstere formuegodet og realkreditor skal erlægge den herfor aftalte eller forudsatte betaling. At betalingen skal erlægges i *penge* skal ikke forstås snævert. Ved penge forstås man i denne sammenhæng normalt i handel og vandel gangbar mønt, som har virkning som officielt *betalingsmiddel*, men det er ikke noget krav, at betalingen sker i rede penge (mønter og sedler). Allerede Ørsted anførte således, at også opfyldelse med *andre lignende betalingsmidler* kan udgøre købesummen.⁸⁵ Hermed er der åbnet mulighed for, at vederlagserlæggelsen kan tilpasses samfundsudviklingen. Pengesurrogater som checks, brug af betalingskort og elektroniske møntkort (e-cash mv.) opfylder således alle betingelsen om erlæggelse i penge. Betales der med *naturalier*, foreligger der derimod bytte.

Hermed er der intet sagt om, hvorvidt en konkret betalingsforpligtelse kan opfyldes ved check mv. Dette er et spørgsmål om det pågældende pengesurrogats evne til at virke som *almindeligt* betalingsmiddel. I udgangspunktet afhænger dette af parternes aftale. Se om emnet for så vidt angår checks *Henry Ussing: Obligationsretten, Almindelig Del*, 4. udgave (1967) s. 369 og *Søren Theilgaard: Checkret* (1998) s. 27.

Der stilles i princippet ikke *kvantitative* krav til vederlagets størrelse, men det må ikke være så beskedent, at der reelt foreligger en *gavedisposition*. Hvorvidt dette er tilfældet, beror på en konkret afvejning.⁸⁶

85. Se *Anders Sandøe Ørsted: Haandbog over Den Danske og Norske Lovkyndighed* (1832) s. 176: "... Andet, som, uden i egentlig Forstand at være Penge, dog blev benyttet paa samme Maade, som Penge ...". Samme opfattelse kommer frem hos *Julius Lassen: Lærebog i Obligationsrettens Specielle Del* (1919) s. 17, *F.T.J. Gram: Den danske Formueret* (1864) s. 12, *Fr. Hallager: Den norske Obligationsret* (1859) s. 172 og 174, *L.M.B. Aubert: Den norske Obligationsrets Specielle Del* (1890) s. 42, *Fredrik Schrevelius: Lærebok i Sveriges Allmänna Nu Gällande CivilRätt, Andra Delen – Förmögenhetsrätten* (1847) s. 483, *G.W. Gram & Hans H. Vogt: Den nordiske Obligationsret* (1888) s. 108, *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 125, *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) s. 64 og *Paul Krüger Andersen m.fl.: Dansk Privatret* (1999) s. 221. Om man vil opfatte dette som et egentligt køb eller som en *byttetransaktion* er uden praktisk relevans, jf. købelovens § 2, stk. 2.

86. Se hertil *Eigil Lego Andersen: Gavebegrebet* (1988) s. 230ff.

3.2.2.4. Opsamling

Det traditionelt funderede købsbegreb baseres på en række relativt fleksible faktorer. Skal man forsøge at konkretisere begrebsdannelsen, kan man sige, at købet er en gensidigt bebyrdende og gyldig aftale, der går ud på endelig præstation af en genstand med subjektiv formue-værdi, som realkreditor betaler for med penge eller andre betalingsmidler. Nærmere kommer man det næppe, men det er heller ikke påkrævet endsige ønskeligt – for bastante fortolkninger risikerer at indsnævre begrebet i unødigt omfang. Købsbegrebets enkelte delbetinger, der alle skal være opfyldt, før en transaktion udgør et køb, er vigtige at holde sig for øje i relation til digitale informationsydelser, der ofte omsættes på måder og under omstændigheder, der afviger fra traditionelle formuegoder. Ved på denne vis at have fastlagt, hvornår en transaktion er et køb, er der med andre ord skabt mulighed for at bedømme den enkelte transaktions eventuelle køberetlige elementer.

3.2.3. Det køberetlige retsfaktum

Der hersker generelt enighed om, at den danske købelov alene finder direkte anvendelse på *løsøre*. Lovens retsfaktum siger imidlertid intet herom, jf. den generelle formulering i § 1a, stk. 1, der alene indeholder en negativ afgrænsning i forhold til fast ejendom. Heller ikke i bemærkningerne kan der søges vejledning på dette punkt,⁸⁷ om end det af kommissoriet til 1906-loven fremgår, at den i 1901 nedsatte kommission havde til formål at "... fremsætte Forslag til Forandring i Lovgivningen med Hensyn til visse Dele af Obligationsretten, navnlig Reglerne om Køb og Bytte af *Løsøre* ...".⁸⁸ Loven indeholder dog visse udtryk, der tydeligt viser dens tiltænkte anvendelsesområde, se således eksempelvis § 3 ("genstande"), § 7 ("salgsgenstanden") og § 62, stk. 1 ("vare"). Sammenholder man dette med det generelle køberetlige krav om, at der skal være tale om *overdragelige* genstande, jf. om dette krav kap. II, afsnit 3.2.2.1, indiceres lovens virkefelt yder-

87. Jf. således den nøgterne konstatering i RT 1905-06, Tillæg A, spalte 3347-48, hvorefter "[d]en i § 1, 2det Stykke udtalte Begrænsning af Udkastets Bestemmelser til Køb af Løsøre [allerede er] given med det den danske Kommission anviste Arbejdsomraade". Se hertil L. A. Grundtvig: Nogle vejledende Bemærkninger til Lov om Køb af 6te April 1906 i UfR 1906 B. 153ff og I. Heckscher: Nogle Randbemærkninger i Anledning af de nordiske Udkast til Lov om Køb i UfR 1905 B. s. 9ff.

88. RT 1905-06, Tillæg A, spalte 3309-10 (min fremhævelse).

3. Retlige præstationsformer

ligere. Af større interesse er det dog, at lovens katalog af *retsvirkninger* i vid udstrækning bygger på en forudsætning om genstandens art, se herom kap. II, afsnit 3.2.5 og III, afsnit 2-4. Disse faktorer og den enslydende juridiske teori gør det uproblematisk at fastholde lovens retsfaktum som omfattende løsøre.

I modsætning til den danske købelov indeholder såvel den svenske som den finske en direkte angivelse af køkets genstand, se således den svenske *köplags* § 1, stk. 1 om "lös egendom", *konsumentköplagens* § 1, stk. 1 om "lösa saker" og *lag om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva* (1845:50 s. 1) samt den finske *köplags* § 1, 1. pkt. om "lös egendom". Den norske *lov om kjøp* svarer på dette punkt til den danske.

Lösa saker er den svenske betegnelse for de fysiske formuegoder, der i dansk ret henføres under løsøre, jf. nærmere *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) s. 65. Begrebet er mindre omfattende end *lös egendom*, hvis indhold udledes i kraft af en modsætningsslutning fra den særlige svenske *jordabalkens* første og andet kapitel om fast ejendom, sml. hertil fremstillingen hos *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 134f., *NU 1984:5* s. 164 og 195 samt *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 14ff. Lös egendom, og dermed den svenske købelov, omfatter således også, i modsætning til forbrugerkøbeloven, i udgangspunktet mundtlige fordringer, goodwill, fordringer, aktier og andre værdipapirer mv., jf. *Herre a. st.*, og i øvrigt om rettighedsoverdragelser kap. II, afsnit 4.2.3.

Den tyske BGB angiver i § 433, stk. 1 køkets genstand som "... Sache ...", jf. nærmere definitionen i § 90, mens såvel den engelske som den amerikanske købelov anvender betegnelsen "goods", se henholdsvis *Sale of Goods Act, Sec. 2(1)* og den dertil knyttede definition i *Sec. 61(1)* samt *UCC art. 2-102* og definitionen i *art. 2-105(1)*. Efter *art. 1(1)* i den internationale købelov (CISG) omfatter loven *sale of goods*, men i modsætning til såvel den tyske som den engelske og amerikanske købelov indeholder CISG ingen direkte angivelse af, hvad der skal forstås herved.

Begrebsmæssigt er løsøre sammensat af *løs* i betydningen bevægelig og den gammeldanske betegnelse for ejendele, der har sin oprindelse i

Kapitel II · Karakteristik

møntenheden øre.⁸⁹ Forstået på denne vis skal der være tale om *ejendele*, der umiddelbart lader sig flytte. I juridisk forstand kan man derfor definere løsøre som *flytbare fysiske formuegoder* eller, med en formulering hentet fra Schrevelius, som “... sådana ting, som *utan att förderfvas och utan att förändra sitt namn kunna flyttas från ett ställe till ett annat*.”⁹⁰ Dette, at genstanden skal være flytbar,⁹¹ adskiller primært løsøret fra *fast ejendom*, mens det forhold, at formuegodet skal være fysisk,⁹² navnlig udelukker typiske *tjenesteydelser* som rådgivning og servicevirksomhed fra lovens direkte anvendelsesområde.

Om sondringen mellem løsøre og fast ejendom, der især er gjort til genstand for diskussion i *ejendomsretten*, primært som følge af forskelle i reglerne om sikringsakter, se W.E. von Eyben: *Formuerettigheder* (1979) s. 317ff. og Thomas Rørdam & Vagn Carstensen: *Pant* (1998) s. 179ff. (reglerne i tinglysningslovens §§ 37-38), begge med udførlige henvisninger, samt John Feilberg i UfR 1992. B. 382f. om vindmøller som løsøre eller fast ejendom, sml. herved U.1991.447 V og U.1993.191 V.

Sondringen mellem løsøre og fast ejendom har i det hele taget sin største betydning indenfor *ejendomsretten*, jf. også kap. II, afsnit 3.2.2.1 med note 82. Se generelt Carl Torp: *Dansk Tingsret* (1925) s. 11ff. (alment om *Tingene*) og s. 18ff. (om *urørlige* og *rørlige Ting*, hvor de rørlige ligestilles med løsøre, mens de urørlige består af fast ejendom).

Om løsørebegrebet generelt, se i øvrigt Eivind Einersen: *Forældelsesloven af 1908 med kommentarer* (1999) s. 28ff. med særligt henblik på denne lovs løsørebegreb.⁹³ På s. 29 anføres det, at “... en aftale om køb af information [synes ikke at være omfattet] af en naturlig forståelse af ordet “løsøre”, hvorfor sådanne aftaler formentlig ikke omfattes af loven”. Bortset fra, at det ikke er klart, hvad der menes med “... en aftale om køb af information ...”, jf. om be-

89. Ole Lando i *Dansk Encyklopædi*, 12. bind s. 432. Se også *Salmonsens Konversationsleksikon*, 2. udgave, bind XVI s. 276, hvor løsøre ligestilles med *rørlige ting* “... i Modsætning til faste Ejendomme ell. urørlige Ting, hvilken Sondring spiller en stor Rolle i hele Retssystemet ... men navnlig dog inden for Tingsretten”.

90. Fredrik Schrevelius: *Lärebok i Sveriges Allmänna Nu Gällande CivilRätt, Första Delen* (1844) s. 100 (min fremhævelse).

91. Jf. også UCC art. 2-105(1), hvorefter “[g]oods means all things ... which are movable ...” og Sale of Goods Act, Sec. 61(1) om “personal chattels”.

92. Således også BGB § 90 om “... körperliche Gegenstände”.

93. Anmeldt i UfR 2000 B s. 369.

3. Retlige præstationsformer

grebet information kap. II, afsnit 2.2.2-2.2.6, skal man være varsom med at overføre sådanne generelle udsagn på andre loves løsørebegreb, se om denne problemstilling straks i det følgende.

Der er ikke tradition for at søge begrebsdannelsen konkretiseret nærmere. Opmærksomheden rettes i stedet mod den konkrete aftalegenstands karakter. Med tanke på den begrænsede nytteværdi, det vil have at operere med et detaljeret løsørebegreb – som under alle omstændigheder skal sættes i relation til aftalens genstand – er fordelene ved denne fremgangsmåde iøjnefaldende, hvorfor den også lægges til grund i det følgende. Der må blot erindres om, at løsørediskussionen ikke kan stå alene.⁹⁴

Som anført i kap. II, afsnit 3.2.1 beskæftiger de dele af teorien, der hidtil har diskuteret spørgsmålet om digitale ydelsers (med denne fremstillings terminologi: fleksible informationsydelser i digital form), sig hovedsageligt med forholdet til løsørebegrebet. En undtagelse hertil udgøres af *Mogens Koktved-gaard*: Om Købelovgivningens Anvendelse på Overdragelse af Immaterialrettigheder, TfR 1965 s. 571ff. og *Mads Bryde Andersen*: IT-retten (2001) kap. 20.2 og 20.3. Som eksempler på hovedtendensen, se *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (1993) s. 37, *Hanne Bender*: EDB-rettigheder (1998) s. 301ff og 310ff., *Agne Lindberg & Daniel Westman*: Praktisk IT-rätt (1999) s. 267ff., jf. dog s. 273ff., *Assafa Endeshaw*: Commercial Law – Assimilating Software to “Goods” by Analogy, CLSR vol. 13, No. 5 (1997) s. 325ff., *Michael Chissick & Alistair Kelman*: Electronic Commerce – Law and Practice (1999) s. 54ff., *Peter Bydlinski*: Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter – zeitlos oder anpassungsbedürftig?, Archiv für die civilistische Praxis, 198. Band, Heft 2-3, April 1998 s. 292ff., *Hans-Werner Moritz*: Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sue generis?, CR nr. 5/1994 s. 257ff., *Thomas Hoeren*: Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf, CR nr. 11/1988, s. 908ff., *Michael Lehmann*: Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, Heft 29, s. 1822ff., *Claus D. Müller-Hengstenberg*: Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, Heft 48, s. 3128ff., *Helmut Redeker*: Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?, NJW 1992, Heft 28, s. 1739ff., *M. Michael König*: Die Qua-

94. Se hertil *Ellen-Kathrine Thrap-Meyer*: Forbrukerkjøp og edb, Complex nr. 5/1989 s. 30, hvorefter “... det ikke er grunnlag for å legge mer i kjøpslovens tingsbegrep enn at det er ment som en *hensiktsmessig og praktisk fellesbetegnelse*”, min fremhævelse.

Kapitel II · Karakteristik

lifizierung von Computerprogrammen als Sachen i. S. des § 90 BGB, NJW 1989, Heft 41, s. 2604f. og samme: Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf, NJW 1993, Heft 48, s. 3121ff. samt *Abbo Junker*: Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992, NJW 1993, Heft 13, s. 824ff., navnlig s. 827ff.

Det har været anført, at den omstændighed, at *elektricitet* anses for en rørlig ting efter den *strafferetlige* regulering af tyveri, kan tale for at anvende også købelovene,⁹⁵ jf. i øvrigt om elektricitet og lignende ydelser kap. II, afsnit 4.2.2. Tilsvarende kan det overvejes, om det forhold, at den gældende *kreditaftalelov* kan hævdes at omfatte elektricitet,⁹⁶ bør have betydning for den køberetslige diskussion. Forudsætningen for at drage denne parallel må for det første være, at man kan tale om et alment løsørebegreb, der går på tværs af formueretlige, offentligretlige og strafferetlige skel. En sådan almen begrebsdannelse foreligger imidlertid næppe. At en ydelse udgør løsøre efter én lov medfører ikke, at det samme pr. definition er tilfældet for andre loves vedkommende. Opfattelser af denne karakter synes at overse forholdet mellem de enkelte loves retsfaktum og deres retsvirkninger.

For så vidt angår den *strafferetlige* subsumption beror anvendelsen af tyveribestemmelsen på en fortolkning af straffelovens § 276, der i 2. pkt. sidestiller "... en energimængde, der er fremstillet, opbevaret eller taget i brug til frembringelse af lys, varme, kraft eller bevægelse eller i andet økonomisk øjemed" med en rørlig ting. Retsfaktumbeskrivelsen for tyveri indeholder således direkte hjemmel til at strafforfølge den, der uberettiget tilegner sig elektricitet.

I relation til *kreditaftaleloven* mærkes, at denne lovs løsørebegreb normalt betegnes som snævrere end købelovens, jf. *Hans Helge Beck Thomsen*: Kreditaftaleret ifølge kreditaftaleloven (2000) s. 32. En retstilstand, hvorefter elektricitet

95. Se eksempelvis Ot. Prp. Nr. 80, 1986-87 s. 48 og (indirekte) *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (1993) s. 38. Om den strafferetlige regulering i øvrigt, se *Vagn Greve m.fl.*: Kommenteret straffelov, Speciel del (1997) s. 365ff. med henvisninger.

96. *Anne-Dorte Bruun Nielsen & Hans Helge Beck Thomsen*: Kreditaftaleret ifølge kreditaftaleloven (1997) s. 30. Bkg. nr. 830 af 10. december 1990 § 1, stk. 1, der direkte holdt aftaler om leverancer af blandt andet elektricitet udenfor kreditaftaleloven, er afløst ved bkg.nr. 497 af 13. juni 1994. Denne bekendtgørelse indeholder ingen bestemmelse svarende til den nævnte § 1, stk. 1, hvorfor loven som udgangspunkt må anses for anvendelig.

3. Retlige præstationsformer

anses for omfattet af kreditaftalelovens bestemmelser om kreditkøb, men ikke af købeloven, kan derfor forekomme diskutabel. Som det er tilfældet med købeloven, kan anvendelsen af kreditaftaleloven imidlertid ikke alene bero på forståelsen af løsørebegrebet – også lovens retsvirkninger må inddrages. Lovens bestemmelser om kreditgiverens oplysningspligt og retsfølgen, hvis dette ikke sker, om forbud mod pant i kreditkøb, om forbrugerens forpligtelser og om personskitte i kreditaftaler, giver således ikke anledning til særlige problemer vedrørende elektricitet. Det kan bestemmelserne om ejendomsforbehold derimod gøre, eftersom et af formålene med denne ordning er, at realdebitor skal kunne tage aftalens genstand tilbage, hvis realkreditor misligholder sine forpligtelser. Præsteret elektricitet kan ikke tages tilbage, hvilket kan give anledning til overvejelser om anvendeligheden af køb med ejendomsforbehold for så vidt angår allerede præsterede elektricitetsleverancer, jf. også generelt om elektricitet kap. II, afsnit 4.2.2 og om hævebeføjelsen kap. II, afsnit 4.2.4.2.1 og kap. III, afsnit 4.4, men dette forhold kan ikke i sig selv udelukke lovens anvendelse i øvrigt, jf. hertil *Ellen-Kathrine Thrap-Meyer*: Forbrugerkjøb og edb, Complex nr. 5/1989 s. 31. Se også *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar (1988) s. 331ff. Alternativt kan leverandøren betinge sig forudbetaling fra modtageren som forudsætning, eventuelt i form af a contobeløb, for at stille elektriciteten til rådighed, hvilket ofte ses i praksis.

3.2.4. Købelovens fundament

Købeloven er blevet til i en tid domineret af industrialiseringen og fremstilling af massefabrikata.⁹⁷ Omsætningen prægedes helt af fungible genstande, der ved realdebitors misligholdelse principielt altid

97. Jf. i det hele *Stig Jørgensen*: Misligholdelse, TfR 1964 s. 449ff., navnlig s. 457, *Erik Hørlyck*: Tilvirkningskøbet (1996) s. 12, *Mogens Kjørtvedgaard*: Om Købelovgivningens Anvendelse på Overdragelse af Immaterialrettigheder, TfR 1965 s. 575 og 580 samt *NU 1984:5* s. 164, hvorefter “[d]et kan hävdas att allmänna köpsrättsliga bestämmelser inte i alla avseenden är lämpade att lösa de problem som kan uppkomma i samband med överlåtelse av olika rättigheter ... [men] ... i praxis kan [man] tillämpa köplagens stadganden på ett tillräckligt flexibelt sätt ...” og videre s. 195, hvor det blandt andet hedder, at “... [l]agförslagen ... i första hand [har] utformats med sikte på köp av lösa saker (lösöre, ting). Det får därför avgöras från fall till fall i vilken mån köplagens regler kan tillämpas på avtal som avser t. ex. fordringar och andra rättigheter”.

ville kunne fremskaffes andetsteds fra.⁹⁸ Under sådanne omstændigheder bliver muligheden for realkreditor til at *hæve* af central betydning, og denne misligholdelsesbeføjelse behandles da også ganske indgående i loven, eksempelvis ved forsinkelse i handelskøb eller faktiske mangler. Oprindeligt var reglerne om *afhjælpning* derimod meget beskudne. Sådanne regler vil i udgangspunktet ikke have den store praktiske betydning i genuskøb, hvor genstanden som nævnt vil kunne erstattes af en anden, der lever op til parternes aftale, men jo mere *specificeret* aftalens genstand bliver, jo større betydning kan det have for begge parter at søge eventuelle mangler afhjulpet i videst muligt omfang, jf. om afhjælpning kap. III, afsnit 4.3.3. Anvendelsen af hævebeføjelsen problematiseres yderligere ved den *proces*, hvorved visse former for fleksibel information overføres. Består aftalens genstand af *subjektiv menneskelæsbar* information såsom skønlitterære bøger eller film, vil realkreditors udnyttelse af ydelsen forudsætte, at informationen læses, ses eller høres, jf. kap. II, afsnit 2.2.6.3. Ydelsen vil herefter muligvis nok kunne *tilbageleveres*, jf. reglerne i købelovens §§ 57-58, men realkreditor vil fortsat have informationen i sin besiddelse. I et vist omfang vil den ydelse, der kan tilbageleveres, derudover alene være en *kopi* af det oprindeligt præsterede, eksempelvis hvor ydelsen består af mundtlige ydelser (rådgivning mv.), hvorved ophævelse kan forekomme illusorisk. Disse forhold må medinddrages ved overvejelser om anvendelse af den køberetlige regulering.

Også andre af de køberetlige misligholdelsesbeføjelser kan afstedkomme problemer i relation til visse former for fleksibel information. Det er således ikke ualmindeligt, at *betalingen* i visse situationer er *symbolsk* eller består af *løbende afdrag*, således som det eksempelvis er tilfældet i en licenstransaktion. Ønsker realkreditor i sådanne tilfælde at påberåbe sig et *forholdsmæssigt afslag*, jf. købelovens §§ 42, stk. 1 og 78, stk. 1, kan det være tvivlsomt, om og i givet fald under hvilke omstændigheder en sådan påstand kan tages til følge. Se om problemstillingen nedenfor afsnit kap. III, afsnit 4.3.4.

98. Sml. *Prop. 1988/89*: 76 s. 21: "Handeln med jordbruksprodukter, råvaror och basprodukter spelade ännu vid seklets början en dominerande roll. Det var till en stor del fråga om varor som var allmänt tillgängliga på den inhemska eller utländska marknaden och som ofta var utsatta för betydande prisförändringar. Vid sidan av sådana köp var köp av kreatur och hantverksprodukter viktiga. Industriprodukternas andel i handeln var däremot betydligt mindre".

3. Retlige præstationsformer

På trods af lovens udstrakte brug af brede formuleringer er der således ingen tvivl om, at den har visse *særlige omsætningsforhold* som sit primære, direkte anvendelsesområde. Også lovens regulering af misligholdelse i form af *mangler* peger i denne retning. Det er velkendt, at der sondres mellem faktiske og retlige mangler i loven. Som påpeget af *Mogens Koktvedgaard*⁹⁹ er sondringen naturlig og operabel, når det drejer sig om *typiske løsøregenstande*, men den vil ofte føre til uhenigtsmæssige resultater, hvis aftalens ydelse ikke er af denne type. Adskillelsen mellem de to mangeltyper giver anledning til særlige problemer ved overdragelse af fleksibel information *med symbolværdi*, navnlig ved *rettighedsoverdragelsen*, se om denne kap. II, afsnit 4.2.3. Men også i andre henseender forårsager den køberetlige regulering af mangler problemer, eksempelvis ved overførsel af *subjektiv menneskelæsbar information*, hvor det kan diskuteres, hvorvidt den køberetlige indfaldsvinkel på dette punkt i det hele taget er hensigtsmæssig, se nærmere diskussionen i kap. II, afsnit 4.2.5.

Indførelsen af nye nationale købelove i Sverige, Norge og Finland har afstedkommet en række forskelle i den køberetlige regulering disse lande og Danmark imellem. Dette gælder imidlertid ikke sondringen mellem retlige og faktiske mangler, som fortsat benyttes i de nye love, se den svenske, norske og finske købelovs §§ 17-21 (faktiske mangler) og § 41 (retlige). Se i øvrigt om mangler kap. III, afsnit 3.

Også i bemærkningerne til loven kan der søges støtte for synspunktet om lovens markeds-mæssige tilknytning. I FT 1904-05, tillæg A, sp. 3344 hedder det således, at der “[i] størst mulig Omfang er...taget Hensyn til, hvad man maa antage for at være den almindelige *merkantile Opfattelse* eller den *raadende Handelsbrug* i de nordiske Lande”, min fremhævelse. Hverken loven eller bemærkningerne tager – eller kunne tage – stilling til spørgsmålet om lovens anvendelse under ændrede markeds- eller samfundsmæssige forhold. Fleksible informationsydelser kendtes ganske vist også på tidspunktet for lovens vedtagelse i form af aviser, bøger og lignende frembringelser, men disse ydelser var ikke i nær samme grad så udbredte, som det er tilfældet i nutidens samfund, hvor den teknologiske udvikling har afsted-

99. Om Købelovgivningens Anvendelse på Overdragelse af Immaterialrettigheder, TfR 1965 s. 577.

kommet en hel anden fokusering på information som det bærende i en transaktion.

Anvendelsen af købeloven er ikke et spørgsmål om enten-eller i den forstand, at man enten skal benytte *hele* loven eller slet ikke. Dette fremgår allerede af bemærkningerne¹⁰⁰ og indebærer blandt andet, at loven helt eller delvis kan finde *partiel* anvendelse på de dele af en transaktion, der lader sig regulere af lovens regler, mens andre dele må reguleres efter andre regler og principper, jf. i øvrigt om retsgrundlaget for sådanne *sammensatte ydelser* kap. II, afsnit 4.2.4.2.1. Men det betyder også, at såfremt lovens regler om eksempelvis *faktiske mangler* ikke finder anvendelse som følge af realydelsens karakter, eksempelvis fordi den består af *subjektiv information*, jf. kap. II, afsnit 2.2.6.4, udelukker dette ikke, at *andre* bestemmelser i loven, eksempelvis om *forsinkelse*, kan være direkte anvendelige. Vedrører transaktionen et skønlitterært værk, der skal sendes fra realdebitor til realkreditor, vil bestemmelserne om forsinkelse og levering fortsat være direkte anvendelige, selv om ydelsen ikke lader sig faktisk mangelsbedømme, jf. i øvrigt om levering og forsinkelse kap. III, afsnit 2.5. Medmindre parterne har aftalt andet, anses levering i forbrugerkøb følgelig først for sket ved *overgivelsen*, jf. købelovens § 73,¹⁰¹ og foreligger der konkret forsinkelse, gælder de præceptive bestemmelser i lovens §§ 74 og 75. Årsagen hertil skal søges i den omstændighed, at vurderingen af, om der foreligger levering i rette tid, ikke afhænger af realydelsens *informationsindhold*, men derimod af en konkret konstatering af, hvorvidt ydelsen *er leveret i rette tid*. Også subjektive informationsydelser kan være forsinkede, hvad enten de involverer medoverdragelse af et fysisk medium eller består i en transmission af en fil, og den omstændighed, at de ikke kan være faktisk mangelfulde i relation til *informationsindholdet*, taler ikke i sig selv imod en direkte anvendelse af købelovens øvrige regler, i den udstrækning de i øvrigt måtte være anvendelige.

Se i øvrigt om *rettighedsoverdragelsen* kap. II, afsnit 4.2.3. En sådan delvis direkte anvendelse af købeloven underbygges af det forhold, at lovens faktiske

100. "Finder Domstolen i det givne Tilfælde, at Forholdet ikke kan henføres under den almindelige Retsbevidstheds Begreb om Køb, er der endnu Mulighed for, at den kan anse flere eller færre af Lovens Bestemmelser for analogisk anvendelige paa Forholdet", FT 1904-05, tillæg A sp. 3348.

101. § 73 er ikke præceptiv, jf. lovens § 1, stk. 2 modsætningsvist.

3. Retlige præstationsformer

mangelsregler finder direkte anvendelse på *det fysiske medium*, informationsydelsen måtte være manifesteret i, uanset om informationsindholdet er subjektivt eller objektivt. At loven kan finde direkte anvendelse på ét aspekt af en transaktion, men ikke på et andet, er således ikke ukendt. Se om mediefejl kap. III, afsnit 3.2.5.

Som omtalt i kap. II, afsnit 3.2.1 kan lovens analogiske anvendelse og udstrækningen heraf diskuteres, men den praktiske betydning af dette forhold vil ofte fortone sig, eftersom hovedparten af loven er udtryk for en nedskrivning af allerede gældende ret på kodifikations-tidspunktet.¹⁰² Finder loven ikke direkte anvendelse, gælder de beskyttelsespræceptive regler i forbruger køb ikke, i hvert fald ikke med deres præceptivitet,¹⁰³ og det samme gælder de særlige reklamationsfrister i §§ 54, stk. 1 og 83, stk. 1.¹⁰⁴ I praksis vil det da også ofte være svært at se, hvorvidt lovens øvrige – fakultative – bestemmelser bruges direkte, analogt eller som udtryk for almindelige obligationsretlige principper, eftersom den blotte anførelse af en bestemmelse ikke i sig selv indikerer direkte anvendelse.

Der har i den senere tid fra flere hold været udtrykt en vis bekymring for en *fragmentering* af civilretten.¹⁰⁵ I et retssystem som det danske, hvor der ikke er den store tradition for kodificeringer i egentlige lovbøger af formueretlige principper og retsgrundsætninger, kan der

102. Jf. FT 1904-05, tillæg A, sp. 3344. Se nærmere L.A. Grundtvig: Nogle vejledende Bemærkninger til Lov om Køb af 6te April 1906, UfR 1906. B. s. 153ff. og I. Heckscher: Nogle Randbemærkninger i Anledning af de nordiske Udkast til Lov om Køb, UfR 1905. B. s. 9ff.

103. Se *bet.nr. 1133/1988* s. 15, hvorefter "...den ændring af købeloven, som trådte i kraft den 1. januar 1980, [indebærer] en betydelig grad af præceptivitet, som ikke uden videre kan udstrækkes til andre områder uden direkte lovhjemmel herfor", fremhævet her.

104. Se om forbrugerbeskyttelse og præceptivitet kap. II, afsnit 3.2.6. Forældelsesreglen i §§ 54 og 83 omtales i kap. III, afsnit 4.7. Det kan diskuteres, i hvilken udstrækning købelovens objektiverede erstatningsansvarsbedømmelse i § 24 finder generel anvendelse som udtryk for et alment princip på andre genusydelser end de, der omfattes af købeloven, se hertil Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 251ff og om erstatning kap. III, afsnit 4.5.

105. Se blandt andre Joseph Lookofsky & Møgelvang-Hansen: En ny dansk indenlandsk købelov – KBL III ?, UfR 1999. B. s. 248 om købelovens paradigme-funktion, Christina Hultmark: Köplagens tillämplighet på fel i patent, JT 1993-94 s. 689 og Bertil Bengtsson: Om civilrättens splittring, Festskrift till Kurt Grönfors (1991) s. 29ff.

argumenteres for, at det har en værdi i sig selv i videst muligt omfang at søge eksisterende retsgrundlag af denne art opretholdt. Stilles man overfor en konkret aftaletype, må man derfor i hvert enkelt tilfælde nøje overveje, hvorvidt netop denne aftale kan indfortolkes i købelovens systematik, selv om dette måske umiddelbart forekommer ulad-siggøreligt. Men argumentet må ikke lede til den slutning, at risikoen for opsplitning i *sig selv* bliver det eneste udslagsgivende for spørgs-målet om lovens anvendelse eller ej. Som nævnt eksisterer der ikke længere retsenhed mellem de nordiske lande på det køberetlige om-råde. En opsplitning på det nordiske niveau er således allerede sat i værk, om end spørgsmålet om lovenes anvendelsesområde i udgangs-punktet ikke er berørt af ændringerne i Norge, Sverige og Finland. Dette betyder ikke, at argumentet ikke kan indgå i overvejelserne om den danske købelovs anvendelighed på en aftale på det rent *nationale* niveau, men det betyder, at forestillingen om lovens regulering af for-holdet mellem parterne som det optimale i enhver henseende, næppe er holdbart. Afgørende for spørgsmålet om lovens anvendelighed må være, om den konkrete aftale for det første opfylder retsfaktumkravet i § 1a, stk. 1, og om lovens katalog af retsvirkninger dernæst lader sig anvende til regulering af aftalen.

3.2.5. De køberetlige retsvirkninger

Købeloven er baseret på en række fundamentale sondringer. Centralt står i første række *misligholdelsen* og de *beføjelser*, der kan påberåbes overfor den misligholdende part. Misligholdelse kan finde sted i form af *forsinkelse* fra begge parter side eller ved realdebitors præstation af en *mangelfuld* ydelse. Misligholdelsesbeføjelserne kan inddeles i fem kategorier: krav om naturalopfyldelse (omlevering), forholdsmeessigt afslag, afhjælpning, ophævelse og erstatning. Beføjelserne kan påberå-bes i varieret udstrækning, alt efter hvilken form for misligholdelse der er tale om, og hvem af parterne, der misligholder.

Loven indeholder ingen angivelse af, hvornår der foreligger *for-sinkelse*.¹⁰⁶ Generelt foreligger der forsinkelse, hvis aftalens genstand ikke leveres rettidigt til rette vedkommende. Om der leveres rettidigt afhænger af, hvad der er aftalt og i øvrigt forudsat af parterne samt af købets art, herunder om der er tale om forsendelseskøb eller afhent-ningskøb, jf. hertil lovens §§ 9-11 og § 73. Rettidig levering kan såle-

106. Her som i afhandlingen i øvrigt er fokus på *realdebitors* forhold.

des foreligge, selvom aftalens genstand ikke kommer realkreditor i hænde, jf. § 10 om overgivelse til selvstændig fragtfører. I modsætning til almindelig sprogbrug omfatter forsinkelse i køberetlig henseende også den situation, at aftalegenstanden aldrig kommer frem til rette vedkommende. Levering i rette tid og på rette sted omtales nærmere nedenfor kap. III, afsnit 2. Om *mangler*, se kap. III, afsnit 3.

Som det vil fremgå af kap. II, afsnit 4.2.4.2, er det navnlig anvendelsen af beføjelsen til at *ophæve købet* i anledning af realdebitors væsentlige misligholdelse, der kan give anledning til problemer i relation til visse informationsydelser. Ophævelsesbeføjelsen er nærmere omtalt i kap. III, afsnit 4.4. På dette sted skal blot fremhæves, at købelovens katalog af misligholdelsesbeføjelser ofte vil være *præciseret* eller direkte *fraveget* i erhvervsmæssige transaktioner, eksempelvis ved, at parterne aftaler *genforhandling* under visse nærmere angivne betingelser.¹⁰⁷ Se om dette aspekt kap. III, afsnit 4.6.

3.2.6. Forbrugerbeskyttelse

I takt med Internettets udbredelse og den hastige teknologiske udvikling har stadigt flere fået mulighed for at benytte sig af dette medie til at foretage transaktioner, som indtil for ganske få år siden var forbeholdt et mindretal. Dermed er et velkendt retspolitisk tema atter kommet på dagsordenen med fornyet styrke: spørgsmålet om *forbrugers retsstilling*, når der handles med digitale ydelser.¹⁰⁸ Forholdet har påkaldt sig betydelig interesse såvel på nationalt som europæisk og amerikansk plan, og en lang række initiativer til betryggelse af forbrugeren er allerede vedtaget eller er undervejs. Som omtalt i kap. I, afsnit 1, er anvendelsen af navnlig Internettet endnu relativt begrænset hos

107. Også i *forbrugerforhold* kan købelovens ordning i udgangspunktet fraviges, dog med respekt af de beskyttelsespræceptive regler i §§ 72-86. Den erhvervsdrivende kan eksempelvis *garantere* tilstedeværelsen af en given egenskab og derved gøre det muligt for forbrugeren at påtale mangler i en længere periode end foreskrevet i lovens § 83.

108. Som påpeget af *James P. Nehf* i artiklen *Borderless Trade and the Consumer Interest – Protecting the Consumer in the Age of E-Commerce*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 38, No. 2 (1999) s. 457ff., kan fremkomsten af og den hastige udvikling i væksten af navnlig handelen på Internettet medfører forøget pres på forbrugerinteresser. Regler, der fordrer, at den erhvervsdrivende skal identificere sig selv, forhindrer ikke svingagtige foretagender i at præsentere sig troværdigt, hvilket oven i købet er relativt enkelt på nettet i form af iøjnefaldende og tilsyneladende seriøse hjemmesider mv.

Kapitel II · Karakteristik

forbrugere verden over. Gennem indførelsen af forskellige *mærkningsordninger*, regulering af den erhvervsdrivendes *markedsføring*, fastsættelse af de *oplysninger*, der skal fremgå af en hjemmeside og lignende foranstaltninger, søger man fra politisk hold at skabe størst mulig *tryghed* for forbrugeren for dermed at fremme denne omsætningsform.

Af initiativer fra dansk hold kan navnlig nævnes rapporten *Forbrugersens retsbeskyttelse i grænseoverskridende digitale net*, udgivet af Erhvervsministeriet i juni 1997. Organisationer som Forbrugerrådet og Dansk Handel & Service beskæftiger sig ligeledes løbende med visse af de retlige problemer, den nye teknologi kan forårsage, hvoraf et af de seneste tiltag vedrører indførelsen af et nyt *mærke for e-handel*, der nu er vedtaget, se <http://www.e-handelsfonden.dk>. Derudover eksisterer der en række mere eller mindre veletablerede foreninger, eksempelvis Foreningen for Dansk Internethandel (<http://www.fdi.dk>).

Det er kendetegnende for flertallet af de allerede gennemførte forslag, at de generelt vedrører forhold, der enten ligger før aftaleindgåelsen (til almen betryggelse, eksempelvis mærkningsordningerne), eller i nær tilknytning hertil (den erhvervsdrivendes oplysningsforpligtelse, regulering af markedsføringen, elektroniske signaturer mv.). Dette er ikke overraskende, al den stund netop disse forhold er afgørende for, om en aftale i det hele taget kommer i stand og de retlige problemer, der kan opstå *efter* aftaleindgåelsen, følgelig bliver relevante.

Også på europæisk plan kan denne tendens spores. Her har man blandt andet interesseret sig for elektroniske signaturer og beskyttelse af personoplysninger, i begge tilfælde med et direktiv som slutproduktet. Vigtigt i forbrugermæssig henseende er direktivet om *fjernsalg* (97/7/EF), der blandt andet kræver visse oplysninger stillet til rådighed for forbrugeren, inden aftalen indgås (art. 4). Regler om oplysningsforpligtelse fremgår også af direktivet om elektronisk handel, art. 5, 6 og 10. I visse dele af EU-systemet har man ført bredere diskussioner om den teknologiske udvikling som sådan, herunder forbrugers position, eksempelvis i *Legal Advisory Board*. I øvrigt har det navnlig været *immaterialretlige* problemstillinger, der har ligget til grund for diskussionerne, herunder ikke mindst de *ophavsretlige* komplikationer forbundet med anvendelsen af digital teknologi, hvor der allerede er gennemført en række initiativer, mens andre endnu diskuteres. En række af disse foranstaltninger har også betydning for denne fremstilling, men hvad angår fremstillingens hovedproblem – retsgrundlaget inter partes – har dette kun i beskedent omfang været på den

3. Retlige præstationsformer

danske eller fælleseuropæiske dagsorden. Se generelt *John Dickie: Internet and Electronic Commerce Law in the European Union* (1999),¹⁰⁹ hvor det blandt andet fremhæves (s. 101f.), at størstedelen af den lovgivning, der hidtil er tilvejebragt af EU, ikke primært har haft forbrugerinteresser for øje, men derimod ønsket om at understøtte grænseoverskridende handel på det europæiske marked. En del af forklaringen skal efter forfatterens opfattelse søges i rent organisatoriske forhold i EU-systemet: "The consumer protection measures have their genesis in the Commission's Consumer Protection Directorate, whereas the other measures have mostly originated in its Internal Market Directorate" (s. 102). Med indførelsen af art. 153 (2) i Amsterdamtraktaten er der dog lagt op til en højere grad af interesse også for forbrugernes interesser, idet det kræves, at "...consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Community policies and activities". Den praktiske betydning heraf står dog endnu tilbage at afvente. Se til illustration præamblen til *direktivet om elektronisk handel*, 2000/31/EF, pkt. 7, hvorefter det "[f]or at sikre retssikkerhed og forbrugernes tillid er ... nødvendigt, at dette direktiv fastsætter en klar og generel ramme for visse retlige aspekter af elektronisk handel i det indre marked" samt pkt. 65 med pointeringen af, at "...forbrugerbeskyttelse fortjener særlig opmærksomhed i [informationssamfundet]".

Overvejelser om forbrugernes position har længe spillet en rolle i USA, om end de foreslåede eller gennemførte initiativer ikke altid har været til forbrugerorganisationernes udelte tilfredshed. Indførelsen af UCITA har således været og er fortsat ganske kontroversiel også i forbrugermæssig henseende, se eksempelvis *Dively & Cohn: Treatment of Consumers Under proposed U.C.C. Article 2B-Licenses* i *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. XVI, No. 2, Winter 1997 s. 315ff. Adskillige advokater, universiteter og organisationer fører derudover løbende debatter, herunder på deres respektive hjemmesider. Af interesse er også *The Federal Trade Commission* (<http://www.ftc.gov>), der direkte har det som en del af deres formål at arbejde for forbrugerbeskyttelse, se hertil *Starek & Rozell: The Federal Trade Commission's Commitment to Online Consumer Protection*, (1997) 15 *The John Marshall Journal of Computer and Information Law* s. 679ff.

Afslutningsvis bør nævnes, at også organisationer som *OECD* og *ICC* har været benyttet som platform for debatter om emnet, for *OECD's* vedkommende

109. Bogen er anmeldt af *Aashit Shah* i *EIPR* No. 8/2000 s. 385f.

Kapitel II · Karakteristik

navnlig vedrørende beskyttelse af personoplysninger. Se i øvrigt om initiativer inden for den elektroniske handel kap. IV, afsnit 2.

Foranlediget af samfundsudviklingen gennemførtes der i den danske købelov en række beskyttelsespræceptive regler i 1980.¹¹⁰ Også i de øvrige nordiske lande eksisterer der sådanne bestemmelser, om end måden, de er gennemført på, divergerer. I Norge findes reglerne således som i Danmark i den generelle købelov, hvorimod man i Sverige og Finland har egentlige *konsumentköplagar*. Formålet er imidlertid det samme i alle tilfælde – at tilvejebringe et beskyttelsesgrundlag for den som oftest svagere part.

Indførelse af regler, der tilsigter at beskytte den præsumptivt svagere part, kan være velbegrundet, men må afvejes i forhold til andre fundamentale principper. Præceptivitet medfører restriktioner i modpartens adgang til at handle, som han vil, hvilket strider mod aftalefriheden. Bliver kravene for store, risikerer man en koncentration af erhvervslivets ressourcer i form af få, store koncerner med formindsket konkurrence til følge. Konkurrenceretlige modforholdsregler (fusionskontrol mv.) kan kun i begrænset omfang ændre herved. På den anden side vil forholdsregler, der søger at tilgodese de frie markeds kræfter, ofte bringe forbrugernes interesser i fare. Det optimale er i videst muligt omfang at finde balancepunktet mellem forbrugerinteresser og de frie markeds kræfter, hvilket også er i parternes interesse. Føler forbrugerne sig ikke trygge ved et givent forhold vil de ofte ikke handle der til skade for de erhvervsmæssige aktører på det pågældende område. Se hertil de generelle overvejelser hos *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) Del I (s. 29-59).

Som nævnt i kap. II, afsnit 3.2.1, vedtog EU i 1999 *forbrugerkøbsdirektivet* (99/44/EF af 25. maj 1999). Et lovforslag til gennemførelse af direktivet er fremsat

110. Se begrundelsen i *bet. nr. 845/1978* s. 8: "Den væsentlige stigning i levestandarden [siden lovens indførelse i 1906] har medført en tilsvarende kraftig forøgelse af antallet af køb og af værdien af det købte. Antallet af produkter, der udbydes til salg, er også steget betydeligt, og det er som følge heraf blevet vanskeligere for køberne at orientere sig på markedet. Der er endvidere sket en kraftig koncentration af virksomhederne i detaileddet, og bl.a. i forbindelse hermed er der oprettet et stort antal selvbetjeningsforretninger. De udbudte varer er i videre omfang end tidligere masseproducerede og færdigemballerede, og information om varerne på indpakningen, i annoncer, brochurer og brugsanvisninger hidrører ofte ikke fra sælgeren, men fra tidligere salgsled, som f.eks. producenten eller importøren". Jf. også *bet. nr. 738/1975* s. 14ff.

3. Retlige præstationsformer

af justitsministeren den 5. december 2001. Lovforslaget er i alt væsentligt identisk med direktivet og det lovudkast, der er indeholdt i *Betænkning nr. 1403/2001*, se dennes s. 159ff. Hovedelementerne i lovforslaget er følgende:

- A. Fristen for at *klage over mangler ved salgsgenstanden* forlænges fra 1 til 2 år efter, at forbrugeren har modtaget salgsgenstanden (den absolutte reklamationsfrist),

Det foreslås endvidere, at en reklamation *inden for 2 måneder* fra det tidspunkt, hvor forbrugeren faktisk opdagede den pågældende mangel, altid vil være rettidig (den relative reklamationsfrist).

Direktivet befatter sig alene med forbrugers retsstilling. I det danske lovforslag foreslås det imidlertid, at der også i *andre køb end forbruger køb*, det vil sige civil- og handelskøb, skal gælde en absolut reklamationsfrist på 2 år mod nu 1 år, se forslagens § 1, nr. 4. Bestemmelsen er imidlertid ikke præceptiv, hvilket svarer til retstilstanden efter den nugældende § 54, stk. 1, i købeloven.

Begrundelsen for at udvide den absolutte reklamationsfrist generelt, se her til *Betænkning nr. 1403/2001* s. 138ff., er, at den erhvervsdrivende kan risikere at komme til at stå i en situation, hvor den forbruger, han har indgået aftale med om salgsgenstanden, kan støtte ret på den absolutte reklamationsfrist på to år, mens den erhvervsdrivende ikke selv kan rette kravet videre mod sin medkontrahent (salgsgenstandens producent mv.), hvis der er gået mere end et år, medmindre andet er aftalt.

- B. Der kan ikke længere tages *generelle* forbehold af typen "som den er og forefindes", hvorimod det fortsat er tilladt at tage *konkrete* forbehold.
- C. Er salgsgenstanden mangelfuld, kan *forbrugeren* som udgangspunkt *vælge* mellem at kræve afhjælpning eller omlevering, jf. om disse begreber kap. III, afsnit 4.3.3.1. Efter den gældende købelov har forbrugeren ikke en sådan valgfrihed, såfremt sælger tilbyder at foretage afhjælpning, jf. købelovens § 79, 1. pkt.
- D. *Mangelsbegrebet* i forbruger køb suppleres med en bestemmelse, der angiver en visse *positivt formulerede kriterier* om salgsgenstandens egenskaber,

Kapitel II · Karakteristik

der skal være opfyldt, medmindre andet måtte være aftalt, se forslag til ny § 75a.

- E. Forbrugerens *undersøgelsespligt* begrænses til alene at omfatte mangler mv., forbrugeren *kendte* eller *måtte* kende til, hvorimod det ikke længere vil være tilstrækkeligt som efter den gældende købelovs § 47, at forbrugeren *burde* have været bekendt med det pågældende forhold, jf. forslag til ny § 77b.
- F. Der indføres en *formodningsregel*, hvorefter en mangel, der viser sig inden for de første 6 måneder, skal formodes at have været til stede allerede på leveringstidspunktet, forslag til ny § 77a, stk. 3.
- G. Anvendelsesområdet for købeloven udvides ved *bestillingskøb*. Det er herefter ikke afgørende, om det er forbrugeren eller den erhvervsdrivende, der leverer det for fremstillingen af salgsgenstanden nødvendige materiale, jf. forslag til ny formulering af købelovens § 2.
- H. Der indsættes en bestemmelse om visse *lovvalgsaftaler* i forbruger køb. En forbruger vil herefter altid kunne påberåbe sig præceptive bestemmelser i lovgivningen i et land inden for EØS, såfremt det uden lovvalgsaftalen ville være dette lands lovgivning, der fandt anvendelse på aftalen.

Ved overvejelser om anvendelsen af købeloven, herunder navnlig dens beskyttelsespræceptive regler, må man have for øje, at et eventuelt benægtende svar hertil i princippet medfører aftalefrihed for parterne. Der eksisterer herefter ingen præceptive regler om mangelsansvaret, ret til afhjælpning mv. På den anden side gælder den særlige reklamationsregel i § 83, stk. 1, heller ikke og kan derfor fraviges til gunst (og ugunst) for forbrugeren, jf. også om reklamation kap. III, afsnit 4.7. Desuden medfører en manglende køberetlig beskyttelse ikke, at forbrugeren er retsløs. Med hjemmel i markedsføringslovens § 1 om god markedsføringsskik kan der nedlægges forbud mod anvendelse af urimelige kontraktvilkår. Loven er imidlertid af offentlig retlig karakter og dens betydning på dette felt må derfor ikke overfortolkes.¹¹¹ En aftale kan derudover tilsidesættes helt eller delvist, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre af-

111. Sml. i samme retning *bet. nr. 845/1978* s. 9.

3. Retlige præstationsformer

talen gældende, jf. aftalelovens § 36, og også *kreditaftaleloven* indeholder en række særlige regler om forbrugeraftaler. Omfattes en transaktion ikke af købeloven, er forbrugeren således ikke uden beskyttelse, men beskyttelsen antager en anden form.

Forskellen mellem *aftaleloven* og købeloven kommer til udtryk på flere niveauer. Aftalelovens § 36 er en *generalklausul*, hvis konkrete anvendelighed derfor beror på en til tider vanskelig vurdering af en aftales urimelighed. Selvom reglen i praksis lettere kommer til anvendelse på forbrugertransaktioner end i forholdet mellem erhvervsdrivende, jf. hertil *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret* (1997) s. 324 og *Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand* (2001) s. 198 og 201ff, begge med henvisninger til praksis, vil dens praktiske relevans for forbrugeren derfor kunne fortone sig. Også i relation til forbrugeren *beføjelser* er der forskel. Hæves en *aftale* som følge af ugyldighed er der som udgangspunkt og forudsat de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt alene adgang til at få den negative kontraktsinteresse erstattet. Hæves et *køb* derimod, kan der under samme forudsætning opnås erstatning for den positive opfyldelsesinteresse, hvilket ofte vil være til forbrugeren fordel. Se om sådanne tilfælde af *konkurrerende ansvarsgrundlag* omtalen hos *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 255ff.

Selv om spørgsmålet om forbrugerbeskyttelse har betydelig interesse for alle transaktioner uanset mediets eller ydelsens art, og på trods af de risici, den elektroniske handel via Internettet indebærer for forbrugeren, må dette imidlertid ikke føre til en fortolkning af købelovens anvendelsesområde, der ikke i øvrigt er belæg for. Det må fastholdes, at det centrale for lovens anvendelighed er retsfaktumangivelsen og muligheden for at benytte lovens katalog af retsvirkninger på den konkrete aftale. Fører dette til, at visse ydelser ikke anses for omfattet, og forbrugeren dermed ikke kan påberåbe sig de præceptive regler, kan dette være *retspolitisk* utilfredsstillende og uhensigtsmæssigt, men i så fald er midlet forslag til lovændringer og ikke en inddragelse af forbrugerhensynet til afklaring af lovens virkefelt. Dette udgangspunkt gælder også med modsat fortegn: *er* det således afklaret, at der foreligger et forbrugerkøb, og lovens bestemmelser i øvrigt er egnet til regulering af transaktionen, spiller det ingen rolle, om hensynet til den (mindre) erhvervsdrivende i princippet kan tale for beskyt-

telse af denne på bekostning af den konkret ressourcestærke forbruger, jf. formuleringen af købelovens § 4a.

3.3. Andre transaktionsformer

3.3.1. Tjenesteydelsen

Hvor køb af løsøre traditionelt afgrænses negativt i forhold til køb af fast ejendom, fremtræder tjenesteydelsen ofte som et *residualbegreb*. Definitorisk kan tjenesteydelsen beskrives som “[y]delser, der hverken består i penge, ting eller i arbejde i et ansættelsesforhold, men er “usynlige”...”,¹¹² jf. hertil artikel 50, stk. 1 EF om tjenesteydelsesbegrebet i EU. Begrebet har således intet entydigt juridisk indhold og en egentlig *positiv* begrebsbestemmelse vil ofte være af begrænset betydning i tvivlstilfælde.¹¹³ Det centrale består i første række i at udsondre tjenesteydelsen fra løsørekøbet i forbrugerforhold, eftersom der på dette felt gælder forskellige regler.

I *bet. nr. 738/1975*¹¹⁴ har man forsøgt at eksemplificere tjenesteydelsen ved hjælp af en række grupperinger, se s. 78f. Det pointeres dog, at opregningen ikke er og heller ikke kan være udtømmende, givet den mangfoldighed af ydelser, der falder ind under definitionen. Som eksempler nævnes:

- a) ydelser vedrørende fast ejendom og bolig (typisk håndværks- og reparationsydelser).
- b) ydelser vedrørende personlige behov og hygiejne (vask, rengøring mv.).
- c) ydelser vedrørende undervisning og fritid (biografer, kursusaktivitet mv.).
- d) ydelser vedrørende transport og transportmidler (fly, tog, bus, taxikørsel mv.).
- e) ydelser vedrørende pengevæsen og forsikring.
- f) ydelser fra liberale erhverv i øvrigt (advokater, revisorer, læger mv.).
- g) leje af løsøre (biler, tv, hårde hvidevarer mv.).

112. *Bernhard Gomard*: Obligationsret, del 1 (1998) s. 10. Se også *bet. nr. 1133/1988* s. 15, hvorefter begrebet ofte forstås bredt “... som omfattende alle ydelser præsteret af erhvervsdrivende, som falder uden for området for salg af løsøre eller af fast ejendom”.

113. Sml. *EU-Karnov I* (1999) s. 357 og *Caroline Heide-Jørgensen*: Liberale erhverv (2000) s. 178. Selvom interessen de anførte steder primært samler sig om det *EU-retlige* tjenesteydelsesbegreb har betragtningen samme vægt på det nationale niveau, eftersom begrebsdannelsen som nævnt i udgangspunktet er ens.

114. Se også *bet. nr. 1133/1988* s. 15.

3. Retlige præstationsformer

Den store forskellighed til trods er der dog også lighedspunkter. Som påpeget såvel i *bet. nr. 738/1975* s. 78 som i *bet nr. 1133/1988* s. 15 kendetegnes tjenesteydelsen ved – i modsætning til den typiske købsgenstand – ikke at eksistere på kontraheringstidspunktet. Dette medfører særlige risici for modtageren af tjenesteydelsen i relation til vederlagsberegningen og der kan opstå tvivl om aftalens omfang.

Ser man bort fra visse offentligretlige love, hvor ikke mindst markedsførings- og konkurrencelovene har betydning, er det iøjnefaldende, at der kun i meget begrænset omfang eksisterer en civilretlig regulering af tjenesteydelsen. Der er således ingen generel lov om tjenesteydelser i Danmark,¹¹⁵ hvorimod visse særlige områder er undergivet lovregulering, eksempelvis bank- og forsikringsvirksomhed. Andre områder præges af *branchevedtagelser* om etisk adfærd. Dette gælder eksempelvis advokat- og revisorhvervet. Denne *fragmenterede retsstilling* er for så vidt ikke overraskende de respektive ydelsers mangfoldighed taget i betragtning,¹¹⁶ men den har som konsekvens, at det kun i begrænset omfang lader sig gøre at behandle alle tjenesteydelser efter samme restgrundsætninger og principper. I det omfang, købeloven er udtryk for almindelige obligationsretlige principper, jf. kap. II, afsnit 3.2.1, kan disse finde anvendelse, men bortset herfra må enhver tjenesteydelse bedømmes på sine egne præmisser, se hertil kap. III, afsnit 3.2.4.

Som nævnt i kap. II, afsnit 2.2.5, kan det undertiden være tvivlsomt, om en tjenesteydelse udgør den eneste ydelse, hovedydelsen eller en biydelse i en konkret transaktion. Talrige løsøre køb kombineres med

115. I Sverige har man derimod en *konsumenttjänstlag*, SFS nr. 1985:716. Om en transaktion udgør køb eller forbrugerkøb, eller om der skal præsteres en tjenesteydelse i forbrugerforhold, har således betydning for den retlige regulering, eftersom forholdene reguleres i tre forskellige love. Udenfor forbrugerforhold eksisterer der derimod ingen lov. Loven omtales ikke nærmere i det følgende, se i stedet *SOU 1999:106: Konsumenterna och IT – en utredning om datorer, handel och marknadsföring*, der s. 67ff. indeholder en redegørelse for varer og tjenester på Internettet.

116. Det kan hævdes, at også løsørekøbet indbefatter så mange og så forskelligartede ydelser, at det også på dette område kan forekomme vanskeligt at operere med en generel lovgivning, sml. *bet nr. 738/1975* s. 78. I det omfang, lovens anvendelse ikke alene afgøres ud fra en ren begrebsmæssig fortolkning, men kombineres med overvejelser om den konkrete ydelses indpasning i lovens retsvirkningskatalog, mindskes betydningen af dette argument dog.

Kapitel II · Karakteristik

en tjenesteydelse. Køber man en bil, kan købet være suppleret med aftale om serviceeftersyn. Grænsen kan navnlig være svær at drage i tilfælde, hvor der indgår en *flerhed af ydelser*, eksempelvis forskellige løsørengenstande i kombination med en eller flere tjenesteydelser. Afgørelsen må træffes konkret ud fra overvejelser om det bærende i transaktionen, se i det hele fremstillingens kap. II, afsnit 2.2.5.¹¹⁷

Efter *forbrugerkøbsdirektivets* art. 1, stk. 4, jf. det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 3, om ny § 2 i købeloven, er det ikke længere afgørende for anvendelsen af de forbrugerbeskyttelsespræceptive regler i direktivet og loven, om det er forbrugeren selv eller den erhvervsdrivende, der leverer det materiale, som er nødvendigt for at fremstille varen i *bestillingskøb*. Forbrugers retsstilling er herved den samme ved bestillingskøb som ved almindelige køb. Den udvidelse af købelovens direkte anvendelsesområde, der allerede følger af den hidtidige formulering af købelovens § 2, stk. 1, hvorefter *blandede aftaler*, hvori der indgår dels et købelement, dels et tjenesteydelseselement i form af *værksleje*, er hermed yderligere udvidet, således at købeloven nu finder direkte anvendelse på *alle* bestillingskøb, hvor realkreditor er forbruger. I overensstemmelse med den traditionelle fortolkning af købelovens anvendelsesområde hedder det dog i *betænkning nr. 1403/2001* s. 26, at det er en forudsætning for lovens anvendelse, at tilvirkeren fremstiller en *genstand*, jf. formuleringen “levering af varer” i direktivets art. 1, stk. 4. Se om denne problemstilling kap. II, afsnit 3.2.3 vedrørende *løsøre*.

For så vidt angår køb med *installationspligt* fastslår *forbrugerkøbsdirektivets* art. 2, stk. 5, følgende: “En manglende overensstemmelse, der skyldes forkert installation af forbrugsvaren, betragtes som varens manglende overensstemmelse, når installationen af varen indgår i købsaftalen og er udført af sælger eller på dennes vegne. Dette gælder ligeledes, hvis forbrugeren selv installerer en vare, der er beregnet hertil, og den ukorrekte installation skyldes en mangel i installationsvejledningen”. Bestemmelsens 1. pkt. medfører, at en manglende

117. Se hertil *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) s. 85f. og hertil afgrænsningen i den svenske *konsumenttjänstlags* § 2, stk. 2, hvorefter loven ikke gælder “... installation, montering eller annat arbete som en näringsidkare utför för att fullgöra ett avtal om köp av en lös sak”, underforstået: i sådanne tilfælde er det ikke denne ydelse, der bærer transaktionen, men derimod den “lösa sak”. Se heroverfor *konsumentköplagens* § 2, stk. 2, hvor det fremgår, at “[lagen inte gäller] avtal som innebär att den som skall leverera en vara även skall utföra arbete eller någon annan tjänst, om tjänsten utgör den övervägande delen av hans förpliktelse”.

3. Retlige præstationsformer

overensstemmelse, der skyldes fejl begået af realdebitor eller af andre på realdebitors vegne vedrørende installationen, og dermed altså vedrører tjenesteydelseselementet i transaktionen, betragtes som varens manglende overensstemmelse. Forbrugeren kan derfor gøre mangelsindsigelser gældende herimod i overensstemmelse med direktivet. Installerer forbrugeren selv en genstand, der er beregnet hertil, kan forbrugeren efter bestemmelsens 2. pkt. gøre mangelsindsigelser gældende, såfremt der er fejl i installationsvejledningen. Direktivet medfører på dette punkt næppe nogen ændring i den danske retstilstand, jf. hertil kap. II, afsnit 4.2.5.2.1 og kap. III, afsnit 3.2.6.2, om fejl i *brugervejledninger*. Det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet indeholder da heller ingen specifik bestemmelse om forbrugers mangelsbeføjelser ved køb med installationspligt, jf. forslaget ved § 1, nr. 5, om ny § 75a.

Der er således ikke i direktivet taget stilling til, *hvornår* der foreligger en købsaftale henholdsvis en tjenesteydelseaftale. Afgørelsen heraf er derfor, jf. også *betænkning nr. 1403/2001* s. 33, overladt til national ret, og efter dansk ret er det herefter afgørende, om realdebitors *hovedforpligtelse* består i levering af en genstand, der omfattes af købeloven, eller i en tjenesteydelse, jf. hertil kap. II, afsnit 2.2.5 om sondringen mellem hoved- og biydelse samt *betænkning nr. 1403/2001* s. 28, der på de følgende sider indeholder en generel gennemgang af køb med installationspligt.

Det er ikke afgørende for den retlige kvalificering af et køb med installationspligt for realdebitor eller dennes folk, om aftalen vedrørende installation indgås samtidig med købet eller efter køkets afslutning. Installationer, som realdebitor har påtaget sig efter køkets afslutning, vil være omfattet af den køberetlige regulering, hvis installationen har forbindelse med leveringen af salgsgenstanden og alene udgør en biydelse. Se tilsvarende *betænkning nr. 1403/2001* s. 28f. og generelt om salg med *monteringspligt* hos Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: *Købeloven med kommentarer* (1993) s. 51f.

3.3.2. Brugsrettigheder og licenser

Den, der råder over et formuegod, kan stifte en *begrænset ret* over godet. En sådan ret kan og vil ofte tage form som en brugsret. Realdebitor kan da bevare ejendomsretten til godet samtidig med, at andre kan benytte dele af det. Sådanne konstruktioner kendes navnlig i relation til *fast ejendom*, men også andre goder kan udgøre genstanden for en begrænset ret. Nyder en informationsydelse immaterialretlig beskyttelse, kan rettighedshaveren således give andre ret til i nærmere

bestemt omfang at foretage handlinger, der ellers er forbeholdt rettighedshaveren, ved at give en *licens*. At karakterisere en licens som en brugsret er imidlertid ikke i alle tilfælde tilstrækkeligt præcist. En rettighedshaver har alene de enerettigheder, der opregnes i den givne immaterialretslov. Er der ingen eneret til at bruge godet, hvilket eksempelvis er tilfældet indenfor den *ophavsretlige* lovregulering,¹¹⁸ er licensen alene en brugsret i den udstrækning, de licenserede handlinger involverer en brug af godet. Kræver en brug af et værk en eksemplar fremstilling, og giver licensen ret til en sådan eksemplar fremstilling, kan licensen rubriceres som en brugsret.¹¹⁹

Ophavsretlige licenser kan inddeles i to hovedgrupper.¹²⁰ Licensen kan vedrøre et konkret *eksemplar* af værket, eller rettighedshaveren kan generelt overdrage *kompetencen til at udnytte (en af) eneretsbeføjelserne* til sin medkontrahent. I førstnævnte tilfælde foreligger der en *eksemplaroverdragelse*, i sidstnævnte en *rettighedsoverdragelse*. Sondringen er central, eftersom der gælder forskellige regler for de to situationer, jf. hertil reglerne i ophavsretslovens kapitel 3 om *ophavsrettens* overgang til andre. Ophavsretsloven indeholder imidlertid alene regler, der tilsigter at regulere netop ophavsretten. Væsentlige temaer som levering, forsinkelse og mangler omtales ikke, og den omstændighed, at en transaktion falder indenfor ophavsretslovens retsfaktum, er derfor ikke afgørende for sådanne temaers vedkommende. Såvel eksemplar- som rettighedsoverdragelsen må med andre ord *suppleres med andre reguleringsmekanismer* end ophavsretsloven. Spørgsmålet er da hvilke, herunder navnlig om købeloven finder anvendelse, jf. herom i de følgende afsnit.

Som anført opstår behovet for anvendelsen af andre reguleringsmekanismer af den simple årsag, at ophavsretsloven ikke tager stilling til de anførte centrale problemstillinger. At en given transaktion karakteriseres som en ophavsretlig licens er derfor ikke i sig selv tilstrækkeligt. I USA har man derimod med ved-

118. Ophavsretsloven giver alene rettighedshaveren eneret til at fremstille eksemplarer af værket eller til at vise eller fremføre det offentligt, se lovens § 2.

119. Se i samme retning *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (1995) s. 585f.

120. Fremstillingen indskrænkes til at vedrøre ophavsretten. Licenser kendes også indenfor patent- og varemærkeretten, se generelt om licensaftaler *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (1995) s. 645ff., *Alan Williams m.fl.: Digital Media – Contracts, Rights and Licensing* (1998) s. 155ff. (om engelske forhold) og *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret* (1999) s. 383ff.

3. Retlige præstationsformer

tagelsen af UCITA etableret et retsgrundlag, der i vid udstrækning indeholder regler om levering, mangler mv. Falder en given transaktion indenfor lovens retsfaktum (computer information transaction), vil lovens katalog af retsvirkninger vedrørende præstationsmåden mv. finde anvendelse, og behovet for anvendelsen af andre regler og principper være tilsvarende minimalt. Se om enkelte af UCITA's enkeltregler nedenfor kapitel III.

3.3.3. Regulering *sui generis*?

Visse transaktioner antager så særegen en karakter, at en retlig regulering, der tager hensyn til de særlige karakteristika, kan komme på tale. En sådan fremgangsmåde findes eksempelvis indenfor den ophavsretlige beskyttelse af *databaser*.¹²¹ Når det drejer sig om digitale informationsydelser, udgør vedtagelsen af UCITA i USA et af de mest iøjnefaldende eksempler på *retsregulering sui generis* indenfor den elektroniske handel. Grundtanken i loven er, at transaktioner, der foretages elektronisk, eksempelvis via Internettet, skal behandles efter *licensretlige* principper. Det er ikke afgørende, hvilken form for information, der er tale om, når blot den skal præsteres elektronisk, altså uden medoverdragelse af et fysisk medium.

UCITA er et kompliceret regelkompleks, der blandt andet har som konsekvens, at elektroniske litterære værker omfattes, hvorimod det samme værk manifesteret i et fysisk medium skal reguleres efter andre regler, herunder UCC. Selvom der er særlige omstændigheder, der gør sig gældende for så vidt angår den elektroniske ydelse, herunder ophavsretlige komplikationer i forbindelse med selve dette at *bruge* den, kan det hensigtsmæssige i en sådan ordning i høj grad diskuteres. Loven er i øvrigt særdeles detaljeret og i en vis udstrækning teknologispecifik, hvilket indebærer risiko for hyppige ændringer – allerede i tiden siden dens officielle vedtagelse er der foretaget adskillige modifikationer – og den er i det hele taget genstand for diskussion i udbrede kredse af det amerikanske universitets- og IT-miljø.¹²²

121. Se om EU- direktivet vedrørende retsbeskyttelse af databaser (direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996) Peter Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer (1998) s. 75 med note 64.

122. På <http://www.ucita.com> og <http://www.ucita.org> kan findes en række artikler mv. om UCITA. Hjemmesiderne er talerør for organisationer og privatpersoner, der er kritisk indstillede overfor UCITA.

Kapitel II · Karakteristik

UCITA blev vedtaget i juli måned 1999 og er nu ved at blive gennemført i en række amerikanske stater. Seneste reviderede udkast er dateret 23. august 2001, hvorved en række ændringsforslag fremsat på NCCUSL's konference i juli-august måned 2000 og i juli-august måned 2001 er blevet indført. Udkastet kan findes på <http://www.law.upenn.edu>. UCITA suppleres i øvrigt i et vist omfang af *The Uniform Electronic Transactions Act*, der som UCITA blev vedtaget i juli måned 1999. Også denne lov kan findes på ovennævnte hjemmeside.¹²³

UCITA's detailregler falder i vidt omfang udenfor denne fremstilling, se i stedet herom og om lovens forhistorie omtalen på NCCUSL's hjemmeside, <http://www.nccusl.org> og lovkommentaren samt temanummeret af *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. XVIII, No. 2 (1999): Symposium – Uniform Computer Information Transactions Act. Visse centrale regler omtales dog i kap. III.

I en rapport dateret 17. december 2001 har *The UCITA Standby Committee* fremsat en række forslag til ændringer af UCITA. Forud for denne rapport's udarbejdelse blev der i dagene 16.-18. november 2001 afholdt et møde, hvori ændringsforslagene blev diskuteret, men man nåede ikke til enighed. *The UCITA Standby Committee* virker som arbejdsgruppe for indkomne forslag, og det er op til *the executive committee* at vurdere, hvorvidt forslag, der måtte blive vedtaget af *The UCITA Standby Committee*, skal sendes til NCCUSL. Såfremt forslagene sendes, er det op til NCCUSL at tage stilling til, om disse skal indarbejdes i UCITA. Næste møde i NCCUSL, hvor UCITA er på dagsordenen, afholdes i sommeren 2002. Den anførte rapport og generel information om *The UCITA Standby Committee* kan findes på <http://www.ucitaonline.com/scm.html>.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

4.1. Oversigt

For en umiddelbar betragtning fremstår der to principielle udgangspunkter for den retlige bedømmelse af fleksible informationsydelser. Fokuseres der på selve den omstændighed, at en ydelse *foreligger i digitalt format*, og lader man dette være det centrale for bedømmelsen,

123. Se om UETA *Henry D. Gabriel: The New United States Uniform Electronic Transactions Act – Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. Uniform Law Review*, Vol. V, No. 4, 2000 s. 651ff.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

får det den konsekvens, at ydelser, der har samme realindhold, behandles retligt forskelligt. En elektronisk udgave af et litterært værk vil da være undergivet andre regler end en fysisk udgave af samme værk, men til gengæld vil alle elektroniske ydelser være omfattet af samme retsgrundlag. Den anden mulighed er at inddele de fleksible informationsydelser *efter indholdet af den information, der udgør transaktionens hovedformål*. I så fald behandles såvel den digitale som den fysiske udgave af en given informationsmængde efter samme regler. Til gengæld medfører denne fremgangsmåde en introducering af en række nye sondringer og inddelingsgrundlag, hvis relevans og egnethed kan diskuteres.

I *Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd*, 1996 SLT 604, havde realkreditor telefonisk indgået en aftale med realdeditor om levering af et standardprogram, der skulle benyttes til at opgradere realdebitors eksisterende programmel. Konflikten mellem parterne vedrørte fortolkningen af et *shrink wrap-vilkår*, idet realkreditor ønskede at hæve købet uden at have åbnet programpakken. Relevant i denne sammenhæng er imidlertid den udtalelse, sagens dommer *Lord Penrose* fremkom med, eftersom han er kritisk indstillet over for en sondring, der går på *mediets* rolle frem for *informationernes*: "This reasoning appears to me to be unattractive, at least in the context with which this case is concerned. It appears to emphasise the role of the physical medium, and to relate the transaction in the medium to sale or hire of goods. It would have the somewhat odd result that the dominant characteristic of the complex product,¹²⁴ in terms of value or the significant interests of the parties, would be subordinated to the medium by which it is transmitted to the user in analysing the true nature and effect of the contract. If one obtained computer programs by telephone, they might be introduced into one's own hardware and used as effectively as if the medium were a disk or CD or magnetic tape. One could not describe the supply of information over the telephone system for a price as a sale of goods. Once copied into the hardware, the differences relating to the medium would be irrelevant",¹²⁵ min fremhævelse. Se om dommen *P.S. Atiyah m.fl.*: *The Sale of Goods* (2001) s. 67ff. og *Michael Chissick & Alistair Kelman*: *Electronic Commerce – Law and Practice* (1999) s. 56.

124. Jf. om det bærende i transaktionen kap. II, afsnit 2.2.3 og 2.2.4.

125. Dommens s. 608f.

Som det fremgik af afsnit 3.2-3.3. bygger de begreber, der ligger til grund for den retlige bedømmelse, generelt på brede formuleringer, der må udfyldes af teorien og praksis. Den følgende fremstilling er tilrettelagt som en kasuistisk gennemgang af konkrete ydelsers retlige bedømmelse. Denne fremgangsmåde kan kun i begrænset omfang anvendes til at fremkomme med generelle udsagn om retsgrundlaget, men er på trods heraf velegnet, eftersom den viser hvilke hensyn bedømmelsen generelt – altså også udenfor de konkrete eksemplers snævre univers – skal baseres på. Når der tages hensyn til de mangfoldige ydelser, der kan henføres til informationsydelsen, vil det i øvrigt kun i stærkt begrænset omfang være muligt at formulere overordnede, generelle principper, og den konkrete indfaldsvinkel fremstår derfor i det hele som velbegrundet.

4.2. Kasuistik

4.2.1. Udgangspunktet. Fysiske formuegoder. Det fysiske medium

Med udgangspunkt i købelovens retsfaktum og den regulering af købstransaktionen, loven indeholder, kan en række transaktioner umiddelbart klassificeres. Det drejer sig i første række om *hardware*, altså de maskinelle installationer (harddisken, skærmen, tastaturet, cd-rom-drevet, musen, cd-brænderen, højttalerne mv.). Der hersker ikke tvivl om, at sådanne genstande umiddelbart og direkte omfattes af loven, hvad enten de overdrages rent fysisk som led i en butikshandel eller leveres efter aftaleindgåelse på Internettet, jurisdiktionsproblemer ufortalt.¹²⁶ Al hardware er af fysisk karakter og kan derfor overdrages og i det hele taget indgå som led i en købstransaktion på samme vis som traditionelle fysiske formuegoder – der er eksempelvis ingen principiel forskel på en edb-skærm og et tv, og de centrale regler om mangler og forsinkelse lader sig uden besvær anvende på hardware. I sig selv har hardware imidlertid kun begrænset interesse for erhververen, eftersom den *praktiske nytteverdi* afhænger af det *soft-*

126. Jf. også Jan Ramberg: Köplagen (1995) s. 138, Ellen-Kathrine Thrap-Meyer: Forbrugerkjøb og edb, Complex nr. 5/1989 s. 18 og Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) s. 787f.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

ware, der er indlæst på eller kan indlæses på udstyret,¹²⁷ jf. om software kap II, afsnit 4.2.4.

På trods af den fleksible informationsydelses mangfoldighed kan i hvert fald ét væsentligt aspekt behandles særskilt. I de tilfælde, hvor *et fysisk medium medoverdrages*, finder købeloven anvendelse for så vidt angår *mediet*. Dette synes der at være enighed om i teorien¹²⁸ og støtte for synspunktet kan også søges i fremmed retspraksis.¹²⁹ Kan realkreditor ikke få adgang til (dele af) informationsydelsen som følge af manglende sider i en bog eller ødelagte disketter eller cd-skiver, vil dette forhold være undergivet købeloven, herunder de beskyttelsespræceptive forbrugerregler. Heri er der intet overraskende. Realkreditor forhindres i så fald i at få rådighed over (hele) den informationsmængde, aftalen vedrører. Det fysiske medium kan uproblematisk kvalificeres som løse, og da de centrale køberetlige retsvirkninger ligeledes lader sig anvende fremstår en direkte benyttelse af loven velbegrundet. Problemet er selvsagt, at aftalen sjældent vil være indgået med dette *fysiske medium* for øje, sml. også kap. II, afsnit 2.2.3 og 2.2.4, og det forhold, at købeloven for denne begrænsede del af transaktionens vedkommende finder anvendelse, betyder ikke, at alle lovens regler uden videre kan benyttes direkte på *information*en. Dette afhænger af, hvilken *form* den fleksible information antager, se kap. II, afsnit 4.2.3-4.2.5.

I de tilfælde, hvor ydelsen præsteres uden medoverdragelse af et fysisk medium, har det anførte ingen relevans. Overføres en digital ydelse fra leverandørens server til modtagerens via Internettet, kan strømudfald, ledningsnedbrud mv. medføre, at ydelsen enten ikke kommer frem eller ikke kommer frem i rette tid, sml. om disse problemer kap. III, afsnit 2. Men sådanne forhold, der kan sidestilles med den fysiske præstations mangler ved mediet, omfattes principielt ikke af kø-

127. Sml. den rammende bemærkning i *SOU 85:51* s. 52: "Utan ett program är en dator bara "en hög skrot"".

128. Se blandt andre Kai Krüger: *Norsk kjøpsrett* (1999) s. 6, Ellen-Kathrine Thrapp-Meyer: *Forbrukerkjøp og edb*, *Complex* nr. 5/1989 s. 18 og Mads Bryde Andersen: *IT-retten* (2001) s. 788. Om *mediefejl*, se kap. III, afsnit 3.2.5.

129. Se om *St Albans City and District Council v. International Computers Ltd* nedenfor afsnit 4.2.4.2.1.

Kapitel II · Karakteristik

beloven, allerede fordi mediet ikke medoverdrages, sml. om overdragelse kap. II, afsnit 3.2.2.1. Om *transmissionsfejl*, se nedenfor kap. III, afsnit 2.4, 2.5 og 4.2.

4.2.2. Overdragelse af energienheder o. lign.

Det har givet anledning til tvivl, om præstation af *elektricitet* omfattes af den køberetlige regulering.¹³⁰ Ingen af de nordiske købelove tager stilling hertil.¹³¹ Det tvivlsomme opstår i relation til elektriciteten i sig selv og ikke i forhold til den *genstand*, der eventuelt måtte være benyttet til lagring af elektriciteten. Fysiske batterienheder og akkumulatorer omfattes således af købeloven ; mangler ved sådanne fysiske enheder kan uden problemer forfølges efter det køberetlige system. Som det var tilfældet med overdragelse af fysiske medier indeholdende fleksibel information, kan der imidlertid ikke udledes noget om retsgrundlaget for elektriciteten af kategoriseringen af selve den fysiske genstand. På samme måde som eksempelvis et fysisk bogudstyr i reglen alene er et praktisk middel til overførelse af den fleksible information er en batterienheds funktion udelukkende at give modtageren mulighed for at få adgang til de impulser, der er lagret i batteriet.¹³²

Når det har interesse at diskutere kvalificeringen af elektricitet, skyldes det, at leverancer heraf har visse lighedspunkter med *den adgangs-baserede præstation af fleksibel information*. Elektricitet, der stilles til

130. Se i det hele fremstillingen hos G. Guttormsen: *Elforsyningskontrakten – Et bidrag til energiretten* (1968), navnlig s. 53ff. med henvisninger til diskussionerne i den tyske teori. I det følgende citeret som *Guttormsen (1968)*.

131. Art. 2(f) i den internationale købelov undtager derimod direkte elektricitet fra lovens anvendelsesområde.

132. Sondringen mellem den fysiske enhed og den deri lagrede elektricitet synes ikke at være lagt til grund i bemærkningerne til den norske købelov (*Ot. Prp. Nr. 80, 1986-87*), hvor det s. 48 hedder, at "[l]oven gjelder ... direkte kjøp av batterier, akkumulatorer og andre energibeholdere".

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

rådighed via et ledningsnet, tager form af en *kontinuerlig proces*, hvor ydelsen forbruges i det øjeblik, den modtages.¹³³ Elektricitet kan heller ikke *afgrænses* på samme vis som typiske fysiske formuegoder, eftersom ydelsen består i overførsel af en række impulser. Disse forhold gør det problematisk at tale om, at elektricitet *leveres*, eftersom forsyningen i sin natur er automatisk virkende,¹³⁴ og i det hele taget kan der stilles spørgsmålstejn ved anvendeligheden af lovens bestemmelser om mangler og forsinkelse mv., jf. dog om mangler straks i det følgende.¹³⁵ Elektricitet minder her til en vis grad om den form for *tilrådighedsstillelse* af fleksibel information, man eksempelvis ser på *avisernes* hjemmesider. De informationer, der lægges ind på disse hjemmesider, står i udgangspunktet til rådighed for enhver, der kobler sig op på hjemmesiden, men informationerne er til stede, hvad enten der aktuelt er brugere tilkoblet eller ej – på samme vis som der er elektricitet i en stikkontakt, selvom kontakten ikke aktuelt benyttes.

I overensstemmelse med det anførte er det i bemærkningerne til den norske købelov antaget, at loven ikke finder anvendelse på elektricitet¹³⁶ og tilsvarende gælder for den svenske forbrugerkøbelov, der som nævnt omfatter *lösa saker*.¹³⁷ Formentlig gælder det samme for den svenske købelov, selvom denne omfatter *lös egendom*.¹³⁸

133. Sml. bemærkningerne til den norske købelov, *Ot. Prp. Nr. 80, 1986-87* s. 48.

134. *Guttormsen* (1968) s. 62.

135. *Guttormsen* (1968) s. 57, hvorefter “[d]et ... i og for seg ikke [er] noe i vejen for å si at kjøpsloven kan anvendes analogisk på elforsyning, når man bare er oppmerksom på de begrensninger som skyldes elektrisitetens *fysikalske* egenskaper. Det betenkelige ved å gi en alminnelig anvisning på analogisk bruk av kjøpsloven, skyldes ikke at elektrisiteten faller utenfor lovens tingsbegrep, *men at de kjøpsrettslige regler for levering og eiendomsrettens overgang bliver ubrukelige*”, fremhævet her. Det centrale ved afgørelsen af lovens anvendelighed er således ikke en begrebsmæssig vurdering af, om der er tale om løsøre eller ej, men om lovens *retsvirkninger* kan benyttes på ydelsen. Sml. også s. 54, hvorefter man også i tysk teori har bevæget sig bort fra rent begrebsmæssige overvejelser og i retning af et *omsætningshensyn* og nærmere om tysk teori *Peter Bydliniski: Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter – zeitlos oder anpassungsbedürftig?*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 198. Band, Heft 2-3, April 1998 s. 292ff.

136. *Ot. Prp. Nr. 80, 1986-87* s. 48, hvorefter “[d]epartementet finner det lite naturlig å karakterisere bestilling av elektrisk strøm som kjøp i egentlig forstand. Etter departementets mening skiller dessuten elektrisk energi seg så vidt mye fra det man vanlig kaller ting at det er lite naturlig å la kjøpsloven komme direkte til anvendelse. *Levering av strøm skjer som en kontinuerlig prosess, og elektrisiteten er ikke avgrenset på samme måte som ting ellers*”, fremhævet her.

Kapitel II · Karakteristik

Jf. i det hele *Guttormsen* (1968) s. 60f.: “Innvendingen mot å rubrisere energiavtalen under kontraktstypen kjøp skyldes ikke den språkliglogiske vanskelighet med å begrepsbestemme energi som “vare” eller “gjenstand” Innvendingen grunner seg derimot på tilbøyeligheten til å trekke tvilsomme analogislutninger fra kjøpsloven. Den oppfatning at man har for seg et kjøpslignende forhold, har ført til at man gjerne vil anvende kjøpslovens positive regler på energiavtalen, ikke bare dens prinsipper. Man har da lett for å overse at bruken av de bestemmelser i kjøpsloven som bare gjelder ting (løsøre), kan lede til feilaktige analogislutninger når de anvendes på energi. Man er ikke tilstrekkelig oppmerksom på at elverkets prestasjon i kontraktsforholdet er en permanent uoppdelt ytelse, den er ikke sammensatt av en rekke enkeltprestasjoner. Energiforsyningen i en bestemt avregningsperiode er således ingen særskilt ytelse, bare et vilkårlig utsnitt av den permanente forsyning ... Den avgjørende forskjell mellom kjøp og energiforsyning er at kjøp krever en overdragelse av en rettighet, mens denne vesentlige forutsetning helt mangler i elforsyningen”, fremhævet her.

Der eksisterer, så vidt det ses, ingen retspraksis i de nordiske lande, der kan bidrage til afklaring af problemet. I en flertalsavgørelse fra 1982 har det norske *Forbrukertvistutvalg* fundet sig kompetent til at tage en sag vedrørende levering af elektricitet under bedømmelse.¹³⁹ Udvalget støtter sig til en fortolkning af den dagældende lov nr. 18 af 28. april 1978 § 1, hvorefter man har kompetence i sager, der vedrører “kjøb av ting som etter forholdene fremtrer hovedsakelig til personlig bruk for kjøperen, dennes husstand eller omgangskrets, eller til deres personlige formål ellers”, en bestemmelse, hvis rækkevidde efter udvalgets opfattelse skal fortolkes på samme vis som købelovens anvendelsesområde. Mindretallet i afgørelsen erklærer sig enig med *Guttormsen*, hvorimod flertallet noterer:

“[V]i ... finner at argumentene for å betegne forsyningsavtalen som kjøp er så vidt tungtveiende at klagen må tas opp til behandling. At forholdet i tilfelle betegnes som kjøp, betyr ikke at lovens bestemmelser skal anvendes ukritisk. Det

137. *Prop. 1989/90:89* s. 59, hvor det blot hedder, at “[s]om lös sak räknas ... inte elektrisk kraft”. Se hertil *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) s. 65.

138. Sml. *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 137, hvorefter “... avtal om distribution av elektrisk kraft inte [utgör] köp”, eftersom “... föremålet [är] alltför speciellt för att kunna betraktas som “lös egendom””.

139. Vedtak av 24. maj 1982 i sak nr. 15/1981.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

er en kjent sak at kjøpslovens generelle regler i noen grad må tillempes kjøpssituasjonens særpreg og salgsgjenstandens spesielle art. Flertallet kan ikke se at de mulige ulemper av praktisk eller annen art som er forbundet med en rubrikering av forholdet som kjøp, har et slikt omfang at det tilsier at man holder strømlevering utenfor klagebehandlingen ved Forbrukertvistutvalget. ... Flertallet kan heller ikke se at forholdet mister sin karakter av kjøp fordi det gjelder en løpende leveringssituasjon med en ydelse som fortløbende forbrukes av abonnenten, slik Guttormsen er inne på ... *Strømabonnement adskiller seg på dette punkt ikke nevneverdig fra avis- og tidsskriftsabonnement, fyringsoljekontrakter eller kontrakter om andre oppsigelige vareleveranser. At det levererte forbrukes er like lite til hinder for å tale om kjøp som at leveransen har varig karakter og bare kan bringes til opphør gjennom aktiv oppsigelse fra en av parterne*”, fremhævet her.

Sammenstillingen af elektricitetsleverancen med andre løbende præstationsforhold har det rigtige for sig, at der i alle tilfælde er tale om en ydelse, der skal præsteres i løbet af en given periode. Eftersom købelovene også omfatter aftaler om fremtidige ydelser, burde der ikke være noget til hinder for anvendelsen af lovene i sådanne tilfælde. Når der ikke desto mindre kan argumenteres for det modsatte, skyldes dette imidlertid ikke det forhold, at ydelsen er fortløbende, men derimod selve ydelsens karakter. De nævnte andre tilfælde af løbende ydelser har det til fælles, at der leveres en fysisk ydelse (avisen, tidsskriftet, olien), hvorpå købeloven i princippet kan finde anvendelse. Får man leveret en daglig avis eller 1000 liter fyringsolie, kan man så at sige røre ved denne ydelses fysiske udtryk. Også på dette område viser betydningen af sondringen mellem et medium og det dertil knyttede materiale sig således. Hele den køberetlige regulering retter sig til dette fysiske element og det er uproblematisk at anvende de nordiske købelove på manglende sider i en avis eller fejlagtige olieleverancer, jf. nærmere nedenfor. Den analogi, flertallet anlægger mellem elektricitet og andre løbende ydelser, synes ikke at have dette forhold for øje.

Som kap. II, afsnit 4.2.5 vil vise, kan det diskuteres, hvorvidt fleksible informationsydelser, hvortil aviser og tidsskrifter hører, i det hele taget omfattes af den køberetlige regulering for så vidt angår deres *informationsindhold*. Også af denne grund er den anlagte analogi mellem elektricitet og avis- og tidsskriftsabonnementer åben for diskussion.

Elektricitet kan i princippet lide af en *faktisk* mangel på samme måde som fysiske formuegoder.¹⁴⁰ Forkerte spændingsforhold kan lede til skade på ting eller personer, og selvom dette primært har interesse i relation til spørgsmålet om *produktansvar*, jf. om dette tema kap. III, afsnit 3.2.9, udelukker det ikke, at elektriciteten i sig selv kan anses for mangelfuld. Dette kan navnlig have interesse for modtagere af elektriciteten, der endnu ikke har benyttet sig af den tilgængelige elektricitet, men som i kraft af andres erfaringer mv. opdager fejlen, men tilsvarende gælder selvsagt den modtager, der allerede har konstateret fejlen med tings- eller personskade som resultat, om end tings- eller personskaden ikke er et køberetligt problem.

Også *andre* transaktioner, der involverer lignende ydelser, kan forårsage tvivl om retsgrundlaget, eksempelvis hvor ydelsen består af vand, olie eller naturgas. Se om sådanne transaktioner *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 38. Tilsvarende diskussioner føres i andre lande, se eksempelvis *Michael Bridge: The Sale of Goods* (1998) s. 27f.

4.2.3. Overdragelse af ydelser med symbolværdi (rettighedsoverdragelsen)

Aftaler, der vedrører overdragelse af *allerede eksisterende rettigheder*, eksempelvis ophavs- eller patentrettigheder, anses ofte for omfattet af købeloven.¹⁴¹ Angår aftalen derimod *etableringen* af en rettighed omfattet den ikke, jf. sondringen mellem upplåtelse og overlåtelse i svensk ret og hertil kap. II, afsnit 3.2.2, og loven finder i øvrigt alene anvendelse, såfremt der er tale om en *fuldstændig* rettighedsoverdragelse, eksempelvis den fulde ophavsret til et litterært værk. Som påpeget af *Mogens Kockvedgaard*¹⁴² kan det imidlertid diskuteres, hvorvidt lovens faktiske mangelsregler er anvendelige i relation til eksisterende rettigheder. Problemet er, at de centrale regler om faktiske mangler ikke umiddelbart lader sig anvende på rettighedsoverdragelsen. Over-

140. Derimod vil der sjældent opstå spørgsmål om *retlige* mangler, medmindre det stof, der anvendes til fremstilling af elektriciteten (kul, gas mv.), uretmæssigt er frataget ejeren. Vanhjemmel (købelovens § 59) kommer derfor kun rent undtagelsesvist på tale.

141. Se eksempelvis *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 37, *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 136f., *Kai Krüger: Norsk kjøpsrett* (1999) s. 5 og *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 6f., alle med yderligere henvisninger.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

drager realdebitor eksempelvis en *patentret* til realkreditor, og skal reglerne om faktiske mangler finde anvendelse, medfører dette, at realdebitor kan blive holdt mangelsansvarlig, hvis patentet viser sig ikke at have en tilstrækkelig *praktisk funktionalitet*. Efter gældsbrevslovens §§ 9-10, der også omfatter immaterielrettigheder, indestår overdragelsen imidlertid alene for *rettens* beståen, ikke for, om rettigheden er *økonomisk lønsom*, jf. ordlyden af § 10 (“... skyldnerens vederhæftighed ...”) og i det hele *Mogens Koktvedgaard a.st.* s. 579.¹⁴³

Som nærmere omtalt i kap. III, afsnit 3.1 består mangelsvurderingen af en *konkret* og en *abstrakt* bedømmelse. Udgangspunktet for vurderingen er parternes *aftale* og de forudsætninger, der omgiver den, og realdebitors faktiske mangelsansvar for et patents utilstrækkelige praktiske funktionalitet forudsætter derfor i udgangspunktet, at aftalen giver belæg for at anskue utilstrækkeligheden som en faktisk mangel. Såfremt dette ikke er tilfældet, må der anlægges en *abstrakt* mangelsbedømmelse, og det er i disse tilfælde, det skitserede problem opstår. Når der ikke er holdepunkter for andet i aftalen, må udgangspunktet være, at realdebitor ikke indestår for patentets praktiske funktionalitet, jf. også gældsbrevslovens § 10.¹⁴⁴ Det praktiske anvendelsesområde for de faktiske mangelsregler er i disse situationer reelt ikke-eksisterende og købelovens direkte anvendelighed på *dette* punkt derfor diskutabel. Hvor loven i øvrigt er udtryk for almindelige principper, kan disse imidlertid finde anvendelse.

Koktvedgaards synspunkt, der forekommer velbegrunderet og følgelig også benyttes i denne fremstilling, er ikke uomstridt, sml. *Christina Hultmark: Kontraktsbrott vid köp av aktie* (1992) s. 80ff. og samme i JT 1993-94 s. 687ff. med henvisninger. Som nævnt i kap. II, afsnit 3.2.4 om *delvis anvendelse* af købeloven medfører en manglende direkte anvendelse af lovens faktiske mangelsreg-

142. Om Købelovgivningens Anvendelse på Overdragelse af Immaterielrettigheder, TfR 1965 s. 571ff. Se også *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993), der s. 37 tilsyneladende erklærer sig enige med *Koktvedgaards* opfattelse, således som den kommer til udtryk i den anførte artikel, samt *Mogens Plesner: Nogle problemer i forbindelse med frivillig overdragelse af udnyttelsesretten af patentrettigheder*, Juristen 1955 s. 201ff.

143. Sml. også *Christina Hultmark: Kontraktsbrott vid köp av aktie* (1992) s. 80ff. og *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 579f.

144. Gældsbrevsloven er i sig selv udtryk for en lovfæstning af obligationsretlige grundprincipper, se *Lennart Lynge Andersen m.fl.: Gældsbrevsloven med kommentarer* (1997) s. 29.

Kapitel II · Karakteristik

ler ikke nødvendigvis, at *andre* af lovens bestemmelser heller ikke kan anvendes, eksempelvis reglerne om *forsinkelse*, der for en umiddelbar betragtning må anses for lige så centrale som de faktiske mangelsregler. Se i samme retning *Køktvedgaard* a.st. s. 577, hvorefter “[d]et [vel må] erkendes, at visse af de til grund for købeloven liggende principper lader sig anvende med nogen forsigtighed. Dette gælder navnlig reglerne om *forsinkelse* fra køberens og sælgerens side ...” (originalfremhævelse). Eftersom forsinkelsesvurderingen ikke beror på en bedømmelse af en informationsydelses *indhold*, jf. hertil kap. III, afsnit 2.2, er en transaktion, der involverer en informationsydelse, omfatter af købelovens forsinkelsesregler, hvilket navnlig i forbrugerkøb – qua de præceptive regler i lovens §§ 74 og 75 – har relevans.

Systematikken anført ovenfor gælder ikke alene for patentrettigheder. Vedrører aftalen en fuldstændig *ophavsretsoverdragelse*, vil en anvendelse af købelovens faktiske mangelsregler indebære, at overdrageren skal indestå for ophavsrettens indhold (modsat dens beståen). Dette er af samme grund som for patenters vedkommende ikke hensigtsmæssigt.

Om rettighedsoverdragelsen foretages i elektronisk form eller manifesteret i et fysisk medium, er i denne forbindelse uden betydning. Sender overdrageren rettigheden som en fil til modtageren, er argumentationen for ikke at anvende købelovens faktiske mangelsregler direkte således den samme, som hvis rettigheden står skrevet på et stykke papir, der overdrages, eftersom det er *rettigheden* og ikke mediet, der er transaktionens hovedformål. Navnlig i relation til aftaler om *edb-programmel* har det været diskuteret, hvorvidt der foreligger en rettighedsoverdragelse, se hertil nedenfor afsnit 4.2.4. I praksis vil der imidlertid som oftest ikke være tale om nogen fuldstændig rettighedsoverdragelse, idet erhververen alene opnår en *licensret* og dermed en ret til at benytte programmet i et nærmere specificeret omfang. Sådanne transaktioner finder købeloven ikke anvendelse på. Hvis den fulde ophavsret til programmet overdrages, således som dette undertiden ses i relation til specialdesignet programmel, vil parterne i praksis altid aftale sig til rette, og i så fald er spørgsmålet om hele købelovens direkte anvendelighed uden relevans.¹⁴⁵

145. Parterne vil i disse transaktioner i praksis altid være professionelle erhvervsdrivende. Spørgsmålet om forbrugerbeskyttelse vil derfor være uden interesse.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

Når en direkte anvendelse af købelovens faktiske mangelsregler er diskutabel i relation til rettighedsoverdragelser, skyldes det sammenhængen mellem det faktiske mangelsbegreb og *et konkurrerende retsgrundlag*, gældsbrevslovens § 10. Vedrører transaktionen en subjektiv informationsydelse som eksempelvis et skønlitterært værk eller en anden lignende *kunstnerisk frembringelse*, kan begrundelsen for den manglende direkte anvendelse af købelovens faktiske mangelsregler ikke søges i et sådant konkurrerende retsgrundlag. Begrundelsen skal i stedet søges i den kendsgerning, at bedømmelsen af, hvorvidt eksempelvis den skønlitterært roman er af tilfredsstillende kvalitet i henseende til romanens *indhold* (handlingen, plottet, personbeskrivelsen), ikke lader sig foretage inden for rammerne af en faktisk mangelsvurdering. Se hertil kap. II, afsnit 3.2.4 om delvis direkte anvendelse af købeloven og kap. III, afsnit 3.2.8 om mangelfulde subjektive informationsydelser.

Gruppen af ydelser med symbolværdi omfatter også penge, aktier, gældsbreve, obligationer og pantebreve mv. Det falder udenfor rammerne af denne fremstilling at analysere disse ydelsers relation til købeloven; herom må henvises til speciallitteraturen.

4.2.4. *Fleksibel information i form af software*

4.2.4.1. *Oversigt*

Software er af fundamental betydning for nytteværdien af hardwaren. Uden tilstedeværelsen af programmer "... är en dator bara "en hög skrot.""¹⁴⁶ Det er programmerne, der gør det muligt at foretage digitale transmissioner, og det er derfor ikke overraskende, at den retlige kvalificering af netop software som en af de få digitale ydelser har været diskuteret i teorien og fremmed retspraksis. Software er imidlertid et flertydigt begreb, og det er ikke muligt at besvare et spørgsmål om retsgrundlaget før det er klarlagt, hvilket *aspekt* af programmet der tænkes på.

En første sondring må anlægges mellem de instruktioner til processoren, der er kerneområdet for programbegrebet (inputtet), og den information, beregningerne i processoren resulterer i (outputtet).¹⁴⁷ Den digitale databehandling, der finder sted i processoren, udmønter sig i umiddelbart menneskelig tilgængelig information – analog flek-

146. *SOU 85:51* s. 52. Se også *Julius Ernestus*: *Nutzung und Vervielfältigung eines Computerprogrammes*, CR nr. 5/1989 s. 784ff.

sibel information. Det er netop formålet med databehandlingen, at de digitale programinstruktioner skal *konverteres* til noget menneskelæsbart.¹⁴⁸ Forholdet kan udtrykkes på den måde, at brugeren af et edb-program ikke har adgang til de digitale programinstruktioner, på samme måde som tilfældet er med den analoge tekst i en bog. Det er alene *resultatet* af de foretagne beregninger, der træder frem for brugeren, ikke instruktionerne i sig selv. Alt efter programmets karakter kan resultatet bestå af enhver form for fleksibel information.

Et edb-program kan og vil ofte foreligge i såvel en maskinlæsbar som en menneskelæsbar version, henholdsvis en objektkode og en kildekode.¹⁴⁹ Kildekoden kan eksempelvis fremtræde som teksten i en bog og vil da principielt ikke adskille sig fra andre former for fleksible litterære tekster, hvilket må afspejles i vurderingen af det retlige grundlag.

4.2.4.2. Retsgrundlaget for de digitale programinstruktioner

4.2.4.2.1. Udgangspunktet

Edb-programmer kan præsteres såvel med som uden fysisk medium. Programmet kan således være indlæst på en diskette, en cd-skive eller i en chip, og denne omsætningsform er fortsat udbredt på markedet for *standardprogrammel*. I de senere år er det imidlertid blevet stadigt mere almindeligt, at programleverandørerne via deres respektive

147. Se om programbegrebet *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 79ff. og *Telex Corporation v. IBM*, 367 F. Supp. 258, 274 (N.D. Okla. 1973) ved pkt. F27, hvorefter "[p]rograms are sequences of instructions which tell the various devices what to do". Se også UCITA Sec. 102(a)(12), hvorefter *computer program* "... means a set of statements or instructions to be used directly in a computer to bring about a certain result. The term does not include separately identifiable informational content", fremhævet her, og hertil kommentaren til UCITA ved pkt. 10, hvor det anføres, at "[t]he second sentence distinguishes between *computer programs as operating instructions* communicated to a computer and *informational content*" communicated to human beings", fremhævet her.

148. Er der tale om *styreprogrammel*, fremkommer der intet output for brugeren andet end selve den *funktion*, den succesrige databehandling stiller til rådighed for brugeren. Formålet med sådanne programmer er netop at gøre det muligt for brugeren i det hele taget at anvende sin hardware, herunder anvende andre programmer. Styreprogrammet og dets driftssikkerhed er således af central betydning for brugerens mulighed for at udnytte installationen optimalt.

149. Se hertil *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 80ff. og om programudvikling generelt *Jørgen Biegel: Softwareudvikling* (2000) og *Jørgen Bøgh: Objekt-orienteret programudvikling – analyse, design, programmering* (1991).

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

websites gør det muligt for potentielle brugere at downloade en fil indeholdende det ønskede program. Der har endvidere været tanker fremme om benyttelse af programelementer på de såkaldte *netcomputere*. Netcomputeren ligner i vid udstrækning den kendte pc, men er uden eller kun med et meget begrænset ram-lager, og eftersom det er denne enhed, der ofte er særdeles kostbar, kan nc'eren sælges til en betragtelig lavere pris end traditionelle pc'er. Tanken er herefter, at indehaveren af en nc'er kobler sig op på nettet, hvor der fra en central server stilles programmer til rådighed, der herefter kan benyttes, eventuelt mod betaling. Nc'eren udnytter således det faktum, at brugen af et program som oftest ikke involverer alle instruktioner, men kun en brøkdel heraf. Udviklingen af nc'eren led imidlertid en krank skæbne, men ideen er ikke opgivet.¹⁵⁰

Er der tale om et mediefikseret program, involverer transaktionen en overdragelse af en fysisk genstand, og der er ingen tvivl om, at mediet omfattes direkte af købeloven, herunder de centrale regler om mangler og forsinkelse, sml. kap. II, afsnit 4.2.1. Parterne indgår imidlertid aftalen for, at realkreditor skal få adgang til de instruktioner, der er indlæst på mediet – det er med andre ord instruktionerne, som er *hovedydelsen*. Programmer kan som mange andre ydelser være mere eller mindre *specialiserede*. Hvis programmet udbydes til salg i butikker eller via websites med efterfølgende forsendelse af en programpakke, taler man normalt om *standardprogrammel*. Sådanne programmer kendetegnes ved at være fremstillet i stort antal med henblik på fri omsætning uden hensyntagen til potentielle brugeres behov for særlige funktioner. Med den terminologi, der fortsat benyttes i den danske købelov, er standardprogrammer en *genusydelse*. Heroverfor står den *skræddersyede programudvikling*, hvor et program, ofte efter tidskrævende og økonomisk bekostelige forhandlinger mellem parterne med udveksling af behovsanalyser og programspecifikationer,¹⁵¹

150. En af de fremmeste aktører på området er *Oracle*, jf. hertil omtalen i den norske netavis *Nettavisen* den 7. juli 2000 (<http://www.nettavisen.no/servlets/page?section=9&item=110820>). Se om nc'eren generelt *PC World Danmark*, nr. 2, 6. februar 1998 s. 68f.

151. Arbejdet kan lettes noget, hvis parterne benytter sig eller lader sig inspirere af de standarddokumenter, K18 og K33 er et eksempel på. I disse dokumenter er en række punkter, der traditionelt giver anledning til diskussion, taget op til overvejelse og en løsning søgt formuleret. Se om enkelte af disse dokumenters bestemmelser i kap. III.

skabes netop med den konkrete realkreditor som modtager. Sådanne *specialprogrammer* kan – atter med den danske købelov som forbi-
lede – betegnes som en *speciesydelse*.¹⁵²

Grænsen mellem de to programtyper er ikke skarp. Standardprogrammet kan i mange tilfælde *udbygges* eller *opdateres* via programleverandørens hjemmeside. Dette gælder eksempelvis for de browsere, der ofte følger med et *operativprogram* såsom Windows. I det omfang, brugerne i større eller mindre udstrækning benytter sig af disse muligheder, vil standardpræget fortone sig og programmet i højere grad minde om et specialprogram uden dog at være det, eftersom hvert enkelt programelement fra leverandørens side er en standardkomponent – en opdatering udvikles ikke med sigte på én bestemt modtager, men er et generelt tilbud til de personer, der i forvejen er i besiddelse af et af leverandørens tidligere produkter. Ændringerne kan afstedkomme retlige problemer, se nedenfor.

Den retlige bedømmelse af *standardprogrammet* besværliggøres af det forhold, at omsætningen i vid udstrækning finder sted i form af *licenstransaktioner*. Hvad enten standardprogrammet erhverves i den fysiske handel, sendes direkte fra leverandøren eller præsteres som en fil uden mediumfiksering, vil leverandøren i reglen klausulere overdragelsen i henseende til de handlinger, erhververen må foretage. Ser man bort fra de aftaleretlige problemer, sådanne standardvilkår (shrink wrap, click wrap) kan afstedkomme, har transaktionen iøjnefaldende ligheder med et køb. Standardprogrammet er en massefremstillet ydelse, der omsættes på markedet som andre formuegoder. Man kan for så vidt betegne programmet som en *hyldevare*.¹⁵³ Realkreditors ydelse er et fast engangsbeløb, hvor vederlaget i en licens som oftest er en løbende afgift. De vilkår, der er formuleret i aftalen, vil typisk være tidsubegrænsede og uopsigelige for realdebitor, hvilket til dels har sammenhæng med reglen i ophavsretslovens § 36 (den legale programlicens), der i et vist omfang er gjort præceptiv. Når først aftalen

152. Terminologien er imidlertid ikke i alle henseender hensigtsmæssig, se kap. III, afsnit 2.2 og 3.2.3 om species og genus i relation til henholdsvis *forsinkelse* og *faktiske mangler* i informationsydelser.

153. Sml. Lars Svenning Andersen m.fl.: Formueretlige Emner (2000) s. 187, hvorefter “[s]tandardprogrammet [undertiden betegnes] “dåseprogrammet” eller “plasticprogrammet”, idet betegnelsen antyder, at programmet har karakter af en standardhandelsvare på linie med cd’er, bøger o.s.v.”.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

om programoverdragelsen er indgået, har realkreditor med andre ord fået overdraget ejendomsretten til *programeksemplet*. Principielt er der derfor ikke noget til hinder for, trods tilstedeværelsen af licenslignende aftalevilkår, at betragte en overdragelse af et standardprogram som et køb. Det må navnlig understreges, at det forhold, at realkreditor ikke kan råde fuldstændigt frit over aftalens genstand, ikke udelukker anvendelsen af de køberetlige regler, sml. kap. II, afsnit 3.2.2.1 om begrænsninger i brugen. At erhververen af et edb-program ikke kan foretage alle de handlinger, han måtte ønske, som følge af begrænsninger i medfør af aftalen eller lovgivningen – navnlig ophavsretsloven – er således ikke i sig selv ensbetydende med, at transaktionen falder udenfor købeloven.¹⁵⁴

Se hertil *St. Albans City and District Council v International Computers Ltd*, All England Law Reports 1996, 4 All ER s. 481ff. Sagen vedrørte i hovedtræk en aftale om overdragelse af et computersystem, som byen St. Alban City skulle benytte ved beregningen af kommuneskat. Som følge af en fejl i beregningsprogrammet blev befolkningstallet imidlertid sat for højt med den konsekvens, at skatteindtægterne var 484.000 £ lavere end de burde have været. Appellrettsdommer (Sir Iain Glidewell) overvejer herefter (s. 492), hvorvidt software er "goods" efter den engelske Sale of Goods Act 1979, Sec. 61(1). Det hedder herefter: "In order to answer the question ... it is necessary to distinguish between the program and the disk carrying the program. In both the Sale of Goods Act 1979, s. 61, and the Supply of Goods and Services Act 1982, s. 18, the definition of goods includes "all personal chattels other than things in action and money." Clearly, a disk is within this definition. Equally clearly, a program, of itself, is not",

154. Som påpeget af *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (1995) s. 585f. er det upræcist retligt at karakterisere en ophavsretlig licens som en brugsret. Eneretlighedskonstruktionen i ophavsretsloven indeholder ikke en hjemmel for ophavsmanden til at håndhæve et forbud mod brug af værket, medmindre brugen involverer en reproduktion, en tilgængeliggørelse for almenheden eller en visning for almenheden. Licensen er derfor snarere udtryk for en tilladelse fra ophavsmanden til at gøre noget, der ellers er retsstridigt efter ophavsretsloven. Men tilladelsen vil ofte på samme tid indeholde vilkår om handlinger, der ikke må foretages, ligesom ophavsretsloven indeholder en række bestemmelser, der tilsigter at regulere forholdet mellem parterne i mangel af aftale. I forhold til *standardprogramlicenser* kan man derfor tale om, at transaktionen på én og samme tid kan være en licens og et køb: hele forløbet omkring omsætningen af standardprogrammer indikerer et køb undergivet de betingelser, der fremgår af licensen.

Kapitel II · Karakteristik

fremhævet her. Dommen giver anledning til tvivl, se straks i det følgende. Se om afgørelsen *Atiyah m.fl.: The Sale of Goods* (2001) s. 67ff. og 251ff., der navnlig diskuterer retsgrundlaget i de tilfælde, hvor benyttelsen af programmer fører til en *skade* på andre ting eller mennesker (product liability). Se om produktansvar nedenfor kap. III, afsnit 3.2.9.

I USA var retsstillingen frem til UCITA's vedtagelse præget af en lang række modstridende afgørelser,¹⁵⁵ men med UCITA er der skabt et hjemmelsgrundlag, i hvert fald for så vidt angår de digitale *programinstruktioner*, som kan henføres under lovens almene betingelse for anvendelse – *computer information*. Efter Sec. 103 – Scope finder UCITA anvendelse på software, jf. definitionen i Sec. 102(a)(12), hvad enten transaktionen er baseret på en licens eller et køb,¹⁵⁶ se kommentaren til Sec. 103 ved pkt. 2(b).¹⁵⁷ I den udstrækning, softwaren indgår som en del af en *løsørettransaktion*, hvor løsøregenstanden sælges eller leases, finder UCITA alene anvendelse

“- [if] the goods are a computer or computer peripheral; or
– giving the buyer or lessee of the goods access to or use of the program is ordinarily a material purpose of transactions in goods of the type sold or leased”,
Sec. 103(b)(1)(A) og (B). Et program indlæst på en harddisk omfattes således i

155. Se til emnet *Andrew Beckerman-Rodau: Computer Software – Does Article 2 of the Uniform Commercial Code Apply?*, 35 Emory Law Journal 853 (1986), *Robert A. Holmes: Application of Article Two of the Uniform Commercial Code to Computer System Acquisitions*, Rutgers Computer & Technology Law Journal, Vol. 9, 1982 s. 1ff., *Amelia H. Boss and William J. Woodward: Scope of the Uniform Commercial Code – Survey of Computer Contracting Cases*, The Business Lawyer, Vol. 43, August 1988 s. 1513ff. samt noten *Computer Programs as Goods Under the U.C.C.* i Michigan Law Review, Vol. 77, No. 4, April 1979 s. 1149ff.

156. Sondringen mellem licens og køb er imidlertid ikke uden betydning for lovens anvendelse, jf. kommentaren til Sec. 103 ved pkt. 2(b), hvorefter “[a] license may involve either a more substantial retention of rights or a greater transfer of rights than an unrestricted sale of a copy. While most provisions of this Act apply to all transactions within its scope, some are limited solely to licenses. The coverage of each section is explicit in the section”.

157. Kommentaren indgår som en integreret del af lovteksten, se hele teksten på <http://www.law.upenn.edu>.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

udgangspunktet, hvorimod et program, der styrer vaskeprocessen i en vaske-maskine falder udenfor. Retsgrundlaget vil da i reglen være UCC.

Om programmet leveres på et fysisk medium eller som en fil, kan ikke være afgørende for den retlige bedømmelse af programmets indhold.¹⁵⁸ I begge tilfælde er der tale om en transaktion, der bæres af programmet og ikke af noget fysisk. Fokuserer man på præstationsformen fremfor det reale i transaktionen, risikerer man en uensartet retsstilling, der forekommer ubegrundet. Tillægges mediet afgørende betydning, medfører dette eksempelvis, at et program, der er indlæst på en diskette, omfattes direkte af købeloven, hvorimod det samme program, hvis det transmitteres som en fil, ikke omfattes. Der er næppe belæg for en sådan forskelsbehandling.¹⁵⁹

Cfr. hertil *St. Albans City and District Council v International Computers Ltd.*, citeret ovenfor og den amerikanske afgørelse *Advent Systems Limited v Unisys Corp.*, 925 F. 2d 670, U. S. CA, Third Circle (1991), hvor det (s. 675) hedder: "Computer programs are the product of an intellectual process, but once implanted in a medium are widely distributed to computer owners. An analogy can be drawn to a compact disc recording of an orchestral rendition. The music is produced by the artistry of musicians *and in itself is not a "good", but when transferred to a laser-readable disc becomes a readily merchantable commodity.* Similarly, when a professor delivers a lecture, it is not a good, but, when transcribed as a book, it becomes a good. That a computer program may be copyrightable as intellectual property does not alter the fact that *once in the form of a floppy disc or other medium, the program is tangible, moveable and available in the marketplace.* The fact that some programs may be tailored for specific purposes need not alter their status as "goods" because the Code definition includes "specially manufactured goods", fremhævet her. Se også *Michael Chissick & Alistair Kelman: Electronic Commerce – Law and Practice*

158. Jf. også kap. II, afsnit 2.5 og 4.1.

159. Jf. også *Michael Chissick & Alistair Kelman: Electronic Commerce – Law and Practice* (1999) s. 56.

Kapitel II · Karakteristik

(1999) s. 57. Se om afgørelsen også *Peter Dengate-Thrush: Can bad software be “goods”?*, New Zealand Intellectual Property Journal, May 1997 s. 206ff.

Begge de citerede domme bygger på en opfattelse, hvorefter det er selve manifesteringen af den fleksible information (her: programinstruktionerne) i et fysisk medium, der er det afgørende kriterium for den retlige bedømmelse. Hvorvidt en ydelse er “readily merchantable” afhænger imidlertid ikke af tilstedeværelsen af et fysisk medium. Hvis programmet leveres som en fil via et digitalt net er også denne transaktionsform en måde, hvorpå programmet er “widely distributed”.¹⁶⁰ Filen, der eksempelvis kan være i .pdf-format, er på samme vis som en diskette en måde, hvorpå programinstruktionerne kan indrammes i en lukket, afgrænselig enhed, der gør det muligt at overdrage programmet.¹⁶¹ Man kan i en vis forstand betragte selve digitaliseringsprocessen som beslægtet med den overførsel, der sker af information til fysiske medier.

160. Som nævnt kan man anskue omsætningen af standardprogrammel i den fysiske handel som en transaktion, der principielt ikke adskiller sig fra andre hyldevarer. Programpakken står som mere almindelige fysiske genstande placeret på forhandlerens hylder, og det forhold, at forhandleren – der kan være programudvikleren selv – ikke er til stede i den fysiske verden, men præsenterer sine programmer på en website med henblik på levering via en digital netforbindelse, kan ikke være udslagsgivende for den retlige behandling. Hvis standardprogrammet i en fysisk butik er en hyldevare, kan det samme program, der præsenteres på en website, med lige så stor ret beskrives som en *virtuel hyldevare*.

161. Transaktioner, der involverer et vederlag fra modtagers side, er endnu ikke fremtrædende i den almindelige omsætning. Derimod stiller adskillige internetfirmaer vederlagsfrit forskellige applikationer til rådighed for almenheden, eksempelvis i form af browsere eller medieafspillere. Fraværet af et vederlag medfører, at transaktionen ikke reguleres af købsretten, og har formentlig også en afsmittende virkning på de kvalitetskrav mv., der kan stilles til sådanne ydelser. Se hertil kap. III, afsnit 4.3.4.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

Sml. Michael Chissick & Alistair Kelman: *Electronic Commerce – Law and Practice* (1999) s. 57, hvorefter “[p]lacing the software ... into digital form is conceptually equivalent to placing it into a book, compact disc, or other tangible medium”. Det afgørende kan imidlertid ikke være selve digitaliseringen. I så fald måtte også de programmer, der er tilgængelige som led i en adgangsbaseret database (jf. ovenfor om netcomputeren) betragtes som ligestillet med såvel det mediumfikserede program som filtransaktionen. Eftersom den adgangsbaserede transaktion ikke involverer nogen overdragelse af programinstruktionerne, men alene gør det muligt for brugeren at anvende de dele af et program, der aktuelt er behov for, vil transaktioner, der baseres på en sådan fremgangsmåde, ikke kunne sammenlignes med mediumoverdragelsen eller filtransaktionen. Selvom den tilgrundsiggende digitaliseringsproces er den samme i alle tre situationer, forekommer det mere rammende at fokusere på, om programinstruktionerne indgår som led i en samlet, afgrænset ydelse, eller om der foreligger en mere midlertidig brug på programindehaverens server eller andet digitalt medium.

Som påpeget i *TemaNord 1999:598* s. 93 kan man opfatte den levering, der sker over et digitalt net, som involverende en *rettighed* (til at fremstille et eksemplar af filen) og en *tjeneste* (leverandørens tilrådighedsstillelse af filen på en server). Udtalelsen omfatter digitale ydelser generelt og ikke kun software. Det hedder herefter: “I alle fall den norske køpsloven gjelder også for overdragelse av rettigheter i et sammenhåndsmarked. En overdragelse av en utnyttelsesrett vil således anses for et kjøp. Men retten til å fremstille eksemplar vil vanligvis være etablering av en ny rettighet, og ikke overføring av en som allerede er etablert. Dette blir en form for licensavtale og ikke en kjøpsavtale,” fremhævet her. Se her til kap II, afsnit 3.2.2 om den svenske terminologi *upplåtelse* og *överlåtelse*, kap. II, afsnit 4.2.3 om rettighedsoverdragelsen, samt *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 138, hvorefter programoverdragelsen “[e]gentligen rör seg om köp av en funktion där både datorn och datorprogrammet ingår”, originalfremhævelse.

Begge de anførte synspunkter peger på noget centralt. Det er således korrekt, at programoverdragelsen i reglen altid vil indeholde en beføjelse for realkreditor til at foretage de for brugen af programmet nødvendige eksemplarframstillinger, jf. også den legale programlicens i ophavsretslovens § 36 – en beføjelse, der også har relevans for den realkreditor, der erhverver programmet på et fysisk medium. Retten til eksemplarframstillingen vil imidlertid være knyttet til det eksemplar, der udgør realdebitors ydelse, hvadenten eksemplaret er fysisk ma-

Kapitel II · Karakteristik

nifesteret eller ej – filtransaktionen resulterer også i en præstation af en afgrænselig ydelse. Den omstændighed, at realdebitor ikke kan benytte programmet frit, medfører ikke i sig selv, at transaktionen falder udenfor den køberetlige regulering, sml. ovenfor. I hvert fald i relation til *standardprogrammet* synes transaktionen for så vidt angår *det funktionelle element* i højere grad at være køberetligt funderet end baseret på licenssynspunkter, jf. ovenfor, og det forhold, at transaktionen involverer en rettighed til at fremstille et (evt. flere) eksemplar(er) af filen, synes ikke at ændre afgørende ved dette, uanset om programmet præsteres rent digitalt. Etableringen af en ret for realkreditor til at foretage en eksemplarfremstilling er en *retlig nødvendighed*, jf. dog ophavsretslovens § 36, men transaktionen *bæres ikke* af denne rettighedskonstruktion, eftersom det afgørende for realkreditor er at få adgang til *programinstruktionerne*.

Et edb-program behøver ikke foreligge i maskinlæsbar form. Ofte vil det praktiske arbejde med programudviklingen være en trinvis proces, hvor der lægges ud med en menneskelæsbar *kildekode*, der efterfølgende transformeres til de digitale (maskinlæsbare) instruktioner i form af en *objektkode*.¹⁶² Dette leder naturligt til spørgsmålet om, hvorvidt menneskelæsbare versioner af edb-programmer omfattes af køberetten. Det kan eksempelvis dreje sig om bøger – fysiske eller digitale – med konkrete kildekoder, men derimod ikke almene bøger *om* programudvikling. Som følge af den proces, hvorved menneskelæsbar information opfattes, er der knyttet særlige problemer til denne præstationsform – problemer, der er fælles for alle former for menneskelæsbar information. Spørgsmålet er derfor udskilt til særskilt analyse i kap. II, afsnit 4.2.5.¹⁶³ Også *brugervejledninger* tages under behandling anførte sted.

Det diskuteres ofte i den *ophavsretlige* teori, hvad der omfattes af programbeskyttelsen i ophavsretsloven. I udgangspunktet nyder edb-programmer beskyt-

162. Jf. kap. II, afsnit 4.2.4.1 med note 163. Frembringelsen af et program kan dog også ske uden brug af kildekode, såkaldt *Computer Aided/Assisted Software Engineering* (CASE). Som beskrevet af Mads Bryde Andersen: Lærebog i EDB-ret (1991) s. 274 er fordelene, at programmøren alene behøver angive nogle hovedmål for programmeringen. CASE-programmet overtager herefter arbejdet med at frembringe den færdige objektkode.

163. Foreligger den menneskelæsbare version i *digitalt format* som maskinlæsbare instruktioner, behandles denne efter samme principper som andre maskinlæsbare informationsydelser.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

telse som et litterært værk, men der gælder en række særregler for edb-programmer og andre digitale værker. Programudviklingen vil ofte, i hvert fald udenfor de mere simple programmers verden, være en kompliceret proces, der involverer adskillige udkast til kildekode og objektkode, og grænsen mellem de dele af dette forberedende designmateriale, der omfattes af den særlige programbeskyttelse, og de dele, der kan henføres under de almindelige regler om litterære værker, vil jævnligt være svær at drage, se hertil *Peter Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer* (1998) s. 120 og *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 349ff. Forestiller man sig en aftale om overdragelse af sådanne råskitser til edb-programmer, hvilket eksempelvis kan finde sted som følge af den oprindelige programudviklers forgæves forsøg på at fremstille et funktionelt program, må denne aftale bedømmes ud fra de samme kriterier som det fuldstændige program: vedrører aftalen programstumper i objektkodeformat, er den principielt omfattet af køberetten, herunder købeloven, hvadenten instruktionerne er knyttet til et fysisk medium eller ej. Er der derimod tale om kildekodefragmenter, afhænger den retlige kategorisering af en mere principiel diskussion af menneskelæsbar information, jf. kap. II, afsnit 4.2.5.

Ophavsretligt anses kildekoden og objektkoden begge for udtryk for det samme edb-program og dermed for omfattet af programreglerne i ophavsretsloven, om end en række af de særlige regler alene gælder for den maskinlæsbare version (objektkoden), se *Peter Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer* (1998) s. 120 med note 147. Dette er naturligt, eftersom den proces, hvorved kildekoden digitaliseres, ikke gør hverken fra eller til i forholdet mellem den oprindelige kildekode og den objektkode, der frembringes. Denne ophavsretlige klassifikation er imidlertid ikke i øvrigt afgørende for diskussionen af retsgrundlaget inter partes. Ophavsretsloven søger at afbalancere ophavsmandens interesser overfor almenhedens interesser i at drage nytte af det frembragte værk gennem etableringen af en række enerettigheder for ophavsmanden – enerettigheder, der imidlertid undergives en række modifikationer. Fokus i ophavsretsloven (og i de øvrige immaterielle love) er således rettet mod de handlinger, erhververen af et beskyttet værk kun kan foretage med ophavsmandens tilladelse, og loven tager derfor kun i begrænset omfang stilling til de forhold, der omkranser hele præstationshandlingen, jf. dog de særlige regler om overdragelse af *ophavsretten* i lovens kap. 3, navnlig § 53, stk. 3, der er en særlig fortolkningsregel. De temaer, der påkalder sig interesse i forbindelse med og efter selve præstationshandlingen, bygger på andre hensyn og interesser end de, der varetages af ophavsretsloven. Eksempelvis er købelovens forbrugerbeskyttelsespræceptive regler indført af hensyn til den præsumptivt svagere part (forbruge-

Kapitel II · Karakteristik

ren), hvor beskyttelsen i ophavsretsloven tilgår ophavsmanden uanset dennes position på markedet i øvrigt. Dette skyldes, at de to love *har forskellige udgangspunkter*: købeloven og de almindelige principper, der i øvrigt regulerer spørgsmål som levering, forsinkelse og mangler, omhandler retsstillingen *inter partes*, hvorimod ophavsretsloven primært tilsigter en regulering i forhold til *tredjeparter*, dog naturligvis med betydning også for konkrete aftaleparter. Når hertil lægges, at retsfaktum i den køberetlige regulering og sammenhængen med retsvirkningerne er forskellig fra den tilgang, der præger ophavsretsloven – ophavsretligt stilles der eksempelvis ikke krav om nogen fiksering af værket for at opnå beskyttelse, sml. *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer (1998) s. 83 med note 10 og *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret (1999) s. 39 – kan det ikke undre, at en klassificering af en frembringelse som et edb-program i ophavsretlig forstand ikke nødvendigvis har betydning for reguleringen af andre temaer end de, der reguleres i ophavsretsloven.

Edb-programmer indgår i nutiden i mangfoldige sammenhænge. Overdragelse af programpakker eller filtransaktioner er kun én blandt mange transaktionsformer. Indgås der aftale om overdragelse af hardware, vil en række centrale programmer ofte være indlæst heri fra leverandørens eller forhandlerens side for derved at lette erhvervens, navnlig forbrugers, ibrugtagning af maskinen. Dette gælder eksempelvis for *styreprogrammel* eller andre funktionelt væsentlige programmer, herunder til tekstbehandling, afvikling af spil mv., der kan være lagret i en chip eller andet fast medium. Som det gælder for relationen mellem en diskette eller en cd-skive og programinstruktionerne kan transaktioner, der involverer såvel hardware som allerede indlæst software, anskues som en blandet transaktion. Det forhold, at programmet præinstalleret, medfører ingen praktisk eller retlig forskel. I modsat fald ville den realkreditor, der indgår aftale om hardware uden præinstalleret software med henblik på selv senere at fremskaffe de ønskede programmer, være undergivet en anden retlig regulering end i de tilfælde, hvor aftalen vedrører en integreret hardware-softwareydelse. Det centrale i begge tilfælde er, at programinstruktionerne alene udfører en *teknisk funktion* for brugeren, hvis udfald brugeren ingen indflydelse har på, når først programmet er sat til at eksekvere en given kommando. Præstationsmåden er således ikke afgørende for retsstillingen, men den kan afstedkomme særegne retlige problemer, sml. om levering og forsinkelse kap. III, afsnit 2.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

Sml. hertil *Mads Bryde Andersen*: IT-retten (2001) s. 793ff. 1 *Triangle Underwriters, Inc. v. Honeywell, Inc.*, 457 F. Supp. 765 (E.D.N.Y. 1978) blev et program, der var indlæst i hardwaren inden overdragelsen, anset for en del af den samlede hardwareydelse, der følgelig faldt ind under UCC. Bedømmelsen af hybrider (transaktioner, der involverer såvel elementer af køb som af tjenesteydelser, licenser mv.) kan i grove træk finde sted på tre måder. Lægges der afgørende vægt på købelementet, kan hele transaktionen anses for omfattet af den køberetlige regulering.¹⁶⁴ En anden mulighed er alene at anvende den køberetlige regulering på de dele af transaktionen, der rent faktisk udgøres af overdragelige genstande. Endelig kan man for det tredje tænke sig en kombination af de to førstnævnte tilgange: det afgørende bliver da, hvilket element i transaktionen, der er fremherskende, eller – med den terminologi, der er anvendt i kap. II, afsnit 2.2.3, jf. også afsnit 2.2.5 – hvad der er *det bærende* i transaktionen.¹⁶⁵ I de nordiske lande er denne indfaldsvinkel udgangspunktet for bedømmelsen af hybrider, jf. også ovenfor kap. II, afsnit 2.2.5 og 3.3.1 om køb og tjenesteydelser,¹⁶⁶ og tilsvarende synes at gælde USA, sml. oversigten i *American Bankers Associations rapport Certification Authority – Liability Analysis* udarbejdet af Thomas J. Smedinghoff i februar 1998, s. 69ff.

Triangle-sagen er interessant i flere henseender. Som anført – og kritiseret – i noten i *Michigan Law Review* Vol 77, No. 4, April 1979 s. 1150f. bygger dommen blandt andet på følgende præmis: "Although the ideas or concepts involved in the custom designed software remained Honeywell's intellectual property, Triangle was purchasing the product of these concepts. That product re-

164. Se som et ekstremt tilfælde *Skelton v. Druid City Hospital Bd.*, 459 So. 2d 818 (Ala. 1984) omtalt af *Beckerman-Rodau* (1986), jf. hertil note 166, hvor en patient på et hospital kom til skade under en operation som følge af en knækket kanyle. Spidsen forblev i patientens krop efter operationen. Selve nålen er "goods", men i den sammenhæng, hvori den indgik (operationen), var den alene et praktisk hjælpemiddel af beskeden økonomisk værdi. Hovedydelsen var således selve operationen, men tilstedeværelsen af nålen fik ikke desto mindre retten til at fastslå, at *hele* transaktionen skulle bedømmes efter reglerne i UCC.

165. Jf. hertil *Mads Bryde Andersen*: IT-retten (2001) s. 790, der – om CISG – anfører, at man "[i] mellemtilfælde må ... lægge vægt på, hvilket element af transaktionen der er overvejende".

166. Som anført af *Andrew Beckerman-Rodau*: Computer Software – Does Article 2 of the Uniform Commercial Code Apply?, 35 Emory Law Journal 853 (1986) kan dette føre til en opsplitning af den systematik, UCC (og købeloven) er et forsøg på at indføre. Argumentet, der også er diskuteret kap. II, afsnit 3.2.4, kan ikke afvises, men dets relevans må ikke overvurderes. I øvrigt kan også enhedstanken føre til diskutabile resultater, sml. *Skelton*-sagen i note 164.

quired efforts to produce, but it was a product nevertheless and, *though intangible*, is more readily characterized as “goods” than “services””, min fremhævelse. Sondringen mellem overdragelser af rettigheder, herunder ophavsrettigheder, og eksemplarer er væsentlig, jf. også ovenfor om *TemaNord 1999:598* s. 93 og kap. II, afsnit 4.2.3 om rettighedsoverdragelsen, men når det i noten anførte sted som kritikpunkt mod dommens formuering på dette punkt anføres, “... music and words are not sold separately from albums or books; only their copyrights are severable” må det konstateres, at udviklingen af den digitale teknologi har muliggjort netop dette. Den information, der transmitteres via digitale net, og som kan bestå af alt fra programmer til musik og billeder, har således ført til, at det ikke længere kun er ophavsretten som abstrakt udtryk for informationen, der kan løsrives – selve informationen er blevet fleksibel i en sådan grad, at intet fysisk medium nødvendigvis skal medoverdrages.

Hvis programmet ikke leveres præinstalleret men skal indlæses efterfølgende, må transaktionen ikke desto mindre opfattes som en helhed, hvis der er tale om én samlet aftale.¹⁶⁷ Tidspunktet for den faktiske handling, indlæsningen er udtryk for, kan ikke være afgørende for den retlige bedømmelse, når blot realdebitors installationsforpligtelse er en integreret del af den samlede aftale, jf. hertil kap. II, afsnit 3.3.1 om køb med installationspligt.¹⁶⁸ I *Beasley Ford, Inc. v. Burroughs Corp.*,¹⁶⁹ der vedrørte en aftale om levering af en elektronisk regnemaskine indgået den 19. juni 1969, var der i tilgift indgået en mundtlig aftale mellem parterne om, at realdebitor (Burroughs) skulle efter-

167. Der må her sondres mellem det program, der indlæses, og selve den faktiske handling, der effektuerer indlæsningen. Begås der fejl i forbindelse med indlæsningen af den, der foretager denne handling, må dette forhold bedømmes efter de principper, der i øvrigt gælder for tjenesteydelser. Se om rådgiveres fejl mv. kap. III, afsnit 3.2.4.

168. En praksis, hvorefter realkreditor tvinges til at aftage realdebitors programmer som betingelse for levering af hardware, kan stride mod konkurrenceretten, hvis der er tale om udnyttelse af en dominerende markedsposition. Dette har navnlig været et tema i USA, hvor denne praksis derfor sjældent benyttes i nutiden. En frivilligt indgået aftale mellem parterne om levering af såvel hardware som software kan imidlertid være til begges fordel: realdebitor må formodes at have den fornødne kompetence på sit felt (jf. om rådgivningsfejl og dommen *U.1985.334 H* i kap. II, afsnit 3.2.4), og realkreditor kan have ønsker om at handle ét sted for derved at opnå størst mulig sikkerhed for kompatibilitet mellem de forskellige dele af leverancen.

169. 361 F. Supp. 325 (E.D. Pa. 1973), affd., 493 F.2d 1400 (3rd Cir. 1974).

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

levere 13 regneprogrammer den 2. januar 1970. I dommens præmisser (s. 332 ved pkt. 8) hedder det:

“... the E-400 machine was virtually worthless without proper programming; equipment at a “*bundled*” price, i.e., the price was the same whether or not the customer had Burroughs do the programming, thus virtually forcing the customer to accept Burroughs’ programming. *It was quite apparent, therefore, that although two separate agreements were used, one in writing for the physical equipment, and the other oral to cover the programming of the equipment, the two were virtually inseparable insofar as the utility of the equipment was concerned* [og hele transaktionen skal derfor behandles efter de samme regler, nemlig UCC’s]”, fremhævet her.

Synspunktet kan også få betydning, hvis programmet skal præsteres digitalt. Hvis der indgås aftale om levering af hardware – en aftale, der kan indgås såvel i den fysiske verden som online – kan det være et led i denne aftale, at realkreditor i stedet for at få et givet program indlæst af leverandøren eller forhandleren selv kontakter den (fysiske eller juridiske) person, der har rådighed over programmet, via en netforbindelse og derefter downloader programmet.¹⁷⁰ Også i disse tilfælde er der tale om én samlet aftale, og det forhold, at programmet ikke indlæses af programleverandøren eller personale under hans instruktionsbeføjelse, medfører ingen forskel i relation til retsgrundlaget for aftalen. De særlige problemer, denne fremgangsmåde kan give anledning til, omtales i kap. III, afsnit 2.6.

Edb-programmer findes i talrige af nutidens installationer. En chip i vaskemaskinen sikrer, at der vaskes ved rette temperatur. Et digitalt fotografiapparat indeholder funktioner, der gør det muligt at overføre billedet til hardware, hvorefter billedet eksempelvis kan ses på en edb-skærm. I disse og lignende tilfælde vil de pågældende funktioner ofte være styret af et program, der således indgår som en integreret del af den samlede overdragelse. Programinstruktionerne tjener alene et funktionelt formål, og den retlige bedømmelse er ikke forskellig fra den, der må anlægges i forhold til præinstalleret software ved leverancer af hardware. Angår aftalen en vaskemaskine, der efterfølgende viser sig at være mangelfuld som følge af en fejlbehæftet chip, der eks-

170. Transaktioner af denne art er endnu i sin vorden, men vil formentlig antage mere hyppig karakter i takt med den teknologiske udvikling.

empelvis medfører vask ved for høje temperaturer, finder de køberetlige regler om faktiske mangler principielt anvendelse herpå, uanset manglens programrelaterede karakter.

Som *delkonklusion* kan det herefter konstateres, at aftaler, der vedrører overdragelse af edb-programmer, i udgangspunktet reguleres af de køberetlige regler, herunder navnlig købeloven, for så vidt angår de maskinlæsbare instruktioner uanset den måde, hvorpå programmet måtte blive præsteret jf. dog om specialprogrammel kap. II, afsnit 4.2.4.2.2. Programmet tjener alene funktionelle formål, der foregår skjult for brugeren, som – efter at have eksekveret en given kommando – ingen indflydelse har på det endelige resultat. Er realkreditor forbruger, gælder der herefter en række præceptive regler, reklamationsfristen i §§ 54, stk. 1 og 83, stk. 1, skal overholdes, og ansvarsbedømmelsen af realdebitor afhænger af programmets karakter som en genus- eller en speciesydelse, sml. om disse problemstillinger kap. III, afsnit 2.2 og 3.2.3.¹⁷¹

Tilsvarende gælder i relation til CISG, sml. hertil *Trevor Cox*: Chaos versus uniformity – the divergent views of software in the International Community, B.L.I. Issue 4 (2000) s. 363. Som påpeget her er “... the means of transmission ... irrelevant. Specifically, the argument is that the same software should not be treated differently based on whether the software is delivered on a disk or transmitted electronically, *since the buyer's intent is the same*”, fremhævet her. Cox anvender i øvrigt samme metodiske fremgangsmåde som i denne fremstilling, idet det anførte argument suppleres med betragtninger om anvendelsen af CISG's detailregler på software, se anførte sted. Se hertil *Frank Diedrich*: Maintaining Uniformity In International Uniform Law Via Autonomous Interpretation – Software Contracts And The CISG, 8 Pace International Law Review 303ff. (1996) og *Joseph Lookofsky*: Understanding the CISG in Scandinavia (1996) s. 17f., navnlig s. 18: “If ... the buyer later alleges delayed delivery or defective performance of the *disk and/or program* in question, the CISG rules regarding the parties' obligations, risk of loss, remedies for breach, etc. are *very well suited to resolve the dispute*”, min fremhævelse. Lookofsky udstrækker i øvrigt

171. De maskinlæsbare instruktioner er ligeledes i udgangspunktet omfattet af de øvrige nordiske købelove samt af CISG, der som nævnt i kap. II, afsnit 3.2.1 og 3.2.3 bygger på det samme retsfaktum som den danske.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

CISG til at omfatte "... [s]ales of books and phonograph records (compact disks etc.)...", a.st. s. 17, jf. om dette aspekt kap. II, afsnit 4.2.5.2.1. Se også *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 790.

Trods fraværet af køberetlig retsenhed på *det nordiske område* kan der alligevel argumenteres for anvendelsen af disse love. Hvad enten lovene udtrykkeligt indeholder formuleringer af typen "lösöre", "lösa saker" mv., er dette ikke i sig selv afgørende for den retlige bedømmelse, sml. også *Cox op. cit.* s. 361ff. om "goods" i CISG. Suppleres analysen med overvejelser om muligheden for at anvende lovenes detailregler, bliver konklusionen identisk med den danske købelovskonklusion: lovene finder anvendelse på de maskinlæsbare instruktioner.

Indenfor *EU* opereres der indirekte med en retstilstand, hvorefter *distribution af software via en elektronisk netforbindelse* er en tjenesteydelse, se *Cox op. cit.* s. 367 med henvisninger. Her tillægges den form, softwaren præsteres i, således afgørende betydning. Det forekommer umiddelbart problematisk at karakterisere digitale (eller bredere: elektroniske) transmissioner som en tjenesteydelse, jf. hertil *Michael Chissick & Alistair Kelman: Electronic Commerce – Law and Practice* (1999) s. 57, hvorefter "... [digital data] do not create a unique contractual relationship, nor do they depend on the exercise of skill or labour ...". Dette gælder i hvert fald for så vidt angår selve den handling, hvorved transmissionen iværksættes, men spørgsmålet er, om selve *programmet* kan anskues som en tjenesteydelse. Dette er næppe tilfældet. Et edb-programs maskinlæsbare instruktioner tilvejebringer en *teknisk funktion* for realkreditor, sml. *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 138, der umiddelbart kan bedømmes efter køberetlige regler.

Som anført ovenfor er retsstillingen i *USA* præget af den *sui generis* regulering, der er gennemført med den uniforme vedtagelse af UCITA. Aftaler, der vedrører elektronisk præstation, behandles herefter som *licensaftaler*, hvad enten informationen består af edb-programmer eller andre digitale ydelser.¹⁷²

172. *Pamela Samuelson & Kurt Opsahl: Licensing Information in the Global Information Market – Freedom of Contract Meets Public Policy*, EIPR Issue 8 (1999) s. 386: "The paradigmatic transaction of Article 2B is a licence, as contrasted with a sale of copies which has long been the prototypical transaction in the marketplace for printed works". Henvisningen til artikel 2B skyldes, at UCITA oprindeligt var tiltænkt som en ændring af UCC artikel 2 om "goods" og ikke en selvstændig lov.

4.2.4.2.2. *Anvendelsen af de køberetlige beføjelser*

Den opfattelse, der gives udtryk for i afsnit 4.2.4.2.1, underbygges af det forhold, at programinstruktionerne som mere traditionelle fysiske formuegoder kan have *faktiske mangler*. På trods af det faktum, at edb-programmer pr. definition er fejlbehæftede.¹⁷³ kan deres funktionelle anvendelighed være så nedsat, at programmet må anses for mangelfuldt også i køberetlig forstand.¹⁷⁴ Gentagne hardwarenedbrud forårsaget af programmeringsfejl, væsentlige funktioner, realkreditor ikke kan få adgang til som følge af fejl i programmet, ure, der taber eller vinder i uacceptabelt omfang på grund af en fejl i den chip indeholdende det program, der styrer netop denne funktion, er alle eksempler på forhold, der ikke umiddelbart kan frakendes køberetlig relevans som en faktisk mangel.¹⁷⁵ Det i perioden op til årtusindskiftet meget omtalte år 2000-problem er et andet eksempel:¹⁷⁶ hvis en computer bryder ned eller bliver delvis funktionsuansvendelig som følge af sådan en fejl, omfattes dette af køberetten med de konsekvenser, dette har for mangelsbedømmelsen, erstatningsansvaret, reklamation mv.¹⁷⁷

Se til illustration *JÅ 1995 6.3.7.*: en forbruger indgik aftale om levering af såvel hardware som software. Det pågældende program var et tekstbehandlingsprogram, som i visse situationer ikke kunne skrive bogstaverne ø og Ø. Forbrugeren ville derfor hæve købet for så vidt angik programmet. Fejlen viste sig se-

173. Sml. *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar (1988) s. 386, men hertil *TemaNord 1999:598* s. 96. Begrundelsen herfor skal søges i edb-programmernes komplicerede struktur og opbygning. Se om mangelsbedømmelse kap. III, afsnit 3.2.7.5.

174. Det anførte gælder alene, hvis det er *programinstruktionerne*, der er årsagen til den utilstrækkelige funktionsduelighed. Skal årsagen derimod søges i *realkreditors installation*, idet der eksempelvis foreligger manglende kompatibilitet mellem programmet og hardwaren eller mellem dette program og andre programmer, beror den utilstrækkelige funktionsduelighed på omstændigheder, realkreditor er ansvarlig for.

175. Om dette konkret er tilfældet, beror på en række faktorer, herunder parternes forudsætninger, aftalens formulering, ydelsens form mv. Se hertil kap. III, afsnit 3.1.

176. Bekymringen vedrørende år 2000-problemet hang sammen med det forhold, at nogle edb-programmer befrygtedes at ville tage fejl af årstallet og anse år 2000 for år 1900 med potentielt ganske omfattende skader til følge. Se *Mads Bryde Andersen*: Nogle IT-retlige problemer ved årtusindskiftet – En juridisk oversigt (1998) s. 15ff. og om købelovens anvendelighed s. 54ff.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

nere at være forårsaget af delvis mangelfuld kompatibilitet mellem hardwaren og programmet. Nævnet udtaler:

“Da forbrugeren havde købt pc, skærm, printer og programmel ... af sælgeren *samtidig* [finder] nævnet, at forbrugeren *under disse omstændigheder* med føje kunne forvente, at [programmet] kunne køre fejlfrit sammen med det i øvrigt indkøbte, når han ikke var blevet gjort opmærksom på det modsatte”, fremhævet her.

Manglen fandtes imidlertid ikke at være væsentlig, hvorfor forbrugeren alene var berettiget til et forholdsmæssigt afslag på 350 kr. (programmet havde kostet 999 kr.).

I JÅ 1998 6.3.7. havde forbrugeren købt en computer med præinstalleret software, der skulle gøre det muligt at anvende computeren som både fax, telefonsvarer og til kommunikation over Internettet. Computeren var omfattet af en 4-årig garanti samt 5 års såkaldt hotline. En strømafbrydelse forårsagede problemer for forbrugeren med at genindlæse softwaren, og forbrugers henvendelser til henholdsvis software- og hardwarehotlinen viste sig forgæves, idet telefonsvareren dog blev funktionsdygtig. Forbrugeren henvendte sig derfor til forretningen under henvisning til garantien, men forretningen afviste reklamationen med den begrundelse, at en reparation ikke var omfattet af garantien, eftersom der forelå en softwarefejl.

Forbrugerklagenævnets sagkyndige undersøgte herefter computeren, og det viste sig, at fejlen beroede på en opsætningsforskel mellem det interne og det eksterne modem. Hertil kom, at det ikke var muligt i computerens opsætningsprogram for kommunikationssoftwaren at foretage en konfiguration af, om der blev anvendt et internt eller et eksternt modem, selvom denne opsætningsmulighed fandtes i konfigurationsfilen. Nævnet udtaler:

“Kommunikationssoftwaren med tilhørende opsætningsprogram var *en integreret del* af den oprindelige leverance, og uden denne ville det ikke være mu-

177. Cfr. *Mads Bryde Andersen*: Nogle IT-retlige problemer ved årtusindskiftet – En juridisk oversigt (1998) s. 57. Det anføres dog s. 56, at købeloven omfatter funktionel information, altså information, der udelukkende tjener en teknisk funktion, jf. også samme forfatter: IT-ret (kompendium) kap. 12.2.b. Dette er tilfældet for så vidt angår de maskinlæsbare programinstruktioner, hvor regneoperationen i processoren foregår skjult for brugeren, og fejl i disse instruktioner, der fører til funktionssvigt, må derfor henregnes til de funktionelle fejl, der omfattes af købeloven. I IT-retten s. 790 genfindes sondringen mellem teknisk funktion og brugerrettet information i øvrigt ikke, idet forfatteren nu finder det afgørende, om informationen er fleksibel eller mediekompatibel, jf. hertil kap. II, afsnit 2.2.6.5.

Kapitel II · Karakteristik

ligt at få det modem, der var installeret ved købet, til at fungere. Den funktionalitet, forbrugeren var blevet lovet ved købet, ville således ikke kunne opnås uden et veldefineret og afprøvet samspil mellem hardware (internt modem) og det hertil hørende software”, fremhævet her.

Nævnet fandt herefter, at der forelå en mangel, og da afhjælpning var afvist, var forbrugeren berettiget til at hæve, købelovens § 78, stk. 3.

Begge afgørelser omtales også i kap. III, afsnit 3.2.7.5.

Edb-programmer i digital form lader sig hurtigt og enkelt kopiere. Den, der erhverver en programpakke eller en fil, kan indlæse programmet på alle de lagermedier, det måtte ønskes, medmindre der er indføjede tekniske foranstaltninger i form af kopispæringer mv., der tilsigter at umuliggøre eller i hvert fald besværliggøre dette. Ophavsretsloven indeholder en række begrænsninger i erhververens muligheder for lovligt at foretage visse handlinger, jf. sammenhængen mellem reglerne om reproduktion i §§ 2, stk. 1-2, 12, stk. 2, nr. 3 og 36. Trods disse regler kan erhververen for eksempel indlæse programmet på såvel sin stationære pc som sin bærbare, når blot programmet ikke benyttes af to forskellige personer på to forskellige tidspunkter.¹⁷⁸ Er der tale om store netværk, vil dele af et givent program ofte befinde sig adskillige af hinanden uafhængige steder, og selv i en enkeltstående pc kan forskellige dele af programmet ligge forskellige steder, eksempelvis på harddisken, i den midlertidige hukommelse (ram-lageret), i processoren mv.

Denne kendsgerning har ført til overvejelser om det betimelige i at lade edb-programmer være omfattet af købeloven.¹⁷⁹ Programleverandøren kan kun i begrænset omfang sikre sig, at erhververen ikke efter en *ophævelse af købet* fortsat har eksemplarer i sin besiddelse, hvilket umiddelbart ikke stemmer overens med retsfaktum i købelo-

178. Samme program må således ikke benyttes af flere brugere på samme tid, jf. her til Mads Bryde Andersen: *Lærebog i EDB-ret* (1991) s. 173 og Peter Schønning: *Ophavsretsloven med kommentarer* (1998) s. 351f.

179. De følgende bemærkninger har alene praktisk relevans i de situationer, hvor programmet er leveret som en selvstændig, isoleret ydelse i form af en program-pakke eller en fil, eller hvor programmet – som eksempelvis en pc's styreprogrammel – lader sig reproducere. De egentlige medieintegrerede programmer (den programmerede chip, der styrer temperaturen i en vaskemaskine) giver ikke anledning til overvejelser som de følgende.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

vens § 57, stk. 1. Hos *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar (1988) s. 338 hedder det:

“Ved overdragelse af standardprogrammel er det i almindelighed umuligt for leverandøren at sikre sig, at han har modtaget alle eksemplarer af det leverede, når parterne ved ophævelse opgør deres mellemværende, sml. kbl. § 57. *De nødvendige kontrolforanstaltninger m.v. vil være praktisk umulige.* De vil i almindelighed ligge udenfor forudsætningerne for aftalen. *Selvom muligheden for en effektiv tilbagetagelse (dvs. ødelæggelse af alle eksemplarer) i teorien består,* må man derfor i almindelighed beskrive programkomponenten som en *utilbæggelig ydelse* (sidstnævnte er en originalfremhævelse)”, fremhævet her.¹⁸⁰

Hensynet til programleverandørens begrænsede muligheder for at kontrollere erhververens uautoriserede brug af eksemplarer efter ophævelsen og tilbageleveringen af programpakken (eller nu: filen) vægtes dermed højere end navnlig forbrugerens retsstilling, jf. også *Ellen-Kathrine Thrap-Meyer*: Forbrugerkjøb og edb, Complex nr. 5/1989 s. 25. Den generelle sammenhæng mellem samtidighedsgrundsætningen og reglerne om ophævelse er af væsentlig betydning for den samlede interesseafvejning i en købstransaktion, sml. *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar (1988) s. 339, men spørgsmålet er, om dette nødvendigvis udelukker anvendelsen af loven på edb-programmets digitale instruktioner.

180. I IT-retten (2001) s. 790 gives der imidlertid udtryk for, at det centrale er, hvorvidt der foreligger fleksibel eller mediumkompatibel information. Forfatteren har her bevæget sig væk fra sondringen mellem information, der udelukkende tjener en teknisk funktion i produktet, og information, der indgår i en kommunikationsproces med brugeren. Standardprogrammel anses herefter for omfattet af købelovens mangelsregler.

Kapitel II · Karakteristik

Er programmet indlæst på et fysisk lagermedie (en diskette mv.) giver det i sig selv ingen problemer at tilbagelevere det. Det samme gælder principielt i de tilfælde, hvor programmet sendes som en fil, idet leverandøren da må formodes at gøre det muligt for erhververen at returnere det.¹⁸¹ Udgangspunktet om tilbagegivelse af parternes ydelser som betingelse for ophævelse modificeres for realkreditors vedkommende ved regler om ydelsens undergang, og det er således ikke ukendt, at der kan ske ophævelse, selvom realkreditor ikke kan tilbagelevere (hele) sin ydelse. Reglerne herom i købelovens §§ 57, stk. 1, ("væsentlig samme stand og mængde") og 58 (hændelig undergang) indeholder netop en regulering af disse forhold. Har en brødfabrik købt gær, der viser sig ikke at kunne få brødet til at hæve, er fabrikken ikke, hvis manglen er konkret væsentlig, udelukket fra at hæve købet, selvom gæren ikke kan leveres tilbage. På samme vis kan det hævdes, at erhververen af et standardprogram, der lider af væsentlige mangler, kan kræve ophævelse, også selvom realdebitor kun i begrænset omfang kan kontrollere en efterfølgende brug af uautoriserede eksemplarer.¹⁸²

Edb-programmer vil ofte være undergivet ophavsretlig beskyttelse. I det omfang, dette er tilfældet, vil en brug af fremstillede eksemplarer efter tilbagelevering af programpakken eller filen være i strid med ophavsretsloven, eftersom

181. Se hertil kap. III, afsnit 4.4.4.

182. Ved rent digitale transaktioner (filer) vil overførelsen finde sted som led i en teknisk proces, hvor programfilen splittes op undervejs for atter at blive samlet til én pakke ved ankomsten til adressaten, jf. om de tekniske principper kap. I, afsnit 2 med note 6. Det eksemplar, adressaten får i hænde, vil sjældent være originaleksemplaret, eftersom dette skabes i den computer, der oprindeligt har tilvejebragt objekt-koden. Enhver efterfølgende manifestation af programmets digitale data er herefter alene eksemplarer af originaleksemplaret, hvilket således også vil gælde for det program, realkreditor måtte returnere til realdebitor som led i en ophævelse. Argumentet om, at ydelsens formål ofte vil være opfyldt i og med, at informationen bringes i realkreditors besiddelse, sml. *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 338, og at denne herefter ikke længere har behov for at erhverve den, har primært sin betydning i forhold til *mennekelæsbar* information. Vedrører ydelsen styreprogrammel, er det ikke tilstrækkeligt for realkreditor at have ydelsen i sin besiddelse, den skal implementeres i hardwaren og vedblive med at være der for at kunne opfylde sit formål. Er der tale om et tekstbehandlingsprogram, gælder tilsvarende, at realkreditor kun får den fulde nytte af programmet, så længe det er indlæst. At realdebitor får sit eget afsendte eksemplar retur som led i en ophævelse ændrer ikke herved, eftersom der netop er tale om det samme eksemplar, han sendte til realkreditor.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

realkreditor da ikke længere er den retmæssige erhverver.¹⁸³ Det vil selvsagt være vanskeligt og formentlig – udenfor de situationer, hvor der er indføjet tekniske foranstaltninger – reelt umuligt for realdebitor at sikre sig, at der ingen brug finder sted, men hensynet til realdebitor skal afvejes i forhold til realkreditor. En ophævelse forudsætter væsentlige mangler, og hvis sådanne mangler foreligger, vil realkreditors interesse i at benytte de uautoriserede kopier være beskeden – programmet er jo netop *væsentligt* mangelfuldt. Selvom loven ikke skulle finde anvendelse, er reglen i § 57 formentlig udtryk for et mere alment princip,¹⁸⁴ og konsekvensen af at vægte hensynet til realdebitors manglende kontrolmulighed højere end hensynet til den realkreditor, der står med et potentielt uanvendeligt program, er, at *der aldrig kan ske ophævelse*. Dette er næppe et rimeligt resultat, hvilket gælder så meget desto mere, hvis der er tale om *ubeskyttede* programmer eller programelementer.

Ophævelse forudsætter generelt, at der er tale om *væsentlig* misligholdelse.¹⁸⁵ Om en *mangel* er væsentlig eller ej, afhænger af, om den af realdebitor må forudsættes at være af væsentlig betydning for realkreditor. Det er ikke tilstrækkeligt, at realkreditor kan dokumentere manglens væsentlighed for ham, såfremt dette ikke står klart for realdebitor.¹⁸⁶ Men selv, hvor denne betingelse ikke er opfyldt og ophævelse derfor ikke kan finde sted, har realkreditor *andre* beføjelser, der kan påberåbes. Navnlig i forbruger køb mærkes, at forbrugeren har en præceptiv ret til *afhjælpning*, jf. købelovens § 78, stk. 1, 2. pkt.¹⁸⁷ Ofte vil det være

183. Se i samme retning *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 788f., der – nu, jf. også ovenfor ved note 180 – lægger afgørende vægt på den omstændighed, at enhver brug, der finder sted efter tilbagelevering, vil være retsstridig.

184. Jf. *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 234.

185. Se om mangelsbedømmelsen generelt nedenfor kap. III, afsnit 3.1.

186. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 791 med henvisning til købelovens § 21, stk. 2, om *forsinkelse*. Se også *Henry Ussing: Køb* (1997) s. 131 og *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 590. Om en mangel er væsentlig, er således principielt ikke et spørgsmål om manglens kvalitative eller kvantitative karakter, men om realdebitors viden eller burde viden om manglens væsentlige betydning for realkreditor. Om en ydelse er væsentligt mangelfuld, beror således på en tvedelt analyse. *Først* undersøges det, om ydelsen er mangelfuld, og *derefter* tages der stilling til, om realdebitor vidste eller burde vide, at den nu konstaterede mangel er af væsentlig betydning for realkreditor. I praksis vil der imidlertid ofte blive foretaget en samlet bedømmelse. Se hertil kap. II, afsnit 4.2.5.2.1 om *U.1974.557 S.*

187. Se nærmere kap. III, afsnit 4.3.3.

Kapitel II · Karakteristik

i begge parter interesse at søge en mangel udbedret ved at foretage afhjælpning, men viser manglen sig uafhjælpelig, kan hævebeføjelsen blive relevant, sml. *JÅ 1998 6.3.7.* omtalt ovenfor. Realkreditor bør ikke være udelukket herfra blot med den begrundelse, at realdebitor ikke kan kontrollere potentielle efterfølgende retsstridige handlinger.

En beføjelse af potentiel stor væsentlighed er *det forholdsmæssige afslag*, se her til kap. III, afsnit 4.3.4. Eftersom afslaget er forholdsmæssigt, betyder dette, at det skal stå i forhold til manglens værdiforringende karakter, og afslaget vil derfor stige proportionalt i takt med manglens væsentlighed. Såfremt betingelserne for det forholdsmæssige afslag er opfyldt, kan denne beføjelse derfor blive relevant i tilfælde, hvor realkreditor ikke ønsker at hæve købet som følge af tilstedeværelsen af en væsentlig mangel, hvor manglen ikke er tilstrækkelig væsentlig til, at ophævelse i det hele taget kan finde sted, eller hvor ophævelse er udelukket som følge af en manglende mulighed for at returnere realydelsen til realdebitor, og dette ikke skyldes forhold, der omfattes af købelovens § 58. Den omstændighed, at ophævelsesbeføjelsen konkret måtte være uanvendelig, kan således ikke i sig selv tale imod en køberetlig indfaldsvinkel, eftersom *andre beføjelser* står til realkreditors disposition, såfremt betingelserne for deres anvendelse i øvrigt er opfyldt.

I modsætning til den måde, hvorpå standardprogrammer omsættes, er aftaleforhandlingen et centralt element, når det drejer sig om *specialdesignet programmel*. Sådanne programmer tilvejebringes efter ofte komplicerede og langvarige forhandlinger mellem parterne om realkreditors behov, navnlig for i størst mulig udstrækning at undgå inkompatibilitet mellem realkreditors bestående installationer og det program, der skal fremstilles. Købeloven omfatter tilvirkningskøb i det omfang, tilvirkeren skal yde det stof, der skal medgå i tilvirkningen, § 2, stk. 1, 1. pkt.,¹⁸⁸ og da det ofte vil være programudvikleren, der udvikler programmet fra bunden, kan også sådanne transaktioner umiddelbart forekomme omfattet af lovens regler. Slutproduktet er identisk med det, der udgør ydelsen i et standardprogram – der

188. Som nævnt i kap. II, afsnit 3.2.6, er det efter *forbrugerkøbsdirektivet* ikke afgørende, om det er forbrugeren eller den erhvervsdrivende, som leverer det materiale, der er nødvendigt for at fremstille salgsgenstanden. Det danske lovforslag er udformet i overensstemmelse hermed, og købeloven vil herefter finde anvendelse på alle bestillingskøb i forbrugerforhold. Se nærmere *betænkning nr. 1403/2001* s. 21 ff.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

skabes et program, som implementeres i realkreditors hardware, og som på samme vis som standardprogrammet principielt kan tilbageleveres i tilfælde af væsentlige mangler, jf. i øvrigt om specielt designet programmel nedenfor kap. III, afsnit 3.2.7.5.2, herunder om entrepriseretlige grundsætninger.

I praksis vil det sjældent være en forbruger, der får specialfremstillet programmer.¹⁸⁹ Hermed bortfalder et vægtigt retspolitisk hensyn for lovens benyttelse, eftersom parterne da kan aftale sig til rette, herunder også fravige reklamationsreglen i lovens § 54, stk. 1.¹⁹⁰ Men også i øvrigt er hele opfyldeshandlingen af en anden karakter end ved standardprogramoverdragelsen. Forhandlingerne om selve programudviklingen, parternes beføjelser, hvem der skal have rådighed over kildeteksten efter den maskinlæsbare versions overdragelse og lignende temaer er centrale ved konciperingen af aftalen, jf. også K18 og K33. Er der temaer, parterne ikke har berørt, vil der undertiden være basis for at inddrage typeforudsætninger eller parternes egne subjektivt prægede forudsætninger i den retlige bedømmelse, og i det omfang, købeloven er udtryk for mere almindelige principper, vil disse også kunne medinddrages. Men en direkte anvendelse af loven på specialudviklet programmel må formentlig afvises, eftersom den måde, disse programmer omsættes på, adskiller sig væsentligt fra de ydelser, der præger købstransaktionen, og at slutproduktet er det samme, kan således ikke i sig selv være udslagsgivende.

189. Specialfremstillet programmel må ikke forveksles med den situation, at realkreditor vælger at designe sin egen hardware med forskellige programkomponenter, der afviger fra hvad hovedparten af andre ville have valgt i samme situation. Forskellige realkreditorer har forskellige behov, men pointen er, at realkreditor i disse situationer reelt alene har valgt mellem *forskellige standardprogramløsninger*. En foretrækker måske tekstbehandlingsprogrammet WordPerfect fremfor Word, en anden vil hellere benytte Linux-styresystemet end Windows, men i ingen af disse og lignende tilfælde er der tale om, at det valgte programmel skræddersys til netop *denne* realkreditor.

190. Selv om en forbruger undtagelsesvist skulle være realkreditor vil der i øvrigt heller ikke gælde præceptive regler, eftersom købeloven ikke finder direkte anvendelse. Den omstændighed, at købeloven indeholder forbrugerbeskyttelsespræceptive regler, udgør ikke et selvstændigt argument for anvendelse af loven, jf. hertil kap. II, afsnit 3.2.6. Om købeloven finder anvendelse eller ej beror på, om transaktionen falder ind under lovens retsfaktum, og om lovens centrale misligholdelsesregler kan benyttes, se i det hele argumentationen i kap. II, afsnit 3.2.1.

Kapitel II · Karakteristik

Frank Diedrich: Maintaining Uniformity In International Uniform Law Via Autonomous Interpretation – Software Contracts And The CISG, 8 Pace International Law Review 303ff. (1996) anfører s. 303, at “[t]he distinction under German law between standard software and custom-designed software is unsuitable for an autonomous interpretation under the CISG and would only provoke a “rejection”: This distinction is entirely based on *the contractual categories of a manufacture and sales contract* under the specific features of the BGB, whereas article 3 of the CISG involves a different concept... Thus, the exclusion of custom-designed software from the sale of goods contracts under German domestic law is *inapplicable in a comparison of laws for an autonomous interpretation of article 1 of the CISG*”. Se hertil *Joseph Lookofsky: Understanding the CISG in Scandinavia* (1996) s. 18, der konstaterer, at spørgsmålet er uafklaret.

Det kan ikke nægtes, at en sondring mellem standard- og specialdesignet programmel medfører en forskelligartet retlig behandling. Dette forekommer imidlertid velbegrunder: hvor standardprogrammel omsættes på en måde, der ikke adskiller sig fra typiske fysiske formuegoder, er aftaleforhandlingen et væsentligt element for så vidt angår specialdesignet programmel.

Som *delkonklusion* kan følgende anføres: købeloven finder direkte anvendelse på edb-programmer i maskinlæsbar form (objektcode), eftersom ydelsen lader sig regulere af de køberetlige regler om mangler, levering, forsinkelse mv. Er der tale om egentlige programpakker omfattes transaktionen dog alene af loven, hvis der foreligger et standardprogram. Specialdesignede programmer må reguleres af parternes aftale, deres forudsætninger og almindelige principper, således som disse blandt andet kommer til udtryk i købeloven.¹⁹¹ Det er ikke afgørende, på hvilken måde programmet præsteres, idet loven finder anvendelse, uanset om programmet er integreret i en fysisk ydelse, manifesteret i et fysisk medium eller overført uden medfølgende fysisk medium. Det centrale er således det maskinlæsbare programs *tekniske funktion*, på hvilken realkreditor ingen indflydelse har, eftersom selve regneoperationen foregår skjult for denne. Er realkreditor forbruger, finder de præceptive bestemmelser i købeloven herefter anvendelse på mangler, der kommer til udtryk i form af manglende eller

191. Loven kan således anvendes analogt i den udstrækning, den er udtryk for almindelige principper. Se hertil diskussionen i kap. II, afsnit 3.2.4.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

utilstrækkelig funktionsduelighed, jf. generelt om mangler nedenfor kap. III, afsnit 3.

4.2.5. *Fleksibel information i menneskelæsbart format*

4.2.5.1. *Oversigt*

Menneskelæsbare information vedrører en mangfoldighed af ydelser, der alle har det til fælles, at ydelsens indhold fremdrages som led i en *kundskabsoplevelse hos modtageren*, jf. om terminologien information og data kap. II, afsnit 2.2.2 og om kommunikationsprocessen kap. II, afsnit 2.3.2. Dette er ydelsens afgørende særpræg og den omstændighed, der adskiller den fra traditionelle formuegoder, jf. også citatet hos *Jon Bing m.fl.*: Strafferettslig vern av immaterielle goder, Complex nr. 12/1987 s. 9:

“Firstly, there is a paradox inherent in the sale of information in that once a buyer knows exactly what he is purchasing he has no need to purchase it, for he then has it already. Secondly, though information may be expensive to create and costly to compile, once obtained it is cheap to reproduce”.¹⁹²

Eftersom den digitale teknologi, på hvilken Internettet og andre digitale netværk bygger, er en *kommunikations- og informationsteknologi*, er det ikke overraskende, at de eneste ydelser, der lader sig transmittes i ren digital form uden medfølgende fysisk medium, er informationsydelserne. Den retlige karakteristik af menneskelæsbare informationsydelser er principielt ikke af nyere dato, eftersom fysiske informationsudtryk (bøger, malerier, film etc.) har været kendt i århundreder. Mulighederne for at digitalisere disse informationsudtryk har imidlertid gjort problemstillingen nærværende og fundamental i kraft af en markant øget *eksponering af og fokusering på informationsydelserne*.

Som påpeget af *Jon Bing m.fl.* op. cit. s. 9 er der også forskelle mellem de forskellige informationsudtryk. En bog i maskinlæsbare format kan overføres til et andet medium, realkreditor kan tage med sig, almindeligvis realdebitor beholder originalen for derved at kunne indgå aftale med andre realkreditører vedrørende den samme bog. Er der derimod tale om en fysisk bog i menneskelæsbare format, vil en aftale om et eksemplar af netop denne bog medføre, at eksempla-

192. *Bryan Niblett*: Legal protection of computer software (1980) s. 2. Se hertil *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar (1988) s. 323.

Kapitel II · Karakteristik

ret nu udgår af oplaget. Se tilsvarende *TemaNord* 1999:538 s. 93: "Ved levering av et fysisk eksemplar har leverandøren gitt fra seg et eksemplar, slik at dette eksemplaret ikke kan selges til noen andre. Leverandøren har hatt kostnader ved fremstilling av det enkelte eksemplar, selv om disse ikke er så store når det gjelder filer lagret i digital form. Ved levering via nett har ikke leverandøren gitt fra seg noe. Man kan ha driftskostnader knyttet til tjenermaskinen, men ingen produksjonskostnader knyttet til det eksemplar kunden selv fremstiller".

For spørsmålet om det retlige grundlag kan dette imidlertid næppe i sig selv være afgørende. Den faktiske kendsgerning, at aftaler, der vedrører fysiske eksemplarer, direkte kan aflæses på lagerbeholdningen, ændrer ikke ved, at *hovedydelsen* er den samme uanset den konkrete udtryksmåde. Fysiske informationsudtryk kan som maskinlæsbare versioner principielt fremstilles i et uendeligt antal eksemplarer, de kan digitaliseres (herunder scannes) og de kan fotokopieres, hvorfor også sådanne ydelser kan omsættes på en måde, der gør det muligt for realdebitor at bibeholde dét eksemplar, der digitaliseres eller fotokopieres. Der kan derudover være grund til at pege på, at selv om realdebitor ikke på samme måde som ved overdragelse af fysiske ydelser oplever en reducere af sin formuemasse, når ydelsen består af reproducerbar information, realiseres der alligevel en begrænsning, der har en økonomisk konsekvens: så længe realdebitors medkontrahent bevarer rådigheden over programeksemplaret er han den retmæssige erhverver af dette og således den, der er berettiget til at foretage de handlinger, der tillades i medfør af aftalen eller den legale programlicens, vedrørende *dette* eksemplar. Realdebitor kan derfor ikke disponere til anden side over dette programeksemplar. Det fremstår således fremdeles berettiget som udgangspunkt at behandle *alle* menneskelæsbare informationsudtryk samlet, dog under behørig hensyntagen til deres respektive særpræg.

4.2.5.2. Retsgrundlaget for menneskelæsbare information

Selve den omstændighed, at menneskelæsbare information (herefter: information) realiseres under andre faktiske forhold end typiske fysiske formuegoder, er ikke i sig selv afgørende for den retlige bedømmelse. Som det gjorde sig gældende for de maskinlæsbare instruktioner i et edb-program, er der i udgangspunktet ikke noget til hinder for at lade købeloven finde direkte anvendelse på information som sådan. Det er imidlertid afgørende at være opmærksom på, hvilken *form* for information, der er tale om.

Tager man udgangspunkt i de tilfælde, hvor informationen er manifesteret i et fysisk medium, er det iøjnefaldende, at omsætningen af

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

disse ydelser har betydeligt sammenfald med mere traditionelle fysiske formuegoder. Bøger indgår i sortimentet på lige fod med papirvarer, skriveredskaber mv. hos boghandleren, musik-cd'er indgår som et naturligt led i daglighandlen, og malerier omsættes på auktioner eller i andre fora som andre tilsvarende ydelser. At der ofte vil være tale om *retsbeskyttet* information, der knytter begrænsninger til erhververens handlemuligheder, adskiller ikke informationsydelsen fra de fysiske ydelser, jf. kap. II, afsnit 3.2.2.1. Aftalte eller lovpåbudte restriktioner kendes i talrige tilfælde, og det forhold, at erhververen af en bil ikke kan benytte denne fuldstændigt, som han ønsker, er ikke i sig selv udslagsgivende for den retlige karakteristik af transaktionen.

Det eneste, der rent faktisk adskiller den rent digitale ydelse fra den mediumtilknyttede information, er *den manglende medoverdragelse af et fysisk medium*. I en næppe så fjern fremtid kan den virtuelle boghandler udover at tilbyde sine kunder at bestille fysiske bøger til levering pr. post gøre det muligt for kunderne at logge sig ind, downloade en fil med en digital bog, hvorefter bogen kan læses på en dertil indrettet læseterminal eller pc.¹⁹³ Tilsvarende ordninger overvejes for nærværende i musikbranchen, der – presset af navnlig *MP-3-teknologien* – forsøger at finde frem til tekniske løsninger, hvorefter kunstnernes musik kan downloades. Når transmissionshastigheden bliver tilstrækkelig høj – eksempelvis ved en implementering og udbygning af bredbåndsnet – og ved brug af komprimering vil det efterhånden også blive muligt at transmittere filmiske værker og digitale kunstværker i form af billeder mv. uden kvalitetstab.¹⁹⁴ I disse og tilsvarende si-

193. De netboghandlere, der allerede i dag eksisterer, koncentrerer sig om omsætning af bøger i fysisk format. Markedet for egentlige digitale bøger er endnu i sin vorden, men den teknologiske udvikling er så småt ved at være nået dertil, hvor omsætning af digitale bøger bliver en praktisk mulighed. Den amerikanske forfatter *Stephen King* iværksatte således i efteråret 2000 et forsøg på sin hjemmeside, der gjorde det muligt for brugere, der loggede sig ind på denne side, at downloade de nyeste kapitler til en bog, der alene ville blive omsat på denne vis. Ordningen var led i et forsøg, der skulle vise brugernes vilje til at betale et symbolsk beløb for bogen, selv om dette ikke var påkrævet for at foretage downloadningen.

194. En digital kopi er pr. definition identisk med det materiale, der blev kopieret, hvorfor kvalitetstab ikke kan forekomme i relation til de enkelte kopier. Derimod kan manglende eller utilstrækkelig kapacitet i de net, der skal gennemføre transaktionen, medføre billed- eller lydudfald, hvilket navnlig er et aktuelt problem ved transmission af hele filmværker.

tuationer vil omsætningen på den virtuelle erhvervsdrivendes hjemmeside ikke adskille den digitale ydelse fra andre: omtalen af den digitale bog vil stå side om side med fysiske bøger, og hvor den fysiske bog sendes til erhververen pr. post, transmitteres den digitale bog som en fil. På samme vis med filmværker: en film på et videobånd sendes med post, en digital film sendes som en fil, men i begge tilfælde er hovedydelsen – informationen – den samme. Det centrale er derfor ikke den måde, informationen omsættes på, men *hvilken form for information, der er tale om*.

Hvis omsætningsmåden tillægges afgørende betydning, medfører det, at transaktioner, der vedrører samme realindhold, skal bedømmes efter forskellige regler. Forefindes en bestemt bog såvel i fysisk som i digital form vil der herefter gælde ét retsgrundlag for den fysiske bog og ét for den digitale, på trods af, at informationen er den samme. Et sådant resultat er næppe ønskeligt og ej heller påkrævet, såfremt fokus rettes mod informationen snarere end omsætningsmåden. Ikke desto mindre er omsætningsmåden afgørende for den retlige kvalifikation efter UCITA, se hertil kap. II, afsnit 3.3.3. UCITA omfatter alene “computer information transactions”, jf. Sec. 103(a), og fysiske informationsudtryk skal derfor behandles i overensstemmelse med den retstilstand, der var gældende for alle informationsudtryk før indførelsen af UCITA.

At omsætningsmåden ikke er afgørende for den retlige kvalificering, betyder ikke, at den er uden betydning overhovedet. Ved fortolkningen af centrale temaer som levering, forsinkelse og mangler må der således tages hensyn til den måde, transaktionen er tilrettelagt på, se i det hele kap. III. Disse hensyn kan imidlertid udmærket varetages indenfor rammerne af den samme retlige regulering.

4.2.5.2.1. *Objektiv og subjektiv information*

Talrige konkrete informationsudtryk falder allerede i kraft af deres karakter udenfor den køberetlige mangelsregulering. Afhænger vurderingen af informationens realindhold således af en *subjektiv sanseoplevelse*, fremstår det reelt umuligt at tale om faktiske mangler. Skønlitteratur, kunstværker, musiske værker, film og billeder, hvis udtryk eller handling finder sted i et fiktivt univers, kan principielt ikke være faktisk mangelfulde, eftersom vurderingen af, om plottet i en kriminalroman er for let gennemskueligt eller ej, om skuespillerne i en film spiller utilfredsstillende eller om musikken på en cd er på et tilstræk-

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

keligt højt niveau, vil afhænge af opfattelsen hos den konkrete realkreditor.¹⁹⁵ Parterne kan have aftalt et givet kvalitetsniveau, og lever realdebitor ikke op til disse krav, kan han blive mødt med *aftaleretlige* sanktioner, men dette har i sig selv ingen indvirkning på vurderingen af retsgrundlaget inter partes i øvrigt.¹⁹⁶ Er der intet aftalt, må forholdet bedømmes ud fra friere overvejelser om parternes forudsætninger og forventninger, hvad der normalt kan forventes i transaktioner af den pågældende art og omstændighederne i øvrigt, sml. nedenfor kap. III, afsnit 3 om mangler.

Der er ikke tradition for at basere den retlige bedømmelse af informationsydelser på en sondring mellem objektiv og subjektiv information, se til illustration *Trevor Cox: Chaos versus uniformity – the divergent views of software in the International Community*, B.L.I. Issue 4 (2000) s. 362, hvorefter "... items such as compact disks, video tapes, and books are considered goods [after the CISG], software on a disk should also be considered a good" og i samme retning *Joseph Lookofsky: Understanding the CISG in Scandinavia* (1996) s. 17. Med baggrund i de ovenfor anførte argumenter forekommer sondringen imidlertid uundgåelig.

Om den subjektive information er manifesteret i et fysisk medium eller ej er ikke afgørende. Hvad enten informationen består af teksten i en bog, et maleri på et lærred, musikken på en cd, fremkommer som et resultat af en bearbejdning af maskinlæsbare instruktioner i en processor, eller udgøres af digitale bits på en skærm, er udgangspunktet for den retlige bedømmelse det samme: kun gennem den enkelte realkreditors egen subjektive bedømmelse af informationen træder indholdet frem, og i ingen af nævnte tilfælde har det mening at tale om faktiske mangler for så vidt angår *informationsindholdet*.

195. Beror den dårlige kvalitet på eksempelvis en musik-CD på forhold i forbindelse med optagelsen eller andre *tekniske omstændigheder*, kan transaktionen derimod ikke uden videre udelukkes fra den køberetlige regulering. Som det gjaldt for den del af et edb-program, der udgøres af maskinlæsbare instruktioner, er der her tale om forhold, der principielt lader sig bedømme efter reglerne om faktiske mangler.

196. Den omstændighed, at aftalen indeholder en mere eller mindre detaljeret beskrivelse af realdebitors forpligtelse, kan imidlertid medføre, at en faktisk mangelsvurdering kan foretages, se hertil kap. III, afsnit 3.2.6.3 om *aftaletilknyttede objektive informationsudtryk*. I så fald kan realdebitor ikke alene blive mødt med aftaleretlige, men også *køberetlige*, sanktioner i tilfælde af misligholdelse, jf. også kap. III, afsnit 3.1 om den *konkrete* mangelsbedømmelse.

Kapitel II · Karakteristik

Hvis præsentationen af en subjektiv informationsydelse giver omverdenen anledning til med føje at antage, at informationen tilhører *en bestemt kategori*, kan dette legitimere anvendelsen af køberetlige mangelsbeføjelser, eftersom det da vil være muligt at foretage en vurdering af den konkrete informationsmængde og de *forventninger*, præsentationen medfører, sml. hertil princippet i købelovens § 76, stk. 1, nr. 1. Omtales et litterært værk som “forfatterens hidtil bedste kriminalroman”, men det viser sig, at indholdet tilhører en helt anden kategori, eksempelvis prosa, vil dette som oftest kunne karakteriseres som en væsentlig, faktisk mangel, hvorpå købeloven finder direkte anvendelse. Sådanne situationer vil dog sjældent foreligge i praksis. Situationen er en anden, såfremt værket rent faktisk er en kriminalroman, men realkreditor ikke er enig i, at det er den “hidtil bedste”. Et sådant skøn er det ikke muligt at håndtere indenfor rammerne af de køberetlige mangelsbeføjelser.

Ikke al information har imidlertid denne subjektive karakter. Bortset fra de nævnte aftaletilfælde, kan information også *i sig selv være objektiv*. Opslagsværker med faktuelle oplysninger om årstal er objektive i den forstand, at oplysningernes sandhed eller mangel på samme kan *verificeres*. I alle de tilfælde, hvor informationens sandhedsværdi på denne vis kan efterprøves, kan der med rette tales om faktiske mangler, hvis informationen ikke er korrekt. Udover de nævnte opslagsværker kan nævnes ordbøger, der bygger på ukorrekte oversættelser,¹⁹⁷ leksika, oversigter over gårsdagens kurser på børsen, fortegnelser over personoplysninger i stil med Den Blå Bog og vejkort som Kraks Vejviser. I tilfælde, hvor informationen beror på et *skøn* eller på *fortolkning*, gælder det anførte derimod ikke. Vejrprognoser, oversigter over strømforhold i havet, den generelle nyhedsdækning og fremstillinger – litterære eller billedlige – der forsøger at fortolke givne data som eksempelvis lovkommentarer eller lærebøger, kan meget vel vise sig konkret ikke at leve op til realkreditors forventninger, men det er ikke muligt at sige noget herom på forhånd, eftersom informationen i disse og lignende tilfælde ikke kan kontrolleres.

Grænsen mellem de enkelte tilfældegrupper er ikke skarp. Et vejkort kan ikke tage højde for omstændigheder, der indtræffer i tiden efter kortets udfærdig-

197. Er der tale om *trykfejl* mv., foreligger der i realiteten ingen mangel ved informationen som sådan. Sådanne forhold må henføres til samme kategori som de egentlige mediefejl og følgelig være omfattet af den køberetlige regulering. Se nærmere kap. III, afsnit 3.2.5.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

else, hvorfor kortet næppe vil være mangelfuldt i retlig forstand i sådanne situationer, se om mangelfuld information kap. III, afsnit 3. Når kortet ikke desto mindre er omfattet af den køberetlige regulering for så vidt angår den vejstruktur, der forelå *ved kortets udfærdigelse*, skyldes det, at vejene på dette tidspunkt så at sige lå fast – i modsætning til luft- eller søkort, hvor atmosfæriske forhold eller ændrede strømforhold kan resultere i ændringer, det ikke var muligt at vide noget om på forhånd. Der foreligger en vis amerikansk retspraksis indenfor netop dette område, se hertil kap. III, afsnit 3.2.7.

Involverer transaktionen verificerbar information, er der herefter i udgangspunktet intet til hinder for en direkte anvendelse af købelovens mangelsregler, herunder de forbrugerbeskyttelsespræceptive regler. Det er ikke afgørende, på hvilken måde informationen da kommer til realkreditors kundskab. Om den er manifesteret i et fysisk medium, udgøres af digitale bits i en fil eller præsteres mundtligt er således uden betydning for den retlige bedømmelse,¹⁹⁸ men der må erindres om, at en række krav skal være opfyldt, førend en transaktion kan kategoriseres som et køb, jf. kap. II, afsnit 3.2.2. Præsteres den verificerbare information således som led i en adgangsbaseret tjeneste, hvor realkreditor eksempelvis logger sig ind på en hjemmeside (database) og der ser de pågældende oplysninger uden at de udgår af realdebitors formuemasse, foreligger der intet køb, eftersom der ingen overdragelse sker. Tilsvarende gælder, hvor informationen præsteres mundtligt.

Jf. nærmere nedenfor kap. III, afsnit 4.4.4 om *ophævelse* af sådanne transaktioner, og kap. II, afsnit 2.5 om *fremføringstjenester* og *adgangsbaserede digitale ydelser*. Visse fysiske formuegoder forbruges på tilsvarende vis i nær tilknytning til selve aftaleindgåelsen. Dette gælder eksempelvis visse *levnedsmidler*, såsom is og pølser. Til forskel fra de anførte fremføringstjenester opnår realkreditor imidlertid i disse og lignende tilfælde en fysisk-faktisk *rådighed* over selve den genstand (isen, pølsen), der forbruges. Det er således ikke selve den kendsgerning, at fremføringstjenesten bibringer realkreditor en ydelse, der forbruges

198. Der er principielt intet til hinder for at anvende købeloven på mundtlige ydelser, jf. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 35. Løsebegrebet i købeloven er *negativt afgrænset*, jf. også kap. II, afsnit 3.2.3 og § 1a, stk. 1. Mundtlige fordringer er derimod næppe omfattet af *kreditaftaleloven*, *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 33.

Kapitel II · Karakteristik

i nuet, som fratager den køberetlig relevans, men den omstændighed, at fremføringen ikke resulterer i en overdragelse af et formuegode, realkreditor kan råde over.

Informationens konkrete udtryk ufortalt overføres al menneskelæsbar information som et led i den samme proces: realkreditor læser bogen, hører rådet, ser filmen, observerer skærmens udseende. Dette faktum har som konsekvens, at informationen kan befinde sig flere steder på én gang, men det betyder samtidig, at menneskelæsbar information principielt er en *utilbagegivelig ydelse*. Er informationen manifesteret i et fysisk medium, kan realkreditor returnere dette som led i en ophævelse af købet, men informationen vil fortsat være i hans besiddelse. Denne omstændighed har været fremført som argument imod en direkte anvendelse af købeloven, se således *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 338f., der til støtte herfor lægger afgørende vægt på *gensidighedsprincippet* (ydelse mod ydelse).¹⁹⁹

Det er velkendt, at det i visse situationer kan være umuligt at tilbagegive en ydelse som følge af ydelsens hændelige undergang eller forringelse. Regler, der tager sigte på denne situation, findes i købelovens § 58. Til forskel fra de fysiske ydelser, disse bestemmelser sigter på, er informationsydelsen imidlertid karakteriseret ved at *ligge på lager* i realkreditors hjerne. Det er denne omstændighed, der gør det umuligt at tilbagegive ydelsen, og ikke en ændring i ydelsens fysiske udtryk – der er netop intet sådant udtryk i relation til selve informationen. Købelovens § 58 tager sigte på den situation, hvor ydelsen er kvantitativt eller kvalitativt forringet eller ødelagt, men det er der ikke tale om her, eftersom den ydelse, der findes i realkreditors hjerne, er identisk med den, der fremgår af den skrevne tekst, billedet, stenen mv. Disse bestemmelser er derfor ikke velegnede til regulering af informationsydelser.

Også andre ydelser end dem, der består i præstation af en informationsmængde, kan være utilbagegivelige. Er der tale om udførelse af en *arbejdsforpligtelse* vil man i praksis alene kunne bedømme, hvorvidt ydelsen er mangelfuld, efter arbejdet er udført, sml. *bet.nr. 1133/1988* s. 89f. om forbrugerftaler om arbejder på løsøre og fast ejendom. I sådanne tilfælde er forbrugerens adgang til at hæve stærkt begrænset, og det hedder i betænkningen: "Er arbejdet

199. Synspunktet diskuteres også af *Ellen-Kathrine Thrap-Meyer: Forbrukerkjøp og edb, Complex nr. 5/1989* s. 20ff.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

udført, finder *udvalget*, at såvel værdispildsbetragtninger som hensynet til den erhvervsdrivende i almindelighed taler for at afskære forbrugeren fra at kunne hæve aftalen, også selv om arbejdet lider af en væsentlig mangel. Hensynet til forbrugeren vil i stedet i vidt omfang kunne tilgodeses gennem de øvrige mangelsbeføjelser, som står til forbrugers rådighed, herunder afhjælpningsbeføjelser. Medfører mangelen, at formålet med arbejdet er væsentligt forfejlet, vejer hensynet til forbrugeren imidlertid tungere end de nævnte hensyn. Afhjælpning af mangelen vil i så fald som oftest være umulig eller forbundet med uforholdsmæssige omkostninger, og afhjælpes mangelen ikke, *bør forbrugeren ikke være pligtig at betale helt eller delvist vederlag for en ydelse, som han ikke kan bruge til noget (min fremhævelse)*”, s. 89.

De køberetlige regler om ophævelse har sammenhæng med reglerne om mangler.²⁰⁰ Realkreditor er alene beføjet til at hæve købet, såfremt der foreligger en *væsentlig* mangel. Kravene til ydelsens beskaffenhed beror på en række konkrete omstændigheder, sml. om mangler kap. III, afsnit 3, men på dette sted er det tilstrækkeligt at konstatere, at mangelsvurderingen åbner mulighed for en hensyntagen til ydelsens karakter. En objektiv informationsydelse er alene mangelfuld, såfremt der foreligger betydelige uoverensstemmelser mellem informationens konkrete udtryk og den målestok, informationen kan verificeres i forhold til,²⁰¹ og i disse tilfælde kan den omstændighed, at realkreditor har informationen i sin besiddelse, ikke i sig selv begrunde, at transaktionen falder udenfor den køberetlige regulering. Gensidighedsforpligtelsen – princippet om ydelse mod ydelse²⁰² – er ikke absolut, sml. reglen i købelovens § 58, og er manglen så væsentlig, at informationen i realiteten er uden værdi for realkreditor, bør denne – jf. citatet ovenfor fra *bet. nr. 1133/1988* – hverken være forpligtet til at betale herfor eller være forhindret i at hæve.²⁰³ Har informationen trods den væsentlige mangel undtagelsesvist en nytteværdi for realkreditor, kan realdebitor i et vist omfang kræve værdien af den *arbejdsindsats*,²⁰⁴

200. Eller *forsinkelse*, jf. kap. III, afsnit 2.

201. Det er derudover en betingelse, at manglen af realdebitor måtte forudsættes at være af afgørende betydning for realkreditor, før der kan ske *ophævelse*, idet manglen da ellers ikke er væsentlig, se hertil kap. II, afsnit 4.2.4.2.2.

202. Sml. købelovens § 14, hvor princippet om *samtidighed* er formuleret.

203. Om *forholdsmæssigt afslag*, se kap. II, afsnit 4.2.4.2.1 og kap. III, afsnit 4.3.4.

204. Se om sondringen mellem arbejds- og resultatforpligtelser også kap. III, afsnit 3.2.7.2.

Kapitel II · Karakteristik

der er udvist ved informationens udarbejdelse, restitueret, således som det også kendes indenfor entrepriseretten, se eksempelvis U.1942.252 H.²⁰⁵

Den principielle mulighed for ophævelse medfører ikke, at anvendelsen af denne beføjelse vil være det sædvanlige. For det første må der stilles betydelige krav til realdebitors viden eller burde viden om manglens væsentlige betydning for realkreditor, og selv hvor dette krav er opfyldt, må der indrømmes realdebitor ganske vide muligheder for at afhjælpe manglen, før ophævelse kan indtræde, sml. også argumentationen det anførte sted i *bet. nr. 1133/1988*. Kan manglen imidlertid ikke afhjælpes bør ophævelse ikke være udelukket, eftersom nytteværdien for realkreditor da er beskedent.

I U.1974.557 S havde realkreditor indgået en leasingaftale med en forhandler om levering af et datastyret bogholderianlæg. Anlægget blev stillet op den 16. februar 1972, men viste sig hurtigt ikke at være funktionsdygtigt, og dette blev der ikke ændret ved trods gentagne afhjælpningsforsøg fra forhandleren. Realkreditor hævede derfor aftalen den 19. maj 1972. Efter at have konstateret, at forhandleren ikke havde leveret den ydelse, han efter aftalen skulle, udtaler retten: "Det må efter [et vidnes] forklaring og brevvekslingen mellem parterne samt efter karakteren af [realkreditors] virksomhed lægges til grund, at [forhandleren] måtte være klar over betydningen af, at anlægget kunne være funktionsdygtigt ved [realkreditors] ekspeditioner med henblik på juni termin 1972. I hvert fald, når der henses hertil, findes [realkreditor] at have været berettiget til at hæve leasingkontrakten den 19. maj 1972", fremhævet her. Dommen er således et illustrativt eksempel på sondringen mellem en mangel og denne mangels eventuelle væsentlighed.

Antagelsen om, at købeloven, herunder reglerne om faktiske mangler, finder direkte anvendelse på objektiv information uanset den måde, hvorpå informationen udtrykkes, gør det naturligt at fokusere nærmere på, hvad der så kræves, førend information kan være objektiv. Herom kan der imidlertid ikke siges noget udtømmende. Som nævnt omfattes i hvert fald faktuelle informationer, i det omfang de ud fra den viden, der foreligger i dag, er uomtvistet. Oversættelser af litterære værker, der præges af alvorlige uoverensstemmelser mellem ori-

205. Sml. nærmere Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 238 og nedenfor kap. III, afsnit 4.4.4.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

ginalteksten og den oversatte version, er ligeledes omfattet, såfremt oversættelsen falder udenfor de sproglige rammer, en oversættelse af en given tekst altid vil skulle relateres til. Digitale billedsamlinger, eventuelt i form af databaser, hvis indhold i modstrid med realiteten²⁰⁶ angives at bestå af korrekte gengivelser af virkeligheden, omfattes. I alle disse og lignende situationer er det muligt ud fra objektive kriterier at afgøre, om ydelsen lider af en faktisk mangel, hvorfor købelovens regler herom principielt finder anvendelse.

Resultatet kan forekomme utilfredsstillende, ikke mindst taget i betragtning, at det ofte vil være omdiskuteret, om en given information rent faktisk er objektiv verificerbar. Der kan derfor være god grund til at anlægge en *snæver fortolkning* af udtrykket objektiv information som alene omfattende *ubestridelige fakta*, men spørgsmålet er da, hvornår en given information er ubestridelig. Heller ikke dette kan der siges noget generelt om, men det vil være retningsgivende, i hvilken udstrækning informationen kan konfronteres med *noget allerede sket* eller en *aktuel omstændighed*, hvis *tilstedeværelse er utvivlsom*. Fortegnelser over årstal, køn, alder eller uddannelse kan således verificeres på det tidspunkt, hvor de præsteres. Er der derimod eksempelvis tvivl om, hvorvidt en berømt kunstner døde i 1630'erne eller 1640'erne, kan denne oplysning ikke verificeres, og værker, der holder sig indenfor den angivne tidstermin ved anførelse af dødsår, lider ikke af nogen faktisk mangel.

De anførte betragtninger har haft de situationer for øje, hvor den objektive information *fremstår isoleret*. Her må informationen kunne verificeres ud fra objektive data for at være omfattet af købelovens mangelsregler. Men spørgsmålet er, om verificeringsgrundlaget kan bestå af andet end faktuelle begivenheder. I nutiden er det velkendt, at talrige ydelser ledsages af en *brugervejledning*, der indeholder realdebitors råd til realkreditor om, hvorledes ydelsen mest hensigtsmæssigt benyttes. For en umiddelbar betragtning er sådanne manualer præget af subjektiv information, eftersom den forståelse, informationerne tillægges, afhænger af realkreditors fortolkning af dataene. Informationerne relaterer sig imidlertid til *hovedydelsen*, nemlig den ydelse, der beskrives og gives vejledning i anvendelsen af, og de fremstår således ikke løsrevet på samme vis som almindelige værkers informationsindhold. Om en manual til et edb-program giver et kor-

206. Eksempelvis fordi der er benyttet *digitalt manipulerede billeder*.

rekt billede af programmets muligheder, afhænger dermed ikke udelukkende af realkreditors tolkning af dataene, men også af manualens *korrekte eller ukorrekte beskrivelse af, hvad programmet rent faktisk kan*. Tilsvarende gælder for andre brugervejledninger, eksempelvis til biler og husholdningsapparater: hvis vejledningen ikke stemmer overens med ydelsens faktiske fremtræden, idet den eksempelvis beskriver ikke-eksisterende funktioner eller omvendt, ikke beskriver fundamentale eksisterende funktioner, giver det ikke anledning til problemer at karakterisere dette som en faktisk mangel, der efter omstændigheder kan være væsentlig.²⁰⁷

Heller ikke i disse tilfælde er det afgørende, på hvilken måde informationen præsenterer sig. Manualer til edb-programmer vil ofte foreligge såvel i fysisk som i digital form (som pop up-menuer, ikoner mv.), men realiteten er den samme: informationen relaterer sig til programmet. Tilsvarende gælder for andre digitale ydelser, eksempelvis film eller musik – følger der vejledninger med i brugen af disse (om afspilning, indhold mv.) vil deres evne til at vejlede realkreditor kunne vurderes ved en sammenligning med hovedydelsen, og anvendelsen af de køberetlige mangelsbeføjelser er i princippet uproblematisk.

Hvis brugervejledningen udformes af *en anden, end den, der har udviklet hovedydelsen*, kan afgrænsningen volde problemer. Sådanne uafhængige publikationer kendes blandt andet indenfor program- og bilbranchen. Fordelen for realkreditor består navnlig i, at den, der udformer publikationen, ikke nødvendigvis føler samme tilskyndelse til at udelukke omtale af hovedydelsens mindre heldige sider som tilfældet kan være, hvis manualen og hovedydelsen fremstilles af én og samme (fysiske eller juridiske) person. På den anden side vil der ofte være forhold vedrørende hovedydelsen, som den uafhængige publikation ikke kan give vejledning i, eksempelvis fordi dele af hovedydelsen er underlagt en erhvervshemmelighed (kildetekster). Dette kan medføre, at uafhængige publikationer må udformes mere skønspræget og altså antage en mere subjektiv karakter. Sådanne informationsydelser må dog nok i udgangspunktet behandles som andre brugervejledninger, eftersom intentionen bag dem er den samme: ved at sammenholde vejledningen med hovedydelsen forventes realkreditor at kunne effektivisere sin brug af hovedydelsen, og hvad enten publikationen er uafhængig eller ej, kan dens evne til at virke vejledende vurderes i en sammenligning med hovedydelsen.

207. Se i samme retning *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 788 og samme: *Praktisk aftaleret* (1995) s. 215 med henvisninger.

4. Retlig kvalificering af fleksible informationsydelser

Retligt kan brugervejledningen anskues som en del af hovedydelsen og undergivet det samme retsgrundlag som denne eller som en selvstændig ydelse undergivet sin egen retlige regulering. Udgør vejledningen en integreret del af hovedydelsen, idet den eksempelvis leveres sammen med denne i fysisk eller digital form, behandles ydelsen retligt efter samme regler. Fejl i instruktionsbøger, der følger med ved leveringen af en bil eller andre fysiske ydelser, omfattes af købelovens mangelsregler. Tilsvarende gælder for fejl i manualer, der ledsager præstation af standardprogrammel eller andre digitale ydelser, i det omfang disse ydelser i sig selv er køberetligt reguleret, sml. ovenfor, hvad enten manualen består af fysiske manifestationer eller af digitale pop up-menuer. Hvis realkreditor *efterfølgende* erhverver vejledninger, er situationen en anden, eftersom der da ikke længere er tale om ét aftaleforhold. Sådanne vejledninger må retligt bedømmes selvstændigt, men da de vil relatere sig til en given hovedydelse, vil de som integrerede vejledninger i udgangspunktet være omfattet af det samme retsgrundlag som hovedydelsen, jf. ovenfor. Reguleres hovedydelsen af købeloven, vil det samme herefter gælde for så vidt angår fejl i vejledningen.

Objektiv eller verificerbar information udgøres herefter af tre kategorier:

A. Parterne har *aftalt*, at realdebitor skal præstere en given informationsydelse, hvis karakter herefter beskrives i aftalen mellem parterne. Om resultatet er kontraktsmæssigt, kan da vurderes ved at sammenholde informationsydelsen med aftalens ordlyd og parternes forudsætninger. I princippet kan subjektiv information derved objektiviseres, eftersom sammenkoblingen mellem aftalen og den præsterede informationsydelse etablerer et verificeringsgrundlag, men i praksis vil sådanne situationer sjældent forekomme. Under alle omstændigheder vil diskussionen om retsgrundlaget – herunder den direkte anvendelse af købelovens mangelsregler – være præget af det forhold, at parterne har indgået aftale, sml. købelovens § 1, stk. 1.

B. Ydelsen vedrører *faktuelle oplysninger, der kan verificeres*.

C. Informationen kan *sammenholdes med en anden ydelse*.

4.2.5.2.2. *Det retlige grundlag og informationsfriheden*

Udbredelsen af informationer er af afgørende betydning i nutidens samfund. Hvis den, der skal præstere en informationsydelse, undergives en retlig bedømmelse, der ikke tager hensyn til dette forhold, kan det afholde vedkommende fra overhovedet at gøre omverdenen bekendt med de pågældende informationer og dermed virke hæmmende på *informationsfriheden*.²⁰⁸ Er en ydelse omfattet af købeloven, har dette en række afledte konsekvenser i henseende til forbrugerbeskyttelse, ansvarsbedømmelsen af realdebitor i fraværet af anden aftale ved handelskøb, mv. Ansvarsbedømmes en realdebitor eksempelvis efter den objektiverede regel i lovens § 24 om genusgenstande kan dette være afgørende for realdebitors beslutning om at sprede informationen eller ej.

Med de sontringer, der er lagt til grund i denne afhandling, er der imidlertid næppe belæg for en sådan bekymring. For det første er den retlige bedømmelse *efterfølgende*. Der er således intet, der hindrer potentielle informationsudbydere i at udbrede informationen. Situationen svarer her helt til retstilstanden for så vidt angår *ytringsfrihed*, hvor der i såvel EMRK som i den danske grundlov er hjemmel til efterfølgende at retsforfølge personer, hvis ytringer er i strid med loven. For det andet er der med de sontringer, der er lagt til grund ovenfor, ikke belæg for at hævde, at informationsspredningen vil blive påvirket i negativ retning. Alle subjektivt prægede informationer, herunder den egentlige nyhedsformidling, er således undtaget fra den køberetlige mangelsregulering.²⁰⁹ Omfattet er alene maskininterne informationer eller informationer, der på en eller anden måde lader sig verificere, eksempelvis fordi de består af faktuelle oplysninger. I sådanne situationer er det velbegrundet at stille større krav til den realdebitor, der påtænker at sprede informationen, og anvendelsen af købelovens mangelsregler er principielt uproblematisk. For det tredje skal en eventuel begrænsning af informationsspredningen ses i forhold til de informationsydelser, det i det hele taget kan komme på tale at bedømme som mangelfulde i køberetlig forstand. Der synes ikke at være tungtvejende grunde til at undergive den realdebitor, der spreder væsentligt fejlbehæftede objektive informationer, en retlig behand-

208. Argumentet genfindes ved bedømmelsen af, om fejl i visse former for informationsydelser skal bedømmes som køberetlige mangler, se kap. II, afsnit 3.

209. Hvilket ikke medfører, at der ingen regler gælder overhovedet. Se om ansvarsbedømmelsen vedrørende subjektive *rådgivningsydelser* kap. III, afsnit 3.2.4.

ling, der adskiller sig fra den, andre realdebitorer undergives. Principet om informationsfrihed kan ikke benyttes til støtte for en sådan forskelsbehandling – de køberetlige mangelsbeføjelser træder netop kun i funktion, når informationen er mangelfuld, og påvirker således ikke informationsspredningen som sådan.

5. Opsamling

Udsagn om gældende ret for informationsprægede ydelser er præget af en betydelig grad af usikkerhed. Fraværet af umiddelbart anvendelige traditionelle retskilder er iøjnefaldende, men med den indfaldsvinkel, der er anvendt i denne afhandling, er det ikke desto mindre muligt at angive en række principielle retningslinier, diskussionen kan tage sit udgangspunkt i. Således er det ikke selve den omstændighed, at en ydelse foreligger i digitalt format som en fil eller blot som mere fritstående bits, som er afgørende for den retlige bedømmelse. Digitaliseringsteknologien har afstedkommet en øget fokusering på *informationsydelsen som sådan* uafhængigt af det format, denne konkret måtte forefindes i. For *købelovens* direkte anvendelighed forekommer det således mere frugtbart at sondre mellem de forskellige *former* for information og da navnlig koncentrere sig om, i hvilket omfang ydelsen lader sig indplacere i og regulere af de køberetlige retsvirkninger. Fordelen ved denne metode er en mindre grad af binding til det nuværende teknologiske stade og det er håbet, at afhandlingen derved kan opnå en højere grad af levedygtighed end tilfældet ville have været med en ren fokusering på information i digital form.

Den anførte fremgangsmåde har imidlertid også ulemper. Sondringen mellem subjektiv og objektiv menneskelæsbar information som det relevante kriterium for anvendelsen af køberetlige principper medfører, at én transaktion kan være undergivet *flere retsgrundlag* med hvad deraf følger af manglende overskuelighed. Vedrører transaktionen således et edb-program i maskinlæsbart format, der, når instruktionerne behandles i processoren, resulterer i subjektiv menneskelæsbar information, eksempelvis i form af tekst eller billeder på skærmen, gælder der ét retsgrundlag for instruktionerne og et andet for resultatet. Eksemplet kan yderligere kompliceres, såfremt programmet installeres af en uafhængig tredjemand, eftersom denne da udfører en tjenesteydelse, der må bedømmes efter et helt tredje retsgrundlag. Selv, hvor transmissionsmåden til-

Kapitel II · Karakteristik

lægges afgørende betydning for den retlige bedømmelse, således som det eksempelvis ses i UCITA, er sondringen mellem objektiv og subjektiv information imidlertid fundamental, om end den ikke har fundet udtryk i netop UCITA. Udover en sondring mellem forskellige transmissionsmåder forudsætter en fokusering på transmissionselementet en udbygning med objektiv og subjektiv information indenfor såvel de elektroniske transmissioner som de fysiske overdragelser, hvilket næppe kan hævdes at bidrage til større overskuelighed end den løsning, der argumenteres for i nærværende fremstilling. Hertil kommer, at det også i andre tilfælde kan blive aktuelt at bedømme én transaktion efter forskellige retsgrundlag, eksempelvis ved aftaler, der vedrører opførelse og overdragelse af fast ejendom.

Det forhold, at visse former for informationsydelser omfattes direkte af købeloven, herunder af lovens bestemmelser om faktiske mangler, må ikke lede til den slutning, at lovens anvendelighed er uproblematisk. Således er der navnlig problemer med indpasningen i det traditionelle løsørebegreb, ved spørgsmålet om overdragelse og ved anvendelsen af hævebeføjelsen. Disse problemer, hvoraf nogle genkendes fra andre transaktioner, lader sig imidlertid alle løse indenfor rammerne af loven. Dette betyder ikke, at loven er hævet over kritik,²¹⁰ eller at de løsninger, der fremkommer ved dens anvendelse, altid vil være optimale ud fra parternes eller samfundets behov. Der kan således i høj grad stilles spørgsmålstegn ved ansvarsbedømmelsen, herunder sondringen mellem genus og species, men denne diskussion er af bredere og mere almen karakter. Formålet med denne fremgangsmåde er atter begrundet i ønsket om i videst muligt omfang at undgå teknologispecifikke løsningsforslag med hvad deraf vil følge af hyppige ændringer.

Hvorvidt opsplitningen af informationsydelsen alt efter den form, den antager, er hensigtsmæssigt eller ej, kan selvsagt diskuteres. For en umiddelbar betragtning kan opdelingen kritiseres for at være inkonsekvent: når der – som her – argumenteres for, at informationsydelsens format (digitalt eller ej) er uden betydning for retsgrundlaget, og når dette begrundes med den forskelsbehandling af ydelser, hvis realindhold er det samme, som dette vil resultere i, giver det ikke megen mening at introducere en ny sondring, hvorefter det relevante

210. Se således om generelle bestræbelser på at ændre loven under hensyntagen til lovens alder og den samfundsmæssige udvikling i årene siden lovens vedtagelse i 1906 kap. IV, afsnit 3.

5. Opsamling

kriterium for den retlige bedømmelse er ydelsens form. Herved er der jo samtidig åbnet for en forskelsbehandling af informationsydelser, der ganske vist ikke baseres på formatet, men derimod på formen. Det må indrømmes, at denne indvending har ganske meget for sig. Ikke desto mindre er der tungtvejende argumenter for inddelingen. Mest iøjnefaldende er den omstændighed, at visse former for information (den subjektive) er så skønsmæssigt præget, at den er uegnet til regulering efter de køberetlige regler om faktiske mangler, hvorimod andre former (de objektive) bærer et så stærkt slægtskab med andre, mere traditionelle, fysiske ydelser, at en manglende anvendelse af de faktiske mangelsregler fremstår uhensigtsmæssig og ubegrundet. Det kan ikke nægtes, at grænsedragningen i konkrete tilfælde vil være problematisk, men dette genkendes fra andre transaktionsformer og kan ikke være udslagsgivende for den principielle diskussion.

Navnlig *Internettets* globale struktur kan føre til overvejelser om det betimelige i at arbejde for en *international konsensus* i relation til elektroniske transmissioner.²¹¹ En sådan enighed vil imidlertid være særdeles problematisk at opnå, når det tages i betragtning, at spektret for den retlige bedømmelse går fra anvendelse af købeloven over principper knyttet til tjenesteydelsen til den rene sui generisregulering. Retskulturen er forskellig i de enkelte lande og et sådant internationalt kompromis synes for nærværende ikke realistisk.

Trods disse komplikationer iværksættes der undertiden forskellige initiativer med global regulering for øje. Fra *amerikansk* hold er man således i færd med at udarbejde en plan (*Networked World*), der skal indeholde forslag til globale regler for den elektroniske handel, se *E-Commerce Times* fra den 24. oktober 2000 (artiklen kan findes på adressen: <http://www.ecommercetimes.com/perl/story/?id=4617>). Planen skal præsenteres for WTO og APEC, og hensigten er at få vedtaget de samme spilleregler, som gælder for handel i den fysiske verden. Som påpeget af den amerikanske handelsrepræsentant (Charlene Barshefsky), som forelagde planen ved et møde i *The Federal Communications Bar Association* i Washington, har man heller ikke i WTO-regi afgjort, hvorvidt digitalt præsterede ydelser retligt skal klassificeres som løsøre, tjenesteydelse eller noget helt tredje, men at man under alle omstændigheder "... should not place digital products at a disadvantage in comparison to identical physically delivered products", min fremhævelse. Med vedtagelsen af UCITA er det imidlertid

211. Se Trevor Cox: Chaos versus uniformity – the divergent views of software in the International Community, B.L.I. Issue 4 (2000) s. 378f.

næppe usandsynligt, at denne lov, der netop bygger på en sondring mellem elektroniske og fysiske informationsudtryk, vil danne udgangspunktet for den amerikanske holdning, om end loven som før nævnt er kontroversiel også internt i USA.

Kapitel III

Detailregulering

1. Oversigt

Med etableringen af det retlige bedømmelsesgrundlag i kapitel 2, er der skabt mulighed for en redegørelse for en række udvalgte konkrete problemstillinger.¹ Informationsydelsen giver også her anledning til tvivl. Fremstillingen er tilrettelagt ud fra den systematik, købeloven bygger på: efter en aftale mellem parterne om præstation af en given ydelse er indgået, skal ydelsen *leveres*. Sker det ikke i rette tid eller slet ikke, er ydelsen *forsinket*. Hvor ydelsen er leveret, kan den vise sig at være behæftet med *mangler*. Er dette tilfældet, har realkreditor en lang række *beføjelser*, der kan påberåbes. Realkreditor skal på sin side erlægge et *vederlag*. Selvom ikke alle informationsydelser omfattes direkte af alle købelovens regler, vil adskillige af de temaer, der reguleres i loven, være fælles for andre præstationsformer, men de *resultater*, loven medfører i kraft af interesseafvejningen i de enkelte bestemmelser, kan divergere. Dette må der tages hensyn til ved vurderingen af disse ydelser.

I det omfang, købeloven finder direkte anvendelse, eksisterer der et solidt retsgrundlag, der kan tages udgangspunkt i. Falder ydelsen helt eller delvist udenfor loven, er retstilstanden mere usikker. Af denne årsag indledes der derfor med en gennemgang af detailproblemer for så vidt angår ydelser, der omfattes af loven. Ikke alle informationsydelser giver i øvrigt anledning til de samme retlige problemer, selvom deres realindhold er identisk. Indgås der aftale om levering af et litterært værk manifesteret i et fysisk medium indeholdende objektiv information, og skal værket eksempelvis sendes pr. postordre, kan det meget vel blive forsinket eller aldrig komme frem. I så henseende adskiller denne informationsydelse sig imidlertid ikke fra andre postordreydelser, eftersom det ikke er *de kommunikative aspekter*, der medfører leveringsproblemer. Her kan der derfor anvendes samme

1. Diskussionen om retsgrundlaget føres dog videre ved bedømmelsen af de enkelte konkrete forhold.

regler på såvel informationsydelsen som andre ydelser, sml. hertil købelovens §§ 9-11. Skal den samme informationsmængde præsteres *digitalt*, kan dette imidlertid afstedkomme særegne retlige problemer, eftersom leveringsforanstaltningerne kan anses for opfyldt i en række situationer, der ikke umiddelbart kan sammenlignes med fysiske ydelser, sml. kap. III, afsnit 2. Fremstillingen indskrænkes i udgangspunktet til alene at omfatte de tilfælde, hvor det er tilstedeværelsen af et kommunikativt aspekt, der afstedkommer retlig tvivl.

For så vidt angår *faktiske mangler* medtages en diskussion af mangler ved den fysiske del af en informationsydelse. Årsagen hertil skal søges i den nære tilknytning, der eksisterer mellem informationen og dens fysiske udtryksform (hvor der i det hele taget er et fysisk medium, ellers er problemet selvsagt ikke-eksisterende). Om faktiske mangler, se kap. III, afsnit 3.

2. Præstation af informationsydelser

2.1. Oversigt. Købelovens funktion

Købeloven indeholder ingen definition af, hvad der nærmere skal forstås ved *levering*. Reglerne i lovens §§ 9-11 indeholder alene en regulering af, *hvor* der skal ske levering. På samme vis som ved løsebegrebet må det nærmere indhold derfor udledes af den juridiske doktrin og praksis. Levering er et *juridisk systembegreb*, hvorfor den retlige forståelse af levering ikke nødvendigvis altid vil svare til den *sproglige* betydning af levering, sml. om levering og overgivelse kap. III, afsnit 2.5. Der er knyttet en række retsvirkninger til leveringen, eftersom realdebitor eksempelvis bærer risikoen for ydelsens hændelige undergang, indtil levering er sket, lovens § 17 og hertil kap. II, afsnit 2.5.

Der har været gjort forskellige bestræbelser i doktrinen på at indkredse leveringsbegrebet nærmere.² For nærværende fremstilling er det imidlertid tilstrækkeligt at konstatere, at realdebitor skal foretage en række handlinger, der gør det muligt for realkreditor at skaffe sig rådighed over ydelsen eller direkte medfører, at ydelsen overgives til ham. Om sidstnævnte er tilfældet, afhænger af købs art. I princippet adskiller realdebitors leveringsforpligtelse i transaktioner, der vedrø-

2. Se oversigten hos Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 110ff.

2. Præstation af informationsydelser

rer informationsydelser, sig ikke fra de forpligtelser, der påhviler enhver anden realdebitor.³ Indgås der aftale mellem parterne om præstation af en digital, objektiv informationsydelse, skal den transmitteres i rette tid.⁴ Tvivl opstår imidlertid i relation til det *tidspunkt*, ud fra hvilket det skal bedømmes, om leveringen er foretaget i rette tid. Heller ikke dette er et problem, der er særegent for digitale ydelser, men den digitale ydelse kan *anses for præsteret på tidspunkter, der netop har sammenhæng med transaktionsmåden*. Hvad angår levering er det derfor ikke uden betydning, hvorvidt informationsydelsen skal præsteres med eller uden fysisk medium. Et fysisk informationsmedium kan alene leveres på samme måde som andre fysiske ydelser, hvorimod den digitale ydelse *transmitteres via et digitalt net*.

UCITA Sec. 601(a) indeholder en generel bestemmelse om parternes forpligtelse til at opfylde aftalen "... in a manner that conforms to the contract". Udgangspunktet efter UCITA er således som efter den danske købelov og CISG, at det er indholdet af parternes *aftale*, der danner grundlaget for vurderingen af parternes forpligtelser. Bestemmelsen suppleres af en række detailbestemmelser i loven, jf. nærmere i det følgende.

2.2. Sondringen genus – species

For så vidt angår aftalens genstand bygger den danske købelov på en grundlæggende sondring mellem *genus-* og *speciesydelser*. Sondringen genfindes ikke længere i de øvrige nordiske lande og ej heller i den internationale købelov (CISG), og der fremsættes fra tid til anden forslag om også at afskaffe den i Danmark, eventuelt som led i en større revision af købeloven.⁵ Genusydelsen beskrives i købelovens § 3 som en ydelse, der *i aftalen mellem parterne* er "... bestemt efter art". Realdebitor har altså *valgfrihed*, når han skal udvælge netop den ydelse, der skal benyttes til opfyldelse af aftalen med realdebitor. Vedrører af-

3. Dette gælder også informationsydelser, der ikke omfattes af den køberetlige regulering. Sådanne ydelser skal også præsteres, men ydelsens karakteristika kan føre til en forskellig opfattelse af, *hvornår* ydelsen er leveret, sml. om specialdesignet software kap. III, afsnit 2.6.
4. Sml. om sondringen filtransaktioner og adgangsbaserede ydelser kap. II, afsnit 2.5.
5. Se til eksempel *Joseph Lookofsky & Peter Møgelvang-Hansen: En ny dansk indlandsk købelov – KBL III?*, UfR 1999 B. s. 239ff., *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 70f. og nærmere kap. IV, afsnit 3 om revisionsspørgsmålet.

talen en speciesydelse kan realdebitor derimod alene opfylde aftalen med netop den ydelse, der er beskrevet i aftalen. Eftersom der er knyttet forskellige *retsvirkninger* til henholdsvis genus- og speciesydelsen, er sondringen væsentlig.

I relation til *informationsydelser* kompliceres retsstillingen af ydelsens særegne karakter. Informationens nærmere indhold ufortalt – verificerbar eller subjektiv, maskinlæsbar eller menneskelæsbar⁶ – er det kendetegnende for ydelsen, at såfremt ét eksemplar er fejlbehæftet for så vidt angår *informationsindholdet*, vil alle eksemplarer være i besiddelse af samme fejl.⁷ Er oplysningerne i ét faktaorienteret litterært værk misvisende, vil de også være det i andre udgaver af det samme værk. Virker ét edb-program ikke efter hensigten som følge af en programmeringsfejl i koden, vil dette gælde for samtlige programmer af samme version. Kan én digital musikfil ikke afspilles på grund af en komprimeringsfejl, vil dette gælde for alle filer tilhørende samme kategori. I alle disse og lignende situationer kan realdebitors valgfrihed fremstå illusorisk og som en mere teoretisk end praktisk realisabel mulighed. Han kan ganske vist frit vælge mellem alle udgaver af det samme værk mv., men eftersom de alle vil være i besiddelse af den samme fejl, kan der argumenteres for, at denne frihed ikke er reel.⁸

Retsvirkningerne af sondringen mellem genus og species udstilles blandt andet i relation til *ansvarsgrundlaget*. Ansvarsbedømmelsen ved *forsinkelse* er således strengere for realdebitor, når der er tale om en genusydelse, end hvis der skal præsteres en speciesydelse, jf. hertil henholdsvis §§ 24 og 23. Begrundelsen herfor er netop den *valgfrihed*, realdebitor har ved genusydelser. Om der foreligger *forsinkelse* eller ej afhænger af, om aftalens ydelse er præsteret i rette tid og på rette sted, og det har i den forbindelse ingen betydning, hvorvidt ydelsen består af en informationsmængde. Indgår parterne aftale om præstation af et litterært værk indeholdende verificerbar information uden at specificere værket nærmere, har realdebitor valgfrihed indenfor mængden af værker bestående af den pågældende information, uanset om den måtte være fejlbehæftet eller ej. Ansvarsbedømmelsen ved *forsinkelse*

6. Se om disse og tilstødende begreber kap. II, afsnit 2.2.6.

7. De egentlige indholdsfejl, der relaterer sig til fejl i selve *informationsudtrykket*, skal holdes adskilt fra fejl, der kan opstå i forbindelse med *konfigureringen* eller *implementeringen* af de enkelte data, se hertil kap. III, afsnit 3.2.5 – 3.2.6.

8. Se således Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar (1988) s. 324f. om *edb-programmer*.

2. Præstation af informationsydelser

skal derfor foretages efter købelovens § 24. Betingelser realkreditor sig præstation af en ganske særlig udgave af værket – eksempelvis *originalværket*⁹ – foreligger der derimod en speciesydelse, og realdebitors ansvar må bedømmes efter lovens § 23. Den omstændighed, at realdebitors valgfrihed kan siges at være illusorisk for så vidt angår *mangelsbedømmelsen*,¹⁰ kan med andre ord ikke begrunde, at sondringen mellem species og genus er uanvendelig i relation til de retsvirkninger, der ikke relaterer sig til *indholdet* af aftalens ydelse, men til selve dette, at ydelsen skal *præstere* rettidigt og på rette sted.

Som nævnt i kap. II, afsnit 3.2.4 og 4.2.3 må der foretages en individuel vurdering af, hvorvidt købeloven finder direkte anvendelse alt efter hvilken form for retsvirkning, der har konkret interesse. Vedrører transaktionen et skønlitterært værk, finder købelovens faktiske mangelsregler ikke anvendelse, jf. også kap. III, afsnit 3.2.8, men sådanne informationsydelser kan som andre realydelser være forsinkede, og transaktionen omfattes derfor af lovens forbrugerbeskyttelsespræceptive regler om forsinkelse (§§ 74-75).

Resultatet forekommer velbegrunder. Den realdebitor, der skal præstere en informationsydelse, som omfattes af købeloven, er ikke anderledes stillet end den, der skal præstere typiske fysiske formuegoder, når det drejer sig om opfyldelsen af aftalen i rette tid og på rette sted. Om realdebitor skal forsende et par bukser eller et litterært værk inden en given dato har ingen betydning for bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger forsinkelse eller ej, og der er ingen tungtvejende argumenter for at ansvarsbedømme realdebitorer, der skal præstere informationsydelser, anderledes end andre realdebitorer i relation til forsinkelsesspørgsmålet.

2.3. Filtransaktioner via digitale netværk – teknologiske principper

Når en informationsmængde skal transmitteres via et digitalt net, kan der opstilles en række scenarier for den videre bedømmelse. Præstationen kan da svigte eller forsinkes som følge af en række tekniske forhold, jf. kap. III, afsnit 2.4.¹¹ Transmission af digitale informations-

9. Om den *ophavsretlige* betydning af sondringen mellem originalværker og digitale frembringelser, se *Mads Bryde Andersen: Ophavsretten og den nye teknologi*, NIR 1995 s. 616ff. og hertil kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

10. Jf. om dette aspekt kap. III, afsnit 3.2.3.

11. Se oversigten i *TemaNord* 1999:598 s. 94.

ydelser adskiller sig fra traditionelle transaktioner såvel i relation til den *ydelse*, der skal præsteres, som i forhold til det *medium*, der skal benyttes for at bringe ydelsen fra realdebitor til realkreditor, men det er værd at notere, at *formålet* med transmissionen er identisk med andre *opfyldeshandlinger* i sin *hensigt* – at bringe ydelsen frem til realkreditor i rette tid og på rette sted.

Som anført ovenfor kap. I, afsnit 2 vil fremstillingens gennemgang af tekniske forhold blive holdt på et beskedent niveau. I det følgende er derfor alene medtaget de omstændigheder, som er påkrævede for i det hele taget at kunne tage stilling til det retlige problem: hvornår er der sket levering. Om netstruktur og transmission via digitale netforbindelser i øvrigt henvises til speciallitteraturen, jf. henvisningerne ovenfor kap. I, afsnit 2.

2.4. Levering kan ikke ske (rettidigt) som følge af tekniske forhold

Forudsætningen for en gennemførelse af en filtransaktion er selvsagt, at filen er *tilgængelig* for realkreditor på den installation, realdebitor angiver som downloadingstedet. Er dette ikke tilfældet, har realdebitor ikke levet op til sin præstationsforpligtelse og kan derfor blive mødt med misligholdelsessanktioner. I dette tilfælde er der slet ikke sket levering, og risikoen for hændelig undergang eller forringelse er derfor hos realdebitor. Situationen kan sammenlignes med et traditionelt *afhentningskøb* i den fysiske verden. Er salgsgenstanden ikke klar til afhentning på det tidspunkt, der er aftalt eller forudsat mellem parterne, foreligger der forsinkelse, og risikoen for hændelig undergang eller forringelse påhviler realdebitor, sml. købelovens § 17, stk. 1.

Filtransaktionen vil i reglen altid være en genussydelse. Realkreditor kobler sig op på realdebitors hjemmeside, manøvrerer sig rundt ved hjælp af ikoner, klikker sig til en aftale og får sendt en fil med informationsindholdet. Men beslutter parterne sig for i en konkret situation at lade en særlig informationsydelse præstere i form af en fil, kan der foreligge en speciesydelse, og i så fald anvendes reglen i købelovens § 17, stk. 2, såfremt de særlige betingelser for denne bestemmelses anvendelse i øvrigt er opfyldt. Om genus og species, se kap. II, afsnit 2.2.

Hvis filen forefindes på den angivne installation, men *den ikke er tilgængelig for realkreditors konkrete downloading*, er situationen princi-

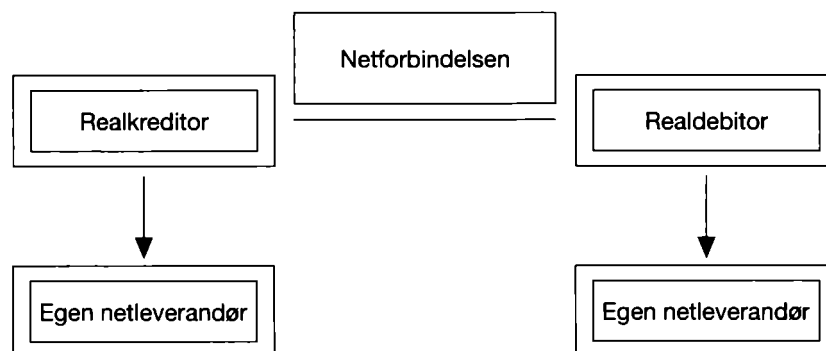
2. Præstation af informationsydelser

pielt identisk. Det er ikke tilstrækkeligt for realdebitor at lægge en fil ind på en hjemmeside, hvis han ikke samtidig sørger for, at filen rent faktisk kan downloades. Begrundelsen er som ovenfor, at realkreditor i så fald slet ikke får og heller ikke har mulighed for at få filen i sin besiddelse. Et praktisk vigtigt eksempel på denne misligholdelse fra realdebitors side er de tilfælde, hvor den installation, filen er indlagt på, har for *lille en kapacitet* til at kunne opfylde anmodninger om overførsel fra realkreditorer. Tilsvarende bærer realdebitor selv risikoen for *egen netleverandør*. Såfremt overførelsen af filen ikke kan lade sig gøre som følge af svigt hos den, der leverer netforbindelsen til realdebitor, bærer realdebitor således risikoen herfor.

I det omfang, leveringen ikke kan ske *som følge af forhold på realkreditors side*, er dette derimod uden betydning for realdebitors opfyldelsesforpligtelse, jf. købelovens § 37 om fordringshavermora. Fejl i realkreditors tekniske installationer eller svigt hos den, der stiller netforbindelsen til rådighed for realkreditor, bærer realdebitor således ikke risikoen for.

Tilbage står den situation, hvor filen ikke kommer rettidigt frem, selvom den er afsendt i rette tid fra realdebitor, *fordi der opstår tekniske komplikationer i forbindelse med selve transaktionen på det digitale net*, jf. nærmere kap. III, afsnit 2.5. Overførelsen mislykkes eller forsinkes her ikke som følge af forhold hos hverken realdebitor eller realkreditor. Årsagen skal findes hos den, der stiller netforbindelsen til rådighed for digitale overførelser.¹² Nettet bryder ned eller mangler af andre grunde den forudsatte funktionalitet. Situationen kan anskueliggøres på denne vis:¹³

-
12. Parterne kan have samme netleverandør og denne kan i tilgift også være den, der stiller den egentlige netforbindelse til rådighed. Eksempel: realkreditor opnår netforbindelse i kraft af TDC's modembaserede *Opasia*-software, mens realdebitor – for at realisere hurtigere transmissionshastighed – opnår sin netforbindelse i kraft af en kabelbaseret opkobling, der ligeledes stilles til rådighed af TDC. Foregår transmissionen herefter via et telenet under TDC's rådighed, vil parternes individuelle netleverandør og den, der stiller netforbindelsen til rådighed, være identiske.
 13. Figuren er forenklet. Benyttes Internettet til transaktioner mellem parterne er de ikke (nødvendigvis) koblet direkte op til hinanden, men optræder som enkeltdele af det store netværk, Internettet består af.



Figur III.1. Forsimplet oversigt over forbindelsen mellem realkreditor og realdebitor

2.5. Det retlige udgangspunkt

Udgangspunktet for overvejelser om, hvor der skal ske levering, må tages i købelovens § 9. Det er således hovedreglen, at alle køb er *afhentningskøb*. Det kan diskuteres, hvorvidt den omstændighed, at digitale informationsydelser præsteres ved at blive *kopieret* fra et medium under realdebitors kontrol til et medium, realkreditor kontrollerer, i sig selv gør reglen uanvendelig.¹⁴ At bestemmelsen taler om “salgsstanden” og “genstanden” (stk. 2), medfører ikke uden videre, at den er uanvendelig på ikke-fysiske ydelser. Det afgørende er her som i andre situationer ikke rene begrebsanalyser, men snarere hvorvidt bestemmelsen meningsfuldt kan benyttes på den konkrete ydelse.

Efter ordlyden af § 9, stk. 1, skal realdebitor “... levere salgsstanden på det sted, hvor han ved køkets afslutning havde sin bolig”, eller, såfremt han drev forretning, på forretningsstedet. Vedrører aftalen en digital objektiv informationsydelse, der skal præsteres uden medoverdragelse af et fysisk medium, medfører dette, at realdebitor skal stille filen til realkreditors rådighed på sin hjemmeside mv. i rette tid og på rette sted. Det gør ingen forskel, at informationsydelsen skal kopieres, og at der således ikke sker nogen overdragelse af et fysisk element. Når der er tale om filtransaktioner, medfører en transmission en overførelse af en samlet informationsmængde i form af en *datapakke* bestå-

14. Se hertil *Forbrugerens retsbeskyttelse i grænseoverskridende digitale net* (1997) s. 66.

2. Præstation af informationsydelser

ende af bits, og det forhold, at dataene kopieres undervejs i transmissionen, ændrer ikke herved. Dataene samles til en hel datapakke igen på tidspunktet for ankomsten til realkreditors installation og udgør da atter en samlet, afgrænselig ydelse.

Anvendelsen af § 9 er undergivet en række forudsætninger, hvoraf nogle allerede er nævnt. En af de centrale er, at bestemmelsen alene kan benyttes, såfremt aftalens genstand *skal afhentes* af realkreditor. Overført på digitale transmissioner betyder dette, at anvendelsesområdet for § 9 er de transaktioner, *hvor realkreditor selv skal tage initiativ til at få filen i sin besiddelse*, jf. om filtransaktioner kap. II, afsnit 2.5.2. I rent digitale transaktioner afhenter realkreditor ganske vist ikke aftalens genstand i realdebitors forretning, således som det, i overensstemmelse med den praktiske omsætningsform på tidspunktet for lovens tilblivelse, forudsættes i § 9. Realdebitors hjemmeside mv. er imidlertid at sammenligne med den erhvervsdrivendes virksomhed i den fysiske verden – man kunne kalde den for et *virtuelt forretningssted* – hvor ydelserne udbydes til salg og leverancer sker ved realdebitors anmodning om overførelse af en fil. Afhentningen består således ikke i, at realkreditor fysisk indfinder sig i et lokale og dér tager genstanden i sin besiddelse. Den digitale informationsydelse overføres ved, at realkreditor klikker sig frem med musen og derved effektuerer en filtransaktion.

I forhold til spørgsmålet om *risikoens overgang* betyder dette, at såfremt realdebitor har stillet filen til realkreditors rådighed i rette tid og på rette sted, og selve transmissionen ikke forhindres som følge af tekniske omstændigheder hos realdebitor, er der sket levering, og risikoen derfor *som udgangspunkt* gået over til realkreditor *på dette tidspunkt*, jf. hertil købelovens § 17, stk. 1, *hvis transaktionen sættes i værk på realkreditors initiativ*. Går informationsydelsen tabt undervejs i transmissionen, er dette principielt realdebitor uvedkommende, eftersom ydelsen er leveret og risikoen gået over. Begrundelsen herfor skal søges i den indbyrdes sammenhæng, der eksisterer mellem købelovens § 9 og § 17, stk. 1, hvorefter levering i et afhentningskøb anses for sket *ved overgivelsen* af ydelsen, hvilket tidspunkt følgerig også er det centrale for risikoens overgang.¹⁵ Det er således *ikke* tilstrækkeligt, at sælger holder genstanden rede for køber. I alle pladskøb, både af-

15. Se generelt om disse regler Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 110ff. og 220ff. med henvisninger.

Kapitel III · Detailregulering

hentningskøbet efter § 9 og udbringningskøb efter § 11, sker der først levering, når genstanden *er overgivet* til køberen.¹⁶ I det omfang, køber ikke afhenter genstanden i rette tid, opstår der imidlertid *fordringshavermora*, jf. § 37, hvorefter risikoen går over på køberen, *selvom levering (overgivelse) ikke er sket*, idet der dog ved genus forinden skal ske udskillelse.

Det er uklart, hvilke krav der må stilles til *udskillelse af digitale genussydelser*. I udgangspunktet er kravene de samme som til andre realydelser, jf. herom Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 654ff., men spørgsmålet er, på hvilken *måde*, udskillelsen i praksis kan ske. Her som i øvrigt, hvor realydelsen består af digitalt præsteret information, kompliceres besvarelsen af den kendsgerning, at enhver opfyldelse i reglen vil vedrøre *eksemplarer* af den ydelse, aftalen vedrører, og sjældent *originalværker*. Såfremt realdebitor har lavet et attachement til en mail, hvor en fil indeholdende et eksemplar af den ydelse, aftalen beskriver og adresseret denne fil til realkreditor i overensstemmelse med de oplysninger herom, parterne har udvekslet, må man formentlig anse dette for en udskillelse, der opfylder kravene i købelovens § 37, såfremt afsendelse ikke kan ske på grund af realkreditors forhold. Den blotte omstændighed, at filen er tilgængelig for realkreditor på realdebitors hjemmeside eller andet digitalt medium, er derimod næppe tilstrækkeligt, eftersom filen da ikke kan siges at være bestemt for netop denne realkreditor, jf. i øvrigt nærmere nedenfor i dette afsnit om denne *downloadingsituation*.

Leveringsreglerne i købeloven er, som lovens øvrige regler, formuleret med udgangspunkt i typiske fysiske formuegoder. De hensyn, der ligger bag lovens enkeltbestemmelser, og den afvejning, der må foretages, må således modificeres i relation til ydelser, der karakteriseres af andre omstændigheder end fysiske genstande.¹⁷ Reglen i lovens § 9 sammenholdt med § 17 bygger på en *hensyntagen til realdebitor*, der – for så vidt angår fysiske genstande – har meget for sig. Når realdebitor holder genstanden rede for realkreditor på sit forretningssted i rette tid ville det være uhensigtsmæssigt, om realkreditorer i al almindelighed risikofrit kunne undlade at afhente genstanden på det aftalte tidspunkt. Udover de fysiske begrænsninger (lagerkapacitet o.lign.) hos

16. Henry Ussing: Køb, 4. udgave/8. oplag 1987 s. 54. I *forbruger køb* anses levering i alle tilfælde, også ved forsendelse, først for sket ved overgivelsen, lovens § 73. Se om forsendelse nærmere nedenfor.

17. Jf. generelt om købelovens anvendelighed kap. II, afsnit 3.2.

2. Præstation af informationsydelser

realdebitor ville dette indebære en retstilstand, hvorefter risikoen for hændelige begivenheder, hvorunder genstanden beskadiges eller ødelægges, påhviler realdebitor, på trods af, at genstanden ikke er afhentet i rette tid af realkreditor. Noget sådant ville næppe være hensigtsmæssigt og er altså heller ikke lovens ordning.

De reale hensyn er af en anden karakter i relation til digitale transmissioner. Den informationsmængde, der skal transmitteres, vil foreligge som en fil på realdebitors hjemmeside mv. Når en transaktion sættes i værk af realkreditor, overføres der en *kopi* af den fil, der ligger på realdebitors medium. Hvor en realdebitor i den fysiske verden skal præstere en anden fysisk genstand, hvis den, han oprindeligt havde tiltænkt realkreditor, beskadiges eller destrueres på et tidspunkt, hvor han bærer risikoen for genstanden, kan en digital informationsmængde overføres igen og igen uden omkostninger for realdebitor *også på et tidspunkt, hvor risikoen er gået over*. Realkreditor klikker sig blot ind på realdebitors hjemmeside eller andet digitalt medium, gentager proceduren og får sendt en ny fil, såfremt den oprindelige er gået tabt undervejs i transmissionen. Transaktionens økonomiske fundament og balancen mellem parterne forskubbes ikke af denne procedure, der alene sættes i værk for at skaffe realkreditor den fornødne *rådighed* over aftalens genstand.¹⁸

Realiteten bliver derfor, at levering først er sket, *når realkreditor har opnået rådighed over den digitale ydelse på en sådan måde, at den kan benyttes efter sit formål*,¹⁹ eftersom overgivelsen først på dette tidspunkt er effektueret. Reglen i købelovens § 9 er ikke til hinder herfor. Betragter man det medium, den digitale fil transmitteres fra, som et virtuelt forretningssted, vil afhentning fra realkreditors side forudsætte en aktiv handling i form af et eller flere klik med musen. Den risikoafvejning, § 9 er udtryk for, ændres ikke ved, at afhentning først anses for sket ved filens ankomst til realkreditors installation – også i

18. Konstruktionen forudsætter, at der betales et vederlag for den digitale ydelse – ellers foreligger der intet køb. Realdebitor kan derfor siges at miste en betaling, der svarer til det vederlag, som skal erlægges for ydelsen, når den atter præsteres, eftersom ydelsen (filen) her skal transmitteres *uden* yderligere vederlagserlæggelse fra realkreditors side. Det økonomiske tab, realdebitor herved lider, må imidlertid sammenholdes med det forhold, at realkreditor ikke har fået den aftalte genstand i sin besiddelse. Se om begreberne vederlagsrisiko og ydelsesrisiko straks i det følgende.

19. Se tilsvarende *TemaNord* 1999:598 s. 94f. og *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 794 (om risikoovergang).

det traditionelle afhentningskøb forudsættes det jo, at levering først er sket og risikoen dermed gået over ved *overgivelsen*, sml. ovenfor. Men længere rækker argumentet ikke. Såfremt det er forhold hos *real-kreditor*, der gør det umuligt at overføre filen i rette tid, er dette realdebitor uvedkommende, jf. også ovenfor og om fordringshavermora købelovens § 37. Tilsvarende gælder, hvor filen efterfølgende destrueres på realkreditors installation. Selvom det kan anføres, at realkreditor primært indgår aftalen for at kunne drage nytte af den digitale ydelses realindhold og ikke for at få et eksemplar overført,²⁰ ændrer dette ikke ved, at der i begge de anførte situationer er tale om forhold, realkreditor selv må bære risikoen for, hvor enkelt en ny overførelse end kan foretages, og uanset dette kan ske uden – økonomiske eller praktiske – omkostninger for realdebitor. Realkreditor må sørge for at holde sin egen installation rede til fuldførelse af transaktionen, og når den er gennemført, må han sikre sig, at filens indhold gemmes ved at *sikkerhedskopiere* den.²¹

I et traditionelt afhentningskøb, der samtidig er et kontantkøb, vil såvel *ydelsesrisikoen* som *vederlagsrisikoen* gå over fra realdebitor til realkreditor på samme tidspunkt,²² se hertil *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 325. Angår aftalen et sofabord, der skal afhentes den 1. marts 2001, er sælger således forpligtet til at holde bordet rede denne dag. Gør han ikke det, misligholder han aftalen med de konsekvenser, dette har i relation til købers misligholdelsesbeføjelser, jf. nærmere købelovens §§ 23-24. Sælger bærer altså *ydelsesrisikoen*, indtil overgivelsen har fundet sted, medmindre der foreligger fordringshavermora. Tilsvarende er køber ikke forpligtet til at betale købesummen, hvis overgivelsen ikke kan ske, jf. også samtidighedsgrundsætningen i købelovens § 14. *Vederlagsrisikoen* er således et spørgsmål om, hvor længe køber er forpligtet til at erlægge vederlaget, selvom aftalens genstand ikke præsteres (fuldt ud) som følge af hændelig undergang eller forringelse – og denne forpligtelse foreligger, indtil levering (overgivelse) er sket. Se hertil generelt om

20. Sml. *TemaNord* 1999:598 s. 95.

21. Et argument, der også anføres i *TemaNord* 1999:598, se s. 95. Adgangen til at foretage sikkerhedskopier af *ophavsretligt beskyttet materiale* er gjort præceptiv i ophavsretslovens § 36, se dennes stk. 1, nr. 2 sammenholdt med stk. 3 og 4.

22. Se om begreberne vederlags- og ydelsesrisiko nærmere *Bernhard Gomard: Obligationsret*, del 1 (1998) s. 37ff., *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 324ff. samt *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Obligationsretten I* (2000) s. 161ff.

2. Præstation af informationsydelser

ydelses- og vederlagsrisiko Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 143ff. og Bernhard Gomard: Obligationsret, del 1 (1998) s. 37ff.

Når de faktiske forhold ændres, må dette imidlertid afspejles i risikovurderingen. Såfremt begrundelsen for at overføre risikoen på realkreditor ikke, eller i hvert fald ikke i samme omfang, er til stede, er en sådan *differentieret risikoafvejning* en måde, der muliggør en anvendelse af købeloven uden at dette baseres på en (for) anstrengt fortolkning af loven og dens forudsætninger.

Som anført i kap. II, afsnit 2.5.2., kan en digital transmission også iværksættes på *realdebitors foranledning*. Dette kan eksempelvis ske ved, at parterne indgår aftale om præstation af en given digital informationsmængde, hvorefter realdebitor sender den til realkreditor som et attachement til en e-mail i form af en .pdf-fil, der herefter lagres på realkreditors installation. En sådan transaktion kan minde om et *forsendelseskøb*,²³ jf. købelovens § 10. På samme måde som en realdebitor, der skal præstere et fysisk formuegode, ikke bærer risikoen for hændelig undergang eller forringelse, når genstanden er overgivet til den selvstændige transportør, kan man argumentere for, at den realdebitor, der skal præstere en digital ydelse, overfører risikoen på realkreditor på det tidspunkt, hvor filen transmitteres ud på nettet. Argumentationen bygger på den forudsætning, at den, der stiller den eksterne netforbindelse til rådighed, udgør en *selvstændig fragtfører* i lovens forstand.²⁴

Som det er tilfældet med sammenhængen mellem leveringen og risikoen overgang ved afhentningskøbet, er også reguleringen af forsendelseskøbet funderet i de faktiske omstændigheder, der omgiver typiske fysiske formuegoder. Reglen i lovens § 10 kan derfor ikke anvendes ukritisk, hvor disse omstændigheder ændrer sig. Når risikoen overføres fra realdebitor til realkreditor ved overgivelsen til en selvstændig fragtfører i et traditionelt forsendelseskøb er det udtryk for et

23. Man vil kun i sjældne tilfælde kunne forestille sig, at sådanne transaktioner vil have lighedstræk med de såkaldte *pladskøb med udbringningspligt*, jf. købelovens § 11. Anvendelsen af denne bestemmelse forudsætter vished for, hvad der udgør realdebitors "plads", hvilket i sig selv vil være problematisk at afgrænse i det digitale univers.

24. Se hertil Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) s. 793f. og Forbrugerens retsbeskyttelse i grænseoverskridende digitale net (1997) s. 65f.

valg fra lovgivers side af, hvem der er nærmest til at bære risikoen på et tidspunkt, hvor aftalens genstand *ikke er i nogen af parternes fysiske varetægt*. Eftersom forsendelsen i reglen altid vil være i realkreditors interesse – han undgår at skulle hente købsobjektet på realdebitors forretningssted – har man fundet det mest hensigtsmæssigt at anse levering for sket på tidspunktet for overgivelsen til fragtføreren, der dermed også udgør tidspunktet for risikoens overgang.²⁵

Se nærmere *Tore Almén*: Om köp och byte av lös egendom (1960) s. 108ff. og s. 183ff. om *distansköp*. Som anført dér har princippet om risikoens overgang til realkreditor på tidspunktet for genstandens overgivelse til selvstændig fragtfører en lang tradition bag sig og genfindes i øvrigt i talrige fremmede retsordninger. Som eksempel kan nævnes den engelske Sale of Goods Act, Sec. 32(1), UCC art. 2-509(1)(a) og BGB § 447(1). Også i CISG findes der en regel, der indholdsmæssigt svarer til købelovens § 10, se art. 31, litra a). I UCITA beskrives leveringsstedet, hvor der skal ske *electronic delivery of a copy*, i Sec. 606(a)(2) som "... an information processing system designated or used by the licensor",²⁶ se kritisk *TemaNord* 1999:598 s. 95, hvorefter "... det neppe [er] heldig å knytte rettsvirkninger til leveringssted på denne måten" (originalfremhævelse). Eftersom det tidspunkt, hvor den digitale ydelse når frem til realkreditors tekniske installation, korresponderer med tidspunktet for overgivelse af fysiske formuegoder i traditionelle afhentningskøb, fremstår dette tidspunkt imidlertid som et operationelt og velbegrundet udgangspunkt for overførelse af risikoens overgang. Bestemmelsen beskæftiger sig i øvrigt alene med leveringen af et *eksemplar*. Spørgsmålet om *licensen* til at *bruge* informationen omfattes således ikke, se kommentarens pkt. 1.

Den transportør, der i den fysiske verden påtager sig at levere en genstand, vil i princippet altid vide, hvor genstanden befinder sig, eller i

-
25. Forsendelsen iværksættes på realdebitors foranledning, og der vil i hvert fald i handelskøb i reglen være sædvane for, at denne *giver meddelelse* til realkreditor om forsendelsen i form af faktura mv., se nærmere *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (1993) s. 139ff. Sker dette ikke, foreligger der *ordrestridig forsendelse*. I *forbruger køb* anses aftalens genstand i alle tilfælde først for leveret ved overgivelsen til forbrugeren, købelovens § 73.
26. Er informationen manifesteret i et fysisk medium, der medoverdrages i forbindelse med transaktionen, er leveringsstedet som for andre fysiske ydelser i udgangspunktet realdebitors forretningssted eller bopæl, Sec. 606(a)(1). Det overordnede udgangspunkt er i øvrigt, at levering skal ske på det sted, parterne har *aftalt*, se Sec. 606(a).

hvert fald kunne fremskaffe oplysninger herom. Digitale transmissioner adskiller sig fundamentalt herfra. Den operatør, der stiller et netværk til rådighed for digitale transmissioner, vil ikke nødvendigvis have nogen viden om, hvem der aktuelt benytter netværket og til hvilket formål. Netværksoperatøren har her flere træk til fælles med eksempelvis vejvæsenet, der muliggør transport via veje, end med den transportør, der kører på vejene, og det er som bekendt ikke tilstrækkeligt for anvendelsen af købelovens § 10, at realdebitor kan anskueliggøre, at aftalens genstand er "overgivet" til vejvæsenet. Såvel vejvæsenet som netværksoperatøren mangler den fysisk-faktiske *rådighed* over ydelsen, som er forudsat i købelovens § 10. Hertil kommer den tekniske kendsgerning, at den digitale ydelse ofte vil blive splittet op i flere separate *pakker* undervejs i transmissionen,²⁷ hvorimod den fysiske genstand består som én samlet ydelse i hele forløbet. Netværksoperatøren har ingen indflydelse på, via hvilke forbindelser den digitale ydelse transmitteres, og der er således i det hele tale om en transaktionsform, der adskiller sig fra det traditionelle forsendelseskøb i en sådan grad, at anvendelsen af købelovens § 10 ikke kan finde sted.

Konsekvensen bliver, at uanset hvem af parterne, der tager initiativet til den digitale transmission, *er levering først sket og risikoen gået over på det tidspunkt, hvor realkreditor opnår en sådan rådighed over den digitale ydelse, at han kan benytte den efter sit formål*, medmindre det skyldes forhold hos ham, at transmissionen ikke kan gennemføres.²⁸ Dette medfører, at alle digitale transmissioner i realiteten transformeres til *afhentningskøb*, dog med den forskydning af tidspunktet for overgivelsen, der ligger i, at afhentningen består i en *teknisk procedure*, hvorved ydelsen kommer realkreditor i hænde. Den fokusering, der i

27. Se om de tekniske aspekter kap I, afsnit 2 med note 6.

28. Jf. *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 793f. og *Agne Lindberg & Daniel Westman: Praktisk IT-rätt* (1999) s. 320: "... licensobjektet [skall normalt] levereras fritt till kunden om det inte är fråga om försäljning "över disk". Leverandören ansvarar således för frakt till kundens adress. Risken för licensobjektet övergår först efter leverans till denna adress". Det anførte knytter dog primært an til *software* manifesteret i et *fysisk medium*, der skal medoverdrages. Se i modsat retning *TemaNord 1999:598* s. 95, hvorefter "... de eksisterende købsrettslige regler om levering ikke uten videre kan overføres til levering av filer over nett. Leverandørens forpliktelse bør i utgangspunktet være oppfylt når de aktuelle filene er stilt til disposisjon for nedlastning, men kunden bør ha rett til gjentatt nedlastning dersom overføring mislykkes, uansett årsak", jf. straks i det følgende. Om uploading og downloading, se kap. II, afsnit 2.5.2.

det traditionelle køb er på køkets art, suppleres og modificeres til en vis grad i det digitale univers som følge af de særlige tekniske forhold, der gør sig gældende ved digitale transmissioner. Men det essentielle er, at den digitale transmission med den fortolkning, der anlægges i denne fremstilling, fortsat kan rummes inden for rammerne af den retlige regulering af levering i købeloven, eftersom den *risikovurdering*, der ligger til grund for reglen i § 17, kan tilpasses digitale ydelser.

Se til dels anderledes *TemaNord 1999:598* s. 95, hvorefter "... de eksisterende købsrettslige regler om levering *ikke uten videre* kan overføres til levering av filer over nett", fremhævet her. Med den indfaldsvinkel, der er valgt her, er der imidlertid heller ikke tale om en umiddelbar anvendelse af reglerne om levering. Reglerne fortolkes i lyset af den ydelse, de påtænkes benyttet på, og med basis i risikovurderinger og tekniske forhold argumenteres der for, at reglerne – trods deres tilsyneladende manglende anvendelighed – alligevel kan benyttes. Dette betyder ikke nødvendigvis, at der ikke kan være behov for lovgivningsmæssige præciseringer, jf. om behovet for revision af købeloven kap. IV, afsnit 3, men det betyder, at sådanne præciseringer ikke fremstår som påkrævede alene som følge af de komplikationer, digitale ydelser afstedkommer.

2.6. Informationsydelser udenfor købelovens anvendelsesområde. Komplicerede digitale ydelser

Såfremt den digitale ydelse består (helt eller delvist) af informations-elementer, der ikke omfattes af købeloven, opstår spørgsmålet, hvorvidt dette har nogen betydning for så vidt angår den retslige regulering af præstationshandlingen. Hvad angår de tekniske forhold, henvises der til fremstillingen i kap. III, afsnit 2.4. Relevant her er alene en stillingtagen til, om den blotte kendsgerning, at en given informationsydelse ikke omfattes af købeloven, gør en forskel for den retlige vurdering af *leveringen*.²⁹ Som anført i kap. II, afsnit 3.2.1 er visse dele af købeloven udtryk for mere almene obligationsretlige principper, der altså også skulle kunne finde anvendelse på andre ydelser end de, der omfattes af loven, eventuelt i modificeret form. At en ydelse ikke

29. En manglende anvendelse af købeloven har selvsagt konsekvenser for så vidt angår forbrugerbeskyttelsespræceptivitet og anvendelsen af den særlige reklameringsregel i §§ 54 og 83 mv., jf. også om dette aspekt kap. II, afsnit 3.2.1 og 3.2.6 samt kap. III, afsnit 4.7, men dette er ikke afgørende for bedømmelsen af, hvorvidt reguleringen af *leveringen* er identisk.

2. Præstation af informationsydelser

omfattes af loven, medfører derfor ikke automatisk, at den retlige regulering af leveringshandlingen er en anden.

Den handling, hvorved en digital transmission initieres, er principielt den samme, uanset hvilken form den digitale informationsydelse konkret antager. Om der er tale om et edb-program eller et skønliterært værk, er således uden betydning for selve transmissionshandlingen, eftersom den ikke retter sig mod ydelsens *informationsindhold*. Følgelig er argumentationen og den retlige bedømmelse ikke afhængig af ydelsens konkrete udtryk og udgangspunktet for den retlige regulering af præstation af alle digitale informationsydelser er derfor det samme: *afvejningen af parternes status, ydelsens karakter, og de faktiske forhold, der omgiver den digitale transmission, tilsiger, at levering først er sket på det tidspunkt, hvor realkreditor har fået en sådan rådighed over den digitale informationsmængde, at han kan benytte den efter sit formål*, dog med forbehold for fordringshavermora. Der er således tale om et princip, som principielt finder anvendelse på *alle* digitale transmissioner.

De retsvirkninger, der er knyttet til levering i købeloven, er identiske, uanset om levering sker ved afhentning, udbringning eller forsendelse.³⁰ Bevæger man sig uden for den køberetlige regulering, er situationen imidlertid ikke nødvendigvis den samme.³¹ Man kan meget vel forestille sig, at der må opereres med *forskellige leveringsbegreber* alt efter arten af den retsvirkning, der er tale om at forbinde med leveringshandlingen. En udløber af dette synspunkt kan spores i kap. III, afsnit 2.2, hvor det er anført, at sondringen mellem genus og species meget vel kan være operationel i relation til ét forhold (in casu levering i rette tid), men ikke i et andet (eksempelvis i relation til mangelsbedømmelsen, se nærmere herom kap. III, afsnit 3.2.3). Med den mangfoldighed af ydelser, der kan digitaliseres, og den kompleksitet, der kendetegner visse af disse ydelser, er der behov for nærmere overvejelser over, hvorvidt det er hensigtsmæssigt udelukkende at operere med det udgangspunkt, der er anført ovenfor.

Det er velkendt, at transaktioner, hvor aftalens ydelse udgøres af kompliceret teknik eller på anden vis afviger fra typiske fysiske formuegoder, ofte vil være baseret på aftalevilkår, der modificerer eller

30. Se oversigten hos Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: *Købeloven med kommentarer* (1993) s. 110.

31. Således også *Forbrugerens retsbeskyttelse i grænseoverskridende digitale net* (1997) s. 66.

fraviger den retstilstand, der i øvrigt måtte være gældende. Et eksempel på dette er K18, der er den danske stats standardkontrakt for standardiserede *edb-systemer*. Udgangspunktet for bedømmelsen af realdebitors *leveringsforpligtelse* svarer helt til det, der gælder efter købelovens systematik og de almindelige obligationsretlige principper, jf. aftalens pkt. 2.1, hvorefter leverandøren skal levere den aftalte ydelse (udstyret og programmet, henholdsvis hardwaren og softwaren). Som følge af den *kompleksitet*, der ofte vil være forbundet med ydelser af den karakter, aftalen vedrører, er *tidspunktet for risikoen overgang* imidlertid ikke identisk med leveringsens foretagelse forestået som systemets overgivelse til realkreditor. Efter aftalens pkt. 11, afsnit 2, bærer leverandøren således i det hele risikoen for systemet *indtil overtagelsesdagen*, der efter pkt. 1, afsnit 5 forstås som den dag, hvor realdebitor *overgiver skriftlig godkendelse* af overtagelsesprøven (jf. aftalens pkt. 10) for systemet til realdebitor. Realdebitors præstationshandling for systemer, der omfattes af denne aftale, er således ikke udtømt og risikoen ikke gået over i og med, at systemet *leveres* – det skal *afleveres* og realkreditor godkende denne aflevering i form af overtagelsesprøven.

Princippet kendes tilsvarende fra K33. Hvor K33 har sit primære anvendelsesområde i aftaler om større systemer med hvad deraf følger af krav til aftaleforhandlingerne og – konciperingen, er K18 udformet med henblik på mere standardiserede systemer. Også andre transaktioner kan give anledning til identiske overvejelser, eksempelvis inden for *entrepriseretten*, se således Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 167 om AB 92 §§ 12, 28 og 29.

Se i øvrigt generelt om IT-aftaler Agne Lindberg & Daniel Westman: Praktisk IT-rätt (1999) s. 265ff. og Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) kap. 21, herunder om K18/K33.

Konsulentvirksomheden PLS Rambøll Management udgav i 2000 en ny *IT købekontrakt*, der ifølge forordet tilsigter at være et alternativ til såvel K18 som K33. Købekontrakten bygger på to separate aftaler, udgivet i 1999, for standardsystemer med tilhørende tjenesteydelser og for standardsystemer indeholdende specielt udviklet programmel. Uden for kontraktens anvendelsesområde falder *rene standardleverancer*, herunder navnlig programmelleverancer, der ikke indeholder nogen form for tilpasning eller udvikling. Sådanne leverancer karakteriseres i forordet som *hyldeprodukter*. Efter kontraktens pkt. 10 bærer leverandøren risikoen for leverancens *hændelige undergang eller beska-*

2. Præstation af informationsydelser

digelse, indtil systemet er *overtaget* af kunden. Systemet er efter pkt. 9 overtaget af kunden *på overtagelsesdagen*, hvilken dag efter pkt. 2, 6. led forstås som den dag, hvor *overtagelsesprøven* for det samlede system *bestås*. Overtagelsesprøven reguleres i pkt. 8.3. Som det er tilfældet i K18, er tidspunktet for risikoens overgang således også i IT købekontrakten et andet end *leveringstidspunktet*. At leverandøren efter K18 *i det hele* bærer risikoen for systemet indtil overtagelsesdagen, mens han efter IT købekontraktens ordlyd alene bærer risikoen for leverancens *hændelige undergang eller beskadigelse*, udgør næppe nogen realitetsforskel. IT købekontraktens formulering harmonerer med den almindelige opfattelse af risikobegrebet, jf. også købelovens § 17, stk. 1, men også K18 må formentlig forstås på denne vis. I modsat fald ville leverandøren, hvor K18 er vedtaget mellem parterne, bære risikoen i tilfælde, hvor systemets undergang eller forringelse skyldes forhold hos realkreditor. Derimod må formuleringen af IT købekontraktens pkt. 2, 6. led formentlig læses som en skærpelse af realkreditors risikoansvar i forhold til K18, pkt. 1, afsnit 5. Efter K18 skal realkreditor således *overgive skriftlig godkendelse* af overtagelsesprøven for systemet til leverandøren, før risikoen efter pkt. 11, afsnit 2 går over på realkreditor. Hvor IT købekontrakten er vedtaget mellem parterne, er det efter pkt. 2, 6. led, tilstrækkeligt for risikoovergang, at overtagelsesprøven for det samlede system *bestås*, og der stilles således intet krav om, at realkreditor skriftligt skal godkende overtagelsesprøven overfor leverandøren. I praksis vil realkreditor imidlertid ofte underrette leverandøren skriftligt om overtagelsesprøven, men såfremt systemet destrueres eller forringes i perioden mellem overtagelsesprøvens beståelse og den skriftlige godkendelses fremkomst til leverandøren, bærer realkreditor efter IT købekontrakten risikoen herfor.

Hvis ydelsen alene vedrører *digital information*, der præsteres enten med eller uden samtidig overdragelse af et fysisk medium, kan der opstå problemer af samme karakter som de, der har ført til den særlige ordning i K18 og K33. I den udstrækning, informationsydelsen omfattes af købeloven, er det ikke umiddelbart muligt at indfortolke en retstilstand, hvis realindhold svarer til den, der foreskrives i K18 og K33, og det kan derfor anføres, at lovens leverings- og forsinkelsesregler ikke er anvendelige for så vidt angår disse særligt komplicerede informationsydelser. Forestiller man sig eksempelvis, at aftalen vedrører et *edb-program*, der skal præsteres digitalt som en fil, og som består af en række teknisk komplicerede løsningsmoduler, kan det forekomme uhensigtsmæssigt alene at operere med den regel, at realdebi-

tors leveringshandling er fuldført og risikoen gået over på det tidspunkt, hvor filen er kommet realkreditor i hænde.

Således som sammenhængen mellem leveringen og risikoen overgang forstås i denne fremstilling, er konflikten imidlertid alene tilsyneladende. Såfremt det afgørende tidspunkt for leverings foretagelse og tidspunktet for risikoen overgang fastlægges til det moment, hvor realkreditor får en sådan rådighed over den digitale ydelse, at han kan benytte den *efter sit formål*, vil dette i praksis indebære, at realdebitor først har opfyldt sin præstationsforpligtelse og risikoen for hændelig forringelse eller undergang er gået over, når realkreditor *har fået adgang til den digitale ydelses informationsindhold eller i det mindste fået mulighed herfor*. Begrundelsen herfor er den samme som den, der gælder for digitale ydelser omfattet direkte af købeloven: den letthed, hvormed realdebitor kan gentage en digital transmission, og den omstændighed, at det kan ske uden væsentlige økonomiske eller andre vanskeligheder, taler med styrke for denne ordning.

I langt de fleste tilfælde vil situationen være den, at det i sidste instans er op til realkreditor at gøre den digitale informationsmængde operabel. Hvad enten filen sendes på realdetors foranledning eller initieres af realkreditor selv, er resultatet det samme – filen ender på realkreditors installation, hvorfra den skal åbnes og indlæses på harddisk, skærm mv. før realkreditor kan få adgang til informationsindholdet. Denne efterfølgende proces vil i reglen ikke volde problemer – realkreditor dobbeltklikker på filen, åbner den og beslutter sig for, om og i givet fald hvor på installationen den skal placeres. Hvis det beror på realkreditors egne forhold, at adgangen til informationsindholdet ikke kan ske (i fornødent omfang), er dette uden betydning for bedømmelsen af, hvornår levering er sket og risikoen gået over, eftersom realkreditor har haft *mulighed* for at opnå adgangen, sml. også om fordringshavermora kap. III, afsnit 2.5. Det anførte får derfor sin primære betydning i de tilfælde, hvor ydelsen udgøres af et *komplekst informationsindhold*: realkreditor kan uden problemer opnå adgang til indholdet, men på grund af informationens opbygning kan han ikke uden videre få det forudsatte udbytte af den.³² Det kan eksempelvis – og navnlig – dreje sig om software i forskellige varianter og kombinationer. I sådanne situationer vil det ofte være hensigtsmæssigt først at betragte leveringen som sket efter samme retningslinier som gælder for andre sammenlignelige komplicerede ydelser, altså ved foranstaltning af en egentlig *afleveringsforretning*.

2. Præstation af informationsydelser

Hvad enten der er tale om digitale informationsydelser, der omfattes direkte af købelovens leverings- og forsinkelsesregler eller ej, bliver *konklusionen* således, at levering først er sket og risikoen gået over på realkreditor på det tidspunkt, hvor realkreditor opnår mulighed for at anvende ydelsen *efter sit formål*. Består ydelsen af en særlig kompliceret digital ydelse, hvilket navnlig kan være relevant ved præstation af *software*, medfører dette, at levering ikke er sket, før realkreditor kan benytte ydelsen efter det tiltænkte formål. Er ydelsen omfattet af købeloven, følger dette af sammenhængen mellem §§ 9, 11 og 17, således som disse bestemmelser fortolkes i denne fremstilling. Udenfor købelovstilfælde leder argumentationen og reale hensyn til samme konklusion.

Aftaler, der knytter en *monterings-* eller *installationspligt* til præstationen af en digital fil, eksempelvis et edb-program, vil kun sjældent være praktisk realiserbare. Montering eller installation forudsætter, at realdebitor eller hans folk får adgang til realdebitors installation, hvilket ved digitale filpræstationer vil give anledning til ofte uoverkommelige vanskeligheder. Man kan forestille sig, at realdebitor via en netforbindelse opnår adgang til realkreditors installation, men for det første medfører dette, at realdebitor dermed får en generel adgang til installationen som sådan, hvilket realkreditor ikke generelt kan formodes at være indstillet på, og for det andet vil realdebitors faktiske udførelse af installationen medføre risiko for, at andre elementer, herunder allerede indlæste programmer, dokumenter mv., påvirkes eller endog utilsigtet slettes eller gøres inoperable som følge af kompatibilitetsproblemer. En mere hensigtsmæssig løsning kan være, at realkreditor henvises til at henvende sig til en *hot line* eller

-
32. Det anførte går *ikke* på, om informationen er svær at forstå. Vedrører transmissionen således en digital bog, hvis meningsindhold realkreditor ikke kan forstå, kan dette opfattes som et eksempel på, at der ikke kan opnås adgang til informationsindholdet, og realkreditor derfor ikke kan anvende ydelsen (bogens informationsindhold) efter sit formål. Det centrale er imidlertid, at realkreditor her *har* opnået adgang til indholdet – det er alene hans egen manglende forståelse af den skrevne tekst, som besværliggør eller umuliggør brugen efter formålet. I disse tilfælde ville det ikke være hensigtsmæssigt endsige rimeligt, om realdebitor skulle afvente en eventuel efterfølgende forståelse hos realkreditor. Situationen er en anden, hvis ydelsen omfatter kompliceret edb-programmel. Denne informationstype skal indlæses på realkreditors installation og dér vise sit potentiale, og er programfilen eller -filerne tilstrækkeligt mange eller vedrører de kompliceret programmel, fremstår det velbegrundet at operere med en udskydning af leveringstidspunktet og risikoen overgang.

anden form for support, jf. herom kap. III, afsnit 4.3.3.1, eller at realdebitor tilbyder at møde op og installere den digitale ydelse.

2.7. Anvendelse efter ydelsens formål

Når levering først anses for sket i rette tid på det tidspunkt, hvor realkreditor opnår eller får mulighed for at opnå en sådan rådighed over den konkrete digitale ydelse, at den kan benyttes *efter sit formål*, bliver det ganske afgørende at afklare, hvori dette formål består. Herom er det imidlertid ikke muligt at sige noget generelt, eftersom den digitale ydelses formål beror på ydelsens konkrete *indhold*. Formålet er således et andet i transaktioner, der vedrører edb-programmer, end hvor ydelsen består af en musikfil i MP3-format eller leveret som .ra-fil. Alligevel er det muligt at opstille en række generelle retningslinier, der tager udgangspunkt i den digitale ydelses art.

Indgår parterne aftale om præstation af et *edb-program*, hvis *tilsigtede egenskab* er at *virke som styreprogrammel i realkreditors installation*, er levering først sket på det tidspunkt, hvor realkreditor har mulighed for at åbne filen, installere programmet og konstatere, hvorvidt det lever op til denne *tilsigtede egenskab*.³³ Skal programmet benyttes til *tekstbehandling*, forudsætter levering ligeledes, at realkreditor opnår mulighed for at konstatere, hvorvidt programmet så også kan benyttes til at skrive tekst med. Komprimeringsprogrammer skal kunne komprimere i overensstemmelse med de opgivne specifikationer, programudviklingsværktøjer skal kunne udnyttes til at skabe programmer med etc. Det centrale er altså, om realkreditor i den konkrete situation gives mulighed for at få *adgang til de funktioner*, der udgør programmets indhold. Vedrører transaktionen *andre* digitale ydelser, eksempelvis musik- eller filmfiler, gælder tilsvarende, at realkreditor skal have mulighed for at få indsigt i indholdet, før levering er sket.

33. Eftersom styreprogrammet er af centralt betydning for hele den tekniske installations øvrige virke vil digitale filtransmissioner indeholdende sådanne programelementer næppe være det sædvanlige i en overskuelig fremtid. Forudsætningen for, at realkreditor kan opnå adgang til de digitale kommunikationskanaler, herunder Internettet, er, at hans installation er konfigureret hertil i form af browsere, mailsystemer mv., men en sådan konfigurering forudsætter i reglen tilstedeværelsen af et styreprogrammel, der altså skal være til stede, før transaktioner via netforbindelser i det hele taget er praktisk relevante. Man kan dog forestille sig, at realkreditor ønsker at *udskifte* sit eksisterende styreprogrammel, og derved får sendt det nye program som en fil. For nærværende er dette imidlertid ikke udbredt.

3. Mangelfulde informationsydelser

Det kan undertiden volde vanskeligheder at konstatere, hvorvidt et givet hændelsesforløb skal karakteriseres som *forsinkelse* eller som indebærende, at der foreligger en (faktisk) *mangel*, se om denne sondring kap. III, afsnit 3.2.2. På dette sted skal blot pointeres, at det afgørende for, om der foreligger forsinkelse, er, om realkreditor *opnår mulighed for* at benytte den digitale ydelse efter sit formål. Benytter realkreditor sig ikke af denne mulighed, eksempelvis fordi han ikke har sin installation tændt på det tidspunkt, hvor filen ankommer rettidigt, er der ikke desto mindre sket levering, eftersom *muligheden* for at benytte ydelsen efter sit formål da var til stede. Levering er også sket rettidigt, såfremt den digitale ydelse er kommet frem til realkreditor, men adgangen til ydelsen ikke er mulig som følge af en *programmeringsfejl* eller lignende. Ydelsen kan imidlertid da være *mangelfuld*, jf. hertil kap. III, afsnit 3.1.

Et eksempel: realkreditor indgår aftale med realdebitor om, at denne skal sende en fil indeholdende et standardprogram til realkreditors e-mailadresse. Tidspunktet for leveringen fastsættes til kl. 12.00 den 1. juni 2001. Realdebitor igangsætter transmissionen om morgenen den 1. juni og transmissionen fuldendes i god tid inden det anførte tidspunkt, hvor filen således ligger klar i realkreditors mailbox. Levering vil da være sket rettidigt, uanset om realkreditor først konstaterer filens tilstedeværelse efter det aftalte leveringstidspunkt, eftersom filen lå klar på dette tidspunkt. Såfremt realkreditor ikke kan åbne filen som følge af en programmeringsfejl eller lignende, er der ikke desto mindre sket levering i rette tid, eftersom han har mulighed for at konstatere dette, men der kan da foreligge misligholdelse i form af en faktisk mangel.

3. Mangelfulde informationsydelser

3.1. Oversigt

Informationsydelser kan, som andre ydelser, være behæftet med en *retlig* eller *faktisk mangel*. I det følgende samler opmærksomheden sig om de faktiske mangler, idet retsmangler udskilles til særskilt behandling i kap. III, afsnit 3.2.10. En ydelse er mangelfuld, hvis den ikke lever op til det, der er aftalt mellem parterne, eller de forudsætninger, realkreditor med rette lægger til grund, og mangelsbedømmelsen er således i første række *konkret*. Dette stemmer overens med det almindelige princip om aftalefrihed, jf. også købelovens § 1, stk. 1. Kan der ikke udledes noget om kravene til den aftalte ydelse fra aftalen eller omstændighederne i øvrigt, anlægges en *abstrakt* vurdering. Ydelsens

værdi og brugbarhed sammenholdes da med andre ydelser af samme art.³⁴ Er transaktionen omfattet af købeloven, og er der tale om et forbrugerkøb, indeholder § 76 en række eksempler på, hvornår ydelsen er mangelfuld. Bestemmelsen er i vidt omfang anvendelig også udenfor forbrugerkøb. Selve mangelsvurderingen er identisk, hvad enten købeloven finder direkte anvendelse eller ej, men *retsvirkningerne* kan være forskellige, navnlig i forbrugertransaktioner som følge af de beskyttelsespræceptive regler i loven, jf. § 1, stk. 2.

Se generelt om mangelsbedømmelsen og de teoretiske overvejelser *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 699ff., *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 343ff., begge med talrige henvisninger, samt *betænkning nr. 1403/2001* s. 15f. og 46ff. Som nævnt i kap. II, afsnit 3.2.6, indeholder *forbrugerkøbsdirektivet* og det danske lovforslag til gennemførelse af dette en særlig *formodningsregel*. Salgsgenstanden skal således opfylde en række betingelser for at være kontraktsmæssig. Betingelserne er *kumulative*, hvilket medfører, at såfremt én af betingelserne er åbenlyst uanvendelig i en given transaktion, finder de øvrige betingelser fortsat anvendelse. Se om formodningsreglen *betænkning nr. 1403/2001* s. 15f. og s. 54ff.

Informationsydelser har været kendt længe. Det er derfor ganske påfaldende, at spørgsmålet om faktiske mangler i relation til disse ydelsers *informationsindhold* ikke har påkaldt sig nogen nævneværdig interesse i den nordiske teori,³⁵ i hvert fald ikke for så vidt informationen fremstår *som selve det bærende i transaktionen*. I en lang række situationer vil informationen imidlertid indgå i den almindelige mangelsbedømmelse som ét element blandt flere, der skal afklare, om en bestemt *fysisk genstand* kan siges at være mangelfuld, og her kan selvstændige fejl i informationsmaterialet være udslagsgivende for mangelsbedømmelsen, sml. om fejl i brugsvejledninger og manualer mv. kap. III, afsnit 3.2.6.3. I andre tilfælde, navnlig hvor ydelsen består i *rådgivning*, vil der eksistere særregler, som ydelsens aftalemæssige overensstemmelse skal bedømmes

34. Man kan – med *Christina Hultmark: Kontraktsbrott vid köp av aktie* (1992) s. 93 – karakterisere en konkret mangel som en afvigelse fra en særlig aftalt standard, mens den abstrakte mangel vedrører afvigelser fra en normal standard. Opdelingen kritiseres af forfatteren s. 94 for at mangle "... pedagogisk syfte", og det foretrækkes at lade mangelsbedømmelsen tage udgangspunkt i sælgerens adfærd, men se herimod forfatteren ved note 41.

35. Sml. *TemaNord* 1999:598 s. 96. Så vidt det ses, eksisterer der heller ingen *retspraksis* indenfor området.

3. Mangelfulde informationsydelser

efter, herunder i form af etiske principper, krav til rådgivningens indhold mv., sml. om sådanne ydelser kap. III, afsnit 3.2.4. Den praksis, der er følgen af sådanne *lex specialis-regler*, kan ligeledes medvirke til at afklare området for mangelfulde informationsydelser. I alle de transaktioner, hvor informationsydelsen er selve transaktionens formål, og der ikke foreligger et særskilt retsgrundlag i form af love, branchemæssigt vedtagne kutyper mv., vil man imidlertid i vid udstrækning være overladt til mere almindelige principper om parternes forudsætninger, ydelsens konkrete karakter og friere overvejelser om den konkrete informationsydelses egnethed.

I relation til den faktiske mangelsbedømmelse er det ikke afgørende, om informationsydelsen præsteres med eller uden fysisk medium, i den udstrækning, bedømmelsen retter sig mod *informationsindholdet*. Er informationen manifesteret i et fysisk medium, kan dette imidlertid afstedkomme særegne problemer, eftersom mediet da kan være selvstændigt mangelfuldt, jf. om mediemangler kap. III, afsnit 3.2.5. En faktisk mangelsbedømmelse af information giver alene mening i den udstrækning, informationen lader sig bedømme enten ud fra aftalen og dens forudsætninger eller med basis i en sammenligning med informationsydelser af et tilsvarende tilsnit. *Subjektive* informationsydelser vil derfor i vidt omfang være udelukket fra en egentlig faktisk mangelsbedømmelse, eftersom de kriterier, der i givet fald skal bygges på, nødvendigvis må være subjektive. To romaner er ikke ens, og vurderingen af, om en roman eller andre kunstneriske frembringelser er mangelfulde, kan ikke ske med baggrund i en sammenligning med andre ydelser af tilsvarende tilsnit allerede af den grund, at hver frembringelse er unik. Subjektive informationsydelser kan således principielt ikke være faktisk mangelfulde for så vidt angår deres *informationsindhold*.³⁶

Så vidt det ses, kan det alene komme på tale at karakterisere en subjektiv informationsydelse som faktisk mangelfuld i to situationer: hvis en *konkret* bedømmelse ud fra aftalens formulering eller parternes forudsætninger er mulig, eller

36. Se hertil kap. III, afsnit 3.2.8. Såfremt der i eksempelvis et skønlitterært værk er betydelige *stavefejl* eller *grammatiske fejl*, må disse fejl henføres til de egentlige *mediefejl*, se hertil kap. III, afsnit 3.2.5. I disse situationer kan også subjektive informationsydelser være faktisk mangelfulde, men bedømmelsen går da på fejl i forbindelse med *opsætningen* eller *udformningen* af informationen, ikke på, om informationernes *indhold* er god skrivekunst mv.

Kapitel III · Detailregulering

hvor ydelsen ikke svarer til den *omtale*, den er præsenteret under, sml. princippet i købelovens § 76, stk. 1, nr. 1. I begge disse tilfælde er det muligt at bedømme ydelsen ud fra objektive kriterier. Se hertil *Lars G. Norheim: Mangel-full kunst – når har kunstverk og antikviteter en køpsretslig mangel?* stensil-serie nr. 155, Oslo 1998, kap. II om uæghed, ægthedstvivl og andre mangler og nærmere kap. III, afsnit 3.2.8.

I modsætning hertil kan *objektive* informationsydelser bedømmes såvel konkret som abstrakt. Kan informationen verificeres, består der hermed et udgangspunkt for mangelsbedømmelsen, som kan benyttes i de tilfælde, hvor aftalen eller parternes forudsætninger ikke rækker til. Verificerings-grundlaget vil være enslydende, hvad enten transaktionen vedrører objektiv information manifesteret i et fysisk medium eller informationen foreligger i digitalt format. Det er heller ikke afgørende, om den digitale præstation tager form som en filtransaktion eller som en adgangsbaseret ydelse, for så vidt angår selve *grundlaget* for mangelsbedømmelsen. Det er imidlertid alene den fysiske manifesterede objektive information samt filtransaktionen, der omfattes direkte af købeloven, hvorfor der ingen forbrugerbeskyttelsespræceptive regler gælder for den adgangsbaserede ydelse.

Som det var tilfældet med løsørebegrebet, kan der opereres med en større eller mindre grad af præcision i og fokusering på et generelt *mangelsbegreb*. Eftersom et sådant altid skal ses i lyset af den konkrete ydelse, er det imidlertid tvivlsomt, hvor hensigtsmæssig en sådan indfaldsvinkel vil være.³⁷ I det følgende fokuseres der i stedet på en række konkrete tilfælde, der, selvom opregningen ikke er udtømmende,³⁸ giver et indtryk af, hvorledes mangelsbedømmelsen af objektive informationsydelser kan foretages.

Den omstændighed, at ophavsmanden til verificerbar information ikke kan gøres *erstatningsretligt* ansvarlig i de tilfælde, hvor der disponeres i tillid til informationen, sml. *Bernhard Gomard: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt* (1958) s. 382f., medfører ikke, at anvendelsen af de *køberetlige mangelsbeføjelser* er udelukket. Et erstatningsansvar udenfor kontrakt for

37. Se tilsvarende *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven* (1993) s. 708f.

38. Henset til mængden af de ydelser, der kan henregnes til informationsydelsen, ville det formentlig også være en særdeles omfattende opgave, hvis teoretiske såvel som praktiske udkomme næppe vil stå mål med anstrengelserne. Under alle omstændigheder falder det uden for rammerne for nærværende fremstilling.

3. Mangelfulde informationsydelser

ophavsmændene til sø- eller luftkort vil i reglen være uforholdsmæssigt byrdefuldt³⁹ og erstatningsansvar derfor ikke aktuelt, medmindre ophavsmanden har handlet groft culpøst, men denne betragtning gør sig ikke gældende med samme styrke i relation til de køberetlige misligholdelsesbeføjelser, der består i ophævelse, forholdsmæssigt afslag eller afhjælpning. Viser et søkort sig at indeholde fejlagtige oplysninger – et skib går ned som følge af manglende anførelse af et rev, der var kendt på tidspunktet for kortets udførelse – bør selve den omstændighed, at der er tale om en informationsydelse, ikke forhindre andre erhververe af kortet i at påstå ophævelse (hvis fejlen er tilstrækkelig væsentlig, hvilket den formentlig vil være her), forholdsmæssigt afslag eller afhjælpning, evt. i form af levering af et nyt kort. Har ophavsmanden handlet groft culpøst, kan et erstatningsansvar dog også blive aktuelt, se *Gomard a.st.* om dolus.

3.2. Konkrete mangelstilfælde⁴⁰

3.2.1. Oversigt

Som anført i kap. II, afsnit 2.2.3 – 2.2.4, kan information være manifesteret i et fysisk medium, der indgår som et led i transaktionen. Dette gælder eksempelvis fysiske eksemplarer af bøger, musik-cd'er, indspillede videobånd, fysiske malerier mv. Informationsindholdet er her fæstnet til en fysisk genstand, der således fungerer som en art *transportmiddel* for informationen. Mediet kan dermed *adskilles fra* den information, det er bærer af, og den retlige bedømmelse af mediet kan foretages uden hensyntagen til informationen.⁴¹ Vurderingen af, hvorvidt der foreligger en mediefejl, baseres på traditionelle overvejelser om mangler ved fysiske genstande, udgør følgelig et velegnet udgangspunkt for den efterfølgende diskussion af de egentlige informationsmangler. Mediefejl omtales i kap. III, afsnit 3.2.5.

39. Der erindres om, at der skal være tale om *verificerbar* information. Kort mv., der indeholder oplysninger baseret på skøn eller prognoser om luftstrømme eller vandgennemstrømning, falder ikke indenfor denne kategori, og erstatningsansvar vil derfor allerede af denne grund være udelukket, medmindre ophavsmanden har handlet culpøst. Derimod vil faktisk konstaterbare forhold som eksempelvis eksistensen af en bjergkæde eller et rev principielt være omfattet.

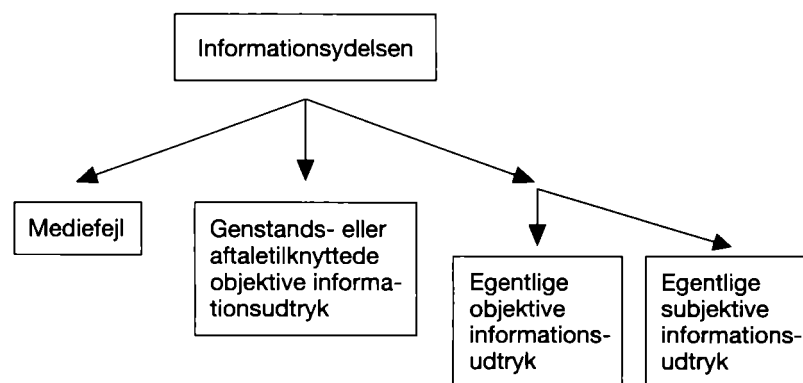
40. Fremstillingen bygger i vid udstrækning på systematikken i EUSIDIC-rapporten *Liability in the Provision of Information Services* (1990) s. 10ff. Rapporten beskæftiger sig hovedsageligt med produktansvar.

41. Hvorvidt den omstændighed, at mediet behandles efter et givent sæt regler og principper, har betydning også for så vidt angår bedømmelsen af informationen, diskuteres i kap. III, afsnit 3.2.5.

Det er tidligere nævnt, at visse former for informationsydelser lettere lader sig indplacere i den traditionelle obligationsret end andre. Objektive informationsudtryk, der er knyttet til anvendelsen af en fysisk genstand, eller hvis indhold kan bedømmes med baggrund i parternes aftale eller andre kilder, er illustrative eksempler herpå.⁴² I en vis forstand falder disse informationsydelser i en kategori for sig, eftersom de ikke er rene eksempler på informationsydelser, mens de på den anden side heller ikke er eller kan henføres under de traditionelle (fysiske) genstande. Disse ydelser, der er nok så praktisk væsentlige, behandles i kap. III, afsnit 3.2.6.

Tilbage står herefter de egentlige informationsydelser – de ydelser, hvor informationen er transaktionens fundament. Disse ydelser er fremstillingens omdrejningspunkt, eftersom de kan og ofte vil udgøre det eneste indhold i en ren digital transaktion. Som før påpeget er det her af afgørende betydning at sondre mellem *egentlige objektive informationsydelser* og *egentlige subjektive informationsydelser*, se henholdsvis kap. III, afsnit 3.2.7 og 3.2.8.

Mangelsbedømmelsen af informationsydelser kan anskueliggøres på denne vis:



Figur III.2. Mangelsbedømmelsen af informationsydelser

42. Der erindres om, at informationsudtryk, der isoleret betragtet udgøres af subjektiv information (skønlitterære værker, malerier, musiske værker mv.), henregnes til objektiv information i den udstrækning, deres indhold lader sig bedømme ud fra objektive kriterier hidført i kraft af aftalen mellem parterne eller på anden vis.

3. Mangelfulde informationsydelser

3.2.2. Forsinkelse eller mangler – generelle bemærkninger

Det kan undertiden volde vanskeligheder at afgøre, hvorvidt en konkret begivenhed rettelig skal karakteriseres som forsinkelse eller en (faktisk) mangel. Den realdebitor, der ikke i rette tid præsterer dele af den aftalte ydelse, kan ud fra én betragtning siges at være i forsinkelse med de manglende dele af ydelsen, men forholdet kan også ansues derhen, at ydelsen er præsteret, blot i mangelfuld tilstand.⁴³ Forsinkelse er i køberetlig henseende knyttet sammen med levering og risikoovergang, sml. generelt herom kap. III, afsnit 2.5: realdebitor bærer risikoen for den aftalte ydelses hændelige undergang eller forringelse, indtil levering er sket. Sker levering imidlertid ikke i rette tid, og skyldes dette ikke forhold, som realkreditor bærer risikoen for (fordringshavermora), påhviler risikoen realdebitor. Tidspunktet for risikoens overgang danner ligeledes udgangspunktet for mangelsbedømmelsen, sml. købelovens § 44.⁴⁴ Reguleringen af realdebitors forsinkelse henholdsvis præstation af mangelfuld ydelse er ikke identisk i købeloven, idet der eksempelvis gælder strengere reklamationsregler for realkreditor i handelskøb, såfremt denne påberåber sig mangler, end tilfældet er ved forsinkelse, se lovens § 52, stk 1 og § 26.

Ved afgørelsen af, om et forhold skal henføres til forsinkelse eller mangler, må der tages udgangspunkt i realkreditors *viden eller burde viden* om realdebitors opfyldelseshandling og hans intention om at præstere aftalens genstand, sml. hertil købelovens § 50 om *kvantitetsmangler*.⁴⁵ Såfremt realdebitor må gå ud fra, at det, som rent faktisk præsteres, er ment at skulle tjene til fuldstændig opfyldelse af aftalen, kan han ikke påberåbe sig forsinkelsens retsfølger, men må henholde

43. Købelovens §§ 22 og 46 indeholder regler om realkreditors hævebeføjelse ved *successiv levering*, hvor en delleverance er henholdsvis forsinket eller mangelfuld. Anvendelsen af disse bestemmelser forudsætter, at parterne har aftalt løbende levering, og fastslår i begge tilfælde, at realkreditor kan hæve for så vidt angår den forsinkede eller mangelfulde delleverance, men kun for de efterfølgende delleverancer i tilfælde af anteciperet misligholdelse. Bestemmelserne forudsætter således klarhed over, hvorvidt en delleverance er forsinket eller mangelfuld, hvilket afgøres efter de retningslinier, der anføres i det følgende.

44. Se nu også *forbrugerkøbsdirektivets* art. 3, stk. 1, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet med forslag til en ny § 77a i købeloven, hvis stk. 1, 1. pkt. indholdsmæssigt svarer til den gældende købelovs § 44.

45. Jf. Henry Ussing: *Køb*, 4. udgave, 8. oplag (genoptryk) s. 127. Se om emnet nærmere Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: *Købeloven med kommentarer* (1993) s. 896ff.

sig til de retsfølger, der knytter sig til faktiske mangler. Afgrænsningen mellem forsinkelse og kvantitetsmangler beror således på et *subjektivt kriterium*, realdebitors viden eller burde viden om realkreditors hensigt med præstationshandlingen. Er der tvivl om, hvorvidt realdebitor har ment, at det præsterede skulle tjene til fuldstændig opfyldelse, bliver dette til realkreditors fordel, idet han da kan påberåbe sig forsinkelse og dermed undgå at blive ramt af reklamationsreglen i lovens § 52, stk. 1.

Der erindres om, at visse standardaftaler opererer med en udsættelse af tidspunktet for risikoens overgang, se således om K18, K33 og IT købekontrakten samt AB 92 kap. III, afsnit 2.6. Dette tidspunkt danner i så fald ligeledes udgangspunktet for mangelsbedømmelsen.

3.2.3. *Sondringen species – genus*

Som anført i kap. III, afsnit 2.2, kan den danske købelovs sondring mellem genus og species give anledning til problemer i forhold til informationsydelser. Såfremt ét informationsudtryk er fejlbehæftet, vil dette også være tilfældet for alle andre eksemplarer af den pågældende information.⁴⁶ Den valgfrihed, realdebitor i udgangspunktet ofte vil have i henseende til præcis hvilket eksemplar, han ønsker at opfylde aftalen med, fremstår derved mere teoretisk end reel. I det omfang, en informationsydelses *indhold* er fejlbehæftet, må ydelsen siges at lide af en *arts-mangel*⁴⁷ og præstation af informationsydelser må, i henseende til mangelsbedømmelsen, anses for *speciesydelser*.

Begrænsningen i realdebitors valgfrihed træder allerede klart frem i relation til fysiske eksemplarer. Den boghandler, der skal sende et eksemplar af et litterært værk bestående af objektiv information, kan principielt vælge frit mellem alle de eksemplarer, han har på lager, men eftersom de alle vil lide af den samme fejl, er valgfriheden illusorisk og aftalen er derfor et specieskøb. Men begrænsningen er om muligt endnu mere åbenbar ved digitale transaktioner. Skal realdebitor sende en fil til realkreditor indeholdende objektiv information, vil den omstændighed, at der er tale om digital information, medføre, at alle eksem-

46. Disse *informationsfejl* må holdes adskilt fra *mediefejl*. Mediefejl kan meget vel alene vedrøre visse eksemplarer af informationsydelsen (eksempelvis manglende sider i et parti af et litterært værk), hvorimod informationsfejlen – medmindre den rettes – vil træde frem i alle tilgængelige eksemplarer.

47. Således også Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar (1988) s. 324 om edb-programmer.

3. Mangelfulde informationsydelser

plarer af det samme værk er fuldstændig identiske. Realdebitors valgfrihed indskrænkes her til et spørgsmål om, hvilken konkret fil, der skal transmittes, men igen – fejlen vil være til stede i alle filer.

Det kan diskuteres, om fejlbehæftede informationsydelser snarere er *genusydelser*, hvor der foreligger *artsumulighed*, end *speciesydelser*. Realdebitor har en teoretisk valgmulighed blandt alle eksemplarer af den pågældende informationsydelse, hvilket kan tale for at anskue forholdet som en genustransaktion med artsumulighed. På den anden side antages det normalt, at “[d]et afgørende kriterium [for bedømmelsen af, om der foreligger species eller genus] er, om aftalen levner [realdebitor] en sådan valget mellem flere ydelser, at *de alle vil kunne være rigtig ydelse*”.⁴⁸ Er der tale om en fejl i informationsindholdet, kan ingen eksemplarer af den pågældende informationsydelse udgøre den ydelse, hvormed realdebitor kan leve op til sine forpligtelser, eftersom fejlen vil være til stede i alle eksemplarer. Den omstændighed, at realdebitor har en teoretisk valgmulighed, forekommer ikke i denne situation at være afgørende, når valgmuligheden dog er illusorisk og ingen af eksemplarerne kan udgøre “... rigtig ydelse”. Det fremstår således fremdeles velbegrunder at karakterisere fejlbehæftede informationsydelser som *speciesydelser*.

Også den køberetlige vurdering af realdebitors mangelsansvar synes at underbygge dette. Købelovens regler om skadeserstatning for mangler, jf. §§ 42, stk. 2, og 43, stk. 3, bygger på det afgørende hensyn, at såfremt realdebitor har haft *reel valgfrihed* ved opfyldelsen af aftalen, bliver han erstatningsansvarlig i videre omfang end tilfældet er, hvis aftalen alene kan opfyldes med én ydelse. En retstilstand, hvorefter realdebitor bliver erstatningsansvarlig efter den ganske strenge regel i købelovens § 43, stk. 3, på trods af, at han ikke har nogen reel mulighed for at vælge en fejlfri ydelse, er der ikke belæg for.

Det er samme begrundelse, der ligger til grund for antagelsen om, at genus-/speciessondringen relaterer sig til lovens *retsvirkninger* snarere end til det formelle aftalemæssige kriterium. Som nævnt i kap. III, afsnit 2.2, er sondringen operabel for så vidt angår *forsinkelse* af informationsydelser, eftersom forsinkelsen relaterer sig til det tidsmæssige aspekt i præstationshandlingen, og ikke til ydelsens karakter. I modsætning hertil går *mangelsbedømmelsen* direkte på

48. Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 61, fremhævet her.

Kapitel III · Detailregulering

informationsindholdet (ydelsens karakter), hvorfor sonderingen, af de grunde, der er anført ovenfor, ikke er anvendelig her. Man kan for så vidt betegne denne *relative anskuelse af ydelsen* som nødvendiggjort af informationsydelsens særlige karakteristika.

Se om behovet for lovrevision på dette område kap. IV, afsnit 3.

3.2.4. Rådgivningsydelsen

Talrige ydelser i nutidens samfund falder ind under, hvad man i oversigtsmæssig form kan betegne som *rådgivningsydelser*. Sådanne ydelser karakteriseres i reglen ved, at en person henvender sig til en anden angående et forhold, der ønskes afklaret. Modparten forudsættes i kraft af sin særlige ekspertise inden for det pågældende område at kunne vejlede – rådgive – vedkommende på betryggende vis. Af velkendte eksempler kan nævnes den virksomhed, der udøves af advokater, revisorer, pengeinstitutter, investeringsrådgivere og konsulenter. Rådgivningsydelsen anføres ofte som et hovedeksempel på en *tenesteydelse*,⁴⁹ der netop er kendetegnet ved at bestå i ydelser, som ikke består i penge, ting eller i arbejde i fast ansættelsesforhold, sml. nærmere ovenfor kap. II, afsnit 3.3.1. Også på *Internettet* har sådanne ydelser holdt sit indtog. Det er således muligt via hjemmesider at opnå rådgivning om juridiske og økonomiske forhold, om end der for dansk vedkommende er tale om en udvikling, der endnu er i sin vorden.

Rådgivningsydelsens retlige grundlag kan give anledning til tvivl. Tager man udgangspunkt i den synsvinkel, der lægges til grund i denne fremstilling, er det centrale for anvendelsen af *købeloven*, hvorvidt de retsvirkninger, loven foreskriver, kan anvendes på den konkret foreliggende ydelse. Som nærmere beskrevet i kap. II, afsnit 4.2.5.2, betyder dette, at der må sondres mellem subjektiv og objektiv (verificerbar) information, og man kan derfor overveje, hvilken betydning – om nogen – dette har for rådgivningsydelsen. Såfremt det er afgørende, hvorvidt informationen kommer til udtryk i objektivt eller subjektivt format, kan man hævde, at det principielt ikke bør spille nogen rolle, om informationen fremtræder som en rådgivningsydelse eller som enhver anden form for information (skønlitterære tekster, musik, film, faglitteratur mv.). Såfremt det ikke er udslagsgivende, hvorvidt en informationsmængde præsteres digitalt eller i fysisk for-

49. Se hertil kap. II, afsnit 3.3.1.

3. Mangelfulde informationsydelser

mat, kan det forekomme inkonsekvent, hvis den måde, en rådgivningsydelse præsteres på, tillægges betydning for retsgrundlaget, sml. kap. II, afsnit 2.5.3 om mundtlige og adgangsbaserede ydelser.

Et køb forudsætter, at der sker en udveksling af et formuegode med et vederlag i penge. På nuværende tidspunkt stilles hovedparten af de rådgivningsydelser, der er tilgængelige via nettet, imidlertid *vederlagsfrit til almenhedens rådighed*: brugeren klikker sig ind på en hjemmeside, indsender sit spørgsmål og får et svar tilsendt, eller den (fysiske eller juridiske) person, som står bag hjemmesiden, indlægger en oversigt over et givent emne, brugerne derefter kan benytte sig af.⁵⁰ I disse og andre tilfælde, hvor rådgiveren ikke forlanger betaling for sin ydelse, omfattes ydelsen ikke direkte af købeloven, men må reguleres efter andre grundsætninger, jf. straks i det følgende.⁵¹

En rådgivningsydelse vil ofte bestå i *subjektiv information*. Den rådgivning, der knytter sig til prognoser om fremtiden, eller i øvrigt baseres på et *skøn*, antager en så uhåndgribelig karakter, at det, som for anden subjektiv information, ikke lader sig gøre at bedømme den med udgangspunkt i køberetlige argumentationsmønstre. Viser ydelsen sig efterfølgende at være fejlagtig – eksempelvis hvor advokatens råd til sin klient om et skattemæssigt aspekt senere bliver underkendt af domstolene⁵² – kan dette principielt læses som udtryk for, at informationen nu er objektiv, og da fejlen allerede var latent til stede, da risikoen gik over på modtageren, kan sådanne ydelser i udgangspunktet

50. Dette kan eksempelvis ske i form af et katalog over spørgsmål, der ofte giver anledning til tvivl (*frequently asked questions*). Rådgiveren kan da knytte sin besvarelse til disse spørgsmål.

51. At ydelsen ikke omfattes af købeloven, medfører således *ikke*, at den, der udbyder rådgivning gratis, ikke kan ifalde erstatningsansvar efter andre regler – også selvom hjemmesiden mv. måtte være forsynet med ansvarsfraskrivelsesklausuler, se herom generelt *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 400ff.

52. Det kan diskuteres, hvorvidt en domstolsafgørelse i det hele taget kan gøre subjektiv information objektiv. Enhver afgørelse bygger på en lang række konkrete faktorer, der er unikke for netop den sag, der har været forelagt domstolen til bedømmelse, og informationens eventuelle objektive karakter kan derfor ikke udstrækkes længere end til det konkrete forhold mellem sagens parter. Selv her kan det dog give anledning til tvivl, eftersom også domstolens afgørelse er udtryk for et skøn og en vægtning af argumenter og dermed af subjektiv karakter. Den afgørelse, der bliver truffet af sidsteinstansen, må dog nok siges at medføre, at det forhold, rådgivningen rettede sig imod, nu er *objektiveret* imellem parterne, og rådgivningens eventuelle fejlagtige karakter derfor efterprøvelig.

reguleres efter købeloven. Tilsvarende gælder om ydelser, hvis objektive karakter allerede træder frem i forbindelse med selve rådgivningen, eksempelvis hvor rådgivningen vedrører faktuelle eller på anden vis verificerbare informationer.

Leverandøren af IT-systemer har en vis pligt til at *vejlede* sin medkontrahent, jf. hertil *U.1985.334 H.* Parterne – en konfektionsvirksomhed og en edb-leverandør – havde her indgået aftale om en systemleverance, der viste sig at blive ca. 400.000 kr. dyrere end forventet som følge af meromkostninger i forbindelse med tredjemands udvikling af software. Realkreditor vidste ikke, at hardware og software blev leveret af forskellige leverandører. I bemærkningerne hedder det: “Det er ubestridt, at det var en *afgørende forudsætning* for appellantanten, at det nye anlæg kunne udføre i hvert fald de samme funktioner som det gamle anlæg, og det tiltrædes, at dette var tilkendegivet [leverandørens] repræsentanter ... [Leverandøren], der måtte være bekendt med det tilbudte programmets muligheder og begrænsninger, og som ikke fandt det fornødent at foretage nærmere undersøgelser til oplysning om appellantens behov, findes derfor under de foreliggende omstændigheder at burde *bære risikoen for, at appellantens afgørende drifts- og prismæssige forudsætninger for kontrakten svigtede*”, min fremhævelse. Realkreditor kunne derfor hæve aftalen. Om afgørelsen, der altså baseres på et *forudsætningssvigt*, se *Mads Bryde Andersen: Lærebog i EDB-ret* (1992) s. 483 med henvisninger, samme: *Grundlæggende aftaleret* (1997) s. 316, *Bernhard Gomard: Obligationsret, del 1* (1998) s. 149 og *Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand* (2001) s. 195f.

Det må generelt tilrådes at være omhyggelig under konciperingen af aftaler, der vedrører komplicerede IT-leverancer. En mulighed er at anvende *kravsspecifikationer* eller *behovsopgørelser*, således som det kendes fra K18, se dennes pkt. 2.1 og bilag 2. Benytter realkreditor sig af ekstern bistand, eksempelvis i form af konsulenter, kan dette medføre en skærpelse af risikovurderingen i tilfælde af forudsætningssvigt, se hertil *U.1970.666 V*, hvor en husejer kunne hæve en aftale om levering af fjernvarme i 25 år, fordi husejerens radiatorsystem ikke på en økonomisk forsvarlig vis kunne anvendes til fjernvarme uden en omkostningskrævende og geneforvoldende ombygning. Husejeren havde inden aftaleindgåelsen modtaget et overslag fra varmekædet. I bemærkningerne hedder det blandt andet, at “... [husejeren] med føje måtte kunne stole på, at det af [varmekædet] ved tegningen givne overslag var nogenlunde holdbart ...”, samt at husejeren “... efter det oplyste ikke af [varmekædet] eller værket repræsentanter, der i hvert fald i højere grad end [husejeren] selv må antages at have

3. Mangelfulde informationsydelser

haft mulighed for at bedømme anlæggets anvendelighed til fjernvarme, er blevet henvist til at søge oplysning herom hos en installatør eller gjort opmærksom på, at risikoen for anlæggets egnethed påhvilede ham selv”, min fremhævelse. Havde husejeren søgt vejledning hos tredjemand er det således ikke sikkert, at udfaldet var blevet det samme.

På trods af den principielle mulighed for at anvende købeloven på visse rådgivningsydelser, taler en række omstændigheder imod dette. Først og fremmest eksisterer der inden for visse brancher *selvstændige retsgrundlag* i form af etiske retningslinier (god advokatskik, god revisorskik mv.), som i reglen vil være mere velegnede til regulering af ydelsen end den generelt udformede købelov og de almindelige obligationsretlige principper.⁵³ For det andet retter den køberetlige mangelsvurdering sig alene mod den konkrete ydelse, der er præsteret. Såfremt modtageren agerer i tillid til rådgivningsydelsen og lider tab derved kan han ikke søge dette tab erstattet ved at henvise til købelovens mangelsregler, men må søge forholdet erstattet efter andre regler, herunder om *professionsansvar*.⁵⁴ Den køberetlige regulering er således alene relevant for personer, der har modtaget et råd, men endnu ikke har ageret i tillid til det – men i disse situationer bliver det i reglen aldrig afklaret, om ydelsen er fejlagtig, idet dette netop forudsætter, at rådets bæredygtighed prøves af.⁵⁵

53. Sådanne retningslinier vil normalt ikke være *mediumspecifikke*. Om der er handlet etisk eller ej, afhænger således ikke af, om transaktionen er effektueret ved personligt møde, telefonisk, via en e-mail eller på anden vis. Se hertil *Tema-Nord 1999:598* s. 99f.

54. Se herom *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 83f. og s. 467, *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (1995) s. 487ff om *konsulent- og rådgivningsydelser*, navnlig s. 488 med henvisninger og s. 496, samt *Agne Lindberg & Daniel Westman: Praktisk IT-rätt* (1999) s. 275f.

55. Man kan dog forestille sig, at en rådgiver – eksempelvis via en hjemmeside eller en fysisk bog – spreder den samme information til flere personer. Handler en (eller flere) person(er) derefter i tillid til rådgivningen, eksempelvis et skatteråd, der senere viser sig at være fejlagtigt, kan de personer, der endnu ikke har foretaget sig noget, formentlig basere et krav om ophævelse på den omstændighed, at andre har lidt et tab ved at følge de pågældende råd, der altså nu har vist sig at være fejlagtige. Tilsvarende gælder selvsagt for de personer, der retter sig efter rådgivningen, men de vil ofte have større interesse i at søge erstatning gennem reglerne om professionsansvar.

Kapitel III · Detailregulering

De etiske retningslinier indenfor de liberale erhverv er i reglen meget bredt formuleret og behandler talrige forhold. Principperne for *god advokatskik* indeholder således en regulering af så forskellige emner som advokatens tavshedspligt, forholdet til andre advokater, individuel reklamering og klientforhold,⁵⁶ og navnlig *advokatens relation til klienten* påkalder sig konkret interesse. Reglen i RGA pkt. 3.1.2.1 om, at advokaten skal varetage sin klients interesser “grundigt og samvittighedsfuldt”,⁵⁷ medfører blandt andet, at “... *ekspeditionsfejl og ... fejlrådgivning, beroende på misforståelse af eller ukendskab til en lovregel eller retspraksis*, kan betragtes som tilsidesættelse af god advokatskik”.⁵⁸ I den udstrækning, principper som disse i samspil med reglerne om professionsansvar er anvendelige, vil den praktiske betydning af spørgsmålet om en direkte eller analog anvendelse af købeloven, herunder de faktiske mangelsregler, og af de almindelige obligationsretlige principper i øvrigt fortone sig.

Tilbage står de – få – rådgivningsydelser, der ikke omfattes af særregler, og som ikke er subjektive. Man kan tænke sig en landbrugskonsulent, der, i modstrid med den faktiske tilstand, giver en landmand besked om, at et nyt middel til sprøjtning ikke er forbudt. Sådanne og lignende rådgivningsydelser lader sig principielt bedømme efter købeloven,⁵⁹ hvad enten de foreligger i mundtlig eller skriftlig form eller træder frem som et skærm billede. Navnlig i forhold til mundtlige og adgangsbaserede ydelser er der dog grund til at være tilbageholdende. For det første vil der ofte bestå et *bevisproblem*, der i sig selv kan gøre det vanskeligt at bedømme, om rådet nu også var fejlagtigt, eller om modtageren bare misforstod det. Men selv, hvor dette bevisproblem

56. Se nærmere *Mogens Holm & Henrik Stakemann Spang-Hanssen: God advokatskik – En håndbog* (1996) s. 53ff.

57. Regler om god advokatskik, hvis nyeste udgave er dateret 12. august 1999. Den fulde ordlyd af pkt. 3.1.2.1 lyder: “En advokat skal varetage klientens interesser grundigt, samvittighedsfuldt og med fornøden hurtighed. Advokaten skal i rimeligt omfang holde klienten underrettet om sagens forløb”. Reglerne kan hentes via Advokatsamfundets hjemmeside.

58. *Mogens Holm & Henrik Stakemann Spang-Hanssen: God advokatskik – En håndbog* (1996) s. 97.

59. Noget andet er, hvilken betydning et forløb som det skitserede har for *mangelsvurderingen*. Der erindres endvidere om, at såfremt landmanden lider skade ved at følge rådet, er dette ikke et forhold, der omfattes af den køberetlige regulering, der alene retter sig mod selve ydelsens (her rådets) mangelfulde karakter. Også her vil anvendelsen af køberetlige regler derfor have begrænset praktisk betydning.

3. Mangelfulde informationsydelser

undtagelsesvist ikke er til stede,⁶⁰ er det vanskeligt at forestille sig en anvendelse af købeloven i praksis. I modsætning til en filtransaktion, en fysisk bog eller anden form for *samlet, afgrænselig informationsmængde*, er såvel den mundtlige som den adgangsbaserede ydelse karakteriseret ved sin *flydende struktur*. Et mundtligt råd kan ganske vist teoretisk gives tilbage som led i en ophævelse, men det vil i praksis være uladsiggøreligt at tilbagelevere præcis den samme ydelse som den, der blev præsteret.⁶¹ Tilsvarende gør sig gældende for adgangsbaserede ydelser. I modsætning hertil kan det råd, der er manifesteret i et fysisk medium (en bog) eller som en fil, tilbageleveres som andre fysiske ydelser.⁶²

Konsekvensen bliver derfor, at rådgivningsydelser alene omfattes af det køberetlige retsgrundlag, hvis

- rådgivningsydelsen ikke reguleres af særregler,
- rådgivningsydelsen ikke består af subjektiv information, og
- rådgivningsydelsen kommer til udtryk som en samlet, afgrænselig informationsmængde.

I praksis vil langt de fleste rådgivningsydelser derfor falde udenfor den køberetlige regulering, hvilket stemmer overens med den i teorien fremherskende opfattelse, hvorefter det korrekte retsgrundlag er de principper, der er udviklet for *tjenesteydelser*, herunder i form af særregler om etisk adfærd mv.

Vedligeholdelsesaftalen er et andet eksempel på et forhold, der ofte henføres til tjenesteydelsen, jf. ovenfor kap. II, afsnit 3.3.1. Sådanne aftaler har navnlig betydning i relation til hardware og software, og har i nutiden opnået en ganske stor udbredelse, jf. hertil også den udførlige regulering i K18, pkt. 4 og IT-købekontraktens pkt. 3.4 med bilag 10. En vedligeholdelsespligt for realdebitor vil, i modsætning til rådgivningsydelsen, altid være baseret på en *fysisk-faktisk handling*: programfejlen udbedres, hardwaren repareres. Aftaler om sådanne

60. Modtagerens udlægning støttes eksempelvis af uafhængige vidners erklæring om det passerende.

61. Se om anvendelsen af købelovens § 58 i en situation som denne kap. II, afsnit 4.2.4.2.2 og kap. III, afsnit 4.4.

62. At modtageren har læst informationen medfører ikke i sig selv, at der ikke kan ske ophævelse, jf. kap. II, afsnit 4.2.5.2.1. Informationsfejl skal her holdes adskilt fra *mediefejl*, se herom i kap. III, afsnit 3.2.5.

Kapitel III · Detailregulering

forpligtelser involverer derfor ikke som rådgivningsydelsen informationsbetingede relationer, og vedligeholdelsesaftaler omfattes naturligt af tjenesteydelsens principper og grundsætninger. Emnet omtales ikke yderligere i denne fremstilling, se i stedet *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (1995) s. 561ff.

I *U.2000.116 H* havde parterne – en trykkerivirksomhed (A) og Landbrugets Rådgivningscenter (B) – indgået en samarbejdsaftale om udgivelse af en håndbog, Landbrugets Maskinoversigt. Udgivelsen skulle omfatte en oversigt og en database, og det var aftalt, at A ikke alene som hidtil skulle stå for udarbejdelsen og trykningen af den fysiske håndbog, men også fremstille, vedligeholde og eje programmerne. B forpligtede sig til gengæld til løbende at *ajourføre databasen*, så snart der forelå aktuelle ændringer, for derved at sikre, at dataene *stedse var højaktuelle og korrekte*. Aftalen blev indgået i 1987, og efter en udviklings- og driftsperiode var databasen klar til salg i 1991, men fra 1992 undlod B at foretage den aftalte ajourføring, selvom A fremsatte krav herom overfor B, og i 1993 hævde A derfor aftalen med krav om erstatning. Landsretten gav A medhold i, at B havde misligholdt aftalen, men fandt ikke grundlag for at tilkende B nogen erstatning, idet det ikke fandtes bevist, at det svigtende salg af datasystemet skyldtes den manglende opdatering. Højesteret anfører derimod, at “[i] betragtning af den *afgørende betydning*, en ... ajourføring havde for databasens brugbarhed og dermed for [A's] mulighed for at skaffe sig indtægter ved salg af *abonnementer*, var [forsømmelsen] en væsentlig misligholdelse ...” (fremhævet her) og A derfor berettiget til at hæve aftalen og kræve erstatning, der skønsmæssigt blev fastsat til 1 mio. kr. Dommen er således baseret på en *aftaleretlig* bedømmelse af parternes forpligtelser, og illustrerer, at misligholdelse af en aftalt forpligtelse til opdatering af data kan være hævebegrundende og efter omstændighederne også erstatningspådragende.

3.2.5. Mediefejl

Vedrører transaktionen et litterært værk manifesteret i et fysisk medium, således som det eksempelvis er tilfældet ved overdragelse af fysiske bøger, vil eventuelle manglende sider, fejlagtig opsætning i trykkeriet, manglende eller fejlagtig nummering af siderne, iturevet omslag og lignende kunne udgøre en køberetlig mangel.⁶³ Tilsvarende gælder for andre mediefejl, såsom formateringsproblemer ved disketter, fejl begået i forbindelse med indlæsningen af informationen på en

63. Det mærkes, at informationsindholdets karakter her er uden betydning, eftersom bedømmelsen netop retter sig mod mediet, ikke informationen.

3. Mangelfulde informationsydelser

cd-skive (musik, film mv.), et mørned lærred eller en ødelagt ramme. Om der konkret foreligger en mangel, afgøres ud fra helt sædvanlige kriterier, jf. kap. III, afsnit 3.1, om konkret og abstrakt mangelsvurdering. Mediefejl adskiller sig i så henseende ikke retligt fra fejl knyttet til andre fysiske genstande, og volder for så vidt ingen særegne retlige problemer.⁶⁴

Om sådanne fejl konkret udgør en køberetlig *mangel*, beror på de sædvanlige kriterier, altså den konkrete og den abstrakte mangelsbedømmelse. I den udstrækning, fejlen umuliggør adgang til ydelsens informationsindhold, således som tilfældet kan være ved diskettefejl, vil der sjældent være tvivl om, at der foreligger en mangel. Tilsvarende vil formentlig være tilfældet ved manglende sider, fejlagtig opsætning mv. Om en given mangel er *væsentlig*, afgøres ligeledes ud fra de almindelige kriterier, herunder ydelsens forudsatte anvendelighed for realkreditor og princippet om *caveat emptor*, sml. købelovens § 48.

Hvis ydelsen *præsteres digitalt uden samtidig overdragelse af et fysisk medium*, således som det er tilfældet ved filtransaktioner, kan der opstå fejl i forbindelse med selve transmissionen via netforbindelsen, jf. i øvrigt kap. III, afsnit 2.3 – 2.4 om levering via digitale net. Sådanne fejl kan imidlertid ikke betragtes som mediefejl i den ovenfor anførte forstand.⁶⁵ Mediet er her alene et teknisk nødvendigt mellemlid, der skal muliggøre, at realkreditor får adgang til ydelsens informationsindhold. Informationen er ikke integreret i mediet, og fejl, der opstår i forbindelse med transmissionen, kan således ikke betragtes som mangler ved selve *ydelsen*. I realiteten må der derfor i disse situationer foretages to principielt adskilte mangelsvurderinger – en for så vidt angår netforbindelsen og en for selve ydelsen.

Den omstændighed, at det fysiske medium retligt behandles efter sædvanlige principper, herunder købelovens faktiske mangelsregler, kan lede til overvejelser om at indplacere *hele* ydelsen i dette hierarki. Betragtningen er nærmere bestemt den, at eftersom det fysiske medium er en nødvendig forudsætning for overdragelsen af det fysiske informationseksemplar, anskues transaktionen som ét samlet hele med fokus lagt på mediet. Synspunktet kendes fra andre transaktioner, jf. således kap. III, afsnit 3.2.6 om visse former for informations-

64. Se i samme retning Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) s. 787 og 795 samt TemaNord 1999:598 s. 96.

65. Således også TemaNord 1999:598 s. 96.

udtryk knyttet til en fysisk genstand eller aftalemæssigt afgrænset. Men i forhold til sådanne transaktioner er den egentlige informationsydelse, der knyttes til et fysisk medium, på mange måder ganske særegen. For det første er det ikke korrekt, at det fysiske medium i alle tilfælde er en nødvendig forudsætning for transaktionens gennemførelse. Information kan, som omtalt i kap. II, afsnit 2.3.2, *kopieres*, hvorved mediet bliver uden selvstændig betydning som andet end en form for *emballage* eller, med terminologien benyttet ovenfor, et *transportmiddel*. Er der tale om *digital* information kan den enkelte kopi oven i købet ikke adskilles fra det informationsudtryk, der kopieres. Selv det informationsindhold, der fremstår visuelt som kunstværker i form af malerier mv., kan kopieres ved brug af fotos eller lignende.

Selv i tilfælde, hvor transaktionen undtagelsesvis bæres mere af mediet end informationsindholdet, har det anførte betydning. Eksemplarer af informationsudtryk, der er særligt værdifulde som følge af en bekostelig indbinding (læder, diamanter mv.), og hvor der kan argumenteres for, at informationen er en biforpligtelse i transaktionen, vil ikke desto mindre fortsat bestå af en kombination af noget fysisk og noget immaterielt. At mediet i sådanne situationer er det bærende i transaktionen medfører således ikke, at de særegne problemer, der er forbundet med selve informationsindholdet, ikke længere er til stede.

Dertil skal imidlertid lægges det helt fundamentale synspunkt, der er bærende for denne afhandling. Det giver ikke mening at behandle alle informationsudtryk efter samme kriterier. Forudsætningen for at anvende samme retsgrundlag på en given ydelse må være, at alle delelementer i ydelsen lader sig bedømme efter det pågældende retsgrundlag. Dette er ikke tilfældet, såfremt den fysiske del af en ydelse er forbundet med *et subjektivt informationsudtryk*. Som anført i kap. II, afsnit 2.2.6.4 og 4.2.5.2.1 og som nærmere udviklet i kap. III, afsnit 3.2.8, kan sådanne informationsydelser i reglen ikke gøres til genstand for en faktisk mangelsbedømmelse, eftersom bedømmelsen af deres aftalemæssige karakter helt afhænger af en subjektiv vurdering, der ikke lader sig formulere i retlige termer. Den omstændighed, at den fysiske del af ydelsen omfattes af købelovens faktiske mangelsregler, medfører således ikke, at det samme gælder for selve informationsindholdet. Er informationen derimod *objektiv* (verificerbar), kan hele ydelsen bedømmes efter samme retsgrundlag, og i disse tilfælde

3. Mangelfulde informationsydelser

behandles hele ydelsen derfor efter dette retsgrundlag, typisk købeloven.

I grænsetilfælde kan det volde problemer at afgøre, hvorvidt en fejl er en mediefejl eller en fejl ved informationsindholdet. Den manual, der mangler et givet antal sider, kan ud fra én betragtning siges at lide af en mediefejl, eftersom siderne udgør et kvantitativt element i den samlede ydelse – er alle sider der ikke, er mediet ikke fuldstændigt. Men de manglende sider kan også ansues som en informationsfejl, eftersom den information, der fremgår af de manglende sider, vil relatere sig til manualens øvrige informationsindhold – der ved fremstår ufuldendt og fejlbehæftet. Tilsvarende kan fremføres i relation til fejl i opsætningen i manualen, hvorved informationen fremtræder i en anden rækkefølge end oprindeligt tiltænkt.

Det udslagsgivende kriterium i disse og andre tilfælde vil være, om fejlen fremtræder som en integreret del af den informationsmængde, der rent faktisk præsteres, eller om bedømmelsen retter sig mod et element, der enten er ikke-eksisterende eller som måske nok er der, men i en anden udformning end tiltænkt. Der er således såvel teoretisk som i praksis forskel på, om en fejl fremtræder som led i den informationsmængde (manualen), der rent faktisk præsteres, eller om bedømmelsen retter sig mod en informationsmængde, der slet ikke er til stede (de manglende sider). På samme vis vil de fejl, der opstår som følge af en fejlagtig opsætning i trykkeriet eller ved udformningen af en digital ydelse, være en mediefejl, eftersom bedømmelsen af informationsmængdens aftalemæssige karakter ikke retter sig imod de konkrete informationsindhold, men derimod mod den *fremtræden*, de har qua den fejlagtige opsætning. Forudsættes det, at informationsindholdet *var korrekt udformet*, er trykfejlen således en *efterfølgende omstændighed*, der måske nok kan få informationen til at fremstå fejlagtig, men eftersom dette skyldes forhold, der ikke var til stede på det tidspunkt, hvor ydelsen blev udformet, må dette afspejles i den retlige vurdering

3.2.6. Genstands- eller aftaletilknyttede objektive informationsudtryk

3.2.6.1. Oversigt

Bag den lidt kryptiske overskrift til dette afsnit gemmer sig en fundamental og i realiteten ganske afgørende sontring. Som nævnt i kap. II, afsnit 2.2.6.4, kan information være objektiv (verificerbar) efter forskellige kriterier. Såfremt informationen er knyttet til en fysisk genstands *anvendelse* er det muligt at bedømme denne informations afta-

lemæssige karakter ud fra sammenhængen mellem den pågældende information og den fysiske genstand – også selvom informationen isoleret betragtet fremtræder som *subjektiv*. Men genstanden behøver ikke være af fysisk art. Manualer knyttet til brugen af *software* eller andre *digitale informationsydelser* henføres således også under denne kategori, se nærmere i afsnit 3.2.6.2. På tilsvarende vis kan ellers subjektiv information konverteres til objektiv information, såfremt det i *aftalen mellem parterne* er foreskrevet, hvorledes ydelsen nærmere skal præsteres. Det samme gør sig gældende, i det omfang informationsydelsen lader sig bedømme som følge af den *omtale*, den præsenteres under. Disse situationer tages under behandling i afsnit 3.2.6.3.

3.2.6.2. Genstandstilknyttede objektive informationsudtryk

Som anført ovenfor kap. II, afsnit 4.2.5.2.1, er hovedeksemplet på sådanne ydelser *manualer* eller andre former for *brugervejledninger*. Retsgrundlaget for ydelser af denne karakter afhænger i første række af hovedydelsens karakter. Såfremt hovedydelsen omfattes af købeloven, vil det tilsvarende være tilfældet for en dertil knyttet brugervejledning. Vedrører transaktionen overdragelse af en bil, vil fejl i den instruktionsbog, der i reglen altid følger med, indgå som et led i en samlet bedømmelse af ydelsens aftalemæssige karakter. Eftersom hovedydelsen her omfattes af købeloven, er det samme utvivlsomt tilfældet for brugervejledningen.⁶⁶

Der erindres om, at når disse informationsydelser i det hele taget giver anledning til tvivl om retsgrundlaget, hænger det sammen med, at informationen

66. Se hertil Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 1162ff. med udførlige henvisninger til praksis fra Forbrugerklagenævnet, Mads Bryde Andersen: Praktisk Aftaleret (1995) s. 215, hvorefter “[f]ejl i brugervejledninger må betragtes som en integreret del af den køberetlige mangelsvurdering”, jf. også samme forfatter i IT-retten (2001) s. 788, og Kai Krüger: Norsk Kjøpsrett (1999) s. 188 (“... kjøperen [må etter omstendighetene kjøpsrettslig] kunne påberåbe seg svikt på dette punkt i mangelskrav mot selger ..., eksempelvis i tilfelle hvor gjenstanden blir skadet eller ødelagt fordi kjøperen gjør gal bruk av det solgte”). En tilsvarende retstilstand tilvejebringes ofte i standardaftaler, se således om NL 92 Helge Jakob Kolrud m.fl.: Kommentar til NL 92 (1993) s. 39f. om denne aftales pkt. 4, der omhandler “... tegninger og andre tekniske dokumenter ...”, som sælger skal præstere senest ved leveringen. Sker dette ikke, eller er informationen ikke af aftalemæssig kvalitet, “... er der tale om misligholdelse”, a. st.

3. Mangelfulde informationsydelser

isoleret betragtet er af *subjektiv karakter*, jf. nærmere kap. II, afsnit 4.2.5.2.1: den forståelse, brugervejledningen tillægges, afhænger helt af den konkrete realkreditors *fortolkning* af dataene, men i kraft af den genstand, informationen relaterer sig til, får den et objektivt præg, der gør det muligt at bedømme den efter køberetlige grundsætninger.

Forbrugerkøbsdirektivets art. 2, stk. 5, har følgende ordlyd: "En manglende overensstemmelse, der skyldes forkert installation af forbrugsvaren, betragtes som varens manglende overensstemmelse, når installationen af varen indgår i købsaftalen og er udført af sælger eller på dennes vegne. Dette gælder ligeledes, hvis forbrugeren *selv installerer* en vare, der er beregnet hertil, og den *ukorrekte installation skyldes en mangel i installationsvejledningen*", fremhævet her. Se om denne bestemmelse *betænkning nr. 1403/2001* s. 31f. Forbrugeren kan således gøre mangelsbeføjelser gældende, såfremt der er fejl i installationsvejledningen. Direktivets art. 2, stk. 5, indgår i det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 5, som forslag til ny § 75a i købeloven.

Egentlige *mediefejl* (manglende sider, iturevet cover, manglende mulighed for at åbne en digital pop up-menu mv.) behandles efter samme retningslinier som andre mediefejl, jf. herom kap. III, afsnit 3.2.5.

Fejl i manualer og lignende vil ofte kunne medføre, at der sker skade på andre ting eller personer. Den skade, der måtte følge af, at realkreditor handler i tillid til en fejlagtig anvisning på genstandens benyttelse, kan efter omstændighederne danne grundlag for et erstatningsansvar efter *produktansvarsreglerne*, herunder produktansvarsloven. Se om grænsen mellem køberetlige mangler og fejl, der omfattes af produktansvarsreglerne, kap. III, afsnit 3.2.9.

Består hovedydelsen af subjektiv information, eksempelvis et digitalt skønlitterært værk, der præsteres som en fil, må bedømmelsen af retsgrundlaget for en dertil knyttet brugervejledning tage udgangspunkt i vejledningens *indhold og formål*. I det omfang, vejledningen indeholder retningslinier for realkreditors *brug af hovedydelsen*, omfattes vejledningen af købelovens faktiske mangelsregler, eftersom det da vil være muligt at vurdere, hvorvidt beskrivelsen i vejledningen er tilstrækkelig præcis til, at den digitale ydelse kan benyttes efter sit formål. Den omstændighed, at hovedydelsen ikke i sig selv omfattes direkte af købeloven, medfører med andre ord ikke uden videre, at eventuelle biydelser heller ikke skal bedømmes efter loven. De fejl, der kan fremgå af en sådan brugervejledning, kan efter omstændighe-

derne være så væsentlige, at realkreditor vil kunne hæve købet for *hele* ydelsen, selv om hovedydelsen ikke kan mangelsbedømmes efter de køberetlige regler, jf. om fejl ved objektiv information kategoriseringen i kap. III, afsnit 3.2.7. Er der eksempelvis tale om et digitalt skønlitterært værk, vil der ofte være mulighed for at disponere helt anderledes frit over informationsindholdet end ved fysiske eksemplarer: erhververen kan springe frem og tilbage i teksten blot ved et klik, der kan markeres udsnit af teksten, der kan søges på udvalgte ord og personer mv. Men for at dette skal være muligt, må erhververen have adgang til information om, hvorledes disse og lignende handlinger skal foretages, og er det uforholdsmæssigt besværligt eller måske endog umuligt i medfør af den medfølgende brugervejledning at opnå denne viden, kan dette være udtryk for en så væsentlig mangel, at købet kan hæves.

Om brugervejledninger, der leveres af andre end den (fysiske eller juridiske) person, som står bag den genstand, vejledningen knytter sig til, se kap. II, afsnit 4.2.5.2.1, s. 79. Selv om der er argumenter, der kunne tale for det, er der som anført nævnte sted ikke basis for at behandle vejledninger, der udarbejdes af andre, anderledes end andre vejledninger. Såfremt vejledningen leveres af en anden, er der imidlertid tale om en selvstændig transaktion, hvor vejledningen bliver hovedydelsen. Denne ydelse må anses for omfattet af den køberetlige regulering i samme omfang, som det er tilfældet for andre vejledninger.

I *forbruger køb* vil oplysninger om salgsgenstandens brug mv., der kommer frem i *forbindelse med* adtaleindgåelsen, kunne gøre genstanden mangelfuld efter reglen i købelovens § 76, stk. 1, nr. 1 eller 2.⁶⁷ I modsætning hertil er brugervejledninger sædvanligvis ikke tilgængelige for erhververen i forbindelse med aftaleindgåelsen, idet de i reglen udleveres sammen med aftalens genstand.

Den civilretlige regulering af brugervejledningen suppleres af den *offentligretlige* regel i markedsføringslovens § 3 om vejledning, hvorefter der "... [v]ed tilbuds afgivelse, ved indgåelse af aftale eller efter omstændighederne på leveringstidspunktet skal ... gives en efter formuegodets eller ydelsens art forsvarelig vejledning, når denne er af betydning for bedømmelsen af godets eller ydelsens karakter eller egenskaber, herunder især brugsegenskaber, holdbarhed, farlig-

67. Bestemmelsen er udtryk for et almindeligt obligationsretligt princip, se hertil *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 1147 og *bet. nr. 845/1978 om forbruger køb* s. 26.

3. Mangelfulde informationsydelser

hed og vedligeholdelsesmulighed”, se om bestemmelsen *Palle Bo Madsen: Markedsret. Del 2* (1997) s. 234 med note 46.

Under hvilke omstændigheder en brugsanvisning er mangelfuld i køberetlig forstand, er det svært at sige noget generelt eller udtømmende om. Som i andre tilfælde, hvor man stilles overfor spørgsmålet om, hvorvidt en fejl konstituerer en køberetlig mangel, må der tages udgangspunkt i en konkret og abstrakt mangelsvurdering, sml. kap. III, afsnit 3.1. Forbrugerklagenævnet har i en række tilfælde taget stilling til spørgsmålet.⁶⁸ Generelt kan man formentlig sige, jf. også kap. II, afsnit 4.2.5.2.1, at såfremt vejledningen i sin beskrivelse ikke stemmer overens med ydelsens faktiske fremtræden, hvilket eksempelvis er tilfældet, hvis den beskriver ikke-eksisterende funktioner, eller modsat ikke beskriver fundamentale og for benyttelsen af genstanden afgørende funktioner, vil dette kunne udgøre en køberetlig mangel, der – såfremt den er væsentlig – kan give realkreditor ret til at hæve købet, sml. købelovens § 42, stk. 1. Der må således fordres en vis grad af *præcision* i vejledningen, hvilket også stemmer overens med begrebets reale indhold – en vejledning, der misinformerer, tjener ikke sit formål og må følgelig anses for mangelfuld.⁶⁹

3.2.6.3. Aftaletilknyttede objektive informationsudtryk

Ved konciperingen af en aftale står parterne principielt frit stillet i henseende til beskrivelsen af aftalens *ydelse*, se hertil generelt kap. II, afsnit 4.2.5.2.1. Vedrører aftalen informationsydelser, kan parterne så-

68. Se oversigten hos *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 1163. I den svenske *konsumentköplag* § 16 om *varans avtalsenlighet* hedder det i stk. 1, 2. pkt., at “[varan] skall vara åtföljd av de anvisningar som behövs för dess montering, användning, förvaring och skötsel”. Bestemmelsen, der er beskyttelsespræceptiv for forbrugeren, jf. § 3, stk. 1, medfører, at såfremt den erhvervsdrivende ikke lever op til sin forpligtelse på dette punkt, eller anvisningen viser sig at være fejlagtig, foreligger der misligholdelse, jf. også *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) s. 209. Det er ikke nogen betingelse, at varen er blevet beskadiget eller gået til grunde som følge af, at forbrugeren har fulgt en fejlagtig anvisning, eftersom bedømmelsen retter sig imod selve *anvisningen*.

69. Se hertil *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999) s. 208f. om kravene til kvaliteten og indholdet af den information, der efter *konsumentköplagens* § 16, stk. 1, 2. pkt., skal foreligge, før den erhvervsdrivende har opfyldt sin præstationsforpligtelse.

ledes have taget stilling til forhold som ydelsens *omfang* (antal sider, hvilket format der skal anvendes, om ydelsen skal komprimeres mv.) og *indhold* (realdebitors præstationsforpligtelse). Såfremt aftalen indeholder vilkår om en *subjektiv* informationsydelses indhold, kan dette efter omstændighederne *konvertere det subjektive element til et objektivt informationsudtryk*, der lader sig bedømme køberetligt. Den erhvervsdrivende kunstmaler, der aftalemæssigt forpligter sig til at fremstille et virkelighedsnært portrætmaleri, men i stedet ud fra en pludselig kunstnerisk indskydelse beslutter sig for at præstere et abstrakt maleri, udsætter sig således for risikoen for, at medkontrahtenten forfølger handlingen *køberetligt*:⁷⁰ ud fra aftalens formulering, navnlig pointeringen af, at maleriet skal være *virkelighedsnært*, lader det sig gøre at vurdere, hvorvidt det resultat, kunstneren kommer frem til, er aftalemæssigt, eftersom det færdige resultat *kan holdes op imod aftalens beskrivelse*. Sådanne og lignende ydelser kan derfor underkastes en faktisk mangelsvurdering og omfattes principielt af købelovens regler på dette punkt.⁷¹

Accepterer man denne indfaldsvinkel, der i hvert fald med baggrund i denne fremstillings argumentation og teser fremstår uundgåelig, bliver aftalens *indhold*, herunder dens konkrete *formulering* og de *forudsætninger*, der måtte knytte sig til den, af afgørende betydning. Jo større detaljeringsgrad, jo større sandsynlighed for, at ydelsen lader sig konkret mangelsvurdere efter købeloven, herunder dennes forbrugerbeskyttelsespræceptive regler. Det er i den forbindelse ganske afgørende at sondre mellem den pågældende informationsydelses *indhold* og de *omstændigheder, der måtte omgive den*. Der er således såvel faktisk som retlig forskel på, om realkreditor støtter sit mangelkrav på en subjektiv informationsydelses indhold (maleriets motiv, bogens stil og indhold, den digitale musikfils genre og kvalitet mv.) eller på ydelsens *ophav* eller lignende mere eller mindre *faktuelt prægede* oplysnin-

70. At der er tale om et bestillingskøb ændrer ikke herved, jf. købelovens § 2, stk. 1, 1. pkt.

71. Om realkreditors mulighed for at *gennemtvinge naturalopfyldelse*, se Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: *Købeloven med kommentarer* (1993) s. 274f. med den nøgterne konstatering af, at "[e]n kunstner, som skal udføre et portrætmaleri, kan ikke drives til staffeliet. Først når maleriet er færdigt, kan køber forlange det udleveret", s. 275. Se om emnet *Stig Strömholm: Några rättsfrågor kring beställning av konstverk*, TfR 1980 s. 582ff. og *Jørgen Blomqvist: Overdragelse af ophavsrettigheder* (1986) s. 109ff.

3. Mangelfulde informationsydelser

ger. Sidstnævnte oplysninger kan i sig selv indgå i mangelsvurderingen og kan gøre informationsydelsen mangelfuld, også selv om denne ydelse består af subjektiv information, eksempelvis et maleri, sml. købelovens § 76, stk. 1, nr. 1-2.⁷² Om sådanne oplysninger konkret kan gøre en genstand mangelfuld beror navnlig på den *sikkerhed*, hvorved det er muligt at udtale sig om et givent forhold, eksempelvis om et maleri er af en kendt kunstner, eller om et litterært værk er skrevet af en berømt forfatter. Jo større grad af sikkerhed, jo mere objektiveret bliver bedømmelsen, og jo mere sandsynligt er det, at en faktisk køberetlig mangelsvurdering er mulig.

Ser man bort fra sådanne oplysninger om disse og lignende omgivende omstændigheder og koncentrerer sin indsats om den i udgangspunktet subjektive informationsydelses indhold, står og falder besvarelsen af spørgsmålet om ydelsens retsgrundlag altså med *aftalen*. Der er i så henseende ingen reel forskel på disse situationer og de, hvor informationen er *genstandstilknyttet*. I begge tilfælde betinges informationens objektive karakter af det forhold, at informationen kan *relateres* til noget andet end et blot og bart subjektivt skøn. Men der er også fundamentale forskelle. Den genstandsrelaterede information opnår sin objektive karakter i kraft af en sammenligning mellem informationen og noget *fysisk konstaterbart*, hvad enten dette udgøres af en fysisk genstand eller et andet informationsudtryk, eksempelvis et edb-program. I modsætning hertil vil afgørelsen af, om en konkret informationsydelse opfylder kravene i aftalen, i overvejende grad bero på mere *subjektivt prægede fortolkningsfaktorer*.⁷³ Skal et portrætmaleri være virkelighedsnært, er det ikke uden videre klart, hvori det virkelighedsnære består.⁷⁴ Dette betyder, at området for aftalemæssigt forankret objektiv information kan beskrives *ganske snævert* som omfattende alene situationer, hvor alle fortolkningsfaktorer, herunder afta-

72. Se hertil *Lars G. Norheim: Mangelfull kunst – når har kunstverk og antikviteter en kjøpsrettslig mangel?* (1998) s. 21ff. om *ægthedsgarantier* mv. Se også *Stig Strömholm: Några rättsfrågor kring beställning av konstverk*, TfR 1980 s. 595.

73. Se generelt om aftalefortolkning og -udfyldning *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret* (1997) s. 237ff. og *Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand* (2001) s. 357ff. med talrige henvisninger.

74. Når der i eksemplet alligevel må siges at foreligge objektiv information, er årsagen den konkrete måde, kunstneren her vælger at opfylde aftalen, herunder kravet om, at der skal skabes et *virkelighedsnært* portræt. Et abstrakt maleri kan i disse tilfælde næppe under nogen omstændigheder hævdes at leve op til denne betingelse.

lens formulering og parternes forudsætninger, *entydigt* peger i samme retning. I praksis vil disse krav formentlig kun være opfyldt i beskedent omfang.

Udvikling og design af *websites* har i de senere år skabt et ganske omfattende marked.⁷⁵ I en tid med stadigt flere iøjnefaldende hjemmesider og et informationsudbud, der er inde i en eksplosiv vækst, er der i højere og højere grad behov for at skille sig ud fra mængden. En lang række IT-virksomheder påtager sig derfor at hjælpe andre virksomheder med at frembringe og optimere deres hjemmesider, som i flere tilfælde er afgørende for virksomhedens ansigt udadtil. Aftaler om websites må karakteriseres som en aftale, der vedrører en *digital ydelse*: hjemmesider skrevet i HTML-kode foreligger i form af en lang række nuller og ettaller, der derefter konverteres til det informationsudtryk, som træder frem på skærmen, når der søges ind på http-siden.⁷⁶

Aftalen om udvikling af en website, herunder om dens design, funktioner, opbygning og format, kan være mere eller mindre detaljeret. I udgangspunktet vil sådanne aftaler knytte an til *subjektiv information*: udvikleren har inden for aftalens rammer frihed til at udforme hjemmesiden efter sit eget skøn, og da slutproduktet er en digital informationsmængde, vil det ofte være uhensigtsmæssigt at søge forholdet reguleret efter køberetlige normer, herunder købeloven.⁷⁷ Som påpeget talrige steder i denne fremstilling er det imidlertid ikke frugtbart at udelukke købelovens anvendelse alene med den begrundelse, at der ikke er tale om en fysisk ydelse, og jo mere præcist sådanne udviklingsaftaler er formuleret, jo lettere bliver det at afgøre, hvorvidt den færdige resultat lever op til aftalen, og jo mere taler for at karakterisere aftalen som omfattende *objektiv information*. En hjemmeside kan således udgøre en ydelse, der omfattes af købeloven, men som for andre aftaileknnyttede objektive informations-

75. Se til emnet *Paul S. Hoffman*: Internet and Web Related Forms Collection (1997), der indeholder en række forslag til aftalens udformning inden for dette område. Se navnlig Form 2 og Form 3 (henholdsvis s. 5ff. og s. 11ff.).

76. Se om webdesign generelt *Thomas Green, Geert Sander & Torben Wilhelmsen*: hjemmesider – til at begynde med (2001) og *Jeffrey Veen*: The Art & Science of Web Design (2001).

77. Der må her sondres mellem selve det arbejde, der udføres i forbindelse med udviklingen, og arbejdets resultat (den færdige hjemmeside). Mens selve arbejdsforpligtelsen ikke omfattes af købeloven, men af de principper, der gælder for tjenesteydelsen, er det samme ikke uden videre gældende for det færdige resultat, jf. i det følgende.

3. Mangelfulde informationsydelser

udtryk er området herfor ganske snævert, jf. ovenfor om subjektive aftalefortolkningsfaktorer.⁷⁸

3.2.7. *Mangler ved egentlig objektiv information*⁷⁹

3.2.7.1. *Oversigt*

En fyldestgørende og udtømmende oversigt over de situationer, hvor objektive informationsudtryk er mangelfulde i køberetlig forstand, er næppe mulig og ville under alle omstændigheder være uoverkommelig i en fremstilling som den foreliggende. For at undgå modsætningslutninger måtte en sådan fuldstændig oversigt desuden forsynes med en bredt udformet opsamlingskategori – hvorved det fuldstændige fortoner sig.⁸⁰ Ambitionen i det følgende er derfor mere beskeden. Det er alene hensigten at give et indblik i form af nogle *illustrative eksempler*, hvis formål er at bidrage til en større grad af afklarethed in-

78. Den praktiske betydning af, om den færdige hjemmeside omfattes af købeloven eller ej, vil i øvrigt ofte fortone sig i praksis. Parterne vil i reglen begge være erhvervsdrivende, hvilket udelukker en anvendelse af præceptiviteten i forbrugerkapitlets bestemmelser, og en eventuel mangel vil relativt hurtigt kunne iagttages, hvilket mindsker betydningen af reklamationsreglen i § 54, stk. 1.

79. Se til emnet *TemaNord 2000:612* s. 27ff.

80. En sådan fremgangsmåde er ikke ukendt indenfor det køberetlige område, se således *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 708f., hvorefter "... der ikke vindes noget væsentligt ved at opstille almindelige mangelsdefinitioner og forsøge at rubricere retspraksis derefter". Dette er ikke ensbetydende med, at generelle udsagn om mangler er uden betydning, for den konkrete bedømmelse skal have noget at tage udgangspunkt i, jf. også kap. III, afsnit 3.1, men det betyder, at de generelle udsagn altid skal ses i lyset af den konkrete sags omstændigheder.

denfor dette til dato lidet omtalte område.⁸¹ Som i denne fremstilling i øvrigt er det ikke afgørende, på hvilken måde den objektive information kommer til udtryk. Om informationen er indlagt på en database, udgøres af en digital fil, fremtræder på en hjemmeside, er indlæst på en cd-skive eller diskette eller andre former for fysiske medier, er således uden betydning for bedømmelsen af *informationens* egenskaber og aftalemæssige karakter. En form for objektiv information skiller sig imidlertid ud. Det drejer sig om de maskinlæsbare instruktioner, der udgør et edb-programs digitale aspekt, og som danner fundamentet for hele den teknologiske udvikling indenfor IT-området. Denne ydelse omtales derfor særskilt i kap. III, afsnit 3.2.7.5.

Inspirationen til den følgende eksemplificering er hentet fra EUSIDIC's rapport *Liability In the Provision Of Information Services* fra 1989, udarbejdet af S. Denis m.fl. Denne rapport fokuserer på de *produktansvarsmæssige* aspekter af informationsanvendelse, men det kommer næppe som en overraskelse, at de faktorer, der kan medføre, at en ydelse resulterer i en skade på andre ting eller personer, også kan spille en rolle for bedømmelsen af den samme ydelses eventuelt *mangelfulde* karakter. Fremstillingen er dog i flere henseender modificeret og udbygget i forhold til den anførte rapport.

I det følgende fokuseres der på *informationens* retlige karakter, ikke på *realdebitors*. Hvis realdebitor svæver i en vildfarelse om den præsterede ydelses aftalemæssige karakter, ændrer dette ikke ved, at ydelsen er fejlbehæftet, såfremt dens indhold ikke er korrekt, er upræcist mv., jf. opregningen i det følgende.

81. Se om den juridiske doktrin de følgende afsnit. En del af årsagen til det relativt begrænsede kildemateriale skal selvsagt søges i den synsvinkel, der præger denne fremstilling, og de teser og teorier, som omgiver den. En væsentlig kilde til inspiration har været Chris Reeds artikel *Internet Contracting, Computers and Law*, February/March 1999, s. 37, hvorefter "[q]uality terms will also be needed [in the area of electronic commerce], and will be important for liability purposes as more and more reliance is placed on commercially purchased information products. These terms are likely to be based on *conformity* with description and fitness for purpose, but the latter will prove problematical. For supplies of goods, the courts have been able to identify a limited range of "common" purposes for which they must be fit, but digital information is so versatile that this may prove difficult for information products. Purchasers of physicalworld services tend to specify their precise purpose, but this is unlikely in a massmarket for online information. *I can offer no real assistance in predicting how this issue will be resolved*", fremhævet her. Det er håbet, at de følgende konkrete eksempler kan være et foreløbigt bidrag til afklaring af dette område.

3. Mangelfulde informationsydelser

Det centrale er således alene, om den præsterede objektive informationsydelse *indhold* er fejlagtigt, ikke om realdebitor véd dette eller burde vide det. Realdebitor må således sikre sig, at de objektive informationer, han indfører i sin informationsydelse, er korrekte. Gør han ikke det, eller verificerer han sine data ved brug af fejlagtige eller ufyldstgørende kilder, risikerer han at blive mødt med mangelsindsigelser. Omfanget af realdebitors forpligtelse må imidlertid tage hensyn til, hvorvidt der er tale om *professionelle* aktører. Bedømmelsen er således strengere, hvor dette er tilfældet, end i situationer, hvor realdebitor er privatperson.

Det kan hævdes, at selve muligheden for at forfølge fejl i informationsydelser køberetligt, indebærer en risiko for konflikt med principperne om *ytringsfrihed*, således som denne menneskerettighed er beskrevet i grundlovens § 77 og Menneskerettighedskonventionens art. 10.⁸² Eftersom vurderingen af, om der foreligger en informationsfejl, tager sit udgangspunkt i forholdene på tidspunktet for informationsydelsens udformning, og realdebitors adfærd i forbindelse hermed, kan det ikke nægtes, at nogle realdebitorer i visse situationer vil vælge ikke at bringe deres informationsydelser på markedet af frygt for at blive mødt med køberetlige misligholdelsesbeføjelser. Når det tages i betragtning, at forudsætningen for at anvende køberetlige regler og principper er, at informationerne kan verificeres med udgangspunkt i et objektivt grundlag,⁸³ at denne bedømmelse må tage hensyn til den konkrete realdebitors karakter af professionel eller privatperson, samt at realkreditors misligholdelsesbeføjelser netop alene kommer på tale i det omfang, informationerne er køberetligt *mangelfulde*, forekommer risikoen for konflikt med princippet om ytringsfrihed eller andre menneskerettigheder ikke at tale med afgørende styrke imod køberetlige reglers anvendelighed på disse særlige informationsydelser. Mangelsvurderingen vil altid tage sit udgangspunkt i den konkret foreliggende ydelses aftalemæssige overensstemmelse, og den omstændighed, at en informationsfejl vil fremgå af alle publicerede eksemplarer af den pågældende information med de ganske omfattende konsekvenser, dette kan få for en realdebitor, er ikke i sig selv afgørende. Modsætningsvis kan det anføres, at samfundet – og potentielle erhververe af disse informationsydelser – også har en berettiget interesse i i vi-

82. Jf. Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) s. 796: "Med en vid efterkommelse af sådanne mangelskrav [hvor bogens information er fejlbehæftet eller i øvrigt mangelfuld], vil de køberetlige mangelsregler medføre en begrænsning af den almindelige ytringsfrihed ...".

83. En bedømmelse, der i øvrigt er ganske snæver, og derfor ofte vil udelukke, at informationerne kan ansues som objektive, jf. i det følgende.

Kapitel III · Detailregulering

dest muligt omfang at kunne forvente en vis kvalitet i informationsudbudet, og når informationsindholdet lader sig verificere, kan det næppe siges at være i strid med ytringsfrihedsprincippet, at fejl i informationsindholdet kan forfølges køberetligt.

3.2.7.2. *Informationen er upræcis eller utilstrækkelig*

Eftersom objektiv information karakteriseres ved at være *verificerbar*, vil informationsydelser indenfor dette felt, der *ikke er tilstrækkeligt præcise* eller på anden vis *utilstrækkelige*, være fejlbehæftede.⁸⁴ Sådanne ydelser kan ligeledes være *mangelfulde* efter køberetlige regler og principper, såfremt betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt. Eksempler på disse ydelser er mangfoldige. Den realkreditor, der indgår en aftale med en virtuel boghandler om, at denne skal sende ham et leksikon, kan i udgangspunktet forfølge eventuelle fejl heri køberetligt, eftersom ydelsen da vil være mangelfuld.⁸⁵ Tilsvarende gælder fortegnelser over telefonnumre og adresser mv., i den udstrækning disse frembringelser er fejlagtige på det tidspunkt, hvor de er udformet.⁸⁶ Oplysninger i værker som Den Blå Bog kan ligeledes være køberetligt mangelfulde, såfremt der er tale om verificerbare forhold som eksempelvis fødselsdatoer og stillingsbeskrivelser. I disse og tilsvarende tilfælde kan den forbruger, der har erhvervet sådanne ydelser, derfor støtte sit mangelskrav på de forbrugerbeskyttelsespræceptive regler i købelovens § 76. Sådanne krav skal på den anden side fremsættes inden for fristen i købelovens § 54, stk. 1, og § 83.⁸⁷

Såfremt realkreditor ikke lever op til de krav om *undersøgelse* af aftalens genstand, købelovens § 47 under visse betingelser opstiller, kan dette få betydning for hans mulighed for at påberåbe sig fejl ved genstanden. Bestemmelsen fin-

84. Se hertil Stig Strömholm: Några rättsfrågor kring beställning av konstverk, TfR 1980 s. 596, hvorefter "... objektivt konstaterbar kvalitetsbrist, kommer i tysk förlagsrättslig praxis inte så sällan till användning i fråga om handböcker, läroböcker, tabeller o.d., där sakfel har en uppenbar inverkan på produktens användbarhet", min fremhævelse.

85. Cfr. Mads Bryde Andersen: IT-retten (2001) s. 788 og 796, men jf. TemaNord 1999:598 s. 96. Se hertil argumentationen i kap. II, afsnit 4.2.5.2.1.

86. Realdebitor kan således ikke gøres mangelsansvarlig for efterfølgende ændringer, se hertil kap. II, afsnit 4.2.5.2.1.

87. Efter *forbrugerkoøbsdirektivets* art. 5, stk. 1, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 4 og nr. 11, om forslag til ny formulering af §§ 54, stk. 1 og 83, stk. 1, nu to år.

3. Mangelfulde informationsydelser

der også anvendelse i forbruger køb, jf. forudsætningsvist § 1, stk. 2,⁸⁸ og medfører, at fejl, der kunne være opdaget ved en sådan undersøgelse, slet ikke udgør køberetlige mangler. I den udstrækning, realdebitor opfordrer realkreditor til at undersøge genstanden eller en prøve heraf, eller realkreditor uopfordret foretager en sådan undersøgelse, kan realkreditor ikke senere påberåbe sig de fejl, han da burde have opdaget ved undersøgelsen. Er realdebitor eksempelvis en virtuel erhvervsdrivende, der driver sin forretning ved at sende digitale filer med objektiv information til medkontrahenter, og er der på hans hjemmeside offentliggjort et uddrag af ydelsen, som han opfordrer potentielle erhververe til at gennemlæse for derved at danne sig et indtryk af ydelsens niveau, kan realkreditor ikke efterfølgende påberåbe sig fejl i *den del* af ydelsen, han har haft *adgang* til forud for aftaleindgåelsen, og som han er opfordret til at se igennem.

Køber er i udgangspunktet ikke *forpligtet* til at undersøge salgsgenstanden, før købsaftale indgås. Fortabelse af adgangen til at påberåbe sig en mangel efter købelovens § 47 forudsætter, at

- køber *har* undersøgt salgsgenstanden før køkets afslutning,
- køber *uden skellig grund* har undladt at efterkomme sælgers opfordring til at undersøge salgsgenstanden, eller
- der før køkets afslutning er *givet køber lejlighed til at undersøge en prøve af salgsgenstanden*.

I disse tilfælde kan køber herefter ikke påberåbe sig mangler, der *burde have været opdaget* af ham ved sådan undersøgelse, *medmindre sælger har handlet svigagtigt*.

Se om købelovens § 47 *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 854ff. med henvisninger.

Om købers undersøgelsespligt, når salgsgenstanden *er leveret*, se købelovens § 51, der efter sin ordlyd alene finder anvendelse i handelskøb. Om bestemmel-

88. Se dog nu *forbrugerkøbsdirektivets* art. 2, stk. 3, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet § 1, nr. 7, ad forslag til ny § 77b i købeloven. Som nævnt i kap. II, afsnit 3.2.6, medfører denne regel, at forbrugeren alene afskæres fra at påberåbe sig mangler, som forbrugeren *kendte* eller *måtte kende til*. Der kan således ikke som efter købelovens § 44 lægges vægt på, om forbrugeren *burde* have været bekendt med det pågældende forhold. Hverken direktivet eller lovforslaget indfører i øvrigt nogen undersøgelsespligt ved køkets indgåelse for forbrugeren. Det centrale er alene, om forbrugeren var eller måtte være bekendt med manglens tilstedeværelse, da aftalen blev indgået.

Kapitel III · Detailregulering

sen, se *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 903ff.

Såfremt informationsydelsen *først skal udvikles*, afhænger den retlige regulering af den tilgrundsiggende aftales formulering, jf. kap. III, afsnit 3.2.6.3 om aftaletilknyttet objektiv information. Det kan eksempelvis dreje sig om udarbejdelsen af en lokaltelefonbog, en digital fil med faktaprægede oplysninger eller et digitalt leksikon. Sker der fejl under udarbejdelsen af sådant materiale, der finder udtryk i den færdige ydelse, kan sådanne fejl udgøre objektiv og dermed købelovsomsfattet information, hvis tilknytningen mellem aftalen og informationsydelsen giver belæg herfor. Jo mere transaktionen nærmer sig en *resultatforpligtelse*, jo mere taler for at henhøre forholdet til objektiv information. Er transaktionen derimod i højere grad tilrettelagt som en forpligtelse for realdebitor til at udføre en given *arbejdsindsats*, vil det ofte være vanskeligt at relatere denne til den færdige informationsydelse på en sådan måde, at det giver mening at anvende de køberetlige regler om faktiske mangler. Også i disse situationer vil området for aftaletilknyttet objektiv information være begrænset, se hertil argumentationen i kap. III, afsnit 3.2.6.3.

Navnlig i aftaler, der vedrører *hardware*, kan det have afgørende betydning, hvorvidt aftalens genstand beskrives efter *betegnelse* eller efter *funktion*, se herom *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 849ff. Benyttes en funktionsbeskrivelse, har realkreditor bedre mulighed for at sikre sig, at det leverede rent faktisk vil leve op til de behov, han har, end hvis aftalen kan opfyldes retmæssigt ved, at realdebitor leverer en ydelse efter beskrivelse. I en vis forstand er funktionsbeskrivelsen altså mere objektiv, end hvis ydelsen er beskrevet som en maskine af mærket X. Argumentationen og sondringen mellem betegnelse og beskrivelse kan få betydning for så vidt angår *edb-programmer*, se hertil kap. III, afsnit 3.2.7.5. Se fra praksis Københavns Byrets dom af 10. juni 1986, j.nr. B 324/1984,⁸⁹ hvor en bestemmelse i en aftale om, at kun vilkår, som realdebitor skriftligt havde bekræftet, var bindende for ham, blev *tilsidesat* med den begrundelse, at realdebitors repræsentant *udtrykkeligt havde tilsikret en bestemt funktion* (automatiske momsudtræk).

89. Dommen er trykt i *Hanne Bender & Ole Bruun Nielsen (red.): Edb-retlige afgørelser* 3 (1988) s. 48ff.

3. Mangelfulde informationsydelser

Som anført ovenfor kap. III, afsnit 2.1 er udgangspunktet for misligholdelsesvurderingen i UCITA parternes aftale, jf. Sec. 601(a). Denne bestemmelse suppleres blandt andet af lovens kap. 4, der vedrører *garantier*. Efter Sec. 404(a) om *stiltiende garantier knyttet til informationsindhold* (implied warranty – informational content) er retsstillingen herefter den, at “[u]nless the warranty is disclaimed or modified, a merchant that, in a special relationship of reliance with a licensee, collects compiles, processes, provides, or transmits informational content warrants to that licensee that there is *no inaccuracy in the informational content caused by the merchant’s failure to perform with reasonable care*”, fremhævet her. Dette betyder, at den erhvervsdrivende i udgangspunktet indestår for, at informationsindholdet er tilstrækkeligt præcist.

Bestemmelsens anvendelighed er imidlertid knyttet til en række forudsætninger. For det første skal der foreligge “a special relationship of reliance” mellem parterne.⁹⁰ Det er således ikke tilstrækkeligt, at aftalen vedrører *computer information*. Den erhvervsdrivende skal vide, at “... the particular licensee plans to rely on the data in its own business and expects that the provider will tailor the information to its need”, kommentaren til Sec. 404 ved pkt. 3(a), fremhævet her. Viden hos realdebitor om realkreditors særlige forventninger til aftalens genstand indgår også efter i mangelsvurderingen i dansk køberet, men er altså i UCITA udformet som en garantiforpligtelse. For det andet er garantien ikke absolut, eftersom realdebitor alene indestår for upræcise informationer, der er “... caused by [his own] failure to use *reasonable care*”, fremhævet her. Realkreditor kan således ikke forvente ufejlbarlighed, medmindre aftalen udtrykkeligt forudsætter dette. “Reasonable efforts, not perfect results, provide the appropriate standard in the absence of express terms to the contrary”, kommentaren til Sec. 404 ved pkt. 2. Hertil kommer, at forpligtelsen alene gælder for realdebitorer, “... who possess unique or specialized expertis ...”, kommentaren til Sec. 404 ved pkt. 3(a). Heller ikke på dette punkt adskiller retsstillingen efter UCITA sig fra den danske, jf. om arbejds- og resultatforpligtelser ovenfor. Den realkreditor, der indgår aftale med en realdebitor, som har eller giver udtryk for at være i besiddelse af særlig ekspertise indenfor det område, realkreditor ønsker at opnå informationer om, kan forvente en større præcisionsgrad, end hvor realdebitor ikke er særlig kyndig. Tilsvarende kan realdebitors viden eller burde viden om realkreditors forventninger til informationernes præcision

90. Herved forstås personer “...who are in a special position of confidence and trust with the licensee such that reliance on the inaccurate information is justified and the party has a duty to act with care”, kommentaren til Sec. 404 ved pkt. 3 (a).

indgå i mangelsvurderingen, se hertil kap. III, afsnit 3.1 om den *konkrete* mangelsvurdering, der tager sit udgangspunkt i aftalen mellem parterne.

3.2.7.3. *Informationen er forældet*

Undertiden vil objektiv information, der på et givet tidspunkt har været korrekt, efterfølgende blive fejlagtig, fordi forholdene har ændret sig. Dette gælder eksempelvis for ændringer i køreplaner, vejkort, børskurser, rentesatser og skattesatser. Præsterer realdebitor således en køreplan, der ikke indeholder de nyeste af- og ankomsttider, men baseres på den forgangne periodes, er informationen fejlagtig og principielt omfattet af købeloven. Der gælder imidlertid flere modifikationer til dette udgangspunkt. For det første må vurderingen af, hvorvidt ydelsen er mangelfuld i køberetlig forstand, baseres på forholdene således som de så ud på tidspunktet for ydelsens udarbejdelse.⁹¹ Den realdebitor, der udarbejder kort og køreplaner mv., kan alene tage hensyn til de trafikale forhold, således som de er på tidspunktet for frembringelsen, og informationsydelser af denne karakter skal derfor sammenholdes med de faktiske kendsgerninger på dette tidspunkt. Tilsvarende gælder for oversigter over børskurser, rentesat-

91. Købelovens § 44 fastslår, at det afgørende tidspunkt for mangelsbedømmelsen er det, hvor faren (risikoen) gik over på køberen, altså ved leveringens foretagelse, sml. kap. III, afsnit 2.1. Præsterer sælger på dette tidspunkt en ydelse, der er mangelfuld, bør det dermed principielt ikke være afgørende, om ydelsen tidligere har været mangelfri. Denne bestemmelse siger imidlertid intet om, hvorvidt ydelsen i det hele taget *er* mangelfuld, men alene hvilket *tidspunkt*, der er afgørende for mangelsbedømmelsen. Se nu også *forbrugerkøbsdirektivets* art. 3, stk. 1, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet om forslag til ny § 77a, hvis stk. 1, 1. pkt., svarer til den gældende købelovs § 44.

3. Mangelfulde informationsydelser

ser og skattesatser, der i praksis ganske ofte ændres med kort varsel.⁹² Hertil skal lægges, at ydelser som de anførte i praksis i reglen vil optræde i en tidsmæssigt forankret sammenhæng. Køreplanen gælder eksempelvis fra 11. januar til 23. juni år X, vejkortet er ajourført til og med den 31. december år X og fremtræder i øvrigt som "Kort over København år X", publikationen indeholdende blandt andet skatteprocenter har titlen "Snyd ikke Dem selv i skat år X". I alle disse og lignende tilfælde er det åbenbart, at informationens objektive karakter er knyttet til denne tidsmæssige afgrænsning, og vælger realkreditor at erhverve eksempelvis forrige års udgave af en køreplan eller et vejkort, foreligger der ikke en fejl og dermed heller ikke en køberetlig mangel ved ydelsen, selvom oplysningerne ikke (længere) er korrekte.

Synspunktet underbygges af princippet om *caveat emptor*, jf. hertil købelovens § 47 og kap. III, afsnit 3.2.7.2. Hvis informationsydelsen direkte overfor realkreditor fremtræder som tidsmæssigt forankret i en bestemt periode, er det ikke et køberetligt problem, at oplysningerne nu er forældede.

Opdateringer af *børskurser* mv. på Internettet foregår ofte flere gange om dagen. Det vil i reglen altid fremgå af en given hjemmeside, hvornår den sidste opdatering er foretaget, og såfremt denne opdatering er korrekt, kan efterfølgende kursudsving – i den udstrækning, sådanne ydelser i det hele taget er udtryk for et køb, jf. ovenfor kap. II, afsnit 2.5 om afgrænsningen mellem filtransaktioner og adgangsbaserede ydelser – ikke gøre ydelsen køberetligt mangelfuld.

-
92. Publikationen "Snyd ikke Dem selv i skat år XX" er en populær vejledning til beregning af indkomstskat mv., der – på trods af en stadigt mere automatiseret skatteprocedure – fortsat har en vis udbredelse. Såfremt en sådan informationsydelse indeholder fejlagtige oplysninger om skatteprocenter og lignende objektive kendsgerninger er dette fejl, der i udgangspunktet er omfattet af de køberetlige mangelsregler. Sådanne fejl må holdes adskilt fra mere subjektivt prægede oplysninger, der baseres på et skøn (eksempelvis hvornår en udgift er en "driftsudgift"), og eftersom trækprocenter mv. ofte ændres fra år til år kan den realkreditor, der støtter sig til en udgave fra tidligere år end udgivelsesåret, ikke basere et krav om ophævelse eller andre retsfølger på den omstændighed, at ydelsen nu ikke længere er korrekt. I praksis vil det i øvrigt ofte have større interesse for realkreditor at støtte sit krav på andre regler end de køberetlige, også i tilfælde, hvor dette principielt er muligt, eftersom *anvendelsen* af informationen kan lede til et tab. Et sådant tab kan ikke søges erstattet efter køberettens regler om mangler, der alene vedrører tab ved selve *ydelsen*. Se om afgrænsningen mellem mangler og produktansvar kap. III, afsnit 3.2.9.

Oplysninger, der på et givet tidspunkt fremtræder som objektive, kan efterfølgende vise sig at bygge på et verificeringsgrundlag, som ændres. Et leksikon indeholder oplysninger om en faktisk begivenhed, der skal have fundet sted dag X, men det viser sig nu, at den rent faktisk fandt sted dag Y. Heller ikke i sådanne tilfælde vil ydelsen være køberetlig mangelfuld. Rent bortset fra, at man her nærmer sig grænsen mellem objektive og subjektive informationer,⁹³ er det centrale også her, at ydelsen *på det tidspunkt, hvor den blev skabt*, fremstod overensstemmende med verificeringsgrundlaget.⁹⁴ Indgår realkreditor aftale med en marskandiser om et leksikon fra starten af det 20. århundrede, vil en række oplysninger heri ofte være fejlagtige, men ud fra den viden, der eksisterede ved udgivelsen, er oplysningerne korrekte nok. I sådanne tilfælde vil ydelsen ikke være fejlagtig og realkreditor kan ikke påberåbe sig de køberetlige mangelsregler som retsgrundlag for en påstand om ophævelse eller andre retsfølger.

3.2.7.4. Informationsydelsen er ufuldstændig

Visse informationsydelser har en sådan karakter, at de fremtræder over for realdebitor på en måde, der giver denne føje til at regne med et givet indhold. Denne kategori ligger således ganske nær den *aftaletilknyttede* objektive information, jf. herom kap. III, afsnit 3.2.6.3, eftersom det centrale er den *intention*, der ligger bag ydelsen og præger denne. Vedrører transaktionen en ydelse, der angiveligt skulle indeholde en oversigt over komponisten X's samlede værker, er den fejlagtig, såfremt den ikke rent faktisk indeholder alle de påkrævede oplys-

93. Der erindres om, at en oplysning for at kunne karakteriseres som objektiv skal være *faktisk verificerbar*. En ydelse kan imidlertid være faktisk verificerbar *ud fra den viden, der på tidspunktet for ydelsens udformning, er til stede*, selv om det senere måtte vise sig, at dette *verificeringsgrundlag* er ukorrekt.

94. En tilsvarende indfaldsvinkel er anvendt i *produktansvarslovens* § 7, stk. 1, nr. 4, hvorefter producenten ikke er ansvarlig, hvis denne beviser, at det på grundlag af den videnskabelige og tekniske viden *på det tidspunkt, da produktet blev bragt i omsætning*, ikke var muligt at opdage defekten. Se om grænsen mellem produkt- og mangelsansvaret kap. III, afsnit 3.2.9.

3. Mangelfulde informationsydelser

ninger.⁹⁵ En database, der vedrører information om den nyeste forskning indenfor et specifikt medicinsk område, eksempelvis kræftforskningen, er ligeledes køberetligt mangelfuld, såfremt den ikke indeholder de seneste resultater.⁹⁶ Der må i disse tilfælde af løbende opdatering gives realdebitor den fornødne tid til at ajourføre sin informationsydelse, og i det omfang ydelsen er forsynet med oplysninger om tidspunktet for den senest foretagne opdatering, kan eventuelt efterfølgende tilkomne forskningsresultater ikke gøre basen køberetligt mangelfuld, jf. også kap. III, afsnit 3.2.7.3 om afgrænsningen mellem *tidspunktet* for mangelsbedømmelsen og spørgsmålet om, hvorvidt der i det hele taget *foreligger* en mangel.

Se hertil *U.2000.116 H*, omtalt i kap. III, afsnit 3.2.4 om en parts misligholdelse af en aftalt forpligtelse til løbende at opdatere en database med nye, aktuelle data og priser på landbrugsmaskiner. Isoleret betragtet er data som de pågældende i udgangspunktet objektive, eftersom de lader sig verificere, men i inter partes-relationen var dette ikke afgørende i den konkrete situation, hvor det centrale var, om en part havde *misligholdt en aftalt opdateringsforpligtelse*, og ikke, om de pågældende data var *ukorrekte* eller *ufuldstændige*.

3.2.7.5. Edb-programmer

3.2.7.5.1. Oversigt

Som følge af edb-programmernes fundamentale betydning for hele IT-udviklingen er det af ganske stor betydning at afklare, hvilke retlige

95. Strengt taget er dette ikke en informationsfejl, eftersom der her forudsættes ikke at være noget galt med de oplysninger, der rent faktisk fremgår af ydelsen. Når det ikke desto mindre giver mening at behandle dette tema som en del af informationsmangelsproblematikken, skyldes det, at det også i disse tilfælde er muligt at konstatere, om ydelsen er faktisk mangelfuld. Se i øvrigt om afgrænsningen mellem faktiske mangler og forsinkelse kap. III, afsnit 3.2.2.

96. Bedømmelsen går her alene på databasens *oversigt* over forskningsresultaterne, ikke på forskningen i sig selv, der ofte vil vedrøre subjektiv (skønspregt) information. Databasen kan eksempelvis udgøres af en cd-rom-skive, men kan også bestå af en hjemmeside. I sidstnævnte tilfælde må der sondres mellem filtransaktioner (her transaktioner, der involverer hjemmesiden *som sådan*) og adgangsbaserede ydelser (realkreditor kobler sig op på hjemmesiden, henter en given oplysning, og logger derefter af igen), eftersom alene den førstnævnte situation kan være købelovsommattet, se hertil ovenfor kap. II, afsnit 2.5.

principper der gælder for *fejlagtige edb-programmer*.⁹⁷ Hvad angår *retsgrundlaget* er der taget hul på diskussionen ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4, og denne diskussion videreføres og udvikles nedenfor. Som altid, når aftalens genstand udgøres af et edb-program, er det af afgørende betydning at sondre mellem programmets *input* og *output*. Hvor inputtet er selve definitionen på programmet – de maskinlæsbare instruktioner til processoren – kan outputtet bestå i talrige informationsudtryk. Der findes programmer til tekstbehandling, til komprimering af filer, til at styre andre programmer, til at skabe lyd, til at skabe billede, til at afvikle spil, til at håndtere, hvornår et trafikfyrt skal skifte fra rødt til grønt. Et edb-program er således langt fra at være et entydigt begreb, men i relation til retsgrundlaget og den konkrete vurdering af ydelsens fejl kommer man ganske langt ved at fokusere på den helt basale sondring mellem input og output, se henholdsvis afsnit 3.2.7.5.2 og 3.2.7.5.3.

3.2.7.5.2. *Edb-programmers input*

Som anført og argumenteret for ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2 bør der ikke være tvivl om, at de digitale programinstruktioner, der udgør edb-programmets maskinlæsbare del, omfattes direkte af købelovens faktiske mangelsregler, for så vidt der er tale om *standardprogrammel*.⁹⁸ Den omstændighed, at edb-programmer pr. definition som følge af deres kompleksitet i større eller mindre udstrækning vil være

97. Se generelt om mangler i edb-programmer *Ellen-Kathrine Thrap-Meyer*: Forbrugerkjøb og edb, Complex nr. 5/1989, s. 68ff. og *Olav Torvund*: Kontraktsregulering – IT-kontrakter (1997) s. 193ff. (om edb-systemer, herunder software).

98. Opmærksomheden samles her om programmer, der omsættes og indgår i transaktioner som *selvstændige enheder*. Indgår programmet som et led i en anden (fysisk) ydelse, vil det i reglen ikke volde hverken systematiske, teoretiske eller praktiske vanskeligheder at karakterisere fejl heri for omfattet af det retsgrundlag, der er gældende for den ydelse, programmet indgår i, jf. om vaskemaskiner mv. ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2.

3. Mangelfulde informationsydelser

fejlbehæftede,⁹⁹ medfører ikke, at de køberetlige mangelsregler er uanvendelige,¹⁰⁰ men kan få betydning for bedømmelsen af, *hvornår* der foreligger en mangel, og ved afgørelsen af hvilke *retsfølger*, realkreditor kan påberåbe sig. Mangelsbedømmelsen er som anført ovenfor kap. III, afsnit 3.1, såvel konkret som abstrakt, og den omstændighed, at edb-programmer i praktisk taget alle tilfælde vil indeholde mindre fejl, kan medføre, at sådanne fejl ikke udgør køberetlige mangler. Det må imidlertid fastholdes, at såfremt fejlen vedrører *fundamentale egenskaber* ved programmet, kan disse udgøre mangler, der omfattes af købeloven.

Hvor den præcise grænse går mellem fejl, realkreditor må acceptere som en naturlig del af programmet, og fejl, der er så graverende, at de forhindrer en udnyttelse af programmet efter dets formål, beror på en konkret vurdering, der vanskeligt lader sig formulere i generelle sætninger. Afgørende er primært programmets *art*. Et tekstbehandlingsprogram skal således kunne benyttes til at skrive tekst med – også mere avancerede former for tekst end et sædvanligt dokument. Forhindrer en programmeringsfejl således, at realkreditor kan få adgang til funktioner, der er beskrevet som værende en del af det pågældende program, kan dette gøre programmet mangelfuldt. Vedrører aftalen et program til komprimering af musikfiler, skal realkreditor kunne foretage en sådan komprimering uden kvalitetstab eller fejl i øvrigt, ellers er programmet mangelfuldt. Præsteres en digital ydelse, eksempelvis et digitalt litterært værk, sammen med et edb-program, der eksempelvis skal gøre det muligt for realkreditor at navigere rundt i teksten, er ydelsen mangelfuld, såfremt dette ikke eller kun delvist kan lade sig gøre. Er programmet inficeret med et *virus*, er det mangelfuldt. I disse og lignende situationer¹⁰¹ er det muligt objektivt at vurdere, hvorvidt den leverede ydelse lever op til de krav, der kan stilles for en ydelse af

99. Jf. Mads Bryde Andersen: IT-ret (kompendium) kap. 12..6.b, s. 28 (generelt om IT-systemer) og samme: Lærebog i EDB-ret (1992) s. 478 (om software) som argument for, at ydelsen ikke omfattes af købeloven. Se nu hertil forfatterens fremstilling i IT-retten (2001) s. 790.

100. I samme retning *TemaNord* 1999:598 s. 96. Som anført her kan den omstændighed, at konkurrencen er hård indenfor programbranchen, og at det undertiden er vigtigt hurtigt at få programmet på markedet, ikke tale mod en anvendelse af mangelsansvarsreglerne. Talrige andre ydelser er udsat for en tilsvarende hård konkurrence, hvilket derfor ikke i sig selv kan tale imod denne anvendelse.

101. Ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2 er anført en række andre eksempler.

den pågældende karakter, og ydelsen kan derfor efter omstændighederne være mangelfuld.

En ting er, at ydelsen kan være mangelfuld, noget andet er, om manglen i givet fald er *væsentlig* og dermed hævebegrundende, jf. generelt kap. III, afsnit 4. I *JÅ 1995 6.3.7*, jf. ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2, fandt Forbrugerklagenævnet således ikke, at en fejl ved et tekstbehandlingsprogram, der gjorde det umuligt i visse tilfælde at skrive bogstaverne ø og Ø, var væsentlig. Købet kunne derfor ikke hæves, men der blev givet et forholdsmæssigt afslag. Sagen vedrørte i øvrigt en overdragelse af kombineret hardware-software, og kan derfor ikke umiddelbart tages til indtægt for, at resultatet ville være det samme, hvis transaktionen alene vedrører et edb-program.

De anførte eksempler kan alle føres tilbage til en *programmeringsfejl*. Sådanne fejl kan opstå på ethvert tidspunkt i programudviklingsfasen, herunder i forbindelse med udfærdigelsen af kildekoden eller ved konverteringen fra kildekode til objektkode. Programmeringsfejlen vil i reglen gøre programmet mindre funktionsdueligt end tiltænkt fra realdebitors (programskaberens) side, og det er ganske væsentligt at være opmærksom på, at en programmeringsfejl således ikke nødvendigvis medfører *fejl i outputtet*. Et edb-program, der indgår som et integreret led i et digitalt leksikon, men hvis søgefunktion i kraft af en programmeringsfejl ikke eller kun i begrænset omfang kan anvendes, medfører ikke, at leksikonets *informationsindhold* er mangelfuldt.¹⁰² Den omstændighed, at programfejlen ikke afspejler sig i outputtet, er uden betydning for mangelsvurderingen, der alene relaterer sig til, om programmet kan benyttes efter sit formål.

Standardiserede edb-programmer kan præsteres på talrige måder. For nærværende er det fortsat mest udbredt, at programmet knyttes til et fysisk medium (en diskette, en cd-rom-skive), der medoverdrages som et led i transaktionen (en programpakke). I et vist omfang er det imidlertid allerede i nutiden muligt at *downloade* standardiserede programmer fra visse programudvikleres side, herunder *Microsoft*. Sådanne programfiler kan som andre programmer være fejlbehæftede

102. Eftersom programmets funktion i dette tilfælde er at tilvejebringe søgefunktioner for realkreditor, kan det hævdes, at programmets output består i denne (her fejlagtige) søgefunktion. Denne er imidlertid knyttet til ydelsens informative element (leksikonets oplysninger) og det forekommer derfor hensigtsmæssigt at karakterisere disse informationer som søgefunktionens output.

3. Mangelfulde informationsydelser

og det volder ingen problemer at karakterisere disse fejl som køberetlige i samme udstrækning som dette i øvrigt er tilfældet for edb-programmer. For at et downloadet program skal kunne afvikles på realkreditors installation, forudsættes det, at denne installation er *konfigureret korrekt*, herunder at det styreprogrammel, maskinen er forsynet med, accepterer programmer af en given karakter. Såfremt realdebitor sender en programfil til realkreditor i et format, realkreditors hardware ikke kan håndtere, er dette i udgangspunktet ikke et forhold, der gør ydelsen køberetlig mangelfuld, medmindre der er givet realkreditor sådanne oplysninger, eksempelvis på den hjemmeside, hvor programmet præsenteres, at han med føje kunne påregne uproblematisk programafvikling, sml. købelovens § 76, stk. 1, nr. 1 og 2, om urigtige eller vildende oplysninger.

I det anførte eksempel er der slet ikke tale om nogen programfejl, eftersom realkreditors problemer med at anvende programmet efter formålet kan forklares med kompatibilitetsproblemer i hans egen installation. Dette forhold må han som udgangspunkt selv bære risikoen og ansvaret for, sml. ovenfor kap. III, afsnit 2.5 om fordringshavernes, men oplysninger stillet til rådighed af realdebitor kan føre til et andet resultat.

Skal man forsøge at formulere noget generelt om, hvornår standardprogrammernes maskinlæsbare instruktioner er fejlagtige i en sådan grad, at de udgør køberetlige mangler, kommer man det formentlig ikke meget nærmere end et princip om, at realkreditor skal have uhindret adgang til programmets *væsentligste funktioner* defineret som de funktioner, der er programmets *formål*. Jo større vanskeligheder, der er forbundet med en sådan brug, jo større sandsynlighed for, at der foreligger en køberetlig mangel, der efter omstændighederne kan være så væsentlig, at købet kan hæves.

Vedrører transaktionen *specialdesignet* programmel, vil aftalen i reglen udgøre det vigtigste fortolkningsmoment for, om den præsterede ydelse er mangelfuld. K18 indeholder i pkt. 14.1 en mangelsdefinition, der lyder: "En mangel ved det leverede foreligger, såfremt det ikke opfylder de af leverandøren givne garantier eller det i øvrigt ikke fungerer, som kunden med føje kunne forvente, alt dog under forudsætning af, at kunden anvender det leverede korrekt i overensstemmelse med den udarbejdede dokumentation og nærværende kontrakts bestemmelser". Indholdet af denne definition stemmer ganske godt overens

Kapitel III · Detailregulering

med det almindelige mangelsbegreb, men den måde, hvorpå det skal afgøres, om det leverede er mangelfuldt, må tage hensyn til den ofte teknisk komplicerede ydelses karakter. Der er derfor i K18 en ganske omfattende beskrivelse af systemets *afprøvning* (pkt. 10) og *driftseffektivitet samt svartider* (pkt. 12). Se om disse bestemmelser i K18 *Mads Bryde Andersen: IT-ret* (kompendium) kap. 14.3.e, s. 17ff. I IT købekontraktens pkt. 11.2 defineres en mangel som det forhold, at leverancen "... efter overtagelsen ikke opfylder de afgivne garantier, servicemål eller i øvrigt ikke er, som kunden kunne have en berettiget forventning om", en formulering, der som K18 er i god harmoni med det generelle mangelsbegreb. Også IT købekontrakten indeholder bestemmelser om *afprøvning af systemet*, se kontraktens pkt. 8.

Reguleringen af mangelsansvaret i K18 og IT købekontrakten samt sådanne dokumenters indhold i øvrigt minder i mangt og meget om forholdene indenfor *entrepriseretten*, navnlig AB92. Dette er ikke overraskende, eftersom programudviklingen og systemleverancen som entreprisen efter omstændighederne kan være ganske kompliceret og omfatte en lang række faktorer. Om AB 92, se *Hans Henrik Vagner: Entrepriseret* (2001) s. 159ff. og *Christian Johansen: Bygherrens ændringsret* (1999) s. 239ff. med henvisninger.

3.2.7.5.3. Edb-programmers output

I det omfang, programmets output består af *objektiv* information, kan dette informations-udtryk som andre objektive informationer være fejlagtige og køberetligt mangelfulde.¹⁰³ Et edb-program, hvis udtryk overfor realkreditor består af faktuelle oplysninger mv., behandles

103. Visse edb-programmer er ikke i besiddelse af et output, der er umiddelbart tilgængeligt for realkreditor. Det drejer sig i første række om *styreprogrammer* såsom Windows, hvis output nærmest kan betegnes som programmets evne til at få realkreditors hardware til at fungere og virke som middel til at køre *andre* programmer på hardwaren. I disse tilfælde foregår hovedparten af kommunikationen i hardwarens tekniske led, herunder processoren, og dermed skjult for realdebitor. Funktionsfejl, der kan henføres til fejl i programmeringsproceduren, vil da kunne være køberetlige mangler.

3. Mangelfulde informationsydelser

derfor som andre objektive informationsudtryk.¹⁰⁴ Men ofte vil et edb-programs udtryk over for brugeren bestå af *subjektiv* information. Edb-programmer, der genererer skønlitterære værker, musik eller film, er alle eksempler på dette. I disse tilfælde behandles dette aspekt af programydelsen som andre subjektive informationsudtryk, se herom kap. III, afsnit 3.2.8.

En sådan *opsplitning* af programydelsen kan efter omstændighederne gøre retsforholdet mellem parterne ganske kompliceret.¹⁰⁵ Med den tilgang, der danner grundlaget for denne fremstilling, er dette imidlertid uundgåeligt. Edb-programmer er komplekse ydelser, der ikke uden videre lader sig behandle som én samlet ydelse, hvilket er en følge af programmets karakter af informationsydelse: selv i tilfælde, hvor programmet ikke er manifesteret i et fysisk medium, vil det ofte bestå af så mange aspekter, at en opsplitning fremstår som eneste eller i hvert fald den mest hensigtsmæssige fremgangsmåde. Opfattelsen stemmer formentlig ganske godt overens med den oplevelse, brugeren har af et edb-program. Der er således afgørende forskel på, om en indsigelse rettes mod det

104. En digital ydelse udgør ikke i sig selv et edb-program, og der er ikke nødvendigvis knyttet et edb-program til alle digitale ydelser. Et edb-program defineres som instruktioner til processoren, og selvom også de digitale instruktioner, der udgør grundlaget for en digital ydelse, skal igennem processoren, der er maskinens arbejdslager, er den digitale ydelse alene et edb-program, såfremt disse instruktioner er *rettet til* processoren. I den udstrækning, realkreditors hardware allerede indeholder de edb-programmer, der er påkrævede for, at realkreditor kan få adgang til en given digital ydelses informationsindhold, er det ligeledes ikke nødvendigt, at den digitale ydelse præsteres i tilknytning til et edb-program.

105. *Mads Bryde Andersen*: IT-ret (kompendium) kap. 12.2.b, s. 6 sonderer mellem den digitale ydelses *materielle* og *immaterielle* aspekter, der er udtryk for henholdsvis mediet og informationerne. Opsplitningen af (her) programydelsen foregår således på flere niveauer, jf. om mediefejl kap. III, afsnit 3.2.5.

Kapitel III · Detailregulering

udtryk, brugeren så at sige kan se på skærmen, eller mod den *regneproces*, der foregår skjult i maskinens regneenhed.¹⁰⁶

Som i relation til objektiv information i øvrigt må der sondres mellem fejl i informationerne og den *skade*, der kan overgå ting eller personer, såfremt realkreditor handler i tillid til de fejlagtige informationer. Se om relationen mellem køberetlige mangler og skader forårsaget af fejlagtige produkter kap. III, afsnit 3.2.9.

Et *tekstbehandlingsprogram* er et edb-program, der gør det muligt for realkreditor at udfærdige dokumenter i et givet format, eksempelvis .wpd eller .doc. Disse programmer har som talrige andre programmer et input og et output. Inputtet er den maskinlæsbare version af programkoden (objektkoden), mens outputtet er de redskaber, der stilles til realkreditors rådighed, når programmet køres. Hovedparten af outputtet vil her bestå af *objektiv* information:¹⁰⁷

-
106. Der erindres om, at såfremt et edb-program lider af en programmeringsfejl, vil dette kunne aflæses i det udtryk, der måtte være forbundet med programmets anvendelse. Men et edb-program kan have et fejlagtigt udtryk *uden* at dette nødvendigvis kan føres tilbage til en programmeringsfejl. Hvis de data, der udgør grundlaget for programmeringen, er korrekt indført i kilde- og objektkode, men de *i sig selv* er fejlagtige, beror vurderingen af det fejlagtige informationsudtryk, der træder frem på skærmen, på informationernes objektive eller subjektive karakter. Er programmet eksempelvis udformet med henblik på beregning af skat, men programmøren under udviklingen af programmet baserer en given opstilling på et forkert beregningsgrundlag (ikke at forveksle med *indtastningsfejl*, der må rubriceres som programmeringsfejl, eftersom de finder udtryk i selve koden), vil selve programmeringen ikke være fejlagtig, eftersom programmet principielt kan benyttes efter sit formål – om end med fejl i skatteberegningen. Disse fejl kan imidlertid henføres til fejl ved de data, der ligger til grund for programudviklingen, og ikke til egentlige programmeringsfejl. I dette eksempel kan informationsudtrykket i øvrigt være objektivt, se nærmere herom kap. III, afsnit 3.2.7.3.
107. Tekstbehandlingsprogrammer kan være kombineret med funktioner, der ikke er nødvendige for den egentlige tekstbehandling, og som kan antage subjektiv karakter. *Stavekontrollen* kan være et eksempel herpå. Realkreditor må med rette kunne regne med, at kontrollen udføres korrekt i relation til de ord, kontrollen kender, men benyttes ordene på en utraditionel måde, eller benyttes realkreditor sig af ord, kontrollen ikke kender, kan dette ikke tages som udtryk for, at stavekontrollen er fejlbehæftet. Tilsvarende gælder for den *synonymfunktion*, visse programmer er i besiddelse af: om et givet ord i en konkret sammenhæng kan erstatte et andet, beror på et subjektivt skøn, og synonym- såvel som stavekontrollen kan derfor udgøre et subjektivt element i tekstbehandlingsprogrammer.

3. Mangelfulde informationsydelser

kan realkreditor skrive tekst og klippe, kopiere eller redigere i teksten i overensstemmelse med normerne for det konkrete program. Da inputtet (programinstruktionerne) også består af objektiv information vil hovedparten af de fejl, der kan være forbundet med tekstbehandlingsprogrammer, blive håndteret efter købeloven, idet der erindres om, at *mediefejl* også omfattes af denne lov. Om den *tekst*, der udarbejdes i kraft af et tekstbehandlingsprogram, falder ind under købelovens mangelsregler, afhænger helt af tekstens *karakter* (objektiv eller subjektiv information).

3.2.8. Mangler ved egentlig subjektiv information?

I den udstrækning, en informationsydelse ikke kan henføres til en af kategorierne nævnt ovenfor, er dens indhold af *subjektiv* karakter.¹⁰⁸ Konsekvensen af dette er, at ydelsens indhold ikke kan *efterprøves* ud fra operable kriterier, og realkreditorer, der indgår aftale om præstation af sådanne ydelser, må acceptere, at de principielt *ikke kan være køberetligt mangelfulde*.¹⁰⁹ Dette er ikke ensbetydende med, at ydelsen ikke kan være *fejlagtig* set fra realkreditors side. Skønlitterære værker, der ikke lever op til forventningerne, musikere, der pludselig skifter til en stil, realkreditor ikke synes om, og film, der ikke lever op til de kunstneriske forestillinger, realkreditor havde inden han besluttede sig for at se filmen, vil alle fremstå som utilfredsstillende for realkreditor. Problemet i en køberetlig henseende er at udforme *operable kriterier* for en egentlig mangelsbedømmelse. Den abstrakte mangelsbedømmelse¹¹⁰ tager sit udgangspunkt i en sammenligning med ydelser af samme art som den konkret foreliggende, jf. generelt om mangelsbegrebet kap. III, afsnit 3.1, men en række særlige omstændigheder medfører, at en sådan sammenligning er vanskelig at forestille sig i relation til subjektive informationsydelser.

Den, der frembringer de kunstneriske informationsudtryk, som ofte vil være tilfældet ved subjektiv information, har en høj grad af

108. Se om *kvalitetsbrister i bestilte ophavsretligt beskyttede værker* Stig Strömholm: Några rättsfrågor kring beställning av konstverk, Tfr 1980 s. 594ff.

109. Jf. dog kap. III, afsnit 3.1 og 3.2.5 om *trykfejl* og lignende.

110. Se om den *konkrete* mangelsbedømmelse straks i det følgende.

kunstnerisk frihed til at udforme ydelsen, som han vil.¹¹¹ Inspiration og talent divergerer fra kunstner til kunstner og lader sig ikke sætte på formel. I en række tilfælde er det ganske vist muligt at placere en given subjektiv informationsydelse i en *kategori* som eksempelvis kriminalromaner, kærlighedshistorier, digte, sci-fi-film, technomusik eller jazz. Disse og lignende kategorier har dog alle det til fælles, at de dækker over mangfoldige ydelser, hvis placering kan diskuteres, og de har således en høj grad af *fleksibilitet* og er ingenlunde *objektivt fortolkningsbare*. En film er efter en opfattelse en kærlighedsfilm, en anden mener det snarere er en samtidshistorie, mens en tredje er helt overbevist om, at filmen er en sort komedie. Hermed åbenbares et andet aspekt, der gør det praktisk taget umuligt at objektivisere bedømmelsen af subjektive informationsydelser, idet det fremstår overordentligt vanskeligt og vel i realiteten umuligt at afgøre, *hvem* der i givet fald skulle kunne sige noget konklusivt om ydelsens filmiske mv. kvaliteter. Dette beror fuldt og helt på et subjektivt skøn, og realkreditorer, der er skuffede over en given films forløb eller en musikers nyeste udgivelse, kan ikke støtte et krav om forholdsmæssigt afslag eller andre retsfølger på køberettens regler.

Som anført i kap. II, afsnit 4.2.5.2.1 og kap. III, afsnit 3.2.6.3 kan ellers subjektive informationsydelser konverteres til et objektiviseret udtryk i kraft af den *aftale*, der indgås mellem realdebitor og realkreditor. Den konkrete mangelsbedømmelse tager sit udgangspunkt i parternes aftale, og såfremt der her findes faktorer, der kan operationalisere bedømmelsen af den subjektive informationsydelse, kan dette medføre, at ydelsen lader sig køberetligt mangelsvurdere, om end det praktiske omfang heraf formentlig er ganske begrænset, sml. argumentationen anførte sted. Den *foromtale*, der ofte vil finde sted i form af anmeldelser i dagblade eller på hjemmesider mv., kan ikke i sig selv medføre, at realkreditor kan støtte eventuelle krav herpå. Anmeldelser er for det første i sig selv subjektive og alene udtryk for anmelderens (må det formodes) kvalificerede opfattelse, og dernæst er det ikke anmelderen, en aftale om en subjektiv informationsydelse indgås med. Har det forlag, der står bag en given publika-

111. Dette er selvsagt en sandhed med væsentlige modifikationer, for så vidt som frembringeren ofte vil have indgået en aftale med forlag, filmselskaber eller musikselskaber mv. om rammerne for det, der skal skabes. Selvom tilstedeværelsen af en aftale kan være en faktor, der kan gøre ellers subjektiv information objektiviseret, er dette ikke i sig selv ensbetydende med, at informationsudtrykket pr. definition er objektivt.

3. Mangelfulde informationsydelser

tion, eller har frembringeren selv omtalt sin ydelse, kan dette indgå som et element i vurderingen af, hvorvidt ydelsen er objektiviseret, men ofte vil sådanne udtalelser være for upræcise eller generelle til, at de kan anses for operable (*den hidtil bedste udgivelse fra X's side, en storslået film fra skaberen af Y, smukkere kan det ikke gøres*, mv. er alle eksempler herpå). Situationen er en anden, såfremt realdebitor direkte *lover* realkreditor en given ydelse, se hertil kap. III, afsnit 3.2.6.3, men under alle omstændigheder må kategorien aftaletilknyttet objektiv information fortolkes indskrænkende.¹¹²

3.2.9. Afgrænsningen mellem mangler og produktrelaterede skader

Behandlingen af de skader, som informationsanvendelse kan give anledning til, falder generelt udenfor denne fremstilling. Herom må henvises til speciallitteraturen.¹¹³ Når der ikke desto mindre skal knyttes nogle få bemærkninger til området, skyldes det, at det i praksis kan volde problemer at afgøre, hvornår et givent forhold skal opfattes som en køberetlig *mangel* eller som en *produktskade*.¹¹⁴ I udgangspunktet er situationen klar. Såfremt en realydelse forvolder skade på *andre* realydelser eller på *personer*, er dette køberetten uvedkommende, idet mangelsvurderingen alene vedrører mangler ved selve den *præsterede* ydelse.¹¹⁵ Disponerer en realkreditor i tillid til de oplysninger, der fremgår af en objektiv informationsydelse, og medfører dette skade på andre ting eller personer, er dette derfor ikke et for-

112. Såfremt oplysningerne vedrører *faktiske* forhold, foreligger der objektiv og dermed køberetligt omfattet information. Oplysninger om antallet af numre på en musik-cd, en spillefilms medvirkende eller længde, eller medforfattere til et skønlitterært værk er eksempler på forhold, der kan efterprøves objektivt, og fejl i sådanne oplysninger kan udgøre en mangel i køberetlig forstand.

113. Af særlig interesse for så vidt angår *edb-programmer* er Mads Bryde Andersens doktordisputats EDB og ansvar fra 1988. Dette værk indeholder talrige henvisninger til litteratur indenfor området, hvorfor der henvises hertil. Også den ovenfor nævnte rapport fra EUSIDIC, *Liability In The Provision Of Information Services* fra 1989 er anbefalelsesværdig.

114. Realysdelser, der forvolder skade på andre realysdelser eller personer, vil dog ofte også være mangelfulde.

115. Se hertil Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 752ff. med henvisninger.

hold, der kan forfølges ved brug af køberetlige regler og principper.¹¹⁶ I så henseende adskiller informationsydelsen sig ikke fra andre ydelser, eftersom det er *brugen* af ydelsen, der afstedkommer skaden.

Det centrale på dette sted er alene at påpege, at en objektiv informationsydelse meget vel kan være køberetligt mangelfuld, selv om et tab først viser sig ved brugen af informationen. For at realkreditor skal kunne kræve erstatning, forudsættes det efter såvel køberettens som produktansvarsrettens regler, at der er lidt et tab, men de øvrige køberetlige mangelsbeføjelser, herunder adgangen til forholdsmæssigt afslag, forudsætter i udgangspunktet alene tilstedeværelsen af en mangel, som realkreditor påberåber sig i tide. At visse objektive informationsydelser først vil vise deres mangelfulde egenskaber i forbindelse med brugen,¹¹⁷ er således ikke til hinder for, at ydelsen kan anses

116. Om *produktansvarsreglerne*, herunder produktansvarsloven, finder anvendelse afhænger af, om en informationsydelse kan siges at udgøre et *produkt*, sml. ovenfor kap. II, afsnit 3.2.3, og nærmere *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar (1988) s. 373ff. og samme: Handelsagentlovens anvendelse ved distribution af edb-programmel, UfR 1995 B. 172.

117. Man kan diskutere, om en objektiv informationsydelse *i sig selv* kan være mangelfuld, dvs. uden hensyntagen til, om realkreditor har brugt den. Ydelsen er jo netop objektiv i den forstand, at dens informative element lader sig vurdere ved benyttelse af et verificeringsgrundlag, der principielt intet har at gøre med, om den konkrete realkreditor har brugt indholdet. Diskussionen er dog næppe relevant for de fleste praktisk forekommende tilfælde, eftersom realkreditors mangelsindsigelser forudsætter, at han har haft mulighed for at bedømme, hvorvidt ydelsen nu også *er* mangelfuld, og her er han nødt til at sætte sig ind i indholdet (bruge det). Synspunktet kan dog få betydning i tilfælde, hvor en realkreditor har konstateret, at ydelsen er mangelfuld. Eftersom fejl i informationsydelser er af generisk karakter, jf. kap. III, afsnit 3.2.3, vil fejlen også være til stede i andre identiske udgaver af den samme informationsmængde, og uanset om andre erhververe af informationen selv har brugt informationen og konstateret fejlen, vil de formentlig kunne henholde sig til og støtte deres krav på den kendsgerning, at ydelsen allerede er konstateret mangelfuld *af andre*.

3. Mangelfulde informationsydelser

for mangelfuld, eventuelt samtidig med, at den fører til skade på andre ting eller på personer.¹¹⁸

Objektive informationsydelser, navnlig de maskinlæsbare *programinstruktioner*, kan som andre realydelser indgå i andre ydelser. Om ingrediens- og komponenttilfælde, se *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 759ff. med henvisninger.

3.2.10. Retsmangler

En *retsmangel* foreligger, såfremt realkreditor ikke opnår den tilsigtede *faktiske eller retlige råden* over aftalens genstand som følge af tredjemands bedre ret eller offentligretlige rådighedsindskrænkninger.¹¹⁹ I købelovens § 59 findes en bestemmelse, der regulerer ét aspekt af retsmanglen, *vanhjemmel*, der vedrører tilfælde, hvor en given rettighed slet ikke består.¹²⁰ I andre tilfælde kan reglerne om faktiske mangler, navnlig hvad angår *retsfølgerne*, anvendes analogt.¹²¹ In-

118. Alle informationsydelser forudsætter i princippet en brug, før realkreditor kan få adgang til indholdet, jf. alment om information ovenfor kap. II, afsnit 2.3.2. Den brug, der finder sted i og med, at realkreditor *tilegner sig* indholdet, må imidlertid holdes adskilt fra den eventuelle efterfølgende *handlen i tillid* til den dermed opnåede information. Hvor den egentlige tilegnelse (ved læsning, hørelse, anskuelse mv.) ikke i sig selv resulterer i skade på andre ting eller på personer, kan den anskues som forudsætningen for, at realkreditor kan opnå bevidsthed om, hvorvidt ydelsen er *mangelfuld*.

119. Se om *retsmangler* generelt *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 1011ff., *Jan Ramberg: Köplagen* (1995) s. 440ff., *Kai Krüger: Norsk kjøpsrett* (1999) s. 221ff., alle med udførlige henvisninger, samt specifikt om *immaterialretslige retsmangler* *Eric M. Runeson: Immaterialrättsliga fel vid köp, Festskrift till Gunnar Karnell* (1999) s. 625ff. *Bo von Eyben & W.E. von Eyben: Juridisk ordbog* (1999) s. 286 definerer *vanhjemmel* som "... det forhold, at det ved overdragelse af et gode fra en person til en anden viser sig, at overdragerens adkomst er mangelfuld, f. eks. fordi tredjemand har ejendomsret over el. pant i godet, således at erhververen ikke får den ret, han kunne regne med; jf. kbl. § 59".

120. § 59 omfatter umiddelbart alene oprindelig og fuldstændig *vanhjemmel* ("... ved køkets afslutning tilhørte en anden end sælgeren ..."), men kan formentlig anvendes analogt på oprindelig delvis *vanhjemmel*, jf. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 1018. Efterfølgende *vanhjemmel*, eksempelvis i tilfælde af dobbeltsalg, omfattes derimod ikke af bestemmelsen, hverken direkte eller analogt.

121. Jf. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 1017.

formationsydelser kan, som andre realydelser, lide af en sådan retlig mangel, og der er i udgangspunktet ikke særskilte retlige problemer knyttet til informationsydelserne.

I modsætning til, hvad der gør sig gældende for faktiske mangler, kan også *egentlige subjektive informationsydelser* lide af en retsmangel. Vedrører transaktionen et digitalt skønlitterært værk, overdrageren ikke har ret til at råde over, eksempelvis fordi værkets ophavsmand ikke har givet tilladelse hertil, lider aftalens genstand af en retsmangel, ganske uanset værkets subjektive karakter. Bedømmelsen af, hvorvidt en realydelse er behæftet med en retsmangel, relaterer sig ikke som den faktiske mangelsbedømmelse til ydelsens *indhold*, men til *retlige* forhold vedrørende ydelsen. Om overdrageren har ejendomsretten til realydelsen og derved kan indgå aftaler om dens overdragelse, kan bedømmes uafhængigt af ydelsens indhold.

Efter såvel K18, pkt. 22, 1. led, som IT købekontrakten, pkt. 13.1, *indestår* leverandøren for, at det leverede ikke krænker *andres rettigheder*, herunder patenter eller ophavsrettigheder. For så vidt angår *tredjemands immaterielle rettigheder* påtager leverandøren sig således et *garantiansvar* overfor kunden, der navnlig kan blive relevant, hvor sådanne rettigheder ikke alene eksisterer, men også *følges* af tredjemand.

I relation til *digitale informationsydelser*, navnlig de såkaldte *multimedier*,¹²² kan retsmangelsproblematikken imidlertid blive af ganske stor praktisk interesse. Den, der skaber et multimedieprodukt ved at benytte sig af andres frembringelser og værker, risikerer at blive mødt med indsigelser om (navnlig) *ophavsretlige* krænkelse, såfremt han

122. Et multimedie er en realydelse, der integrerer forskellige informationsudtryk i én ydelse, eksempelvis lyd, billede, grafik og tekst. Som eksempel kan nævnes en del af de *digitale leksika*, der findes på markedet i dag. I realiteten er der således ikke tale om flere medier – de anførte informationsudtryk kan være manifesteret på ét medium, eksempelvis en cd-skive – men om en kombination af forskellige informationsudtryk.

3. Mangelfulde informationsydelser

ikke har indhentet samtykke til brugen af materialet.¹²³ Spredes produktet til andre, er der ligeledes risiko for, at erhververen af produktet kan blive mødt med indsigelser. Den omstændighed, at digitale multimedier ofte vil involvere en anseelig mængde værker fra andre end skaberen selv, medfører ikke, at skaberen behandles anderledes end andre realdebitorer, når det skal afgøres, hvorvidt realkreditor i en konkret transaktion opnår den forudsatte retlige og faktiske råden over aftalens genstand. Indhentelsen af samtykke fra de involverede ophavsmænd vil ofte være en omstændelig proces.¹²⁴

Reglen i ophavsretslovens § 36 giver i visse tilfælde erhververen af digitale ydelser ret til at fremstille eksemplarer, herunder hvor dette er nødvendigt for at benytte ydelsen efter sit formål. Den erhverver, der indgår aftale med overdrageren om en given digital ydelse, har dermed en lovfæstet ret til at fremstille eksemplarer, men forudsætningen for reglens bestemmelse er, at erhververen "...har ret til at benytte ..." ydelsen (min fremhævelse). Erhververen har ikke ret til at benytte en ydelse i den udstrækning, andre har berettigede indsigelser mod udnyttelsen. Har en eller flere ophavsmænd ikke givet samtykke til, at deres værker benyttes i et givet multimedieprodukt, i tilfælde, hvor dette er påkrævet, er erhververe af det pågældende produkt ikke *retmæssige erhververe* og kan derfor ikke påberåbe sig § 36 som hjemmelsgrundlag for kopieringshandlinger i strid med ophavsmandens rettigheder.

123. Se om de ophavsretlige komplikationer ved frembringelsen af multimedieprodukter nærmere *Michael Lehmann (red.): Internet- und Multimedierecht – Cyberlaw* (1997) og *Peter Mahrt: Multimediarettigheder*, UfR 1997B. s. 31ff. Ophavsmanden har ikke nogen eneret til at bruge sit værk, men eftersom benyttelsen af andres værker i en ny kontekst altid vil forudsætte en *eksemplar fremstilling* af det pågældende materiale, skal der i udgangspunktet altid indhentes samtykke hertil, medmindre ophavsretslovens bestemmelser om indskrænkninger i ophavsretten, herunder citatreglen i § 22, kan finde anvendelse.

124. I den udstrækning, skaberen kan henvende sig til *organisationer*, der har kompetence til at forhandle på et givet medlems vegne, kan dog lette skaberens vanskeligheder betragteligt. Se generelt om organisering på dette område og om tvangslicens *Peter Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer* (1998) s. 388ff.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

4.1 Oversigt

Misligholder realdebitor sin aftaleretlige forpligtelse til at præstere en given informationsydelse har realkreditor i udgangspunktet de samme beføjelser til sin rådighed som andre realkreditorer. De almindelige beføjelser består af afhjælpning, omlevering, forholdsmæssigt afslag, ophævelse og erstatning, der alle er reguleret i købeloven. Udenfor køberetstilfælde eller i køb, der ikke er forbruger køb, kan parterne principielt frit aftale sig til rette om konsekvenserne af misligholdelse, men har parterne ikke gjort dette, vil aftalen blive udfyldt med almindelige principper, herunder købelovens regler.

I visse situationer kan informationsydelsens særlige karakteristika eller den omstændighed, at ydelsen foreligger i digitalt format, imidlertid nødvendiggøre overvejelser om benyttelsen af en given beføjelse i en konkret situation. Dette er for så vidt ikke usædvanligt, eftersom der også i transaktioner, der vedrører andre realydelser end informationsydelser, må tages hensyn til ydelsens konkrete karakter og omstændighederne i øvrigt ved afgørelsen af, om en beføjelse er retlig og praktisk realisabel.¹²⁵ Netop informationsydelsens særlige egenskaber aktualiserer imidlertid diskussionen.

I det følgende er det fundet mest hensigtsmæssigt at foretage en inddeling efter misligholdelsens *art*: forsinkelse eller mangler. Selvom det må indrømmes, at beføjelserne i vid udstrækning er identiske, om end deres konkrete anvendelse er undergivet forskellige betingelser, og der således består en vis risiko for gentagelser, fremstår det fremdeles mest overskueligt at inndele på denne vis.

Såfremt en af parterne i en transaktion, der omfattes af *UCITA*, ikke opfylder sine forpligtelser i overensstemmelse med Sec. 601(a), jf. også kap. III, afsnit 2.1, kan der efter Part 7 foreligge *breach of contract*. Om dette konkret er

125. Dette er ikke ensbetydende med, at *realdebitor* kan pålægge realkreditor alene at benytte én af flere mulige misligholdelsesbeføjelser, jf. hertil *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 784f. Visse misligholdelsesbeføjelser kan imidlertid efter deres indhold ikke benyttes i relation til en given konkret ydelse. Dette er eksempelvis tilfældet, hvad angår omlevering og speciesgenstande. I andre tilfælde kan ophævelse ikke ske, fordi realkreditor ikke er i stand til at levere realydelsen tilbage, jf. dog købelovens §§ 57-58. En række omstændigheder, herunder ydelsens karakter, kan således få betydning for afgørelsen af, hvorvidt realkreditors krav om anvendelse af en given misligholdelsesbeføjelse konkret kan opfyldes.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

tilfældet afgøres af "... the agreement or, in the absence of agreement, [UCITA]", Sec. 701(a).

4.2 Misligholdelsesbeføjelser ved forsinkelse fra realdebitors side

Som anført ovenfor kap. III, afsnit 2.1, kan *fysiske* informationsudtryk forsinkes i samme omfang som andre fysiske realydelser, ganske uanset deres karakter af objektiv eller subjektiv information. Om en realydelse præsteres for sent afhænger helt af, hvorvidt genstanden som sådan leveres i rette tid, og genstandens art er her uden betydning i den udstrækning, der er tale om noget fysisk. Information, der som teksten på papiret, musikken på cd-skiven, eller maleriet på lærredet forudsætter en medoverdragelse af et fysisk medium, giver ikke anledning til særlige problemer, når det skal afgøres, hvorvidt der foreligger forsinkelse, og på samme vis er der heller ikke anledning til at overveje *misligholdelsesbeføjelserne* nærmere i disse situationer. Realkreditor har helt de samme beføjelser til sin rådighed som i relation til andre fysiske ydelser under de samme forudsætninger som i øvrigt.

Præsteres informationsydelsen i *digitalt format* uden samtidig medoverdragelse af et fysisk medium, er situationen imidlertid en anden. Som omtalt i kap. III, afsnit 2.5 taler meget for, at sådanne ydelser først er leveret, når de er kommet frem til realkreditor på en sådan måde, at denne har *mulighed* for at anvende ydelsen efter sit formål, hvad enten ydelsen omfattes af købeloven eller ej. Indtil dette er sket, kan realkreditor kræve naturalopfyldelse, sml. købelovens § 21, stk. 1, hvorimod adgangen til ophævelse afhænger af forsinkelsens væsentlighed, §§ 21, stk. 2, og 74, stk. 2. Som det er tilfældet i relation til det traditionelle forsendelseskøb, kan der opstå *bevismæssige vanskeligheder*, såfremt realkreditor nægter at have modtaget en digital ydelse, realdebitor påstår at have afsendt, på en måde, der lever op til kravet om, at ydelsen skal kunne anvendes efter sit formål.

Jf. TemaNord 1999:598 s. 97: "Det bør vurderes å etablere en rett til omlevering i tilfeller hvor nedlastning mislykkes, uansett årsak. Betalingsplikt for kunden er noe mer problematisk. Det kan argumenteres for at man ikke bør betale når man ikke får faktisk anledning til å utnytte den leverte ytelse pga. feil. Men dersom det er levert feilfri ytelse fra leverandøren, vil det kunne være vanskelig å kontrollere at den likevel ikke ble korrekt installert hos kunden. En regel som sier at

Kapitel III · Detailregulering

man ikke plikter å betale i et slikt tilfelle, vil lett kunne føre til betalingsvegning og grunnløse påstander om at overføringen var mislykket”, min fremhævelse.

Som anført i kap. III, afsnit 2.5 gælder princippet om, at den digitale ydelse skal kunne benyttes efter sit formål, førend levering er sket, ikke, såfremt det beror på forhold hos *reakkreditor*, at ydelsen enten ikke kan komme frem eller blive installeret korrekt. I disse tilfælde foreligger der *fordringshavermora*, sml. købelovens § 37. Er den digitale fil derfor transmitteret korrekt, idet den eksempelvis ligger i realkreditors mailbox på det tidspunkt, hvor der efter aftalen eller omstændighederne i øvrigt skulle ske levering, er levering sket i rette tid.¹²⁶ Den omstændighed, at realkreditor efter dette tidspunkt ikke kan få adgang til ydelsens indhold, indebærer derfor ikke, at der foreligger forsinkelse, men kan medføre, at ydelsen er *mangelfuld*, jf. også kap. III, afsnit 2.7. I det anførte tilfælde foreligger der ingen *overføringsfejl*, idet ydelsen netop forudsættes at nå frem til realkreditor i rette tid. Fejlen må derfor snarere karakteriseres som en *installationsfejl*, for hvilken realkreditor altså selv i udgangspunktet er ansvarlig.¹²⁷ Realkreditor kan derfor ikke nægte at betale for ydelsen i det omfang, den ligger klar til benyttelse, og i disse tilfælde foreligger der reelt intet

126. Således som forholdene er for nærværende, vil realkreditor ofte få mulighed for selv at vælge, hvor en digital fil skal placeres i hans installation, eksempelvis på skrivebordet eller i en mappe. Accepterer realkreditor, at filen placeres et givet sted i hans installation, må levering anses for sket på det tidspunkt, hvor ydelsen ligger klar til videre bearbejdning dette sted. En realdebitor kan i udgangspunktet ikke uopfordret sende en digital ydelse til realkreditors mailadresse, medmindre realkreditor direkte eller på anden vis har givet samtykke hertil. Foreligger et sådant samtykke, eller foretager realkreditor selv den faktiske handling, hvormed transmissionen sættes i værk, foreligger der ikke forsinkelse, såfremt ydelsen er fremme hos realkreditor på det angivne leveringstidspunkt, selvom realkreditor ikke kan få adgang til ydelsens indhold som følge af kompatibilitetsproblemer mv. I det omfang, realdebitor har givet realkreditor anledning til at tro, at den digitale ydelse uden problemer kan anvendes på realkreditors installation, idet han eksempelvis direkte overfor realkreditor ytrer sig herom, eller på sin hjemmeside angiver, at en given fil kan åbnes, såfremt realkreditor er i besiddelse af et bestemt program, kan der dog foreligge en *mangel* ved ydelsen, sml. Købelovens § 76, stk. 1, nr. 1 og 2.

127. Når det i *TemaNord 1999:598* s. 97 hedder: “Ved lagrings- eller overføringsfeil vil det være feil i det enkelte eksemplar”, er dette derfor diskutabelt. Hvor lagringsfejlen (installationsfejlen) kan bero på såvel forhold i selve den leverede fil som i realkreditors installation optræder transmissionsfejlen i reglen som følge af tekniske komplikationer på *netforbindelsen* og altså uafhængigt af det konkrete eksemplar. De to fejltyper må i øvrigt holdes adskilt fra egentlige *indholdsfejl* i den præsterede ydelse, sml. herom kap. III, afsnit 3.2.5.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

bevisproblem: forudsætningen for, at realkreditor kan konstatere, om ydelsen lader sig installere eller ej, er, at han forsøger at åbne filen, men ved at gøre dette vil det samtidig stå klart, at ydelsen er kommet frem – ellers kan det ikke konstateres, om der foreligger en installationsfejl.

Situationen er en anden, såfremt realkreditor nægter overhovedet at have *modtaget* ydelsen og dermed støtter sit krav på, at der foreligger en *overføringsfejl*.¹²⁸ Set fra realdebitors side kan problemet løses ved, at realkreditor *forudbetaler* ydelsen, men dermed opstår problemet blot med omvendt fortegn, eftersom realdebitor da kan påstå, at ydelsen er afsendt. Påstande om, at en digital ydelse er transmitteret i rette tid, vil ofte kunne be- eller afkræftes ved benyttelse af *logfiler* eller lignende oversigter over, hvad der er transmitteret hvornår. Bevisværdien svækkes dog af, at parterne ofte selv vil have adgang til disse fortegnelser. Transmissionen vil i reglen også blive registreret hos netleverandøren, men kun i ganske kort tid. Bevisproblemer i henseende til, hvorvidt der har fundet en transmission sted eller ej, er således reelle, men kan næppe i sig selv tale for en fravigelse af de skitserede udgangspunkter for forholdet mellem realkreditors betalingspligt og realdebitors misligholdelse i form af forsinkelse. Det er i udgangspunktet op til den part, der påberåber sig misligholdelse, at bevise tilstedeværelsen af de nødvendige kvalificerende forhold, og påstår realkreditor, at han ikke har modtaget den digitale ydelse, hvorfor han ønsker at gøre misligholdelsesbeføjelser som følge af forsinkelse gældende, må han føre tilstrækkeligt bevis herfor. Påstår realdebitor, at han ikke har modtaget realkreditors betaling, må han ligeledes føre tilstrækkeligt bevis herfor, såfremt han ønsker at påberåbe sig den angiveligt manglende betaling som misligholdelse.

128. I praksis vil realkreditor i reglen blive gjort opmærksom på, at transmissionen er mislykkedes, ofte i form af meddelelser som *Transmission Error – File Is Not Completed* eller lignende, se om de tekniske aspekter Benjamin Wright: *The Law of Electronic Commerce*, 2nd Ed. (1995) afsnit 5.5 og Warwick Ford & Michael S. Baum: *Secure Electronic Commerce* (1997) s. 336ff. I den udstrækning, dette er tilfældet, tilskyndes realkreditor dermed til at gentage transmissionen, hvilket sjældent vil være noget praktisk problem. Er der alene adgang til filen ved benyttelse af et password, som er gjort tidsbegrænset for den enkelte realkreditor, og kan han ikke gennemføre en ny transmission inden for denne frist, er filen imidlertid låst, og da der i disse tilfælde ikke er sket levering i rette tid, foreligger der i udgangspunktet *forsinkelse*. Situationen kan eksempelvis opstå, såfremt transmissionen ikke kan gentages på grund af forhold, der ikke kan tilskrives nogen af parterne, men derimod *netleverandøren*. Her vil realdebitor formentlig være i misligholdelse i form af forsinkelse i overensstemmelse med princippet i købelovens § 24.

Kapitel III · Detailregulering

Det anførte har sin største praktiske betydning i tilfælde, hvor realdebitor skal sende ydelsen til realkreditor. Skal realkreditor selv downloade ydelsen, idet den eksempelvis ligger tilgængelig på realdebitors hjemmeside, kan problemet dog også opstå, jf. ovenfor om filer, der alene er tilgængelige ved brug af passwords.

Om *ophævelse*, se kap. III, afsnit 4.4, og om *forholdsmæssigt afslag* kap. III, afsnit 4.3.4.

4.3. Misligholdelsesbeføjelser ved tilstedeværelsen af mangler

4.3.1. Oversigt

Såfremt en informationsydelse omfattes af købelovens faktiske mangelsregler, kan den realkreditor, der får leveret en mangelfuld ydelse, i udgangspunktet benytte sig af de samme beføjelser som andre realkreditører.¹²⁹ Er ydelsen ikke direkte omfattet af disse regler i købeloven, må forholdet søges afklaret ved benyttelse af mere almene obligationsretlige principper, således som de blandt andet fremgår af købeloven.¹³⁰ Informationsydelsens særlige karakter giver dog også her anledning til overvejelser om anvendelsen af de enkelte beføjelser og den indbyrdes fordeling mellem dem. Foreligger der en mangelfuld realydelse, er det principielt op til realkreditor selv at vælge, hvilken af misligholdelsesbeføjelserne han ønsker at påberåbe sig, forudsat betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt, og medmindre andet er aftalt eller følger af kutyme indenfor den pågældende branche, kan realdebitor derfor ikke fordre, at realkreditor skal bruge en blandt flere mulige beføjelser.¹³¹ At en given misligholdelsesbeføjelse konkret er særlig byrdefuld for realdebitor, er således realkreditor uvedkommende.

I de fleste praktisk forekommende situationer vil en sådan konflikt mellem parterne imidlertid ofte være mere tilsyneladende end reel. En aftale om præstation af realydelser indgås for at tilvejebringe det retlige fundament for en

129. Om afgrænsningen mellem forsinkelse og kvantitetsmangler, se kap. III, afsnit 3.2.2.

130. Jf. kap. II, afsnit 3.2.1 om det generelle forhold mellem købeloven og almindelige obligationsretlige principper. Se om emnet desuden *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 178ff.

131. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 784f. og *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 186.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

udveksling af et formuegode mod erlæggelse af et vederlag, og det er således ideelt betragtet i begge parter interesse, at aftalen opfyldes på behørig vis. Er realydelsen ikke aftalemæssig, ville det hverken være rimeligt eller hensigtsmæssigt, om realkreditor i enhver henseende kunne træffe beslutning om, hvad konsekvensen heraf skulle være, eftersom misligholdelsen jo er sket på realdebitors side. På den anden side er realkreditor ikke i alle tilfælde frit stillet. Anvendelsen af en given misligholdelsesbeføjelse er i reglen knyttet til et krav om rettidig *reklamation*, jf. eksempelvis købelovens § 52, stk. 1, og i visse situationer må realkreditor lade sig nøje med *afhjælpning*, selvom han havde foretrukket eksempelvis et forholdsmæssigt afslag i købesummen eller en omlevering, jf. herom straks i det følgende.

En misligholdelsesbeføjelse af særlig art er adgangen til at kræve *erstatning*. Som det gælder for erstatning i øvrigt, er der knyttet en række særlige betingelser til benyttelsen af denne beføjelse, herunder tilstedeværelsen af et *ansvarsgrundlag* og at realkreditor skal have lidt et *tab*. Se om erstatningsbeføjelsen kap. III, afsnit 4.5.

I overensstemmelse med den generelle systematik i denne afhandling er den følgende fremstilling baseret på det *køberetlige* katalog af misligholdelsesbeføjelser, idet der dog også vil blive knyttet nogle bemærkninger til andre misligholdelsesbeføjelser end de, der fremgår af købeloven. Det drejer sig i første række om en række *ikke-retlige beføjelser* som genforhandlingsklausuler eller hardshipbestemmelser, men også om andre gennemtvungelige beføjelser end de køberetlige. Se herom kap. III, afsnit 4.6.

4.3.2. Omlevering

Adgangen for realkreditor til at kræve *omlevering* i tilfælde af misligholdelse som følge af præstation af en mangelfuld realydelse fra realdebitors side, jf. købelovens § 43, stk. 1, kan læses som lovens understregning af vigtigheden af aftalens beståen.¹³² Det må – bortset fra tilfælde af pro forma eller svig – lægges forudsætningsvist til grund, at parterne indgår aftalen i den hensigt at opfylde deres aftalemæssige

132. Om *naturalopfyldelse*, hvor realydelsen er et *maleri* eller anden subjektivt præget ydelse med kunstnerisk præg, se Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: *Købeloven med kommentarer* (1993) s. 275, hvorefter “[e]n kunstner, som skal udføre et portrætmaleri, [ikke kan] drives til staffeliet. Først når maleriet er færdigt, kan køber forlange det udleveret”. Se hertil kap. III, afsnit 3.2.6.3.

forpligtelser korrekt, jf. kap. III, afsnit 4.3.1. Realdebitors praktiske muligheder for at opfylde et krav om omlevering afhænger imidlertid af realdelsens *art*, og det er derfor ikke overraskende, at denne beføjelse alene fremgår af købelovens angivelse af misligholdelsesbeføjelser i *genuskøb*. En speciesydelse er pr. definition karakteriseret derved, at kun én realdelse kan opfylde aftalen, og i så fald giver det ikke mening at give realkreditor mulighed for at kræve omlevering.

Efter *forbrugerkøbsdirektivets* art. 3, stk. 2 og 3, jf. det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 9, om ny formulering af købelovens § 78, har forbrugeren som udgangspunkt en præceptiv ret til at vælge mellem afhjælpning og omlevering, såfremt salgsgenstanden er mangelfuld.¹³³ Dette gælder dog ikke, såfremt den valgte beføjelse er *umulig* eller vil påføre sælgeren *uforholdsmæssige omkostninger*. Der skal herved tages hensyn til salgsgenstandens værdi uden mangler, manglens betydning, og om anden beføjelse kan gennemføres uden væsentlig ulempe for køberen (forbrugeren).

Det er uklart, hvornår afhjælpning eller omlevering kan siges at være *umulig*. I præambelens pkt. 16 anføres, at der er tale om *brugte genstande*, vil forbrugeren ikke, som følge af genstandens natur, kunne bringe *omleveringsbeføjelsen* i anvendelse. Det samme vil gælde for andre *speciesgenstande*, jf. ovenfor og *betænkning nr. 1403/2001* s. 195. Hvornår *afhjælpning* er umulig, gives der ingen indikation af. I hvert fald hvad angår *fejl i standardprogrammers input*, altså fejl, der finder udtryk i de maskinlæsbare instruktioner til processoren, kan det som følge af programmets kompleksitet forekomme, at fejlkilden viser sig at være umulig at finde eller rette. I sådanne tilfælde er forbrugeren afskåret fra at benytte sig af afhjælpningsbeføjelsen.

Hvornår en anvendelse af omleverings- eller afhjælpningsbeføjelsen vil medføre *uforholdsmæssige omkostninger* for den erhvervsdrivende, vil formentlig, trods de anførte fortolkningsbidrag (salgsgenstandens værdi uden mangler, manglens betydning og om anden beføjelse kan gennemføres uden væsentlig ulempe for forbrugeren), give anledning til betydelig tvivl i praksis.¹³⁴

133. Anvendelsen af omleveringsbeføjelsen er ikke, som efter den gældende købelovs § 78, stk. 1, betinget af, at manglen er *væsentlig*.

134. Fortolkningsbidragene yder i den forbindelse alene en begrænset vejledning. Det er eksempelvis ikke klart, hvornår en anden beføjelse kan gennemføres uden væsentlig ulempe for forbrugeren, og det vil ofte være vanskeligt at ansætte salgsgenstandens værdi med henholdsvis uden manglen.

Sondringen mellem genus og species er omtalt i kap. III, afsnit 3.2.3, og som det fremgår her, er det særegne for informationsydelser, at såfremt en *informationsfejl* fremgår af ét eksemplar, vil den også være til stede i andre eksemplarer af den samme informationsydelse.¹³⁵ Er en faktisk oplysning i en udgave af et leksikon eller i en database fejlagtig, vil den også være det i andre udgaver, der tilhører den samme serie eller udgave. I disse tilfælde har det ikke megen mening for realkreditor at påberåbe sig omlevering, eftersom han da vil få endnu en ydelse med nøjagtig den samme fejl. Omlevering er derfor alene praktisk relevant, såfremt realdebitor kan præstere en *fejlrettet informationsydelse*.¹³⁶ En sådan mulighed foreligger i realiteten alene, hvor realkreditor indgår aftalen direkte med den, der råder over de pågældende informationer, og således kan foretage ændringer og udgive nye eksemplarer uden at krænke andres rettigheder, navnlig af ophavsretlig karakter.¹³⁷ Men selv i sådanne tilfælde kan det give anledning til praktiske problemer for realkreditor at få en fejlrettet informationsydelse leveret.

Vedrører aftalen et *edb-program*, ses det ofte, at navnlig populære programmer udkommer i indtil flere *versioner* med kortere eller længere intervaller. Således foreligger tekstbehandlingsprogrammet *Word* for nærværende i en 9. udgave. Såfremt et edb-program lider af en fejl, der er rettet i en senere version, kan der argumenteres for, at et krav om omlevering da kan opfyldes ved, at realkreditor leverer den fejlbehæftede version tilbage, mod at få den nye og nu fejlrettede ver-

135. Det samme gælder ikke nødvendigvis for *mediefejl*, eftersom eksempelvis et ødelagt cover eller en ridse i en lp-plade ikke pr. definition vil omfatte alle andre eksemplarer af den pågældende ydelse. Også typiske fysiske formuegoder kan være behæftet med fejl, der går igen i alle eksemplarer af den pågældende ydelse. Dette gælder eksempelvis for biler, der lider af en *seriefejl*, såsom fejl i bremsesystemet eller i lakeringen. Til forskel fra informationsydelsen, hvor fejllens tilstedeværelse i samtlige eksemplarer er en *logisk konsekvens* af ydelsens karakter, beror tilstedeværelsen af en seriefejl eller lignende i fysiske formuegoder imidlertid på *konkrete omstændigheder* i forbindelse med godets tilkomst.

136. Fejlretning i *efterfølgende* udgaver af informationsydelsen må holdes adskilt fra rettelse af fejl i *selve den udgave*, der er præsteret. I sidstnævnte tilfælde foreligger der begrebsmæssigt *afhjælpning*, se hertil kap. III, afsnit 4.3.3.

137. Indvilliger en *mellemhandler*, eksempelvis den boghandler, der er realkreditors direkte medkontrahent, i at opfylde realkreditors krav om omlevering, er det efterfølgende spørgsmål om reguleringen af forholdet mellem mellemhandleren og hans medkontrahent realkreditor uvedkommende.

sion. Der er imidlertid flere problemer forbundet med denne mulige løsning. For det første vil også den nye version i reglen være fejlbehaftet, om end med andre fejl end i tidligere versioner. Præstationen af en ny version, det være sig på et fysisk medium eller via filtransaktion, kan derfor udvikle sig til en fortløbende proces, der kun i sjældne tilfælde vil kunne give realkreditor den forventede benyttelse af programmet. Dertil kommer, at udskiftningen af en version af et program med en anden kan medføre *kompatibilitetsproblemer* på realkreditors installation. Installerer realkreditor således en ny version af et tekstbehandlingsprogram, som hans styreprogrammel i installationen ikke kan håndtere, er det muligt, at den fejl, der gav anledning til omleveringen, er rettet, men nytten heraf må siges at være yderst begrænset, såfremt realkreditor slet ikke kan opnå adgang til den nye versions indhold. Omlevering er i disse tilfælde nok en teoretisk mulighed, men næppe særlig praktisk relevant.

Andre digitale informationsydelser såvel som fysisk manifesterede informationsydelser kan derimod principielt fejlrettes og udgøre det middel, hvormed en omlevering kan finde sted. Fejlagtige oplysninger i et leksikon indlæst på en cd-rom-skive kan rettes til i en ny udgave, misvisende oplysninger i køreplaner kan ændres mv. Fremsætter realkreditor i sådanne og lignende tilfælde krav om omlevering, og accepterer realdebitor dette, kan omlevering finde sted.¹³⁸ Spørgsmålet er imidlertid, om realdebitor kan *afvise* realkreditors krav om omlevering i tilfælde, hvor den ydelse, aftalen angår, efterfølgende er blevet ændret og fejlrettet. Problemet kan navnlig opstå i tilfælde, hvor den nye udgave eller version ikke alene er fejlrettet, men også indeholder en række *nye oplysninger eller funktioner* i forhold til det eksemplar, der oprindeligt blev præsteret.¹³⁹ I disse tilfælde vil en opfyldelse af realkreditors krav om omlevering medføre, at han stilles bedre, end aftalen giver belæg for, eftersom *ydelsens fremtræden da er ændret fundamentalt*.

138. Som ved omlevering i øvrigt kommer realkreditor lettest igennem med et krav om omlevering, hvor kravet fremsættes direkte overfor den, der har frembragt realydelsen, her informationsydelsen.

139. Der er indres om, at forudsætningen for denne diskussion er, at der i det hele taget *foreligger* en mangel, og at mangelsbedømmelsen for så vidt angår informationsydelser skal tage sit udgangspunkt i oplysningernes objektive eller subjektive karakter på tidspunktet for ydelsens *frembringelse*. Se hertil kap. III, afsnit 3.2.7.3.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

Svaret afhænger formentlig af *ydelsens art og fejlsens omfang*. Indledningsvis bemærkes dog, at omlevering begrebsmæssigt relaterer sig til den omstændighed, at det i det hele taget er muligt for realdebitor at præstere en fejlfri ydelse *af samme art* som den fejlbehæftede. Realdebitor kan således ikke, medmindre realkreditor accepterer dette, opfylde et berettiget krav om omlevering ved at levere *en helt anden ydelse*, der måske hører til samme kategori som den fejlagtige, men af andre grunde ikke er aftalemæssig.¹⁴⁰ Forudsættes det herefter, at omleveringen vedrører en fejlrettet version af den informationsydelse, der oprindeligt udgjorde realdebitors ydelse i transaktionen, må spørgsmålet om realdebitors forpligtelse til at foretage omlevering besvares med basis i en vurdering over, hvor meget den nye version *udover fejlretningsaspektet* adskiller sig fra den oprindelige. Hvis ydelsen fremstår *fundamentalt forandret*, og således kan siges at udgøre *en helt ny ydelse*, er realdebitor næppe forpligtet til at opfylde realkreditors krav om omlevering ved at levere et eksemplar af den nye udgave.¹⁴¹ Man kan eksempelvis forestille sig, at et digitalt leksikon i sin 1. udgave alene indeholder lyd og tekst, og at en del af de faktuelle oplysninger er fejlagtige. I den næste, 2. udgave, er fejlene rettet, men der er nu kommet farvebilleder og filmstrimler til. Her vil realkreditor næppe kunne forlange, at realdebitor foretager omlevering ved at levere et eksemplar af den nye udgave. Hvor grænsen i øvrige tilfælde går, beror på en konkret vurdering.

Det anførte har sin største betydning i tilfælde, hvor informationsfejlen er *skjult* for realkreditor, der således først på et tidspunkt efter at have fået ydelsen i hænde konstaterer, at den er fejlbehæftet. I den mellemliggende periode kan en udgave, aftalen vedrørte, være udgået og erstattet af en ny udgave, hvorved problemet kan opstå. Om *reklamation*, se kap. III, afsnit 4.7.

140. Vedrører aftalen en bil af mærket Ford kan realdebitor derfor ikke, såfremt realkreditor fremsætter et berettiget mangelskrav og i den forbindelse kræver omlevering, i stedet levere en Opel. Men også uden for sådanne klare eksempler gælder grundsætningen. Er aftalens genstand således et digitalt leksikon fra forlaget X, kan realdebitor ikke opfylde sin omleveringsforpligtelse ved at levere et ellers identisk leksikon fra forlaget Y, medmindre realkreditor indvilliger i dette. Ydelsen vil da ikke være den samme som den aftalemæssigt foreskrevne, og den omstændighed, at indholdet er identisk i de to ydelser, kan ikke ændre herved.

141. Jf. hertil *Olav Torvund: Kontraktsregulering – IT-kontrakter* (1997) s. 88f. Derimod kan *andre* beføjelser selvsagt være aktuelle, eksempelvis forholdsmæssigt afslag.

Kapitel III · Detailregulering

Såfremt realkreditor slet ikke kan udnytte informationsydelsen efter sit formål, idet den eksempelvis består af et edb-program, der lider af en alvorlig programmeringsfejl, som gør det umuligt at installere det, kan det forekomme mere velbegrundet at pålægge realdebitor en omleveringspligt, selv om den oprindelige ydelse nu er erstattet af en væsentligt ændret og forbedret udgave. Ganske vist vil der i disse situationer ofte være belæg for et krav om *ophævelse* af købet, sml. herom kap. III, afsnit 4.4, men eftersom den nye udgave ofte vil være dyrere end den oprindelige kan realkreditor have en interesse i at kræve omlevering i stedet for ophævelse. Selv i sådanne tilfælde må det imidlertid formentlig afvises, at realdebitor skulle være forpligtet til at levere et eksemplar af den nye udgave. Ydelserne er også i dette tilfælde væsensforskellige, og realkreditor må derfor også her henvises til andre misligholdelsesbeføjelser.

Problemstillingen er for så vidt ikke isoleret til informationsydelserne. Forestiller man sig, at realkreditor indgår aftale om levering af en af de sidste biler i en given specialudgave, der efterfølgende viser sig at lide af en individuel lakfejl, kan det vise sig umuligt for realdebitor at opfylde realkreditors krav om omlevering, såfremt de sidste eksemplarer af den pågældende bil nu er solgt.¹⁴² Man kan da spørge, om realkreditor så kan kræve omleveringen opfyldt ved, at aftalen opfyldes med en bil af samme mærke og art, men i en anden – og nyere – udgave. Noget sådant er næppe tilfældet.

Hvis realdebitor *selv tilbyder* at foretage omlevering, er realdebitor forpligtet til i et vist, begrænset, omfang at lade sig nøje hermed, jf. købelovens § 49. Bestemmelsen, der alene finder anvendelse i erhvervskøb, jf. § 1a, stk. 3, medfører, at andre mangelsbeføjelser dermed afskæres. Som følge af de betingelser, navnlig i tidsmæssig henseende, bestemmelsen opstiller, vil det imidlertid ofte være udelukket for realdebitor at drage nytte heraf. Se om § 49 straks nedenfor afsnit 4.3.3.

4.3.3. Afhjælpning

4.3.3.1. Afhjælpning af fejl i realydelser omfattet af køberetlige regler

Realdebitors *afhjælpning* af fejl ved den leverede ydelse er ofte af ganske stor praktisk betydning. En afhjælpning, hvorved ydelsen bringes i

142. Det forudsættes selvsagt, at fejlen i det hele taget udgør en køberetlig *mangel*, hvilket næppe giver anledning til tvivl her. Om køb af biler og mangler se *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 787f. med henvisninger til praksis vedrørende *forholdsmæssigt afslag*.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

overensstemmelse med parternes aftale og omstændighederne i øvrigt, sikrer, at aftalen opretholdes og transaktionen gennemføres på behørig vis i overensstemmelse med parternes ønske, således som det fandt udtryk i aftalen. I aftaler om levering af komplicerede edb-systemer og specialdesignet software ses derfor ofte klausuler om afhjælpning i tilfælde af mangler, jf. eksempelvis K18, pkt. 14.2, NL 92 pkt. 21 og NLM 94, pkt. 38 og 52, jf. om sådanne *ikke-købelovsomfattede transaktioner* kap. III, afsnit 4.3.3.2. Såfremt realdebitor ønsker at foretage afhjælpning, men realkreditor foretrækker at anvende andre misligholdelsesbeføjelser, har realdebitor i køberetlige forhold mulighed for at støtte sit krav på købelovens § 49.

Bestemmelsen indeholder således en fravigelse af udgangspunktet om, at det er op til realkreditor selv at afgøre, hvilken blandt de mulige misligholdelsesbeføjelser, han ønsker at benytte sig af. I *forbruger køb* er afhjælpning reguleret i §§ 78-79 og i *forbruger købsdirektivet*, jf. det følgende.

Terminologisk betegner afhjælpning det forhold, at realdebitor forsøger at udbedre mangelen *på selve den leverede genstand*. Et andet udtryk for denne faktiske handling er *udbedring*. *Omlevering* relaterer sig derimod til den omstændighed, at realdebitor præsterer en *ny* realdydelse til opfyldelse af aftalen i stedet for den mangelfulde, jf. også kap. III, afsnit 4.3.2, mens *efterlevering* er en beføjelse, der kan benyttes i tilfælde af *kvantitetsmangler* eller *forsinkelse* med dele af realdydelsen. Se om disse begreber nærmere *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 656ff, navnlig s. 657, og *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 886, der dog synes at opfatte afhjælpning som et samlebegreb: "Udtrykket udbedring kan benyttes om sælgerens reparation af salgsgenstanden, således at der terminologisk sondres mellem den *afhjælpning*, der sker ved *udbedring* (reparation), *omlevering* og *efterlevering*" (original-fremhævelse). Formuleringen af købelovens § 49 ("... afhjælpe en mangel *eller* at foretage omlevering ...") og § 79 ("... tilbyder sælgeren at afhjælpe [manglen] *eller* at foretage omlevering ..."), min fremhævelse, forudsætter imidlertid en sontring, i hvert fald for så vidt angår afhjælpning og omlevering. *Efterlevering* omtales i § 50, der ligeledes synes at bygge på en sontring mellem omlevering og efterlevering, jf. bestemmelsens 2. pkt., hvorefter "... køberen [ikke kan] fordre *omlevering* [i medfør af § 43], men kan i stedet herfor kræve *efterleveret*, hvad der mangler ...", min fremhævelse.

Realdebitors *afhjælpningsret* er ganske snævert beskrevet i købelovens § 49. Bestemmelsen har ofte givet anledning til diskussion i teorien.¹⁴³ men grundtanken i bestemmelsen er for så vidt hensigtsmæssig nok. Såfremt en realdebitor vælger at levere realydelsen, før han er forpligtet til det, vil realkreditor ofte, da der er tale om erhvervsforhold, vælge hurtigt at indgå nye aftaler vedrørende ydelsen. Hæver realkreditors medkontrahenter herefter købet under henvisning til, at realydelsen er væsentlig mangelfuld, ville det stille realkreditor i en u hensigtsmæssig position, såfremt han skulle affinde sig med, at realdebitor afhjælper manglerne.¹⁴⁴

I visse transaktioner kan reglen imidlertid qua sine relativt strenge betingelser for anvendelse have negative konsekvenser for parterne. Realdebitor skal for det første kunne udføre afhjælpningen *inden forfaldstidens indtræden*, jf. formuleringen "... inden udløbet af den tid, da han [realkreditor] er pligtig at afvente levering (jf. § 21) ...". Efter som enhver forsinkelse er væsentlig i handelskøb, jf. § 21, stk. 3, er afhjælpningsretten derfor uden konkret interesse efter den aftalte leveringstid. Afhjælpningen skal dernæst kunne ske, uden at det "... medføre[r] omkostninger eller ulempe for [realkreditor]" – og dette skal være *åbenbart*. I praksis vil det derfor kun være i et fåtal af situationer, at realdebitor i handelskøb kan påberåbe sig en afhjælpningsret, medmindre parterne har aftalt sig til rette herom.¹⁴⁵ I *forbrugerkøb* er der derimod en væsentligt udvidet afhjælpningsret for realdebitor, jf. § 79, og en egentlig afhjælpningspligt i visse situationer, sml. § 78.¹⁴⁶

Efter *forbrugerkøbsdirektivets* art. 3, stk. 2 og 3, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 9, om forslag til ny formulering af købelovens §§ 78 og 79, har forbrugeren som udgangspunkt adgang til at kræve afhjælpning (afhjælpningsret) eller omlevering efter eget valg, jf. hertil kap. III, afsnit 4.3.2. Af den hidtidige formulering af købelovens § 78, stk. 1, fremgår det derimod, at det er sælgeren, som har valgretten, idet han efter eget valg kan

143. Se eksempelvis *Tore Almén*: Om köp och byte av lös egendom (1960) s. 662ff., *Henry Ussing*: Køb (1987) s. 144f. samt *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (1993) s. 886.

144. I samme retning *Henry Ussing*: Køb (1987) s. 144.

145. Se om bestemmelsen og praksis nærmere *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (1993) s. 885ff.

146. Der henvises til *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (1993) s. 1171ff. for en generel indføring.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

opfylde sin afhjælpningspligt i genuskøb ved at foretage omlevering. Sælgeren har efter direktivet og forslaget til ny § 78, stk. 3, fortsat en vis begrænset afhjælpnings- og omleveringsret. Denne ret har sælger, såfremt forbrugeren ikke ønsker afhjælpning eller omlevering, selv om gennemførelsen af en af disse eller begge beføjelser er mulig, jf. hertil forslaget til ny § 78, stk. 2. Sælger kan da afvise forbrugers krav om prisafslag eller ophævelse mod i stedet at tilbyde afhjælpning og/eller omlevering. § 78, stk. 3, kan endvidere påberåbes, såfremt sælger ønsker at foretage afhjælpning eller omlevering, selv om han ikke er forpligtet hertil, fordi det vil være forbundet med uforholdsmæssige omkostninger for forbrugeren at kræve det.¹⁴⁷ I begge tilfælde forudsættes det dog, at afhjælpning eller omlevering foretages inden rimelig tid, uden udgift og uden væsentlig ulempe for forbrugeren, jf. forslaget til ny § 78, stk. 4.

I relation til *informationsydelser* kan det vise sig forbundet med uoverstigelige problemer for realdebitor at afhjælpe en *informationsmangel*. I de tilfælde, hvor ydelsen består af menneskelæsbar information knyttet til et fysisk medium, således som det eksempelvis er tilfældet for traditionelle fysiske eksemplarer af litterære værker indeholdende faktuelle oplysninger (leksika mv.), vil det reelt være praktisk umuligt at foretage afhjælpning, eftersom informationerne her fremtræder fysisk manifesteret på papir, jf. hertil forbeholdet for omkostninger og ulempe i §§ 49, stk. 1 og 79, 2. pkt.¹⁴⁸ Realdebitors afhjælpningsret og (i forbrugerkøb) -pligt er her mere teoretisk end praktisk relevant.

147. I *betænkning nr. 1403/2001* s. 205 anføres det, at sælger i begge de nævnte tilfælde må acceptere, at det er forbrugers valg, om der skal foretages afhjælpning eller omlevering, medmindre andet vil være umuligt eller forbundet med uforholdsmæssige omkostninger for sælger. Betragtningen er ikke gentaget i bemærkningerne til lovforslaget og forekommer ikke at være i overensstemmelse med formuleringen af forslaget til ny § 78, stk. 3 ("Tilbyder sælgeren afhjælpning eller omlevering ..."), der endvidere ikke indeholder en henvisning til § 78, stk. 1 (forbrugers valgret). Situationen omtales ikke i direktivet. Der kan argumenteres for, at når forbrugeren ikke ønsker at gøre brug af sine beføjelser til afhjælpning eller omlevering, selv om gennemførelsen af en af eller begge disse beføjelser er mulig, og i stedet fremsætter krav om prisnedslag eller ophævelse, har forbrugeren derved mistet sin valgret ved ikke at udnytte den. Tilsvarende kan der argumenteres for, at såfremt sælger tilbyder forbrugeren at foretage afhjælpning eller omlevering, selv om det er forbundet med omkostninger, der umiddelbart ville forhindre forbrugeren i at påberåbe sig en af beføjelserne eller dem begge efter § 78, stk. 1, fordi omkostningerne er uforholdsmæssige, må det være op til sælger at vælge den mindst omkostningskrævende beføjelse.

Som det er tilfældet i relation til omlevering vil *edb-programmer* kunne give anledning til særlig tvivl. Foreligger edb-programmet i maskinlæsbart format, kan realdebitor principielt rette eventuelle fejl heri ved enten at få tilbageleveret det fysiske medium, programmet er manifesteret på, ved at få tilsendt den transmitterede fil, eller ved at koble sig op til realkreditors installation og dér foretage fejlrettelsen. En fejlrettelse i et edb-program vil imidlertid ofte føre nye fejl med sig, og da fejlrettelsen også her kan medføre inkompatibilitet, er afhjælpningsretten og -pligten også af begrænset betydning, hvor re-alydelsen udgøres af et edb-program i maskinlæsbart format.¹⁴⁹ I relation til *andre* digitale ydelser kan afhjælpning imidlertid tænkes som et praktisabelt redskab, ikke mindst i de tilfælde, hvor ydelsen *præsteres digitalt*. Man kan her tænke sig, at realdebitor ved at koble sig op til realkreditors installation kan foretage de fornødne rettelser i det digitale leksikon mv. Men også i forhold til digitale ydelser manifesteret i et fysisk medium kan afhjælpning komme på tale, eksempelvis derved, at realkreditor indleverer eksemplaret, hvorefter realdebitor retter de tilstedeværende fejl. I modsætning til de tilfælde, hvor informationen fremtræder direkte menneskelæsbar som teksten på et papir, kan de digitale informationer *overskrives* uden kvalitetstab i ydelsen i øvrigt.

148. At § 79, 2. pkt., her taler om *væsentlig* ulempe, kan næppe føre til et andet resultat. Se også lovforslaget til gennemførelse af *forbrugerkøbsdirektivet* ved § 1, nr. 9, om ny formulering af § 78, stk. 4. Fejlrettelse i fysiske informationsydelser vil i praksis altid medføre væsentlig ulempe for realkreditor (her forbrugeren), eftersom rettelsen rent praktisk alene kan finde sted ved, at informationerne overskrives, eller ved, at realdebitor præsterer en tillægssydelse indeholdende den korrekte information. I sidstnævnte tilfælde er der dog snarere tale om omlevering, jf. ovenfor.

149. Har realdebitor ret og/eller pligt til at foretage afhjælpning i overensstemmelse med købelovens §§ 49 eller 78-79 vil der i reglen være adgang til at foretage mere end ét afhjælpningsforsøg, forudsat dette kan ske uden omkostning eller (væsentlig) ulempe for realkreditor. Betydningen heraf er dog begrænset i forhold til edb-programmer, der ofte vil være behæftet med talrige fejl af større eller mindre betydning for dets benyttelse. Se om antallet af afhjælpningsforsøg *betænkning nr. 1403/2001* s. 105ff. og s. 126ff., hvor det s. 128 konkluderes, at der ikke synes at være behov for en lovregulering på dette punkt. Lovforslaget indeholder da heller ikke bestemmelser herom. Problemstillingen er omtalt af *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 1180 med henvisninger.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

Afhjælpning har således sin største praktiske betydning, hvor realydelsen udgøres af *maskiner* eller *hardware* af en vis størrelse¹⁵⁰ eller hvor der foreligger en *mediefejl*, der lader sig afhjælpne, eksempelvis fejlagtig formattering af disketter eller komprimeringsfejl i filer eller på cd-skiver. Fejl i *edb-programmers maskinlæsbare version* kan imidlertid komme til udtryk på talrige måder, og det er derfor ikke udelukket, at visse fejl kan rettes ved en behørig afhjælpning fra realdebitors side. Se om K18 i kap. III, afsnit 4.3.3.2.

I den udstrækning, realdebitor har påtaget sig en – eventuelt udvidet – afhjælpningspligt i aftalen med realkreditor, eller noget sådant måtte følge af en sædvane indenfor branchen, må realkreditor være påpasselig, såfremt han selv ønsker at forsøge at rette de pågældende fejl.¹⁵¹ Det vil ofte være forbundet med vanskeligheder og i visse tilfælde være helt umuligt efterfølgende at konstatere, hvilke fejl, der hidrørte fra realdebitor, og hvilke fejl, realkreditor selv har foranlediget i kraft af sit afhjælpningsforsøg, og realdebitors pligt til at foretage afhjælpning omfatter ikke fejl, der er tilvejebragt af andre, herunder realdebitor selv.

Det er efterhånden ved at være ganske udbredt, at fabrikanterne af hardware eller programudviklere stiller *support* til rådighed for realkreditor i en vis periode efter aftalens indgåelse, eksempelvis i form af telefoniske *hot lines*. Formålet med sådanne ordninger er imidlertid ikke at rette fejl, men at give realkreditor, der ofte vil være en forbruger, mulighed for at stille forespørgsel om installationens korrekte anvendelse, herunder om problemer ved benyttelsen af det medfølgende program, og ordningerne kan derfor ikke erstatte den afhjælpningspligt, der måtte følge af købelovens § 78 eller af aftalen, i sidstnævnte tilfælde, forudsat at aftalen ikke giver anledning til et andet resultat.

UCITA indeholder i Sec. 703(a)(1) en bestemmelse, der i vid udstrækning svarer til købelovens § 49. Det hedder således: "A party in breach of contract may cure the breach at its own expense if the time for performance has not expired

150. Jf. om maskiner *Tore Almén*: Om köp och byte av lös egendom (1960) s. 663. Leverandører af IT-systemer har formentlig en afhjælpningsret, der er mere omfattende end købelovens § 49 opstiller for andre leverandører, jf. hertil *Mads Bryde Andersen*: IT-retten (2001) s. 911 med henvisninger. Årsagen hertil skal søges i en flerhed af faktorer, herunder realydelsens kompleksitet og realdebitors ofte mangelfulde viden om den sammenhæng, systemet skal indgå i.

151. Ophavsretslovens § 36, stk. 1, nr. 1 giver den retmæssige erhverver ret til at fremstille de eksemplarer af programmet, der er nødvendige for at kunne foretage en sådan fejlrettelse.

Kapitel III · Detailregulering

and the party in breach seasonably notifies the aggrieved party of its intent to cure and, within the time for performance, makes a confirming performance". I modsætning til købelovens § 49 gælder Sec. 703 imidlertid for såvel realkreditor som realdebitor. UCITA indeholder også en bestemmelse om afhjælpningspligt, se Sec. 703(b): "In a license other than in a massmarket transaction, if the agreement required a single delivery of a copy and the party receiving tender of delivery was required to accept a nonconforming copy because the nonconformity was not a material breach of contract, the party in breach shall promptly and in good faith make an effort to cure if the party in breach receives seasonable notice of the specific nonconformity and a demand for cure of it and the cost of the effort to cure does not disproportionately exceed the direct damages caused by the nonconformity to the aggrieved party", fremhævet her. Ser man bort bestemmelsens opbygning, herunder om *license*, *massmarket transactions* og *delivery of a copy*, der alle har med lovens generelle anvendelighed at gøre, svarer realindholdet i denne bestemmelse til købelovens § 78, stk. 1, 2. pkt. med den modifikation, at Sec. 703(b) som Sec. 703(a) omfatter begge parter. Efter Sec. 703(a)(3) kan der endvidere ske afhjælpning "[if] in a case not governed by paragraph (1) or (2), the party in breach seasonably notifies the aggrieved party of its intent to cure and promptly provides a conforming performance before cancellation by the aggrieved party". I alle tilfælde gælder det, at modparten ikke kan hæve aftalen som følge af misligholdelsen, hvis den afhjælpes i overensstemmelse med Sec. 703(a), se Sec. 703(c), 1. pkt. Dette svarer til retstilstanden efter købelovens § 79.

4.3.3.2. Afhjælpning af fejl i realydelser

· udenfor køberetligt omfattede tilfælde

Som nævnt i kap. III, afsnit 4.3.3.1 vil parterne i erhvervsmæssige forhold, der vedrører mere komplicerede overdragelser som maskiner, hardware eller *systemleverancer*, ofte vælge at aftale en afhjælpningspligt for realdebitor.¹⁵² Indenfor området for hardware og software spiller K18 og K33 en ganske særlig rolle. I K18, pkt. 14.2 findes en detaljeret regulering af realdebitors afhjælpningspligt, der blandt andet giver realdebitor pligt til at rette fejl ved programmel, jf. pkt. 14.2, 3. afsnit. Eftersom disse transaktioner ofte vil indbefatte såvel standardiserede som specialdesignede programmer, er afhjælpning af fejl en hensigtsmæssig ordning, der i videst muligt omfang tilgodeser realkreditors interesse i at opnå et driftssikkert system. Selvom fejlret-

152. Branchemæssige kutymers kan føre til et tilsvarende resultat.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

telse i edb-programmer ofte medfører risiko for, at der skabes nye fejl, er afhjælpning således ingenlunde uden betydning. Er der eksempelvis tale om en fejl i et grundlæggende styreprogram, der gør det umuligt eller overordentligt vanskeligt for realkreditor at benytte det leverede system, kan realdebitors afhjælpning af en sådan fejl indebære, at systemet kan benyttes efter sit formål.

Eftersom det i tilfælde, der omfattes af denne kategori, altid vil være *aftalen* (eller kutymen), som afgør tilstedeværelsen og omfanget af afhjælpningsret og -pligt, er det svært at sige noget generelt herom. Parterne kan således i udgangspunktet frit aftale sig til rette om afhjælpning i ikke-købelovsomfattede transaktioner.¹⁵³ Foreligger der en forbrugertransaktion vedrørende en re-alydelse, der ikke omfattes af købelovens faktiske mangelsregler, fordi den eksempelvis udgøres af subjektiv information, kan reglerne i købelovens §§ 78-79 anvendes analogt, men reglerne gælder da alene som udfyldende retsgrundlag.¹⁵⁴ Er afhjælpning aftalt, en følge af en kutyme eller direkte foreskrevet i loven, ledsages retten for realdebitor ofte af klausuler eller tilstødende bestemmelser om, at realdebitors foretagelse af fejlretning i en vis udstrækning *afskærer* eller på anden vis *modificerer* realkreditors øvrige misligholdelsesbeføjelser, se eksempelvis købelovens § 49, stk. 1 og § 79, K18, pkt. 14.4, NL 92, pkt. 31 og NLM 94, pkt. 62. Forudsætningen vil dog ofte være, at realdebitor udfører afhjælpningen inden en vis given periode, og realkreditors adgang til at kræve *erstatning* berøres i reglen ikke. Om erstatning, se kap. III, afsnit 4.5.

Også IT købekontrakten indeholder en regulering af afhjælpningsbeføjelsen, se kontraktens pkt. 11.2.1, hvorefter “[l]everandøren har *pligt og ret* til i *garanti-perioden* at afhjælpe konstaterede mangler ...”, fremhævet her. Kontraktens pkt. 11.2.2 indeholder en nærmere regulering af realkreditors øvrige misligholdelsesbeføjelser ved tilstedeværelse af mangler, se nærmere kap. III, afsnit 4.3.4.

Om afhjælpning efter NL 92, pkt. 21 se *Helge Jakob Kolrud m.fl.*: Kommentar til NL 92 (1993) s. 89ff. og om NLM 94, pkt. 38 *Helge Jakob Kolrud m.fl.*: Kommentar til NLM 94 (1996) s. 165ff.

153. Tilsvarende gælder for erhvervsmæssige transaktioner, der omfattes af købeloven, jf. § 1, stk. 1. Derimod kan ordningen i købelovens §§ 78-79 ikke fraviges til skade for forbrugeren, jf. § 1, stk. 2, hvilket også gælder efter lovforslaget om gennemførelse af *forbruger købsdirektivet*, se § 1, nr. 1 om den nye formulering af købelovens § 1, stk. 2.

154. Jf. *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky*: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 179 med omtale af U.1992.818 V.

Kapitel III · Detailregulering

Fra praksis kan nævnes *U.1974.557 S*, omtalt i kap. II, afsnit 4.2.5.2.1, hvor et edb-anlæg trods gentagne afhjælpningsforsøg ikke opnåede den forudsatte funktionsduelighed.

4.3.4. *Forholdsmæssigt afslag*¹⁵⁵

Et *forholdsmæssigt afslag* er en økonomisk beføjelse for realkreditor, der har til formål at regulere vederlaget i overensstemmelse med realydelsens reelle værdi for realkreditor.¹⁵⁶ Som anført ovenfor kap. II, afsnit 3.2.4, kan anvendelsen af denne beføjelse give anledning til problemer for visse informationsydelsers vedkommende, såfremt vederlaget består af en *symbolsk* betaling eller af *løbende afdrag*, eksempelvis i form af kreditaftaler eller licenser. Det er ikke usædvanligt, at visse realdebitorer kan se en markedsføringsmæssig interesse i at udbyde (dele af) deres realydelser til en beskeden betaling for derved at skabe sig eller underbygge en allerede eksisterende position på markedet.¹⁵⁷ Vederlagets størrelse indgår som en af flere faktorer i *mangelsbedømmelsen*,¹⁵⁸ men selv i tilfælde, hvor vederlaget end ikke tilnærmelsesvist modsvarer realydelsens faktiske værdi, således som denne eksempelvis kan opgøres i form af oversigter over udviklingsomkostninger mv., kan et forholdsmæssigt afslag ikke afvises. Det forholdsmæssige afslag i købeloven er alene knyttet op på tilstedeværelsen af en mangel,¹⁵⁹ og så længe der eksisterer et vederlag, der kan foretages et afslag i, er dette tilstrækkeligt for anvendelsen af beføjelsen.

155. Det forholdsmæssige afslag er et almindeligt princip, se *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 426 med note 240.

156. Se generelt om forholdsmæssigt afslag *Henry Ussing: Køb* (1987) s. 129f. og *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 239ff. Købeloven indeholder regler om forholdsmæssigt afslag i §§ 42, stk. 1, 43, stk. 1 og 78, stk. 1, 1.pkt., se herom *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 781ff., der indeholder en gennemgang af betingelserne for anvendelse af beføjelsen.

157. Visse programmer stilles endog *vederlagsfrit* til erhververens position. Dette gælder således eksempelvis for de mest populære browsere fra Netscape og Microsoft (henholdsvis Communicator og Explorer). I sådanne tilfælde giver det selvsagt ingen mening at operere med et forholdsmæssigt afslag, der jo netop er en *økonomisk* beføjelse. Programmer som de anførte omfattes ikke af købeloven, heller ikke for så vidt angår deres objektive informationsindhold, eftersom der slet ikke, som følge af det manglende vederlag, foreligger et køb. Se generelt om købsbegrebet kap. II, afsnit 3.2.2.

158. Jf. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 708. Se generelt om mangelsbedømmelsen kap. III, afsnit 3.1.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

I *forbrugerkøbsdirektivet* art. 3, stk. 5, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 9, om forslag til ny § 78, stk. 4, 2. pkt., omtales forbrugerens ret til at kræve et *passende afslag* i købesummen under visse nærmere angivne forudsætninger. Det er uklart, hvorvidt den ændrede formulering, der kan opfattes som en *rimelighedsstandard*, vil medføre ændringer i retstilstanden. Som anført i *betænkning nr. 1403/2001* s. 120, er det eksempelvis tvivlsomt, hvorvidt anvendelsen af beføjelsen forudsætter tilstedeværelsen af en *værdiforringende* mangel. Det må dog nok konstateres, at anvendelsen af ordet "passende" peger i retning af, at ikke enhver mangel kan danne grundlag for et prisafslag. Trods denne usikkerhed om den præcise fortolkning af retten til at kræve et passende afslag, vil den ændrede formulering næppe medføre mærkbare ændringer i retstilstanden som den kendes fra det forholdsmæssige afslag, jf. i samme retning *betænkning nr. 1403/2001* s. 122.

Heller ikke den omstændighed, at vederlaget består af *løbende afdrag*, udelukker i sig selv et forholdsmæssigt afslag. I *lejeaftaler*, hvor det lejede viser sig mangelfuldt, er det således ikke til hinder for et forholdsmæssigt afslag,¹⁶⁰ at vederlaget betales ratemæssigt, og tilsvarende gælder for transaktioner, der vedrører *licenserede realydelser*, herunder informationsydelser som edb-programmel og hardware. Det forholdsmæssige afslag indebærer her en reduktion af licensbetalingen, der svarer til den reelle brugsværdi af ydelsen, samt en *forholdsmæssig tilbagebetaling* fra realdebitor i den udstrækning, realkreditor allerede har betalt et eller flere afdrag.

Forholdsmæssigt afslag kan navnlig være praktisk relevant for realkreditor i tilfælde, hvor realydelsen, eksempelvis et edb-program, nok er mangelfuldt, men ikke så væsentligt, at ophævelse kan ske, jf. om ophævelse kap. III, afsnit 4.4. Beføjelsen kan ligeledes være relevant, hvor ydelsen lider af en væsentlig man-

159. Som anført af *Henry Ussing: Køb* (1987) s. 130 og *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 782 kan realkreditor ikke kræve forholdsmæssigt afslag, såfremt der alene er tale om *bagatelagtige fejl*, jf. også *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 427. Er fejlen *ikke værdiforringende*, kan forholdsmæssigt afslag heller ikke komme på tale, jf. dog straks nedenfor om *forbrugerkøbsdirektivet*, men dette udelukker ikke, at realkreditor kan påberåbe sig *andre* misligholdelsesbeføjelser, herunder ophævelse, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.

160. Jf. *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999) s. 425. Det forholdsmæssige afslag består da i en *forholdsmæssig reduktion* af lejen med den konsekvens, at lejen nedsættes til *den reducerede brugsværdi* af det lejede.

Kapitel III · Detailregulering

gel, men realkreditor vælger at affinde sig med dette, eksempelvis fordi han af andre årsager ønsker at beholde ydelsen. I så fald kan det forholdsmæssige afslag kompensere ham for den værdinedgang, manglen medfører, uden at han behøver returnere ydelsen til realdebitor eller i øvrigt tillade denne adgang til den. Som nævnt i kap. III, afsnit 4.3.3.2, kan tilstedeværelsen af en *afhjælpningsret* for realdebitor eller en *afhjælpningspligt*, realkreditor påberåber sig, imidlertid medfører, at andre beføjelser midlertidigt suspenderes.

Adgangen til et forholdsmæssigt afslag kan også tilvejebringes *aftalemæssigt*, se eksempelvis AB92 §§ 31, stk. 4, og 32, stk. 4, NL 92, pkt. 31(b) og NLM 94, pkt. 62(b). K18 indeholder i pkt. 14.3 en klausul om betaling af *bod* i tilfælde af mangler, der foreligger i form af nedsat *driftseffektivitet*. Efter pkt. 14.5 gælder dansk rets almindelige regler i øvrigt om *andre* beføjelser for realkreditor. IT købekontraktens pkt. 11.2.2 fastslår, at realkreditor i stedet for at *hæve* kontrakten, hvor leverancen efter overtagelsen er behæftet med så omfattende og alvorlige mangler, at leverancens værdi for realkreditor er væsentligt reduceret, og/eller leverandøren ikke rettidigt iværksætter tilstrækkelige afhjælpningsforanstaltninger (jf. kontraktens pkt. 11.2.1), alternativt kan kræve et *forholdsmæssigt afslag* i kontraktsummen samt vederlag for vedligeholdelse svarende til den forringede brugsværdi, manglen medfører. Realkreditor kan ligeledes kræve et forholdsmæssigt afslag ved mangler, der *ikke* kan begrunde *ophævelse*, men som leverandøren *har erkendt og ikke afhjulpet* inden 20 arbejdsdage fra den aftalte (del)overtagelsesdag. Endelig ifalder leverandøren en *bod*, såfremt han ikke er i stand til efter overtagelsen at opfylde de aftalte servicemål. Beregningen af boden er nærmere reguleret i kontraktens bilag 13.

Om forholdsmæssigt afslag i tilfælde af *forsinkelse*, se Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 253f.

Der gælder principielt ingen øvre grænse for det forholdsmæssige afslags størrelse.¹⁶¹ Købesummen nedsættes proportionalt med salgs-genstandens værdiforringelse, og det beløb, realkreditor kan forlange i afslag, afhænger derfor af manglens karakter. Den omstændighed, at der skal være tale om et *afslag*, indebærer imidlertid, at realkreditor ikke kan få *hele* købesummen tilbage eller undlade at betale *hele* købesummen. Dette indebærer reelt en *ophævelse* af købet og forudsætter,

161. Derimod gælder der formentlig en *bagatelgrænse*, se Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 782, Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning (1999) s. 427f. (om tingsleje) og Henry Ussing: Køb (1997) s. 130.

at betingelserne herfor er opfyldt, jf. hertil kap. III, afsnit 4.4. Bortset fra dette klare udgangspunkt er der ingen faste regler for, hvor stor en procentdel afslaget kan udgøre.

Det forholdsmæssige afslag er en beføjelse af potentielt ganske væsentlig betydning, hvor realydelsen består af information, der viser sig at lide af en faktisk mangel.¹⁶² Har realkreditor mistet muligheden for at hæve købet, fordi han ikke reklamerer i tide (købelovens § 52), eller fordi han ikke kan levere realydelsen tilbage i væsentligt samme stand som den, hvori han modtog den (købelovens §§ 57-58), udelukker dette ikke i sig selv, at han kan opnå et forholdsmæssigt afslag.¹⁶³ Beføjelsen kan ligeledes anvendes, såfremt realkreditor har bevaret retten til at hæve købet, men han trods dette ikke ønsker at benytte sig af denne beføjelse. Selvom der kan argumenteres for, at hævebeføjelsen er af central betydning for hele den køberetlige vurdering, jf. diskussionen i kap. II, afsnit 4.2.4.2.2 og 4.2.5.2.1, er den ikke den *eneste* beføjelse, realkreditor har ret til, hvor realydelsen lider af en faktisk mangel, og i tilfælde, hvor ophævelse af den ene eller anden grund er umulig, kan realkreditor i kraft af det forholdsmæssige afslag opnå en økonomisk kompensation for realydelsens mangelfulde karakter, der efter omstændighederne (manglens karakter) kan udgøre en ikke uvæsentlig procentdel af købesummen. Det forholdsmæssige afslag kan desuden være relevant, hvor realydelsens mangler ikke kan *afhjælpes* i en grad, der gør ydelsen aftalemæssig, eftersom de to beføjelser blot ikke kan benyttes *samtidigt* .¹⁶⁴ Medfører en afhjælpning af en programmeringsfejl i et edb-program alene en delvis udbedring, kan der opnås et forholdsmæssigt afslag for den resterende fejls vedkommende, såfremt den fortsat udgør en værdiforringende mangel.

4.4. Ophævelse i tilfælde af forsinkelse eller mangelfuld præstation fra realdebitor

4.4.1. Oversigt

Ophævelse er en misligholdelsesbeføjelse af potentielt indgribende karakter. Hvor de øvrige beføjelser opretholder transaktionen mellem parterne, indebærer ophævelsen i udgangspunktet, at parternes re-

162. Se hertil kap. II, afsnit 4.2.4.2.2.

163. Jf. i samme retning Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 788 og s. 1001.

164. Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 783.

spektive ydelser *skal tilbageleveres*. Ophæves en købeaftale som følge af misligholdelse fra realdebitors side, skal realdebitor således betale det erlagte vederlag tilbage, mens realkreditor skal levere realydelsen retur, jf. om købeloven i de følgende afsnit. En ophævelse indebærer, at aftalen mellem parterne *ikke effektueres*, og anvendelsen af beføjelsen er derfor i reglen betinget af tilstedeværelsen af en *væsentlig* misligholdelse.

Som nævnt i kap. II, afsnit 4.2.4.2.2 og 4.2.5.2.1 kan anvendelsen af ophævelsesbeføjelsen give anledning til særlige problemer i relation til visse *informationsydelser*. En ophævelse kan komme på tale såvel hvor realydelsen er forsinket, som hvor den er mangelfuld, men *udøvelsen* af beføjelsen kan afstedkomme forskellige komplikationer i de to situationer. Ophævelse i tilfælde af forsinkelse omtales i kap. III, afsnit 4.4.3, mens den mangelsbaserede ophævelse diskuteres i kap. III, afsnit 4.4.4. Den følgende fremstilling indledes med nogle bemærkninger om ophævelse, hvor realydelsen udgøres af *fysiske hardwareenheder*.

Ophævelse er ikke det samme som *opsigelse* eller *annullation*, eftersom ingen af dem begrebsmæssigt forudsætter en misligholdelse, før de kan anvendes. *Opsigelsen* træder almindeligvis i kraft alene ved den ene parts *påkrav* om, at aftalen ønskes opsagt, og da den har samme virkning som en ophævelse – aftalens indhold effektueres ikke (længere) – kræves der sikker hjemmel, før en aftale kan opsiges.¹⁶⁵ Hjemmelen kan fremgå af aftalen eller lovgivningen, eksempelvis *lejeloven*. Ophæver en af parterne *uden* hjemmel en aftale, foreligger der *annullation*, for hvilken den annullerende part er erstatningsansvarlig efter almindelige regler. Kan en part derimod træde ud af en aftale *uden* at dette indebærer erstatningspligt, foreligger der en *afbestillingsret*. Se om disse terminologiske aspekter *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (1995) s. 265f. og *Bernhard Gomard: Obligationsret, del I* (1998) s. 16ff.

UCITA indeholder i Sec. 701(b) en regulering af, hvornår der foreligger væsentlig misligholdelse efter loven. Udgangspunktet er, at det må afgøres med baggrund i aftalen, herunder som denne fortolkes og udfyldes.

K18 indeholder i pkt. 2.3 en *ombestillingsret*, jf. også AB 92 §§ 14, stk. 5 og 15, stk. 5. K18, pkt. 2.3 har følgende ordlyd: "Såfremt leverandøren indleder mar-

165. Se hertil *Bernhard Gomard: Obligationsret, del I* (1998) s. 16ff.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

kedsføring i Danmark af nyt udstyr og/eller programmel af tilsvarende art som det købte, påhviler det leverandøren straks at underrette kunden. Indledes markedsføringen *inden* overtagelsesdagen [jf. pkt. 1, 6. afsnit], kan kunden *forlange det nye udstyr og/eller programmel leveret i stedet*. Et sådant forlangende skal fremsættes af kunden i rimelig tid efter, at leverandøren har meddelt, at sådan markedsføring vil finde sted” (uddrag), fremhævet her.

4.4.2. Ophævelse i tilfælde af forsinkelse med eller mangler ved hardware

Hardware, herunder computerskærme, harddiske, tastaturer, printere og højttalere, omfattes utvivlsomt af købelovens regler om forsinkelse og faktiske mangler. I den udstrækning, sådanne ydelser indgår som led i en købstransaktion, finder reglerne om ophævelse i §§ 42, stk. 1, 43, stk. 1, 74, stk. 2 og 78, stk. 1 derfor direkte anvendelse. Ydelserne giver ikke anledning til særlige problemer, og der kan derfor i det hele henvises til generelle køberetlige fremstillingerens behandling af dette problem.¹⁶⁶

Indgår hardwaren som en del af en samlet *systemleverance*, vil parterne ofte have vedtaget at anvende K18, K33 eller IT købekontrakten i deres indbyrdes forhold, jf. herom kap. III, afsnit 4.4.5. Også i øvrigt vil parternes konkrete aftale i praksis indeholde klausuler, der i større eller mindre omfang fraviger eller præciserer købelovens ordning, hvor dette ikke udelukkes som følge af de forbrugerbeskyttelsespræceptive regler.

Om relationen mellem *afhjælpning* eller *omlevering* og ophævelse, se kap. III, afsnit 4.3.3.1.

Den årlige publikation fra *Forbrugerstyrelsen*, Juridisk Årbog, indeholder en kategori om sager af almen interesse, hvor computerudstyr ofte indgår.

Om *forbruger købsdirektivets* og det danske gennemførelseslovforslags bestemmelser om ophævelse, se kap. III, afsnit 4.4.4.

166. Se eksempelvis *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s.789ff. og 825ff. og *Henry Ussing: Køb* (1987) s. 130ff.

4.4.3. *Ophævelse af aftaler, der vedrører informationsydelser,
i tilfælde af forsinkelse*

Såfremt parternes aftale vedrører en informationsydelse, der omfattes af købeloven, eksempelvis edb-programmer i maskinlæsbart format eller andre former for objektiv information, gælder reglerne i købelovens §§ 21 og 74. Er forsinkelsen væsentlig, kan der herefter ske ophævelse, såfremt der reklameres rettidigt. I relation til informationsydelser har disse regler deres sikreste anvendelsesområde, hvor ydelsen *aldrig kommer frem* i en form, der giver realkreditor mulighed for at anvende ydelsen efter sit formål. Filen forsvinder eksempelvis undervejs i transaktionen på nettet, og realdebitor vil ikke eftersende en ny fil, medmindre realkreditor betaler på ny. I disse situationer giver det ikke anledning til særlige problemer, at ydelsen består af information, og er forsinkelsen væsentlig, jf. hertil købelovens § 21, stk. 3 om handelskøb, og betingelserne for ophævelse i øvrigt opfyldt, kan realkreditor ophæve købsaftalen.

Situationen kan forekomme at være en anden, såfremt ydelsen måske nok kommer frem, blot *ikke i rette tid*. I disse tilfælde har realkreditor fået rådighed over ydelsen på en måde, der gør det muligt for ham at anvende den efter sit formål, og man kan da overveje, hvorvidt det *kontrol- og benyttelseshensyn*, der er omtalt ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2.1 og 4.2.5.2.1, udelukker anvendelsen af ophævelsesbeføjelsen. Som anført her er det kendetegnende for informationsydelser, at nytteværdien af informationsydelser først udnyttes på det tidspunkt, hvor indholdet *kopieres* til enten den menneskelige hjerne (menneskelæsbare information) eller en teknisk installation (maskinlæsbare information). Er en informationsydelse leveret, kan realkreditor herefter opnå kendskab til dens indhold ved at benytte sig af de sanser, der er påkrævede for ydelsens benyttelse (læse bogen, se filmen, høre musikken), eller ved at installere ydelsen på en teknisk installation, *selvom* den er forsinket, og i disse situationer kan det forekomme urimeligt, at realdebitor må acceptere en ophævelse, når der ikke er sikkerhed for, at ydelsen ikke fortsat anvendes efter realkreditor har returneret et fysisk informationsmedium eller en fil.

I handelskøb er enhver forsinkelse væsentlig, jf. købelovens § 21, stk. 3. Dette betyder, at realkreditor kan ophæve aftalen straks det konstateres, at realydelsen ikke er leveret rettidigt. Med tanke på ophævelsens indgribende karakter kan det forekomme som en unødigt streng konsekvens for realdebitor af en efter omstændighederne mini-

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

mal forsinkelse. Rent bortset fra, at parterne i sådanne transaktioner ofte vil *aftale* noget andet, adskiller realdebitors retsstilling sig imidlertid ikke fra andre realdebitors, der omfattes af købeloven. Den omstændighed, at realdebitor ikke kan kontrollere realkreditors eventuelle efterfølgende brug af informationen, kan ikke i sig selv medføre, at ophævelse i tilfælde af forsinkelse udelukkes. Selvom købelovens § 57 er udformet med henblik på andre samfundsforhold og realydelser end informationsydelsen, er den næppe til hinder for ophævelse i disse situationer, jf. i det hele diskussionen ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2.1 og 4.2.5.2.1.

I *forbruger*køb afhænger forsinkelsens væsentlighed af en konkret vurdering af forbrugers og realdebitors forhold, jf. formuleringen "... af væsentlig betydning for ham og sælgeren måtte forudsætte dette" i § 74, stk. 2, 1.pkt. (min fremhævelse).

Man kan overveje, om realkreditor i det hele taget er berettiget til at tage informationsydelsen i brug, såfremt han ønsker at påberåbe sig forsinkelse. En ibrugtagning er ikke nødvendig for at konstatere tilstedeværelsen af misligholdelsen, og er han ikke berettiget hertil, opstår det ovenfor skitserede problem slet ikke, eftersom realkreditor da ikke har ret til at skaffe sig adgang til *indholdet*. Beslutter realkreditor sig for at benytte en for sent leveret genstand, må det formentlig i udgangspunktet kunne tolkes som et, efter omstændighederne *stiltiende, afkald* på at påkalde forsinkelsen som misligholdelse.¹⁶⁷ En ibrugtagning af ydelsen kan imidlertid være nødvendig af *andre* årsager end til konstatering af forsinkelse som misligholdelse, jf. eksempelvis købelovens § 51 om handelskøbers *undersøgelsespligt*, når genstanden er leveret, og ydelsen kan ligeledes være af så afgørende betydning for realkreditor, at ibrugtagning ikke i sig selv udelukker ophævelse som følge af forsinkelse. Vedrører transaktionen eksempelvis livsvigtigt udstyr til et hospital eller et edb-program, der er helt afgørende for realkreditors virksomhed, idet det skal håndtere lagerstyringen, vil

167. Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 491 kan formentlig læses i samme retning: "Såfremt køberen *modtager salgs-genstanden med den foreliggende forsinkelse*, og er forsinkelsen af en sådan betydning, at køberen overhovedet kan påberåbe sig den som hævebegrundende, må forsinkelsen vel altid straks fremstå med tilstrækkelig klarhed for køberen, således at afhentningen eller modtagelsen af salgsgenstanden efter omstændighederne kan betragtes som et *afkald* på at gøre hævebeføjelsen gældende", originalfremhævelse. Såfremt allerede modtagelsen eller afhentningen kan tolkes som et (stiltiende) afkald, må dette så meget desto mere gælde, hvor ydelsen tages i brug.

en ibrugtagning næppe kunne tolkes som en stiltiende accept af den forsinkede leverance, såfremt realkreditor i øvrigt reklamerer i overensstemmelse med § 27. I sidstnævnte og lignende tilfælde bliver det derfor relevant at diskutere tilbagegivelse af informationsydelser, herunder princippet i købelovens § 57.

4.4.4. *Ophævelse af aftaler, der vedrører informationsydelser, i tilfælde af faktiske mangler*¹⁶⁸

I modsætning til, hvad der gør sig gældende ved forsinkelse, er realkreditors ibrugtagning af reaydelsen i reglen påkrævet for at konstatere tilstedeværelsen af en faktisk mangel.¹⁶⁹ Realkreditor kan ikke vide, om et leksikon indeholder fejlagtige oplysninger, eller om et edb-programs maskinlæsbare instruktioner lider af en programmeringsfejl, førend ydelsen er taget i brug. Også i relation til mangler opstår spørgsmålet om tilbagelevering derfor, men i en mere klar form som følge af ibrugtagningens ofte uundgåelige konsekvens. Som det er tilfældet i relation til forsinkelse, kan den omstændighed, at *maskinlæsbar* information kan være eksemplarfremskaffet i rigt omfang og de *kontrolproblemer*, dette kan afstedkomme for realdebitor, såfremt en diskette leveres tilbage, eller en fil returneres, ikke i sig selv udelukke ophævelse.

I relation til *menneskelæsbar* information er forholdet det, at realkreditors ibrugtagning af ydelsen medfører en *kopiering* af informationen til realkreditors hjerne. Aftalen vedrører eksempelvis et leksikon, der indeholder fejlagtige faktiske oplysninger, hvilket realkredi-

168. I *forbrugerkøbsdirektivet* art. 3, stk. 5 og 6, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 9, om ny § 78, stk. 1, nr. 4 samt § 78, stk. 4, 2. pkt., reguleres forbrugerens ophævelsesadgang. Forbrugeren har som udgangspunkt mulighed for at ophæve købet, såfremt salgsgenstanden lider af en væsentlig mangel. Dette gælder dog ikke, såfremt realdebitor tilbyder afhjælpning eller omlevering. Opfylder realdebitor ikke krav eller tilbud om afhjælpning eller omlevering inden rimelig tid, uden udgift og væsentlig ulempe for forbrugeren, kan forbrugeren imidlertid benytte hævebeføjelsen, uanset om manglen er væsentlig eller ej. Direktivet om lovforslaget medfører således ikke væsentlige ændringer i den gældende retstilstand. Se hertil *betænkning nr. 1403/2001* s. 197f. og 206.

169. Eftersom en fejl i en objektiv informationsydelse vil fremtræde i alle eksemplarer af den givne ydelse, er det ikke i alle tilfælde nødvendigt, at den konkrete realkreditor skaffer sig adgang til informationsindholdet. Opnår realkreditor således viden om andres opdagelse af fejl i ydelser, der tilhører samme serie eller udgave som hans egen, vil der ikke være tvivl om, at også realkreditors ydelse er behæftet med fejl.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

tor opdager ved at læse i det. Selv i disse tilfælde kan selve *realydelsen* imidlertid tilbageleveres, hvad enten den foreligger i fysisk eller digitalt format, og den omstændighed, at realkreditor har informationsindholdet i sin besiddelse, udelukker ikke i sig selv ophævelsen. En ophævelse forudsætter tilstedeværelsen af *væsentlige* mangler, og i det omfang sådanne findes, vil realkreditors interesse i at benytte sig af den erhvervede viden være beskeden.¹⁷⁰

Jf. hertil *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 314: "Ophævelse forudsætter i reglen gensidig *restitution*. En *grov* misligholdelse fra realdebitors side kan efter omstændighederne godt føre til, at kreditor kan kræve restitution af et allerede betalt pengevederlag, *uagtet realydelsen [eksempelvis] (rådgivning) ikke altid vil tage en sådan form, at den kan gives tilbage* (min fremhævelse)". I tilknytning hertil anføres *U.1976.419 V*, hvor et udarbejdet årsregnskab og en statusopgørelse var behæftet med så grove mangler, at realdebitor ikke havde krav på honorar for sit arbejde. "*Realydelsen var da uden værdi for kreditor*", *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) a. st. (min fremhævelse).

De ovenfor anførte bemærkninger har deres sikreste anvendelsesområde, hvor informationen, hvad enten den er maskin- eller menneskelæsbar, er *manifestet* i et fysisk medium. Vedrører transaktionen fysiske leksika eller edb-programmer indlæst på disketter eller cd-skiver, kan realdebitor i reglen være sikker på, at det eksemplar, han får tilbage, er det samme som det, der blev overdraget. *Digital* information kan imidlertid overføres på andre medier uden kvalitetstab, og realdebitor kan derfor ikke i alle tilfælde være sikker på, at realkreditor ikke tilbageleverer informationen knyttet til en anden diskette mv. end den, informationen blev præsteret på,¹⁷¹ og præsteres informationen *digitalt* som en fil, vil det eksemplar, der returneres, principielt være et andet end det, realkreditor modtog, eftersom filen overføres ved *kopiering*.

170. Har ydelsen ikke desto mindre en eller anden form for *nytteværdi* for realkreditor, kan en ophævelse eventuelt suppleres med et *restitutionskrav* fra realdebitors side, jf. *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 238 om *U.42.252 H* og ovenfor kap. II, afsnit 4.2.5.2.1.

Kapitel III · Detailregulering

I udgangspunktet bør dette imidlertid ikke påvirke realkreditors ophævelsesbeføjelse. Et argument om, at realdebitor ikke har nogen interesse i at få et eksemplar af sin ydelse retur, der ikke er det samme som det, der blev præsteret,¹⁷² synes at miste i værdi, når det eksemplar, der returneres, er fuldkommen identisk med det oprindeligt præsterede. Tilbage står også i disse situationer *kontrolhensynet*, jf. herom kap. III, afsnit 4.4.3 og i øvrigt kap. II, afsnit 4.2.4.2.1. En fil, der indeholder et edb-program, som viser sig at lide af en programmeringsfejl, vil herefter kunne returneres til realdebitor og dermed udgøre det middel, hvormed realkreditor opfylder sin forpligtelse til at levere aftalens genstand tilbage.

Problemet kan imidlertid opstå i tilfælde, hvor den digitale ydelse ikke præsteres direkte i form af realdebitors afsendelse af en fil til realkreditors mailbox, men hvor realkreditor *selv skal iværksætte transaktionen* ved at downloade en fil, der eksempelvis ligger på realdebitors hjemmeside. For nærværende vil sådanne transaktioner ofte blive effektueret ved, at realkreditor klikker på et ikon, hvorefter en .exe-fil transmitteres til realkreditor, der i reglen selv kan bestemme, hvor på hans installation filen skal placeres. Filen skal herefter åbnes, hvorefter den digitale ydelse, der kan være et edb-program, installeres. I disse situationer vil det sjældent kunne lade sig gøre at returnere den modtagne .exe-fil, allerede af den grund, at der ikke er nogen direkte *afsender*, således som det er tilfældet ved den direkte transmission ved brug af e-mailadresser. Realkreditor vil således ikke kunne lokalisere realdebitor, og spørgsmålet er, om dette i sig selv kan udelukke ophævelsesbeføjelsen.

Efter købelovens § 57, stk. 1 skal der ganske vist ske tilbagelevering af begge parter ydelser, men bestemmelsen siger intet om, *hvor* realkreditor skal gøre genstanden tilgængelig for realdebitor. Realkreditor er imidlertid næppe generelt forpligtet til at sende aftalens ydelse tilbage i tilfælde af ophævelse, men kan nøjes med at stille den til realdebitors disposition *på købers plads*,¹⁷³ hvilket kan opfattes på den måde, at såfremt realkreditor blot har filen liggende på sin

171. Ofte vil originaldisketter mv. dog i større eller mindre udstrækning bære præg af at stamme fra en given producent, eksempelvis i kraft af mærkater på disketten mv. Dette sikrer imidlertid ikke realdebitor imod, at realkreditor fremskaffer disse særlige kendetegn fra tredjemand, eller at realkreditor lader *andres* informationsbærere udgøre det middel, hvormed informationsydelsen tilbageleveres.

172. Jf. *Mads Bryde Andersen: Nogle IT-retlige problemer ved årtusindskiftet – En juridisk oversigt* (1998) s. 55.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

installation, hvor den kan afhentes af realdebitor, er kravet i § 57, stk. 1 opfyldt.¹⁷⁴ Problemet er imidlertid, at realdebitor ikke nødvendigvis har konkret mulighed for at opnå adgang til realkreditors installation, og selv hvor dette er tilfældet, kan situationen ikke sammenlignes med den fysisk-faktiske handling, hvormed et typisk fysisk formuegode tages tilbage.

Problemet's løsning beror på en *hensynsafvejning*. På den ene side har realkreditor modtaget en væsentlig mangelfuld ydelse, på den anden side har realdebitor i disse situationer sjældent mulighed for at skaffe sig ydelsen tilbage. Ud fra en betragtning om, at udelukkelsen af realkreditors ophævelsesbeføjelse ikke udelukker anvendelsen af *andre* misligholdelsesbeføjelser, kan der argumenteres for, at ophævelse i disse tilfælde ikke kan finde sted. Men som anført ovenfor om *U.1976.419 V* kan der foreligge så grove mangler, at ophævelse er den eneste hensigtsmæssige beføjelse, på trods af, at ydelsen ikke kan gives tilbage, fordi der er tale om et stykke udført arbejde (*U.1976.419 V*), eller fordi ydelsen består af information. Iværksættes den digitale transaktion på den netop beskrevne vis som en downloadingprocedure vil det derfor bero på en *konkret vurdering* af manglens væsentlighed, om den omstændighed, at realdebitor ikke kan opnå adgang til den, skal udelukke ophævelse.¹⁷⁵ Det må her tages i betragtning, at *omlevering* og *afhjælpning* kun i begrænset omfang er relevante beføjelser, når ydelsen består af information, der er fejlagtig, jf. om disse beføjelser kap. III, afsnit 4.3.2 og 4.3.3.

UCITA, Sec. 706 indeholder en bestemmelse om *duties upon rightful refusal of copies*, jf. også Sec. 704. Efter Sec. 706(b)(2) skal den part, der "... refuses a copy ... deliver the copy and all copies made of it, all access materials, and documentation pertaining to the refused information to the tendering party ...". Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med Sec. 706(b)(1), hvorefter "[a]ny

173. Jf. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 992 og tilsvarende *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 764f.

174. Cfr. *Mads Bryde Andersen: EDB og ansvar* (1988) s. 338, der ikke finder, at reglerne i §§ 57-58 overhovedet er anvendelige på digitale ydelser. Se dog nu samme forfatter i *IT-retten* (2001) s. 786. Se om problemstillingen ovenfor kap. II, afsnit 4.2.4.2.2.

175. Forudsætningen for, at der i det hele taget kan ske ophævelse, er, at ydelsen er væsentlig mangelfuld. Der må imidlertid formentlig kunne kræves *en højere grad af væsentlighed* i tilfælde, hvor realkreditor ønsker at hæve købet, selvom realdebitor ikke kan få den leverede ydelse, der ligger på realkreditors installation, retur, end hvor en sådan returnering rent faktisk er mulig.

Kapitel III · Detailregulering

use, sale, display, performance, or transfer of the copy or information it contains, or any failure to comply with a contractual use term, is a breach of contract [by the party who has rightfully refused or revoked the acceptance of a copy]". Disse handlinger må herefter alene foretages af realdebitor. Realindholdet i Sec. 706(b)(2) svarer til købelovens § 57, stk. 1, men det kan diskuteres, om det også efter dansk ret vil være en forudsætning, at ikke alene det eksemplar, der udgjorde aftalens genstand, men også andre eksemplarer, skal gives tilbage til realdebitor. Situationen kan eksempelvis opstå, såfremt et standardprogram er indlæst på en harddisk, eller der er fremstillet et sikkerhedseksemplar af programmet, jf. ophavsretslovens § 36, stk. 1, nr. 1 og 2. I udgangspunktet kan realdebitor næppe forlange sådanne eksemplarer udleveret sammen med det eksemplar, han har leveret til realkreditor, jf. i samme retning *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 376, der dog alene taler om realkreditors *viderespredning* af programeksemplaret. Argumentationen har imidlertid også relevans her: ophævelse forudsætter tilbagegivelse af parternes respektive ydelser, og realkreditors forpligtelse kan ikke omfatte andet og mere end selve det eksemplar, han selv har fået leveret fra realdebitor. Den praktiske betydning af dette aspekt er dog begrænset, eftersom realkreditor efter køkets ophævelse ikke må *bruge* de eksemplarer, han tidligere lovligt har fremstillet, i det omfang, brugen medfører en krænkelse af rettighedshaverens *enerettigheder* efter ophavsretsloven, jf. hertil om *ram-kopier* og andre midlertidige eksemplarer *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2001) s. 305ff.¹⁷⁶ Se generelt om *kontrollensynet* kap. II, afsnit 4.2.4.2.2.

4.4.5. Aftaler om ophævelse som følge af realdebitors misligholdelse

Ophævelsens særligt indgribende karakter medfører, at der ofte i praksis vedtages særlige ordninger om ophævelse i tilfælde af misligholdelse. Dette gælder såvel i transaktioner, der omfattes af købeloven, som i andre transaktioner.¹⁷⁷ Et eksempel herpå er K18, pkt. 14.4 om realkreditors ophævelse som følge af mangler ved det leverede.

176. Emnet falder udenfor denne fremstilling, se i stedet *Mads Bryde Andersen a. st.* samt *Andreas Mediaas Wagle & Magnus Ødegaard jr.: Opphavsrett i en digital verden* (1997) s. 157ff. og om sletningspligt s. 314.

177. I *forbruger køb* kan købelovens §§ 74, stk. 2, og 78, stk. 1 imidlertid ikke fraviges til skade for forbrugeren, jf. § 1, stk. 2. I andre forbrugertransaktioner kan de anførte bestemmelser anvendes analogt, men her kan andet frit aftales, eftersom reglerne da ikke gælder med deres præceptivitet.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

Herefter kan der ske ophævelse i tilfælde af væsentlige mangler, "... såfremt manglerne ikke inden for rimelig tid er *afhjulpet*, eventuelt ved udskiftning". Ophævelsen er her en subsidær beføjelse, der alene kommer på tale, såfremt en afhjælpning viser sig utilstrækkelig. Foreligger der forsinkelse, fastslår K18, pkt. 15.1, at der skal betales en *bod*, men efter pkt. 15.2 gælder i øvrigt dansk rets almindelige regler om beføjelser i anledning af forsinket eller udeblevet levering, således som de blandt andet kommer til udtryk i købelovens § 21.

NL 92 indeholder tilsvarende klausuler, se således pkt. 14, 2. og 4. afsnit (forsinkelse) og pkt. 31, andet afsnit (mangler) og nærmere herom *Helge Jakob Kolrud m.fl.*: Kommentar til NL 92 (1993) s. 66ff. og 123ff. Se også NLM 94, pkt. 48, 2. og 4. afsnit (forsinkelse) og pkt. 62, 2. afsnit (mangler) samt herom *Helge Jakob Kolrud m.fl.*: Kommentar til NLM 94 (1996) s. 198ff. og s. 247f.

Efter IT købekontraktens pkt. 11.1.1 kan realkreditor hæve aftalen helt eller delvist, såfremt en *forsinkelse* er *væsentlig*. Er den ikke det, kan realkreditor i stedet kræve, at leverandøren betaler en *bod*, der beregnes efter kontraktens bilag 13. Er leverancen *mangelfuld*, er udgangspunktet ligeledes, at leverandøren skal betale en *bod*, se pkt. 11.2.2 og i øvrigt kap. III, afsnit 4.3.4.

Om ophævelse i entrepriseforhold, se AB 92, §§ 40 og 41 og hertil *Christian Johansen*: Bygherrens ændringsret (1999) s. 84.

Om ophævelse ved realdebitors misligholdelse generelt, se *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky*: Lærebog i Obligationsret I (2000) s. 294ff., *Bernhard Gomard*: Obligationsret, del I (1998) s. 22ff. og *Henry Ussing*: Køb (1987) s. 61f.

4.5. Erstatning ved realdebitors misligholdelse

Det falder generelt udenfor denne fremstillings rammer at diskutere anvendelsen af *erstatningsbeføjelsen* i relation til informationsydelse. Hvad enten der er tale om erstatning i eller uden for kontrakt, foranlediger informationsydelsens særlige egenskaber også her særegne problemer, der ikke lader sig behandle tilfredsstillende på dette sted, og der henvises derfor til speciallitteraturen.¹⁷⁸ Her skal blot konstate-

178. Se eksempelvis *Mads Bryde Andersens* doktordisputats *Edb og ansvar* fra 1988 med talrige henvisninger og samme: Nogle IT-retlige problemer ved årtusindskiftet – En juridisk oversigt (1998) s. 68ff.

res, at muligheden for realkreditor for at få erstatning i anledning af realdebitors misligholdelse afhænger af tilstedeværelsen af et *ansvarsgrundlag* og et *tab*. Købeloven indeholder en række bestemmelser om erstatning ved realdebitors misligholdelse, se således §§ 23-25, 42, stk. 2, 43, stk. 3, 45 og 80, der i et vist omfang er udtryk for almindelige principper. I øvrigt vil parterne her som det gælder for misligholdelsesbeføjelserne generelt ofte aftale sig til rette, jf. eksempelvis K18, pkt. 16 (henvisning til dansk rets almindelige regler), NL 92, pkt. 14, 3. afsnit og pkt. 31, 2. afsnit. I IT købekontraktens pkt. 11.6 om virkningen af *ophævelse* hedder det, at "... den part, hvis misligholdelse er årsag til ophævelsen, [skal] *erstatte modparten dennes dokumenterede og direkte tab*", fremhævet her. Denne bestemmelse suppleres med pkt. 12.4, der fastslår, at parterne er erstatningspligtige efter dansk rets almindelige regler. I modsætning til K18, pkt. 16 omfatter IT købekontraktens pkt. 12.4 således *begge* parters erstatningspligt. Erstatningspligten gælder dog ikke *driftstab, tabt avance og andre indirekte tab*. Tab af *data* anses for *direkte* tab, men leverandøren er ikke ansvarlig for retablering af data genereret *efter seneste planlagte backup*, IT købekontraktens pkt. 12. 4, 1. led. Erstatningspligten er i øvrigt nærmere reguleret i kontraktens pkt. 12.4, 2. og 3. led.

Som anført i kap. III, afsnit 2.2 er sondringen mellem species og genus operabel for så vidt angår spørgsmålet om *levering* i rette tid. Den ganske strenge (objektiverede) ansvarsregel i købelovens § 24 om genusgenstande kan derfor efter omstændighederne også finde anvendelse på en informationsydelse, der omfattes af loven. Princippet i § 24 har derimod næppe bæredygtighed udover lovens område,¹⁷⁹ og består realdebitors misligholdelse i præstation af en *mangelfuld* informationsydelse, må spørgsmålet om erstatning afgøres efter almindelige erstatningsretlige principper, i køb suppleret af købelovens § 42, stk. 2, såfremt fejlen er en *informationsfejl*, jf. herom kap. III, afsnit 3.2.5. I så fald vil fejlen fremgå af alle eksemplarer af den pågældende information, der således må betragtes som en speciesgenstand, jf. kap. III, afsnit 3.2.3.

Om forholdet mellem mangler og et produkts *skadelige egenskaber*, se kap. III, afsnit 3.2.9.

179. Jf. Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 254ff. I andre tilfælde, hvor ydelsen er generisk bestemt, beror spørgsmålet om erstatning eller ej på den almindelige culpastandard.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

Adgangen til at kræve erstatning kan have særlig interesse for realkreditor i tilfælde, hvor ophævelse ikke kan finde sted, eksempelvis fordi manglen ikke er væsentlig, fordi der ikke reklameres i rette tid over en væsentlig mangel (købelovens § 52, stk. 2), eller fordi realydelsen ikke kan gives tilbage og dette ikke skyldes ydelsens egen beskaffenhed mv. (købelovens §§ 57-58). Der er således navnlig ikke noget til hinder for, at realkreditor kræver et *forholdsmæssigt afslag* som kompensation for en værdiforringende mangel og *samtidig* kræver erstatning for andre tabsposter, der er en følge af manglen.¹⁸⁰ Har realkreditor haft udgifter til konstatering af manglen, kan han kræve disse erstattet, såfremt erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt. Dette kan eksempelvis være tilfældet, såfremt realydelsen består af edb-programmel, hvor ekstern bistand ofte kan være påkrævet i bestræbelserne på at konstatere årsagen til programmets manglende eller nedsatte funktionsduelighed.

4.6. Øvrige misligholdelsesbeføjelser

Det står i udgangspunktet parterne frit for at *aftale*, hvad de ønsker skal være retsfølgen af en given misligholdelse.¹⁸¹ Der er i kap. III, afsnit 4.2-4.5 angivet en række eksempler, hvor den retsstilling, der ellers ville følge af købeloven eller almindelige principper, er fraveget eller præciseret. Parterne kan derudover vedtage mere *uformelle* sanktioner som reaktion på en misligholdelse, der eksempelvis kan bestå i genforhandling eller alternativ konfliktløsning. Realdebitor kan påtage sig en udvidet forpligtelse ved at *garantere* tilstedeværelsen af en specifik egenskab i den leverede ydelse, jf. hertil eksempelvis K18, pkt. 13 og IT købekontraktens pkt. 12. Han kan omvendt også *begrænse* sin hæftelse ved at indgå aftale med realkreditor om en *ansvarsfraskrivelsesklausul*, men i så fald skal han være opmærksom på de særlige *beskyttelsespræceptive* lovregler, der navnlig eksisterer i forbrugerforhold. Efter IT købekontraktens pkt. 12.4, 3. led, kan parternes erstatningspligt maksimalt udgøre et beløb *svarende til kontraktsummen*, og er årsagen til *realkreditors* tab hovedsageligt leverandørens misligholdelse af en *vedligeholdelsesaftale*, kan leverandørens erstatningspligt

180. Se Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) s. 783 med henvisninger.

181. Se til emnet Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I (2000) s. 396ff. og Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret (1995) s. 273ff.

maksimalt udgøre et beløb svarende til *tre gange den årlige vedligeholdelsesafgift*.

4.7. Realkreditors reklamationspligt

Den realkreditor, der ønsker at gøre en beføjelse gældende i anledning af en misligholdelse fra realdebitors side, skal i udgangspunktet *reklamere* over for realdebitor inden udløbet af en given frist for at kunne opretholde sit krav. Købeloven indeholder forskellige regler om reklamation, se §§ 26-27, 52, 54 og 81-86. Også en række standardaftaler indeholder særlige reklamationsregler, se eksempelvis NL 92 pkt. 24 og NLM 94 pkt. 55.¹⁸² Reglerne om reklamation giver anledning til en lang række spørgsmål af generel karakter, herunder om den i praksis ganske vigtige sondring mellem *neutrale* og *specifikke* reklamationer, men eftersom dette ikke giver anledning til særlige problemer, når re-aldelsen er af digital art, henvises til speciallitteraturen.¹⁸³

Forbrugerkøbsdirektivets art. 5, stk. 2, og det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 10, om ny § 81, fastslår begge, at forbrugeren som udgangspunkt fortaber sin ret til at gøre en mangelsindsigelse gældende, såfremt der ikke reklameres *inden rimelig tid*. Som noget nyt vil reklamation *inden 2 måneder fra det tidspunkt, hvor forbrugeren opdagede manglen*, imidlertid altid blive betragtet som rettidig. Reklamation foretaget inden for denne frist er dermed pr. definition foretaget inden rimelig tid. Det bemærkes, at det er *det tidspunkt, hvor forbrugeren rent faktisk opdager manglen*, som er afgørende for reklamationsfristens beregning, og ikke – som hidtil – det tidligere tidspunkt, hvor forbrugeren *burde* have opdaget manglen.¹⁸⁴

Efter købelovens § 54, stk. 1, og § 83, stk. 1, gælder der en absolut reklamationsfrist på et – efter *forbrugerkøbsdirektivets* art. 5, stk. 1, og

182. IT købekontraktens pkt. 4.3 regulerer *leverandørens* forpligtelse til at afgive *skriftligt påkrav*, såfremt realkreditor (kunden) ikke rettidigt opfylder sine forpligtelser efter kontraktens pkt. 4.1 og 4.2.

183. For købelovens vedkommende, se *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 465ff. Om NL 92, se *Helge Jakob Kolrud m.fl.: Kommentar til NL 92* (1993) s. 100ff. og om NLM 94 *Helge Jakob Kolrud m.fl.: Kommentar til NLM 94* (1996) s. 220ff. Se i øvrigt generelt om reklamation *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret* (2000) s. 283ff.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet ved § 1, nr. 4 og 11 om forslag til ny §§ 54, stk. 1, og 83, stk. 1, – nu to år for mangelfulde realydelser omfattet af loven.¹⁸⁵ Eftersom disse regler også gælder for *skjulte* mangler, kan man spørge, om den realkreditor, der først opdager tilstedeværelsen af en mangel efter fristens udløb, alligevel bevarer retten til at gøre manglen gældende, såfremt realdebitor før udløbet af reklamationsfristen har fået meddelelse om informationsydelsens mangelfulde karakter fra *andre* realkreditører.¹⁸⁶ En *informationsfejl*, jf. om dette begreb kap. III, afsnit 3.2.3 og 3.2.5, vil fremgå af alle eksemplarer af den pågældende ydelse, og den omstændighed, at fejlen hele tiden har været (latent) til stede og ikke er opstået som et resultat af hyppig eller usædvanlig brug, kan tale for en mere smidig ordning for disse ydelser. Købeloven suppleres af forældelsesloven af 1908, hvorefter der indtræder forældelse efter fem år, jf. § 1, 1. led,¹⁸⁷ og DL 5-14-55 om absolut 20-årig forældelse.

Udgangspunktet må imidlertid være, at såfremt realkreditor ikke reklamerer i overensstemmelse med de forskrifter, der regulerer vedkommende transaktion, fortabes retten til at gøre den pågældende misligholdelsesgrund gældende. Er realydelser omfattet af købeloven, skal der derfor reklameres inden et (nu to) år, §§ 54, stk. 1 og 83, stk. 1. Der kan argumenteres for en ændring af denne ordning,¹⁸⁸ men dette ændrer ikke lovens ordning som den er for nærværende. I bestemmelserne tages der imidlertid to forbehold, der kan bryde fristen: såfremt realdebitor har påtaget sig en *garanti* og derved forlænget det

184. Se om bestemmelsen *betænkning nr. 1403/2001* s. 209ff. Som anført her kan der næppe stilles store krav til sælgerens bevisførelse i relation til det faktiske opdagelsestidspunkt, såfremt der er tale om *åbenbare* mangler, men problemet kan da selvsagt være at afgøre, hvornår en mangel er åbenbar. Forbrugerens *passivitet og vedvarende brug* af salgsgenstanden efter manglen er opdaget kan anses for en accept af, at forbrugeren ønsker at beholde salgsgenstanden.

185. Jf. dog § 54, stk. 2, og § 83, stk. 2, om byggematerialer. Der erindres om, at der i tilknytning til de enkelte misligholdelsesbeføjelser er angivet nærmere bestemmelser om reklamation, når realkreditor har eller burde have aktuel kendskab til misligholdelsen. Den absolutte reklamationsfrist har således sin største praktiske betydning ved *skjulte mangler*.

186. Se i samme retning *TemaNord* 1999:598 s. 98.

187. Lovens anvendelse på informationsydelser er i sig selv diskutabel, se hertil kap. II, afsnit 3.2.3 om *Eivind Einersen*: Kommentar til Forældelsesloven af 1908 (1999).

188. Se om forslag til revision af købeloven kap. IV, afsnit 3.

tidsrum, indenfor hvilket en mangel kan gøres gældende, gælder § 54, stk. 1, og § 83, stk. 1, ikke. Realdebitor kan således i sin aftale med realkreditor udvide dennes muligheder for at gøre en misligholdelse gældende.¹⁸⁹ Det andet forbehold vedrører *svigstilfælde*, idet fristen i § 54, stk. 1 og § 83, stk. 1, ligeledes ikke gælder, såfremt realdebitor har handlet svigagtigt (§ 54, stk. 1) eller i strid med almindelig hæderlighed (§ 83, stk. 1).¹⁹⁰ Spørgsmålet er da, om det er svigagtigt eller i strid med almindelig hæderlighed, såfremt en realdebitor i tilfælde af *informationsfejl*, som han er blevet gjort opmærksom på af andre realkreditorer, anfægter reklamationer, der kommer ham i hænde efter udløbet af reklimationsfristen.¹⁹¹

Svaret må bero på en *hensynsafvejning*. Det kan forekomme uhenigtsmæssigt, at den realkreditor, der endnu ikke selv er blevet opmærksom på en informationsfejl, har forpasset sin mulighed for at påkalde sig dette forhold efter udløbet af fristen i §§ 54, stk. 1, og 83, stk. 1, når det i kraft af andre realkreditorens rettidige reklamationer er konstateret, at ydelsen rent faktisk er mangelfuld. På den anden side har realdebitor en legitim interesse i, på et givet tidspunkt, der altså i købeloven fastsættes til senest et (nu to) år efter aftalens ydelse er overgivet til realkreditor, at kende sin retsstilling, og realdebitor kan i øvrigt ikke vide, om realkreditor har valgt at acceptere ydelsen i sin mangelfulde stand eller har benyttet sig af en ret til at foretage ændringer i ydelsen, herunder rettelse af fejl.¹⁹² Når det tages i betragtning, at der skal foreligge ganske grove forhold, før man kan tale om svig eller handlen i strid med almindelig hæderlighed,¹⁹³ er der næppe belæg for at opfatte en situation som den beskrevne som svig eller

189. Se om garantier *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I* (2000) s. 398f. og 410ff.

190. Trods forskellene i formuleringerne skal bestemmelserne formentlig fortolkes ens, se *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 1216.

191. Spørgsmålet er ligeledes formuleret i *TemaNord 1999:598* s. 98, og opstår i øvrigt ikke alene i relation til informationsydelser, men også hvor der er tale om andre *konstruktionsfejl i masseproducerede realydelser*.

192. Efter ophavsretslovens § 36, stk. 1, nr. 1 og stk. 3 har realkreditor i disse tilfælde ret til at fremstille de eksemplarer, der er nødvendige for at kunne foretage en sådan fejlrettelse.

193. Jf. *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer* (1993) s. 958 med henvisning til *Tore Almén: Om köp och byte av lös egendom* (1960) s. 733, hvorefter grov uagtsomhed næppe kan sidestilles med svig.

4. Realkreditors misligholdelsesbeføjelser

handlen i strid med almindelig hæderlighed. Der er i realiteten slet ikke tale om en adfærd udvist af realdebitor, der i situationen blot forholder sig afventende. Den realkreditor, der måtte ønske at reklamere over en mangel, skal derfor overholde fristen i købelovens § 54, stk. 1, og § 83, stk. 1, også selvom andre realkreditorer måtte have reklameret rettidigt vedrørende den samme mangel overfor realdebitor.

Kapitel IV

Sammenfatning og afsluttende bemærkninger

1. Sammenfatning

Formålet med denne fremstilling har været at analysere, hvorvidt og i givet fald i hvilket omfang eksisterende lovgivning og almindelige obligationsretlige principper er tilstrækkelige i inter partes-relationen, når realydelsen består af *information*, jf. kap. I, afsnit 6. Dette spørgsmål kan imidlertid ikke besvares, før der er skabt klarhed over, hvad en informationsydelse er. Begrebsdannelsen er langt fra klar, men med den opdeling, der er angivet i kap. II, afsnit 2.2, er der skabt et teoretisk fundament, fremstillingen i øvrigt kan bygge på. Ganske mange af de *fleksible* informationsydelser reguleres af gældende ret, og for så vidt angår den direkte anvendelse af *købeloven*, jf. om betydningen heraf kap. II, afsnit 3.2.4, synes der at være basis for en opfattelse, hvorefter det centrale er hvilken *retsvirkning*, som påtænkes anvendt, eksempelvis om der er tale om en faktisk mangelsbedømmelse eller en forsinkelsesvurdering. Standardprogrammers maskinlæsbare informationsudtryk omfattes herefter direkte af lovens faktiske mangelsregler. Det må imidlertid konstateres, at såfremt der er tale om information i *menneskelæsbart* format, skal der i praksis ganske meget til, før ydelsen anses for *mangelfuld*, også selv om der måtte være tale om objektiv (verificerbar) information. For sådanne ydelsers vedkommende kan retsgrundlaget således give anledning til overvejelser om det hensigtsmæssige i nye regler, jf. nærmere i det følgende.¹ Den gennemførte analyse har således i vid udstrækning *bekræftet afhand-*

1. Navnlig hvad angår spørgsmålet om *mangler i subjektive informationsydelser*, jf. hertil kap. III, afsnit 3.2.8, vil det i praksis næppe være hensigtsmæssigt endsige i realiteten muligt at lovregulere, jf. hertil Stig Strömholm: Några rättsfrågor kring beställning av konstverk, TfR 1980 s. 594, hvorefter "[f]rågan om *kvalitetsbrister* i ett beställt upphovsrättsligt skyddat verk [veterligen inte är] löst i något lands lagstiftning, och detta framstår i och för sig som tämligen naturligt", originalfremhævelse.

lingens første tese. Udgangspunktet for den retlige bedømmelse af informationsydelser er de almindelige obligationsretlige principper, således som disse blandt andet kommer til udtryk i købeloven, men det er påkrævet at sondre mellem forskellige informationsydelser.

Eftersom fremstillingen bygger på den basale grundidé, at det ikke er den *måde*, en informationsydelse præsteres på, men derimod hvilken *form* for information, der skal præsteres, som er udslagsgivende for retsgrundlaget, jf. kap. II, afsnit 4.1, er det håbet, at fremstillingen vil vise sig at have en længere levetid end den, der i praksis ofte kommer lignende værker til del. De argumentationsmønstre og retlige overvejelser, der danner grundlaget for den analytiske del, jf. i det hele kap. II og til dels kap. III, er således overordnede og i det hele søgt udformet så generelle, men alligevel operable også i en praktisk sammenhæng, at der bør være basis for at anvende dem, også selvom *den teknologiske udvikling* med tiden modificerer eller endog overflødiggør de mere konkrete dele af afhandlingen.² Forudsætningen herfor er selvsagt, at den systematik, begrebsdannelse og de retslige overvejelser, der lægges for dagen i nærværende sammenhæng, er bæredygtige. Området er ikke præget af mere overordnede teoretiske overvejelser, og det må indrømmes, at fremstillingen i vid udstrækning er udtryk for en *usikker retstilstand*, og en række af de resultater, der argumenteres for, vil ganske givet give anledning til diskussion.

Dette er imidlertid den pris, der må betales, såfremt man ønsker at beskæftige sig med et område af formueretten, der i store træk er uomtalt i den juridiske doktrin, til dels forårsaget af den elektroniske handels relativt nye karakter. Man tvinges så at sige til i et ikke ubetydeligt omfang selv at udtænke og formulere de *juridisk holdbare argumenter*, der skal bære fremstillingen igennem. Man kan være enig eller uenig i den vægtning og de argumenter, der anføres til støtte for den teoretiske begrebsdannelse og de retlige overvejelser, men ønsker man *konsistens* og *gennemsigtighed*, er der ikke nogen vej uden om en fokusering på basale teoretiske og systematiske overvejelser. Talrige af de retlige problemer, den teknologiske udvikling stiller retsordenen over for, kan føres tilbage til en utilstrækkelig eller endog fraværende *grundtænkning*, hvor det umiddelbart overrumplende og fascinerende i nye teknologiske frembringelser overskygger essensen i den danske

2. Jf. i øvrigt om fordelene ved at operere med et fundament, der ikke er teknologafhængigt, nedenfor afsnit 2.

1. Sammenfatning

formuerets regulering af inter partes-relationen – udgangspunktet om *aftalefrihed*, der suppleres af generelt formulerede *almindelige obligationsretlige principper* og for visse transaktioners vedkommende tillige af (navnlig) *købeloven*, der ligeledes præges af brede formuleringer. Kan fremstillingen være med til at rette opmærksomheden mod denne kendsgerning, er meget nået. *Afhandlingens anden tese* fremstår således i alt væsentlig underbygget af de gennemførte analyser og argumentationsmønstre, men de digitale ydelsers særlige karakteristika må indgå som et integreret led i diskussionen.

Juridiske fremstillinger er i reglen præget af *skønsmæssige betragtninger*, hvis der bortses fra henvisninger til lovtekster, andre værker mv. – de er, med denne fremstillings terminologi, *subjektive*, eftersom juridisk argumentation ikke lader sig objektivt verificere. Også denne afhandling er således hovedsageligt subjektivt præget. Subjektivitet er imidlertid ikke i denne sammenhæng det samme som at sige, at den, der udfærdiger en juridisk afhandling eller på anden vis ytrer sig om en juridisk emne, dermed alene giver udtryk for sin *egen, personlige opfattelse*. En bæredygtig juridisk argumentation forudsætter benyttelse af de juridiske arbejdsredskaber, der går under samlebetegnelsen *juridisk metode*, jf. også kap. I, afsnit 2, og en given retstilstand kan være mere eller mindre sikker. Det subjektive ligger i, at anvendelsen af den juridiske metode beror på, hvordan anvenderen *fortolker* det foreliggende kildemateriale. Nærværende afhandling er således udtryk for min opfattelse af retstilstanden inden for det valgte område, således som den efter min mening kan udlægges på baggrund af de foreliggende retskilder og den *hensynsafvejning*, der ligger til grund for gældende ret.

Den teknologiske udvikling kan give anledning til særegne retlige problemer, der har at gøre med den måde, digitale ydelser præsteres på. Præstationsmåden er således ikke uden enhver betydning for den retlige vurdering, jf. også kap. III, afsnit 2, men det er kendetegnende, at disse problemer i reglen lader sig håndtere indenfor rammerne af gældende ret. De problemer, digital transmission kan forårsage, kan læses som udtryk for det mere *generelt* problematiske i, at navnlig købeloven i visse henseender er revisionsmoden, se hertil kap. IV, afsnit 3.

2. Generelle reguleringsovervejelser³

Dansk formueret er i vid udstrækning præget af almindelige principper. Forefindes der lovgivning, er den ofte generelt udformet, eventuelt formuleret i retsstandarder, der overlader den konkrete fortolkning og udfyldning til den juridiske doktrin og praksis. Navnlig på *EU-plan* er der imidlertid i de senere år vedtaget en række direktiver indenfor det formueretlige områder, og flere er under overvejelse, primært af *forbrugerbeskyttelsesmæssig* karakter. Den teknologiske udvikling har ligeledes afstedkommet en række initiativer, navnlig indenfor det *immaterialretlige* område. Det er dog fortsat det overordnede udgangspunkt, at parterne har en udpræget grad af *aftalefrihed*: indenfor rammerne af de specifikke præceptive regler i købeloven, kreditaftaleloven mv., kan parterne selv tilrettelægge deres transaktion, som de vil. Er der aspekter, der ikke er taget stilling til, udfyldes aftalen med almindelige principper.

Indenfor denne fremstillings område – parternes retsstilling inter partes, hvor realydelsen består af information – er der talrige uafklarede spørgsmål. Af central betydning er det at afklare, hvorvidt og i givet fald i hvilken udstrækning købeloven finder direkte anvendelse. Som kap. II, afsnit 4 viste er ganske mange fleksible informationsydelser omfattet af loven, men ikke alle. Hertil kommer, at det ofte, selv i tilfælde, hvor loven kan benyttes, vil være uklart, hvordan lovens enkeltbestemmelser om levering, forsinkelse, mangler mv. skal forstås. Det kan derfor overvejes at ændre loven ved at *konkretisere* lovens enkeltbestemmelser i videre udstrækning, således som det allerede er sket til en vis grad i forbrugerkøb, jf. eksempelvis om mangler i lovens § 76. Udgangspunktet for en sådan konkretisering kan da principielt tages i de betragtninger, der er fremført i kap. III, afsnit 2-4. Se om købelovsrevision nedenfor kap. IV, afsnit 3.

Hvor en lov kan ændres ved en simpel flertalsbeslutning i Folketinget, er en ændring af de almindelige obligationsretlige principper en mere langstrakt og kompliceret proces. Knyttet som de er til givne omsætningsformer, samfundsforhold samt sædvaner og praksis indenfor det pågældende område vil en ændring i reglen først slå igennem på sigt. Eftersom principperne netop er *almin-*

3. Se til emnet *Inge Lorange Backer*: Når er loven moden for revisjon? Trykt i *Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup & Magnus Aarbakke (red.): Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen* (1997) s. 87ff.

2. Generelle reguleringsovervejelser

delige og i øvrigt så tilpas *bredt formuleret*, at de kan finde anvendelse, eventuelt i modificeret form, under ændrede forhold, er problemet dog næppe stort i praksis. At en ydelse skal leveres på det aftalte eller forudsatte tidspunkt, at der foreligger forsinkelse, hvis dette ikke sker, og at dette kan give realkreditor en række misligholdelsesbeføjelser, er således en i udgangspunktet hensigtsmæssig og økonomisk rimelig retstilstand. Noget andet er, at afgørelsen af, *hvornår* der foreligger forsinkelse, ikke nødvendigvis er den samme i alle transaktioner, ligesom de *beføjelser*, dette giver realkreditor ret til, med fordel kan *differencieres* under hensyntagen til parterne og aftalens genstand. Men igen: dette er der mulighed indenfor de vide rammer, der omgiver de almindelige principper, og derudover kan parterne som nævnt som hovedregel altid selv aftale sig til rette, hvis de ikke finder den almindelige retstilstand hensigtsmæssig.

Det er en gennemgående pointe i denne afhandling, at det er tilrådeligt at være forsigtig med gennemførelsen af lovændringer, der alene begrundes i en given *teknologisk udvikling*. Med den hastighed, hvorved digitaliseringsteknologien udvikler sig for nærværende, er der stor risiko for, at teknologispecifikke lovændringer må ændres efter relativt kort tid, i takt med de teknologiske ændringer slår igennem. Lovgivningsmagten vil i reglen altid komme til at halte bagefter, og en regulering, der på grund af tekniske fremskridt allerede er mere eller mindre forældet, når den vedtages, eller bliver det kort efter, er ikke hensigtsmæssig og opfylder i hvert fald ikke sit formål – at skabe større overskuelighed og betrygge parternes retsstilling. Den omstændighed, at adskillige af købelovens bestemmelser ikke er helt enkle at forstå endsige anvende i en konkret sammenhæng, hvor forholdene siden lovens vedtagelse har ændret sig, taler ikke i sig selv for lovændringer. Kompliceret som det er er det dog ikke desto mindre muligt i kraft af fortolkning og hensynsafvejninger i vid udstrækning at anvende loven på informationsydelser, og de brede formuleringer er i den forstand faktisk en fordel snarere end en ulempe, netop fordi de giver mulighed for anvendelse under ændrede forhold. De problemer af fortolkningsmæssig karakter, bredt formulerede lovbestemmelser

kan foranledige, er den pris, der må betales for den større grad af fleksibilitet og tilpasningsevne, sådanne bestemmelser tilvejebringer.⁴

Visse områder af formueretten er mere velegnede til specifik regulering end andre, og inden for disse områder vil sådanne tiltag også af andre årsager være hensigtsmæssige. Et typeeksempel herpå er det *immaterialretlige*, måske navnlig det *ophavsretlige*. Ønsker man i samfundet at fremme innovationen og skabe rum for kreative frembringelser, må der tilvejebringes et beskyttelsesregime for frembringeren, og medfører den teknologiske udvikling, at der kan skabes værker på nye måder, eller at nye typer af krænkelsesmuligheder opstår, må dette afspejles i lovgivningen. Det er blandt andet sådanne hensyn, der ligger bag de særlige regler i ophavsretslovens §§ 12, stk. 2, nr. 4 og 36. Et andet eksempel er det *forbrugerretlige* område. Men selv inden for sådanne områder må det tilrådes, at der tilstræbes en så neutral formulering som muligt for derved at minimere risikoen for hyppige lovændringer.

Den elektroniske handel, hvad enten den består i præstation af digitale ydelser eller i højteknologisk postordresalg, jf. herom kap. I, afsnit 3, og kap. II, afsnit 1, er af *global karakter*. Lovgivningsinitiativer, der alene vedtages på rent nationalt (dansk) niveau, er derfor af begrænset betydning for den realdebitor, der befinder sig udenfor den nationale (danske) jurisdiktion. Problemet er ikke afgrænset til elektronisk handel, men er aktuelt i alle internationale aftaler. I relation til informationsydelser, der præsteres digitalt uden samtidig medoverdragelse af et fysisk medium, er forholdet imidlertid i særlig grad nærværende. Digitale transmissioner forudsætter, foruden netadgang, alene adgang til en pc eller anden teknisk installation, der kan placeres verden over for beskedne omkostninger. Den *geografiske tilknytning* mister således meget af sin betydning og mening i de rent digitale transaktioner. Indfører et land en lovgivning, der set fra realdebitors side er uhensigtsmæssig, idet den stiller strengere krav til ham end tilfældet er i andre lande, er det enkelt for ham at placere sin tek-

4. Det er i øvrigt ikke nødvendigvis nemmere at anvende endsige fortolke detaljerede lovbestemmelser. Den amerikanske lov om digitale informationsydelser, *UCITA*, jf. herom ovenfor kap. II, afsnit 3.3.3, er således sine steder særdeles detaljeret, men det er formentlig kun de færreste, der vil hævde, at dette i sig selv gør det enklere at anvende eller fortolke loven. Der hersker da også i amerikansk teori stor tvivl om talrige af enkeltbestemmelsernes omfang og rette forståelse, jf. kap. II, afsnit 3.3.3 for kildehenvisninger.

2. Generelle reguleringsovervejelser

niske installation andetsteds. Selv i regler, der angiver værnetinget som *forbrugers bopælsland*, opstår problemet, eventuelt i form af manglende mulighed for at *retshåndhæve* reglerne over for realdebitor, så fremt realdebitor befinder sig i et andet land.

Det anførte skal ikke forstås således, at en regulering, der alene omfatter et givent, geografisk afgrænset, område er uden enhver betydning. Der vil ofte være en *signalværdi*, og et lands gennemførelse af en given lov kan have en afsmittende virkning på andre. Sidstnævnte forudsætter dog, at der er tale om et land med en vis gennemslagskraft.

Regulering af den elektroniske handel er i de senere år for alvor kommet på *den internationale dagsorden*. Såvel EU⁵ som FN⁶ er således i gang med overvejelser om reguleringstiltag indenfor forskellige områder af elektronisk handel. Samtidig har en af de indflydelsesrige aktører på området, USA, som anført ovenfor kap. II, afsnit 3.3.3, vedtaget sin egen lov om digitale informationsydelser (*computer information*), der i høj grad er teknologispecifik. Det kan ikke afvises, at disse forhold på sigt vil føre til, at også dansk formueretlig lovgivning bliver mere teknologispecifik end hidtil, og i det omfang, EU's arbejde resulterer i vedtagne direktiver, er også Danmark selvsagt forpligtet til at implementere disse i dansk ret.

Den umiddelbart mest ideelle løsning – en regulering, der omfatter og binder alle jurisdiktioner i verden – er næppe praktisk mulig. Der er fundamentale forskelle mellem eksempelvis vestlig og asiatisk retstradition, og selv de vestlige

-
5. Se navnlig *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* ("Direktivet om elektronisk handel"). Direktivet indeholder en lang række bestemmelser af generel betydning for aktører, der ønsker at foretage elektronisk handel, herunder om etablering (art. 4), generel oplysningspligt (art. 5), kommerciel kommunikation (art. 6-8), kontrakter, der indgås elektronisk (art. 9-11) og formidleransvar for tjenesteydere (art. 12-15). Direktivet skal implementeres i medlemsstaterne inden den 17. januar 2002, jf. art. 22, stk. 1. Se hertil kap. I, afsnit 3 med note 7.
 6. Se hertil *Legal Aspects of Electronic Commerce – Possible future work in the field of electronic contracting: an analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A/CN.9/WG.IV/WP.91*, Working Group on Electronic Commerce, 38th session, New York, 12-23rd of March 2001. S. 7f. diskuteres *goods* og digitale leverancer.

Kapitel IV · Sammenfatning og afsluttende bemærkninger

lande imellem eksisterer der basale forskelle. Initiativer vedtaget i FN vil ofte være det eneste alternativ, men eftersom mange lande skal være enige, er arbejdsprocessen ofte langvarig, og udkommet risikerer at være af så generel og standardpræget karakter, at det fremstår tvivlsomt, om resultatet står mål med anstrengelserne.

Konklusionen bliver derfor, at rent nationale lovændringer, der alene baseres på et teknologispecifikt argument, næppe er påkrævede og i de fleste tilfælde heller ikke ønskelige. De er ikke påkrævede, fordi gældende lov og almindelige principper kan fortolkes, så de omfatter visse former for informationsydelser, og de er ikke ønskelige, fordi risikoen for hyppige lovændringer er stor og den elektroniske handels globale karakter i øvrigt indskrænker den praktiske virkning af sådanne nationale tiltag.

De argumenter, der taler imod en egentlig lovændring, taler tilsvarende imod en lovpræcisering, hvor det eksempelvis detaljeret fastsættes, hvad der forstås ved levering, og hvornår levering er sket. Den fleksibilitet, der ligger i gældende ret, vil blive mindsket ved for detaljerede bestemmelser.

Som anført omfatter købeloven visse, men ikke alle informationsydelser. Specialdesignet programmel i maskinlæsbart format omfattes således ikke, jf. kap. II, afsnit 4.2.4.2.1, tilsvarende gælder subjektive, menneskelæsbare informationsydelser for så vidt angår den faktiske mangelsbedømmelse, og selv de objektive menneskelæsbare ydelser omfattes kun under særlige omstændigheder af de faktiske mangelsregler, jf. ovenfor kap. II, afsnit 4.2.5.2 og kap. III, afsnit 3.2.7. Det kunne derfor overvejes enten at præcisere den gældende købelov, således at denne omfattede også disse ydelser, eller indføre et helt nyt retsgrundlag til regulering heraf. Dette er imidlertid næppe hverken muligt endsige realistisk. Parterne vil i disse tilfælde enten ofte aftale sig til rette (specialdesignet edb-programmel), og hvad angår de subjektive informationsydelser omfattes de netop ikke af købelovens faktiske mangelsregler qua deres subjektive karakter. At indføre bestemmelser om, at de skal være omfattet, savner derfor mening, og af samme grund vil det være svært at forestille sig, at der kan indføres en specialregulering, som gør det muligt at kvalitetsvurdere det subjektive.

Den retlige regulering af informationsydelsen er præget af talrige usikkerhedsfaktorer, hvoraf en række er analyseret i denne afhandling. Selvom man i ganske mange tilfælde kan fortolke eksisterende

2. Generelle reguleringsovervejelser

regler og principper på en måde, der muliggør deres anvendelighed også på informationsydelsen, må det derfor generelt tilrådes parterne at *aftale sig til rette*, hvor dette ikke forhindres af særlig – ufravigelig – lovgivning. Parterne opnår derved mulighed for at skabe deres eget retsgrundlag i overensstemmelse med de interesser og forudsætninger, de måtte have i en konkret transaktion. For visse informationsydelsers vedkommende, herunder komplicerede systemleverancer, der involverer såvel hardware som software, kan *vidensspringet* mellem realkreditor og realdebitor gøre det problematisk for realkreditor at overskue egne behov, men i sådanne tilfælde kan anvendelsen af ekstern ekspertbistand, eksempelvis i form af *konsulenter*, mindske eller endog forhindre et sådant misforhold mellem realkreditors og realdebitors kundskaber.⁷

Brugen af *standardaftaler* er et reguleringsinstrument, der kan få ganske stor betydning i relation til mere omfattende og bekostelige transaktioner, der involverer informationsydelser. For så vidt angår systemleverancer eksisterer der allerede i kraft af blandt andet K18 og IT købekontrakten en omfattende regulering. Hensigten med en standardaftale er, at den skal kunne benyttes i flere retsforhold med samme realindhold, og formålet vil ofte være at etablere et ensartet retsgrundlag over for flere realdebitorer eller realkreditorer. Brugen af sådanne aftaler er ikke uproblematisk,⁸ men er parterne tilnærmelsesvist ligevægtige og er aftalen i øvrigt udtryk for en rimelig balance mellem den respektive værdi af parternes ydelser, taler meget for at tillægge en standardaftale retsvirkninger i overensstemmelse med dens indhold. Et af de områder, hvor standardaftalen formentlig vil komme til at spille en ikke uvæsentlig rolle, er inden for *forlagsbranchen*. Elektroniske udgaver af traditionelle fysiske værker er endnu i

7. Konsulentaftalen kan i sig selv give anledning til problemer, se *Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (1995) s. 487f. om beskrivelse af konsulentydelsens indhold. I et vist omfang er realkreditor nødsaget til inden aftaleindgåelsen at stole på konsulentens rådgivning. Alternativet hertil er, at realkreditor antager en anden konsulent, der får til opgave at kvalitetssikre den antagne, men i så fald opstår det samme problem i relation til denne anden konsulent, som gør sig gældende i relation til den første, og denne løsning er derfor ikke til megen hjælp for realkreditor.
8. Eksempelvis passer aftalen ikke til den konkrete transaktion, selvom den generelt er udformet med henblik på netop sådanne transaktioner, eller det kan fremstå som tvivlsomt, hvorvidt aftalen er *gyldigt vedtaget* mellem parterne, jf. også om *shrink wrap* i kap. II, afsnit 4.2.4.2.1.

sin vorden, men udviklingen er i gang, og inden for en overskuelig fremtid vil det ganske givet blive normen mere end undtagelsen, at udgangspunktet for forhandlingerne mellem forfatteren og forlaget vil blive taget i en standardaftale for den fysiske udgave og i en for den elektroniske. På lidt længere sigt kan samme udvikling forventes inden for andre områder, hvor informationsydelsen er dominerende, eksempelvis film- og musikbranchen.

Set i et *internationalt* perspektiv er standardaftaler allerede velkendte reguleringsmekanismer. På nordisk plan kan NL 92, der i praksis ofte betragtes som en branchestandard inden for jern- og metalindustrien, nævnes. Den kraftige vækst i den internationale handel gennem de senere år har resulteret i talrige tiltag fra organisationer og politiske fora, der – udover standardaftaler – omfatter eksempelvis traktater og modellove,⁹ og som nævnt ovenfor er der også igangsat initiativer for så vidt angår regulering af realydelsen. Standardaftalen vil ofte blive til efter intense forhandlinger mellem repræsentanter for henholdsvis realdebitorer (leverandører af systemleverancer) og realkreditorer (eksempelvis staten eller aftagervirksomheder), og sådanne *selvreguleringsmekanismer* vil derfor ofte afspejle de *typeforudsætninger*, parter på det pågældende område har for indgåelse af aftaler vedrørende standardaftalens realydelse.¹⁰ Den omstændighed, at sådanne typeforudsætninger ofte vil blive lagt til grund af domstolene til udfyldning af parternes aftale uafhængigt af, om de er nedfældet eller ej, taler ikke i sig selv mod udfærdigelsen af sådanne aftaler, eftersom de kan skabe en større grad af *klarhed over retstilstanden* for parter, der ønsker at agere inden for det område, aftalen vedrører.

Selvregulering vil, som lovgivningsmæssige tiltag, ofte være en tids- og arbejdskrævende proces – ikke mindst inden for den internatio-

9. UNCITRAL vedtog således i 1998 en *Model Law on Electronic Commerce*, der primært har betydning i forbindelse med *aftaleindgåelsen*, idet den eksempelvis i art. 11 fastslår, at “[i]n the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose”.

10. Dette forudsætter selvsagt, at parterne i størst muligt omfang er *ligeværdige*. Er dette ikke tilfældet, og giver det sig udslag i vilkår i aftalen, der ikke på rimelig vis afvejer parternes interesser over for hinanden, kan det få betydning for *fortolkningen* af de pågældende vilkår, eller endog undertiden for de pågældende vilkårs eller hele aftalens *gyldighed*.

nale handel, hvor tilstedeværelsen af de grænseoverskridende digitale net og udviklingen af endnu hurtigere netforbindelser komplicerer forhandlingerne yderligere.¹¹ Ikke desto mindre fremstår selvregulering som et reguleringsinstrument med betydelig relevans, hvor realydelsen består af information. Informationsydelsen er et flertydigt begreb, og i relation til eksempelvis de *kvalitetskrav*, der kan stilles til informationsydelsens *indhold*, fremstår det uhensigtsmæssigt og vel i realiteten også praktisk umuligt at regulere disse krav med den nødvendige detaljeringsgrad i lovgivningen. Parterne kan her med fordel aftale sig til rette, og består realydelsen af objektiv information, kan der med fordel udarbejdes egentlige standardaftaler om verificeringsgrundlaget.

Lovgivningsmæssigt bør man som anført i størst mulig udstrækning anvende *teknologineutrale* formuleringer. I overensstemmelse med den langvarige tradition inden for det formueretlige område, må der ligeledes tilstræbes en vis tilbageholdenhed. Love, der i detaljer søger at regulere områder, som traditionelt er præget af parternes egne vedtagelser og almindelige principper, er ikke nødvendigvis en fordel, jf. også om *UCITA* i kap. II, afsnit 3.3.3. På visse områder kan lovregulering imidlertid være relevant, herunder navnlig over for præsumptivt svagere parter, som oftest *forbrugere*. Således som retstilstanden er udlagt i nærværende afhandling, forekommer det aktuelle behov for tiltag på dette område i et rent *nationalt* perspektiv imidlertid ikke påtrængende. I det omfang, købeloven finder direkte anvendelse, nyder forbrugeren beskyttelse efter de præceptive regler, jf. lovens § 1, stk. 2, og for så vidt angår informationsydelser, der ikke omfattes direkte af loven, er det tvivlsomt, om det i det hele taget er praktisk muligt at udforme loven på en måde, som vil være til fordel for forbrugeren, jf. også ovenfor om subjektive informationsydelser og lovregulering. Man bør også være opmærksom på, at en direkte anvendelse af købeloven ikke ubetinget er til forbrugers fordel, jf. eksempelvis om reklamationsfristen i lovens § 83 i kap. III, afsnit 4.7. På *internationalt* plan kan der derimod være behov for en beskyttelse af forbrugeren, hvilket noget som nævnt også kunne tyde på bliver resultatet. I det hele taget er der en voksende interesse for de retlige aspekter af den elektroniske handel bredt betragtet, herunder for den

11. Se generelt om *lagstiftning eller självreglering* i *Svensk Juristtidning*, årgang 86, no. 3/01.

digitale informationsydelse som sådan, men om dette vil resultere i egentlige lovgivningstiltag i relation til spørgsmål som præstation af informationsydelser eller kvalitetsstandarder, er det endnu for tidligt at sige noget entydigt om. På nuværende tidspunkt forekommer *af-handlingens tredje tese* imidlertid at være bekræftet, eftersom udgangspunktet for den retlige regulering mest hensigtsmæssigt findes at være *selvregulering* i form af standardaftaler eller andre lignende instrumenter.

3. Generelt behov for købelovsrevision?

Den omstændighed, at informationsydelsen ikke i sig selv kan benyttes som argument for en ændring af købeloven, medfører ikke, at loven ikke af *andre* årsager trænger til revision.¹² En lov vil altid afspejle de samfundsmæssige forhold, hvorunder den er blevet til, og med sin oprindelse i 1906 er det forståeligt, at visse dele af teorien i tiden siden da, og navnlig i de senere år, har argumenteret for ændringer, der skal bringe loven i overensstemmelse med nutiden. Detaljerede overvejelser herom falder udenfor rammerne af nærværende fremstilling,¹³ men nogle centrale pointer skal nævnes.¹⁴

Det er således iøjnefaldende, at Danmark som det eneste af de nordiske lande fortsat baserer sin køberetlige lovregulering på loven af 1906, jf. i øvrigt hertil kap. II, afsnit 3.2.1. Den *retsenhed*, der tidligere

12. De vanskeligheder, lovens anvendelse kan give anledning til ved informationsydelser, herunder ved digitale transaktioner, kan selvsagt indgå som *støtteargument* for forslag om lovændringer i samspil med *andre* argumenter, jf. i det følgende.

13. Se i stedet eksempelvis Ole Lando: Skal vi have fælles regler om løsøre-køb?, trykt i *Rätten (om)kring Øresund* (2000) s. 107ff., Joseph Lookofsky & Peter Møgelvang-Hansen: En ny dansk indenlandsk købelov – KBL III?, UfR 1999 B. s. 240ff. og Lars A.E. Hjerner: Handelsrättens Internationalisering och Uniformering i Festschrift til Kurt Grönfors (1991) s. 247ff. med betoningen af den internationale dimension. Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer (1993) har derudover en række betragtninger om det hensigtsmæssige i lovrevision i tilknytning til en række af lovens enkeltbestemmelser, hvortil henvises. Se også den nøgterne artikel af Mogens Koktvedgaard: Velkomst til år 00 i UfR 2000 B. s. 1.

14. Det bør i øvrigt erindres, at loven ingenlunde fremstår i fuldstændigt uforandret skikkelse, jf. reglerne om *forbruger-køb* i §§ 72-86 og reklamationsreglen i §§ 54, stk. 2, og 83, stk. 2.

3. Generelt behov for købelovsrevision?

har præget det nordiske område på dette felt, er således ikke længere til stede. På længere sigt er denne retstilstand næppe hensigtsmæssig. Samhandelen med de øvrige nordiske lande er ikke ubetydelig, og da landene har en overordnet fælles retskultur indenfor det køberetlige område, taler meget for at lade dette manifestere sig i en revision af den danske købelov.

Hertil skal lægges den kendsgerning, at en række af den danske købelovs sondringer og retsvirkninger generelt er mindre anvendelige i nutidens samfund. Sondringen mellem *species* og *genus*, jf. også kap. III, afsnit 2.2, og 3.2.3, er således mere operabel i en mere udpræget industrialiseret kontekst, og de *retsvirkninger*, loven knytter til mangler og forsinkelse, er, i hvert fald i handelskøb, ofte strengere end påkrævet, se eksempelvis § 21, stk. 3, hvorefter enhver forsinkelse er væsentlig og dermed hævebegrundende i handelskøb. En udbygning af realdebitors *afhjælpningsret*, jf. om de strenge tidsmæssige betingelser, den gældende lovs § 49 angiver, og en egentlig *afhjælpningspligt* for realdebitor i tilfælde af misligholdelse, kan ligeledes overvejes. Som anført ovenfor kap. III, afsnit 4.3.3 vil afhjælpning i økonomisk bekestelige transaktioner ofte være en beføjelse med gensidig nytteværdi for parterne, og den indføres ofte ved aftale, undertiden som den eneste misligholdelsesbeføjelse. købeloven kan imidlertid meget vel indeholde en udfyldende regel herom, eventuelt formuleret i overensstemmelse med reglerne i §§ 78-79 om forbrugerkøb.

Hverken CISG eller de nye købelove i de øvrige nordiske lande sondrer mellem *species* og *genus*. CISG omfatter generelt "goods", jf. art. 1(1), i den svenske og finske købelov tales om *lös egendom*, jf. § 1, stk. 1, og i den norske om *ting*, jf. hertil § 1, stk. 2. Enhver forsinkelse er ikke væsentlig, heller ikke i handelskøb, og adgangen til at hæve beror derfor på forsinkelsens betydning for realkreditor, jf. den svenske og finske købelovs § 25, den norske købelovs § 25 og CISG art. 49 om *fundamental breach*. En egentlig afhjælpningspligt for realdebitor er nu foreskrevet i den svenske og finske købelovs § 34, og samme lovs § 36 indeholder en afhjælpningsret for realdebitor. Se tilsvarende den norske købelovs §§ 34 og 36 samt CISG art. 46(3).

Se om den svenske købelov *Jan Ramberg: Köplagen* (1995), jf. også *Johnny Herre: Konsumentköplagen – En kommentar* (1999), om den norske købelov *Kai Krüger: Norsk kjøpsrett* (1999) og om CISG *Peter Schlechtriem: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG)* (2000) samt *Joseph Lookofsky: Un-*

Kapitel IV · Sammenfatning og afsluttende bemærkninger

derstanding the CISG in Scandinavia (1996) Det har i øvrigt været hensigten i en vis udstrækning at udforme de øvrige nordiske købelove i overensstemmelse med CISG for derved at skabe størst mulig kontinuitet. CISG er resultatet af et omfattende FN-arbejde, og det er derfor ikke overraskende, at loven ikke i alle henseender svarer til den herskende køberetlige opfattelse i Norden. De øvrige nordiske landes købelove er da heller ikke fuldstændigt enslydende med CISG, jf. hertil Ramberg op.cit. s. 47.

Der er således en række generelle argumenter, der kan tale for en revision af den gældende danske købelov: ønsket om og det hensigtsmæssige i at etablere nordisk retsenhed indenfor det køberetlige område, den omstændighed, at loven på visse områder medfører en strengere bedømmelse af realdebitor, end talrige af nutidens transaktioner giver belæg for, samt det forhold, at loven enten helt mangler eller kun i ufuldstændigt omfang indeholder regler om beføjelser, der i nutiden er af potentielt ganske stor betydning. Men disse argumenter er netop *generelle*. At den realydelse, der skal præsteres, udgøres af en informationsydelse, der efter omstændighederne foreligger i digitalt format, medfører ikke uden videre, at loven ikke finder anvendelse. Det betyder ikke, at eksempelvis en indførelse af en afhjælpningspligt og -ret for realdebitor i loven vil være uden betydning for informationsydelser, jf. også kap. III, afsnit 4.3.3 om afhjælpning – i praksis ofte tværtimod. Men det betyder, at lovens ufuldstændige og i visse henseender uhensigtsmæssige resultater ikke *i sig selv* kan benyttes som argument for ikke at anvende loven, jf. i øvrigt kap. II, afsnit 3.2.1 om direkte anvendelse af købeloven. Såfremt den danske købelov revideres med baggrund i de netop anførte generelle argumenter, vil det have betydning for en lang række realydelser, herunder informationsydelser, der omfattes af loven, og en sådan revision vil dertil have den fordel, at loven fortsat baseres på *bredt formulerede bestemmelser*, jf. således teksten i de øvrige nordiske landes købelove og CISG. Hvis fokuseringen på den elektroniske handel og de retlige problemer, der følger heraf, kan være med til at bane vejen for en sådan tilnærmelse, kan den kun hilses velkommen.

Sverige, Norge og Finland er i medfør af EF-traktaten og EØS-aftalen forpligtet til at gennemføre *forbrugerkøbsdirektivet* (99/44/EF) i national lovgivning. Der vil herved blive skabt en vis ensartethed i retstilstanden i de nordiske lande såvel som inden for andre EU- lande og lande tilsluttet EØS- samarbejdet for så

3. Generelt behov for købelovsrevision?

vidt angår forbrugerkøb. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at den danske købelov fortsat er baseret på det oprindelige lovgrundlag fra 1906. En gennemgående revision af købeloven ud fra de overvejelser, der er fremsat i det foregående, forekommer således fortsat hensigtsmæssig.

Kapitel V

English Abstract

The legal aspects of electronic commerce have been highly in focus during recent years, nationally as well as internationally. Internet communication and the use of other electronic means in commerce have developed rapidly, and in an – at least for the time being – ever increasing way. The novelty is not so much the mere concept that parties can negotiate and make contracts without actually being in the same room. After all, the telephone has been an accepted tool in business for many years, as has the fax and telex – and last but not least the posting of letters. Nor is it novel to have goods delivered through the use of ordinary postal services. What is a novel concept, however, is the possibilities presented via the use of digital technology to distribute what can be described as virtual goods¹ in a manner which does not require a physical medium to be distributed with the virtual goods. Where the text in a physical book or the music on a record is more or less attached to the medium (e.g. the tangible paper and the record itself) the digital information which is the main object for digital information transactions can due to its flexible nature be transmitted in the form of digital bits. This concept causes a variety of legal problems.

It should be pointed out that information attached to a physical medium also consists of flexible information since it can be copied like digital information. If, for example, a photocopy of a book or a taperecording of a record is made, then a certain loss of quality occurs – the copy is inferior to the original. This is not the case where the information is digital and is copied in a digital manner. Here, all the copies will be an exact match of the information copied creating a whole new set of legal problems.

-
1. See *Legal Aspects of Electronic Commerce – Possible future work in the field of electronic contracting: an analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, A/CN.9/WG.IV/WP.91, Working Group on Electronic Commerce, 38th Session, New York, 12-23rd of March 2001 s. 7.

Flexible information must be kept aside from integrated information. All things reflect by the way they are created or present themselves for the public a certain amount of information about the use for which they are created. A cup presents the user with the option to fill it and drink from it. The point is, however, that this information and the like is virtually locked to the thing itself. One can of course take a photo of the cup thereby isolating the information from the cup itself but this of little interest for the person who wants to use the cup in accordance with its primary purpose – to drink of.

This thesis deals with a limited amount of these legal questions. It would be virtually impossible to analyse all legal problems in the area of electronic commerce in a suitable way in a context as the present. The main issue has therefore been limited as follows:

Does it cause specific legal problems in the internal relation among the parties when the goods to be delivered consists solely or in part of information?

This means that the present thesis omits all questions relating to the formation of the contract – despite the many interesting formation issues which have not been discussed in legal theory or practice – since it is assumed that a binding and valid contract has been made. It focuses solely on the possible problems created by the nature of the goods.

Before an analysis of the main issue can take place, however, it is necessary to establish a basic theoretic vocabulary with which to discuss the legal problems. Chapter II, section 2 deals with this issue. It must be conceded that this terminological approach may be unusual, nevertheless; given the novel and unexplored nature of the issue and the fact that the question of legal regulation of information as such has never been a major theme in Danish or Nordic theory, it seems necessary.

The theoretic terminological approach has had the advantage that some typical features of information goods stand out. There is, for example, a significant difference between what can be described as machine readable information and humanly readable information. Machine readable information will often exist in a digital form, requiring some kind of technical adaptation before the information contained therein can be used. Humanly readable information can, on the other hand, be obtained directly by a human being by reading,

listening or other human senses. Another basic distinction should be made between objective and subjective information. Information is objective if it can be verified in a safe way, as is the case with factual information in a dictionary or the like. Subjective information is, on the other hand, information where the value is based on the recipients personal views and opinions as is the case with novels or poems. These and other distinctions are of importance when one asks what legal rules – if any – regulate the internal relations between the parties.

It is a fundamental claim in this thesis, that as far as the legal regulation is concerned the analysis should not so much depend on the means used to transmit the information but on what kind of information is delivered. True, there are other specific legal problems – especially in the area of intellectual property involving mainly the question of copyright. These problems can, however, be dealt with as an integral part of the analysis of the legal regulation itself. The advantages with an approach like this are conspicuous. By focusing less on the technological aspects and more on the information itself, the present thesis and the questions therein might not be quickly outdated, since its analysis and results are not depended on a specific technological level. Moreover, a distinction between information in digital and directly human readable form may lead to a somewhat questionable result, as opposed to focusing on what type of information the transaction concerns it. If, for example, a text is distributed in a digital as well as in a tangible version, the legal regulation will differ in accordance with the actual form of transmission chosen by the parties, even though the recipient in both cases wishes to receive the information itself. This seems to be an unsatisfactory result.

Having said this, however, it should be noted that such an approach has nevertheless been adopted by one of the major actors in the area of electronic commerce, the United States of America, through the Uniform Computer Information Transactions Act. This law has, however, since its adoption been discussed with great intensity in the American legal theory and it has already been modified a number of times. The American legal system is built on a tradition that is somewhat different from the European, and the principles in laws as UCITA can therefore not be applied by analogy in a Danish context as a matter of course. The central sections of the law are discussed and partly criticised in Chapter II, section 2.2.3.

The legal tradition in Denmark and the other Nordic countries in the area of private law is dominated by one fundamental principal – the freedom to negotiate and conclude contracts which contain the terms the parties find most suitable.² Of course, the question then arises what to do if the contract does not contain a regulation in a certain area, and the result cannot be found by the use of other contractual means either. As far as the parties' fulfilment of the contract is concerned (e.g. the party obligations) the fundamental legal regulation in the Nordic countries is mostly based on unwritten general legal principles established through the years by the practice of the courts and the legal doctrine. In some areas, these principles are of a more formal nature, as is the case in transactions involving goods. Here, the Scandinavian Uniform Commercial Codes and even the CISG applies and the question arises whether these laws can be used in a digital environment where the goods are virtual and if yes, in what way. Even though most of the laws are mainly a formulation of general legal principles, it is relevant to analyse to what extent these laws are directly applicable. Some of the rules differ from what can be deduced from general legal principle, especially in the field of consumer protection and the parties obligation to react if they wishes to terminate the contract in the case of fundamental breach or the like.

It should be mentioned that for the time being there is no longer quite the same legal regulation in the commercial codes of the Nordic countries. In Denmark, the law that was adopted in the year of 1906, is still in use, although in a somewhat modified version, but in the other Nordic countries new laws have been adopted, making them more compatible with the Convention for the International Sale of Goods (CISG). As far as the sphere of application is concerned this is, however, of minor interest since the new laws in the other Nordic countries in this area take the same view as the Danish commercial code. The question of whether Denmark should adopt a new law or at least a revised version of the existing is occasionally discussed in the legal doctrine, see Chapter IV, sec. 3.

It is the view of this thesis that when it comes to the question of whether or not information as such falls within the Danish commer-

2. There exist, however, a certain amount of rules that can not be avoided in the contract between the parties, namely in the area of *consumer protection*. See e.g. the Uniform Commercial Code § 1, sec. 2.

cial code the answer has to be based on an analysis of both the term goods, as well as to which extent the central sections in the law in practice can be applied. In other words, it is not enough to focus on the mere concept of goods. One has to take a broader view of the law as a whole, and determine whether the basic rules are operable. As the discussions in Chapter II, section 4 and Chapter III show, there seem to be reasons indicating that the commercial code can, in fact, be applied to the regulation of certain information products sales. If it is possible to determine whether the information delivered conforms with the contract, then the law should be applied as far as this aspect is concerned, since the regulation of conformity in the Commercial Code plays a central role for the law as a whole. It is thereafter argued that software falls within the law if the program is standardised, thus making the program comparable to other products on the market but only as far as the input of the program is concerned. Whether the output is regulated directly by the law or not depends on what kind of information the program contains. If it is objective the law should – as is the case in relation to objective information in general – be applied. However, if the information is subjective the law should not be applied, thus making such information transactions virtually unregulated when it comes to the question of conformity. Its subjective character taken into account, it seems doubtful whether such regulation is possible at all.

This being an abstract of a somewhat complicated thesis it goes without saying that it is impossible to give more than a brief introduction to the thoughts and ideas surrounding the thesis. There exist important and in some cases essential arguments and considerations that cannot be mentioned in details in this context. They have to do with the distinction between a transaction of a digital file and the mere use of an information service, the regulation of services in general and of legal counselling and the like in specific and actual use of the different rules concerning breach of contract (delivery, conformity etc.). See on these and other issues Chapter II, section 2.5 and Chapter III in general, the latter furthermore showing that the mere fact that the Commercial Code can be used in certain information transactions does not necessarily indicate that the use is uncomplicated – quite the contrary, one might say.

With the basic assumption that the combined efforts of the Commercial Code, the CISG and the unwritten general legal principles are well

suited in some information transactions, and the fact that regulation as far as other information transactions are concerned seems virtually impossible, it should come as no surprise that the adoption of new laws or a change in existing laws is not a necessity that can be based on the information transaction alone. But this does not mean that changes or new regulations are not generally welcome. It might be argued that an exemplification in the Commercial Code of the time and place of delivery in electronic transactions would optimise the application of the law in the new digital environment and that more specific rules on conformity would have the same effect. The haste with which the technological level develops, however, is an argument against such an approach, and it should be closely considered whether a detailed regulation such as the UCITA in the United States of America is a suitable solution to the problem. It seems more relevant to alter the Danish Commercial Code so it may be in accordance with the commercial codes in the other Nordic countries, thereby making the application of the code in general more in accordance with today's society and the development on the market. The matter is discussed in Chapter IV.

Litteraturfortegnelse

Bøger

A

- Abrahamsen, John & Høj, Søren*: Edb og bruger. 5. udgave. Udgivervirksomheden 1985.
- Ahlstedt, Hans*: Datarättens abc. Tredje upplagan, Iustus Förlag 1997.
- Alces, Peter A. & See, Harold F.*: The Commercial Law of Intellectual Property. Little, Brown and Company, Third Printing, 1994.
- Alces, Peter A. & See, Harold F.*: The Commercial Law of Intellectual Property – 1996 Supplement. Little, Brown and Company 1996.
- Almén, Tore*: Om köp och byte av lös egendom. P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1960.
- Anawalt, Howard C. & Enayati, Elizabeth*: IP Strategy – Complete Intellectual Property, Planning, Access and Protection. 1998 Edition. West Group 1998.
- Andersen, Eigil Lego*: Gavebegrebet. GEC Gad 1988.
- Andersen, Lars Svenning m.fl.*: Formueretlige emner, 3. udgave. DJØF's forlag 2000.
- Andersen, Lennart Lyng*: Lov om Kreditaftaler med kommentarer. 3. reviderede udgave. Thomson/GadJura 2001.
- Andersen, Lennart Lyng, & Madsen, Palle Bo*: Aftaler og mellemænd. 4. udgave Thomson/GADJura 2001.
- Andersen, Lennart Lyng, & Møgelvang-Hansen, Peter & Ørgaard, Niels*: Gældsbrevsloven med kommentarer, 1. udgave/1. oplag. GADJura 1997.
- Andersen, Mads Bryde & Torvund, Olav*: Shopping på Internettet, TemaNord 1999:598.
- Andersen, Mads Bryde*: EDB og ansvar, 1. udgave. DJØF's forlag 1988.
- Andersen, Mads Bryde*: Electronic Commerce – A Challenge to Private Law?, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze E Seminari 32, Roma 1998.
- Andersen, Mads Bryde*: Lærebog i EDB-ret, 1. udgave. DJØF's forlag 1991.
- Andersen, Mads Bryde*: Lærebog i IT-ret, forår 2001. Kompendium.
- Andersen, Mads Bryde*: IT-retten, 1. udgave, 1. oplag. Forlaget IT-retten 2001.
- Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph*: Lærebog i obligationsret I. 1. udgave, 1. oplag. Thomson/GadJura 2000.

Litteraturfortegnelse · Bøger

- Andersen, Mads Bryde*: Nogle IT-retlige problemer ved årtusindskiftet – En juridisk oversigt. Stencileret, udgivet den 2. juni 1998.
- Andersen, Mads Bryde*: Praktisk aftaleret, 1. udgave. Chr. Ejlers forlag 1995.
- Andersen, Paul Krüger m.fl.*: Dansk Privatrete. 11. udgave. DJØF's forlag 1999.
- Atiyah, P.S., Adams, John N. & MacQueen, Hector*: The Sale of Goods. 10th Edition. Pearson Education Limited, England 2001.
- Aubert, L.M.B.*: Den Norske Obligationsrets Specielle Del. Andet Bind, Anden Udgave. H. Aschehoug & Co., Kristiania 1905.
- Aubert, L.M.B.*: Norsk Obligationsret. Speciel Del. Første Bind, Anden Udgave. H. Aschehoug & Co., Kristiania 1901.
- Augdahl, Per*: Den Norske Obligationsrets Almendelige Del. Akademisk Forlag 1954.

B

- Bainbridge, David*: Software Copyright Law. Fourth Edition, Butterworths 1999.
- Baran, Nicholas*: Informationsmotorvejen – Genvej til fremtiden. 1. udgave, 1. oplag. Teknisk Forlag 1995.
- Basedow, Jürgen & Kono, Toshiyuki*: Legal Aspects of Globalization. Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy. Kluwer Law International 2000.
- Bell, John, Boyron, Sophie & Whittaker, Simon*: Principles of French Law. Oxford University Press 1998.
- Bender, Hanne & Nielsen, Ole Bruun (red.)*: Edb-retlige afgørelser 3. Dataforeningens forlag ApS 1988.
- Bender, Hanne*: EDB-rettigheder, 1. udgave. DJØF's forlag 1998.
- Berger, Mats & Starfelt, Helena*: Immaterialrätt och konkurrensrätt. Juristförlaget 1997.
- Bernacchi, Richard L. & Larsen, Gerald H.*: Data Processing Contracts and the Law. Little, Brown and Company, Boston, 1974.
- Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars & Sandgren, Claes*: Immaterialrätt – Upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens. Sjätte omarbetade upplagan, Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm 1998.
- Bing, Jon & Fog, Jørgen*: Fem Essays om ny informasjonsteknologi, forbrukere och personvern. NORD 1989:73.
- Bing, Jon m.fl.*: Strafferettslig vern av immaterielle goder, Complex nr. 12/1987. Universitetsforlaget AS 1987.
- Blanck, Lars Jakob (red.)*: Dommer og kjennelser i EDB-rett I. Universitetsforlaget 1980.

- Blomqvist, Jørgen*: Overdragelse af ophavsrettigheder. DJØF's forlag 1987.
- Blume, Peter (red.)*: IT-retten i det 20. århundredes tusmørke. Nordisk Årbog for Retsinformatik 1998. DJØF's forlag 1999.
- Blume, Peter (red.)*: Legal Issues at the Dawn of the New Millennium. DJØF's forlag 1999.
- Blume, Peter*: Databeskyttelsesret – En almindelig indføring i den retlige beskyttelse af det informationelle privatliv, 1. udgave. DJØF's forlag 2000.
- Blume, Peter*: Fra tale til data – Studier i det juridiske informationssystem. Akademisk forlag 1989.
- Blume, Peter*: Personregistrering, 3. reviderede udgave. Akademisk forlag 1996.
- Blume, Peter m.fl.*: IT-retlige emner, 1. udgave, 1. oplag. DJØF's forlag 1998.
- Blume, Peter*: Personopplysningsloven – Lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger. GreensJura 2000.
- Brandi-Dohrn, Matthias*: Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln. BGB, Leasing und UN-Kaufrecht. Zweite Ausgabe, Beck Verlag, München, 1994.
- Bridge, Michael*: The International Sale of Goods – Law and Practice. Oxford University Press 1999.
- Bridge, Michael*: The Sale of Goods. Oxford University Press 1998.
- Buckland, Michael*: Information and Information Systems. Greenwood Press 1991.

C

- Carlsson, Kenny, Söderlind Erik & Ulriksson, Magnus*: Konkurrencelagen – En kommentar. Norstedts Juridik AB 1999.
- Chissick, Michael & Kelman, Alistair*: Electronic Commerce – Law and Practice. Sweet & Maxwell, London, 1999.
- Christensen, Anna*: Studier i köprätt. P.A.Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1970.
- Christou, Richard*: Drafting Commercial Agreements. Second Edition. Sweet & Maxwell 1998.
- Chydenius, Wilhelm*: Finsk kontraktsrätt I. Duplicerad å Helsingfors Universitets dupliceringsbyrå 1955.
- Clausen, Lene Vangsgaard m.fl.*: Mangler ved edb-systemer. Institut for Privatrekt, Aarhus, 1990.

D

- D'Amato, Anthony & Long, Doris Estelle*: International Intellectual Property Law. Kluwer Law International 1997.

Litteraturfortegnelse · Bøger

- Dagan, Hanoch*: Unjust enrichment – A Study of Private Law and Public Values, Cambridge University Press 1997.
- Dahl, Børge*: Erhvervsjura – i et markedsøkonomisk perspektiv. 5. udgave. Handelshøjskolens forlag 1999.
- Davis, Stan & Meyer, Christopher*: Blur – The Speed of Change in the Connected Economy. Addison-Wesley, Reading, Massachusetts 1998.
- Day, Colin & Alcock, Donald*: Sådan fungerer datamater. Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1983.
- Delta, George B. & Matsuura, Jeffrey H.*: Law of the Internet. Aspen Publishers, Inc. 1997.
- Dennis Campbell*: The Law of Online Business. Sweet & Maxwell 1999.
- Dern, Daniel P.*: The Internet Guide for New Users. McGraw-Hill, Inc. 1994.
- Dickie, John*: Internet and Electronic Commerce Law in the European Union. Hart Publishing, Oxford 1999.
- Dragsted, Nicolai*: IT-kontrakter. Thomson Paradigma, København 2000.
- Dreyfuss, Rochelle Cooper & Kwall, Roberta Rosenthal*: Intellectual Property – Cases and Materials on Trademark, Copyright and Patent Law. The Foundation Press, Inc., Westbury, New York 1996.

E

- Einersen, Eivind*: Elektronisk aftale- og bevisret. DJØF's forlag 1992.
- Einersen, Eivind*: Forældelsesloven af 1908 med kommentarer. DJØF's forlag 1999.
- Eyben, Bo von & Eyben, W.E.*: Juridisk ordbog. 11. udgave. Thomson/GAD-Jura 1999.

F

- Farnsworth, E. Allan*: An Introduction to the Legal System of The United States. Third Edition, Oceana Publications, Inc., New York 1996.
- Fawcett, James J. & Torremans, Paul*: Intellectual Property and Private International Law. Clarendon Press, Oxford 1998.
- Flodgren, Boel & Nielsen, Ruth*: Rätten (om)kring Øresund. DJØF's forlag 2000.
- Ford, Warwick & Baum, Michael S.*: Secure Electronic Commerce – Building the Infrastructure for Digital Signatures and Encryption. Prentice Hall 1997.
- Frank, Lars*: Distribuerede databaser – Teori og praksis. 1. udgave, 1. oplag, DJØF's forlag 1990.

G

- Gars, Anna*: Counterfeiting och ingripande mot piratkopiering i Sverige. GOTAB, Stockholm 1998.
- Gomard, Bernhard*: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold. GEC Gads forlag 1958.
- Gomard, Bernhard & Rechnagel, Hardy*: International Købelov. De Forenede Nationers konvention om internationale køb. DJØF's forlag 1990.
- Gomard, Bernhard*: Obligationsret, 3. Del. 1. udgave, 1. oplag. DJØF's forlag 1993.
- Gomard, Bernhard*: Obligationsret, 2. Del. 2. udgave, DJØF's forlag 1995.
- Gomard, Bernhard*: Almindelig kontraktsret – Indgåelse, gyldighed, fortolkning. 2. omarbejdede udgave, DJØF's forlag 1996.
- Gomard, Bernhard*: Obligationsret, 1. Del. 3. omarbejdede udgave. DJØF's forlag 1998.
- Gorton, Lars & Nyström, Birgitta (red.)*: Variationer på ett obligationsrättsligt tema. Första upplagan. Wallin och Dalholm boktryckeri, Lund 1998.
- Gram, F.T.J.*: Den danske Formueret. Anden Deel, Andet Bind, Kjøbenhavn 1864.
- Gram, G.W. & Vogt, Hans H.*: Den nordiske obligationsret. Gyldendalske Boghandels Forlag (F. Hegel & Søn), Kjøbenhavn 1888.
- Graveson, R.H., Cohn, E.J. & Graveson, D.M.*: Uniform Laws on International Sales Act 1967. Butterworths 1968.
- Green, Thomas, Sander, Geert & Wilhelmsen, Torben*: hjemmesider – til at begynde med. Forlaget Grafisk Litteratur 2001.
- Greve, Vagn, Nielsen, Gorm Toftegaard & Jensen, Asbjørn*: Kommenteret straffelov – Speciel del. 6. omarbejdede udgave. DJØF's forlag 1997.
- Grundtvig, L.A.*: Lov om Køb af 6. april 1906. J.H. Schultz Forlagsboghandel A/S 1922.
- Guest, A.G. (red.)*: Benjamin's Sale of Goods. Third Edition. Sweet & Maxwell, London 1987.
- Guttormsen, G.*: Elforsyningskontrakten – Et bidrag til energiretten. Universitetsforlaget 1968.
- Gaarder, Karsten*: Forelesninger over kjøp. 7. udgave. H. Aschehoug & Co., Oslo 1975.

H

- Hagstrøm, Viggo, Lødrup, Peter & Aarbakke, Magnus (red.)*: Ånd og rett. Festschrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997. Universitetsforlaget, Oslo 1997.

Litteraturfortegnelse · Bøger

- Halbert, Debora J.:* Intellectual Property in the Information Age – The Politics of Expanding Ownership Rights. Quorum Books 1999.
- Hallager, Fr.:* Den norske Obligationsret. 1ste Bind. Chr. Lønsbergs Forlag, Kristiania 1859.
- Hance, Olivier:* Business and Law on the Internet. Best of Editions 1996.
- Hansen, Jesper Lau:* Informationsmisbrug – En analyse af de centrale bestemmelser i børsrettens informationsregime. DJØF's forlag 2001.
- Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian:* Køb og salg af virksomheder. Nyt Juridisk forlag 2000.
- Hansen, Jørgen:* Teknikeraftalen – Almindelig del. J.H. Schultz A/S, København 1984.
- Hasle, H. & Nebelong, B.:* Løse køb. Kommentar til Lov om Køb af 6. April 1906. I – §§ 1 – 41. GEC Gads Forlag København 1949.
- Heide-Jørgensen, Caroline:* Liberale erhverv. DJØF's forlag 2000.
- Heiselberg, Leif:* Retlige aspekter af vareomsætning. Odense Universitetsforlag 1997.
- Hellner, Jan & Ramberg, Jan:* Speciell avtalsrätt I – Köprätt. Andra upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1991.
- Hellner, Jan:* Köp och avtal – Uppsatser 1980 – 1992. Juristförlaget 1992.
- Herman, A.H.:* International Trade Terms – Standard Terms for Contracts for the International Sale of Goods. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff 1993.
- Herre, Johnny under medverkan av Jan Ramberg:* Konsumentköplagen – En kommentar. Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Hindenburg, A.:* Om Kjøb og Salg – Et Bidrag til en Dansk Handelsret. C.G. Iversens Boghandel, København 1872.
- Hoffman, Paul S. (ed.):* Internet and Web Related Forms Collection. Computer Law Association 1997.
- Holdt, Helen:* Aktiehandel og informationsteknologi i EU. DJØF's forlag 1999.
- Holm, Mogens & Spang-Hanssen, Henrik Stakemann:* God advokatskik – En håndbog. Advokaternes Serviceselskab ApS 1996.
- Honsell, Heinrich:* Kommentar zum UN-Kaufrecht – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG). Springer-Verlag, Berlin 1997.
- Hopt, Klaus J., Baumbach, Adolf & Duden, Konrad:* Handelsgesetzbuch, Band 9. 29. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1995.
- Hugenoltz, P. Bernt (red.):* The Future of Copyright in a Digital Environment. Kluwer Law International 1996.

- Hultmark, Christina*: Kontraktsbrott vid köp av aktie. Juristförlaget, Stockholm 1992.
- Hvidlykke, John Alex*: PC 1997 – Køb og opgradering af pc. Forlaget Globe 1997.
- Hvidt, Vald. & Rørdam, Kjeld*: Lov om køb af 6. april 1906 med Forklaringer og Alfabetisk Register. GEC Gads Forlag, København 1922.
- Højland, Mogens (red.)*: Kommunikation uden grænser – en introduktion til datakommunikation. 2. oplag, Datacentralen 1991.
- Hørlyck, Erik*: Tilvirkningskøbet. NLM 94, NL 92, ECE 188 A, ECE 188. 1. udgave, 1. oplag. DJØF's forlag 1996.
- Håstad, Torgny*: Den nya köprätten. Fjärde upplagan, Iustus Forlag 1998.

I

- Illum, Knud*: Dansk Tingsret. 3. omarbejdede udgave ved Vagn Carstensen. Juristforbundets forlag, København 1976.
- Iversen, Bent m.fl.*: Lærebog i Dansk & International Erhvervsret. 4. udgave. DJØF's forlag 1999.
- Iversen, Torsten*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold. 1. udgave, 1. oplag. Thomson/Gadjura 2000.

J

- Janson, Ingemar*: Den elektroniska marknadsplatsen – Avtals-, köp og bevisrättsliga aspekter. IRI-rapport 1997:1.
- Jay, Rosemary & Hamilton, Angus*: Data Protection – Law and Practice. Sweet & Maxwell, London 1999.
- Jensen, Torben*: Afbetaling. GEC Gads Forlag, København 1970.
- Jerner, Magdalena*: Licensavtal för datorprogram. Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholm Universitet nr. 98, 1998.
- Johansen, Christian*: Bygherrens ændringsret. 1. udgave, 1. oplag. GADJura 1999.
- Juntunen, Ritva (red.)*: EDB, lovgivningen og juristens rolle. Nordisk Årbog for Retsinformatik 1990. DJØF's forlag.

K

- Kabel, Jan J.C. & Mom, Gerard J.H.M. (ed.)*: Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram. Information Law Series – 6. Kluwer Law International 1998.
- Kare-Silver, Michael de*: E-shock 2000 – The Electronic Shopping Revolution. Strategies for retailers and manufacturers, revised paperback edition. Macmillan Business 2000.

Litteraturfortegnelse · Bøger

- Katsh, M. Ethan:* Law in a Digital World. Oxford University Press 1995.
- Kaye, Peter:* The New Private International Law of Contract of the European Community. Dartmouth 1993.
- Kelleher, Denis & Murray, Karen:* IT Law in the European Union. Sweet & Maxwell 1999.
- Koivumaa, Ari (red.):* Netjura. Nordisk Årbog for Retsinformatik 1999, DJØF's forlag.
- Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne:* Lärobok i Immaterialrätt. Sätte upplagan. Norstedts Juridik AB 2000.
- Koktvedgaard, Mogens:* Immaterialretspositioner – Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret. 1. udgave, 2. oplag. DJØF's forlag 1965.
- Koktvedgaard, Mogens:* Lærebog i immaterialret. 5. udgave. DJØF's forlag 1999.
- Koktvedgaard, Mogens:* Lærebog i konkurrenceret. 4. udgave. DJØF's forlag 2000.
- Kolrud, Helge Jakob m.fl.:* Kommentar til NLM 94. Dansk Industri 1996.
- Kolrud, Helge Jakob m.fl.:* Kommentar til NL 92. Dansk Industri 1993.
- Kolrud, Helge Jakob m.fl.:* Kommentar til NS 3430, 2. oplag 1996. Universitetsforlaget AS, Oslo 1996.
- Krol, Ed:* The Whole Internet – User's Guide and Catalog. Second Edition, O'Reilly & Associates, Inc. 1994.
- Krüger, Kai:* Tilpasning av gamle lover til ny teknologi – Med særlig sikte på avtalerettslige, pengekravsrettslige og prosessuelle rettsvirkninger ved bruk av IT-systemer. Det juridiske fakultets skriftserie nr. 73, Universitetet i Bergen 1998.
- Krüger, Kai:* Norsk kjøpsrett, 4. reviderte utgave. Alma Mater Forlag AS/Fagbokforlaget 1999.
- Kurtz, Raymond A.:* Internet and the Law – Legal Fundamentals for the Internet User. Government Institute, Rockville, MD, 1996.

L

- Lamm, Kurt:* Köp av lös egendom. Efterlämnat manuskript av Professor Winroth. P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1917.
- Lando, Ole:* Købet komparativt. En oversigt over retsreglerne om løsøre køb i en række vestlige lande. 4. udgave. Einar Harcks Forlag, København 1967.
- Larsen, Anders, Rieper, Olaf & Blais, Régis:* Brug af informationsteknologi – telehuse i Norden og videotex i Frankrig. AKF's forlag 1988.
- Lassen, Julius & Ussing, Henry:* Haandbog I Obligationsrettens Specielle Del I – Gave, Køb og Bytte. GEC Gads Forlag, København 1923.

- Lassen, Julius*: Kjøb og Salg. Anden Udgave. GEC Gads Forlag, København 1910.
- Lassen, Julius*: Obligationsrettens Specielle Del. Tredje Udgave. GEC Gad, København 1917.
- Lessig, Lawrence*: Code and Other Laws of Cyberspace. Basic Books 1999.
- Levin, Marianne, Nordell, Per Jonas & Sundberg, Pia (red)*: Upphovsrätt i millennietid. GOTAB, Stockholm 1999.
- Lindberg, Agne & Westmann, Daniel*: Praktisk IT-rätt, andra upplagan. Norstedts Juridik AB, 1999.
- Lookofsky, Joseph*: International Encyclopedia of Laws – The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Kluwer Law and Taxation Publishers 2000.
- Lookofsky, Joseph*: Køb – Dansk indenlandsk købsret. 1. udgave, 2. oplag. DJØF's forlag 1997.
- Lookofsky, Joseph*: Understanding the CISG in Scandinavia, 1. udgave. DJØF's forlag 1996.
- Lucky, Robert W.*: Silicon Dreams – Information, Man, and Machine. St. Martin's Press, New York 1989.
- Lund, Torben*: Ophavsret. GEC Gads Forlag 1961.
- Lyngsø, Preben*: Gældsbrevsloven. 3. udgave. DJØF's forlag 1989.

M

- Madsen, Palle Bo*: Markedsret. Del 1. 4. udgave. DJØF's forlag 2000.
- Madsen, Palle Bo*: Markedsret. Del 2. 3. udgave. DJØF's forlag 1997.
- Magnusson, Cecilia & Torvund, Olav (red.)*: ADB, avtal och upphovsrätt. Nordisk årsbok i rättsinformatik 1986. Norstedts Förlag 1986.
- Mermin, Samuel*: Law and the Legal System – An Introduction. Second Edition, Little, Brown and Company 1982.
- Mortensen, Peter*: Landbrugsforpagtning – Misligholdelse af parternes hovedforpligtelser. GadJura 1999.
- Myrbostad, Tomas*: Elektronisk informationsansvar – om det kontraktsrettslige erstatningsansvaret for villedende informasjon ved elektronisk informationsformidling. Complex nr. 7/1997.

N

- Negroponte, Nicholas*: Det digitale liv. 2. reviderede udgave, Klim 1997.
- Nehrman, David*: Jurisprudentia Civilis. Juridiska Föreningen i Lund 1979.
- Niblett, Bryan*: Legal Protection of Computer Programs. Oyez Publishing Limited 1980.

Litteraturfortegnelse · Bøger

- Nielsen, Anne-Dorte Bruun*: Forbrugerret. Køb, kredit, rejser og dørsalg. 1. udgave, 1. oplag. Greens Jurabibliotek 1999.
- Nimmer, Raymond T.*: Information Law. Warren, Gorham & Lamont 1996.
- Norheim, Lars G.*: Mangelfull kunst – når har kunstverk og antikviteter en kjøpsrettslig mangel?, Stencilserie nr. 155, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo 1998.
- Novelli, Vittorio (red.)*: Law and Computers, Vol. I & II. Dott. A. Giuffré Editore, Milano 1991.
- Nowak, John E. & Rotunda, Ronald D.*: Constitutional Law. Fifth Edition. West Publishing Co. 1995.
- Nørager-Nielsen, Jacob & Theilgaard, Søren*: Købeloven med kommentarer, 2. udgave. GEC Gads forlag 1993.

P

- Paton, G.W. & Derham, David P.*: A Textbook of Jurisprudence. Fourth Edition, Oxford at the Clarendon Press 1972.
- Pedersen, Martin Dahl*: Bogen om ophavsretten. EDITIO 1998.
- Pernice, Ingolf (red.)*: Harmonization of Legislation in Federal Systems, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.
- Perritt, Henry H. Jr.*: Law and the Information Superhighway. Privacy, Access, Intellectual Property, Commerce, Liability. Wiley Law Publications, John Wiley & Sons, Inc. 1996.
- Persson, Annina H.*: Förbehållsklausuler – En studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning. GOTAB, Stockholm 1998.
- Philips, Louis*: The economics of imperfect information. Cambridge University Press 1988.
- Pollaud-Dulian, Frédéric (red.)*: The Internet and Authors' Rights. Sweet & Maxwell 1999.
- Posner, Richard A.*: Law and Legal Theory in England and America. Clarendon Press, Oxford 1996.
- Punsvik, Randi (red.)*: Elektronisk handel – retslige aspekter. Nordisk Årbog for Retsinformatik 1997. DJØF's forlag 1997.

R

- Rabel, Ernst*: Das Recht des Warenkaufs, 1. und 2. Band. Walter De Gruyter & Co., Berlin 1957-1958.
- Ramberg, Jan under medverkan av Johnny Herre*: Köplagen, upplaga 1:1. Norstedts Juridik, Stockholm 1995.

- Reed, Chris*: Digital Information Law – Electronic Documents and Requirements of Form. Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary and Westfield College, University of London 1996.
- Reich, Norbert & Micklitz, Hans-W.*: Consumer Legislation in the EC Countries – A Comparative Analysis. A Study Prepared for the EC Commission. Van Nostrand Reinhold Company 1980.
- Renner, Wolfgang*: Rechtsschutz von Computerprogrammen. Manzsche Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien 1998.
- Riis, Thomas*: Ophavsret og retsøkonomi – Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning. 1. udgave, 1. oplag. GADJura 1996.
- Riis, Thomas*: Immaterialret og IT. 1. udgave. DJØF's forlag 2001.
- Rognlien, Knut*: Forutbegrenelighet og teknologisk utvikling som juridiske argumenter. Complex nr. 6/1991. TANO A.S. 1991.
- Rognlien, Stein*: Produktansvaret – Lov, konvensjoner og lovvalg. Juridisk Forlag AS, Oslo 1992.
- Rognstad, Ole-Andreas*: Spredning av verkseksemplar – Om konsumpsjon av rettigheter i eksemplar av vernede åndsverk. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1999.
- Rohe, Mathais*: Netzverträge. Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen. Mohr Siebeck 1998.
- Rosén, Jan*: Upphovsrättens avtal – Regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal. Andra upplagan, Norstedts Juridik AB 1998.
- Rosén, Jan*: Uppsatser i Medierätt. Juristförlaget JF AB 1993.
- Rosenmeier, Morten*: Værkslæren i ophavsretten, 1. udgave. DJØF's forlag 2001.
- Rosenoer, Jonathan*: Cyberlaw – The Law of the Internet. Springer 1997.
- Ross, Alf*: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. Levin og Munksgaard 1934.
- Rørdam, Thomas & Carstensen, Vagn*: Pant. 6. reviderede udgave. Akademisk forlag 1998.

S

- Saxby, Stephen (red.)*: The Encyclopedia of Information Technology Law, Vol. I-III. Sweet & Maxwell 2000.
- Scheel, A.W.*: Privatrettens almindelige Deel, fremstillet efter den danske Lovgivning. Andet Bind. Reitzels Forlag 1866.
- Schlechtriem, Peter & Magnus, Ulrich*: Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG – Eine Sammlung belgischer, deutscher, italienischer, israelischer und niederländischer Entscheidungen zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1987.

- Schlechtriem, Peter*: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). Second Edition (in translation). Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Schlechtriem, Peter*: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG. 3. völlig neubearbeitete Auflage. Verlag C.H. Beck, München 2000.
- Schmidt, Per Håkon*: Teknologi og immaterialret – Et studie i patent- og ophavsretten særligt med henblik på retsbeskyttelsen af edb-programmer og micro-chips, 1. udgave. GEC Gad 1989.
- Schrevelius, Fredrik*: Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civil-Rätt – Andra Delen: Förmögenhetsrätten. Fr. Berlings Förlag 1847.
- Schrevelius, Fredrik*: Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civil-Rätt. Andra Delen – Förmögenhetsrätten. Andra Upplagan. Fr. Berlings Förlag 1857.
- Schricker, Gerhard*: Urheberrecht – Kommentar. 2. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999.
- Schønning, Peter*: Ophavsretsloven med kommentarer, 2. udgave, 1. oplag.. GADJura 1998.
- Seipel, Peter*: Computing Law. Perspectives on a New Legal Discipline. Liber-Förlag, Stockholm 1977.
- Seipel, Peter*: Juristen och datorn – Introduktion til rättsinformatikken. 5. udgave. Fritzes, Stockholm, 1994.
- Silvander, Jan*: Dator- och datarelaterade förmögenhetsbrott utom borgerärsbrotten. Stencileret, Stockholm 1998.
- Simonsen, Lasse*: Prekontraktuel ansvar. Det alminnelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser. Universitetsforlaget, Oslo 1997.
- Skjørshammer, Jon*: Opphavsrett, databaser og datamaskinprogrammer – Kontraktsrettslige aspekter. Complex nr. 4/1986. Universitetsforlaget AS, Oslo 1986.
- Smith, Graham J.H. (red.)*: Internet Law and Regulation. Second Edition, Bird & Bird 1997.
- Smitt, Raoul m.fl.*: Databranschens standardavtal – Computer Standard Contracts in Sweden. Norstedts Juridik 1992.
- Soma, J.F.*: Conceptual Structures – Information Processing in Mind and Machine. Addison-Wesley Publishing Company 1984.
- Stein, Peter*: Roman Law in European History. Cambridge University Press 1999.
- Steinmark, Charlotte & Zangenberg, Henrik*: Elektronisk dokumenthåndtering – jura, metoder, eksempler. Teknisk Forlag A/S 1999.
- Stenvik, Art*: Patentrett. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1999.

- Stoltze, Lars*: Internet Ret. 1. udgave. Nyt Juridisk Forlag 2001.
- Strange Beck & Nielsen, Ole Bruun (red.)*: Edb-retlige afgørelser 1. Edb-rådet 1984.
- Strange Beck & Nielsen, Ole Bruun (red.)*: Edb-retlige afgørelser 2. Databehandlingsforeningens Forlag ApS 1986.
- Ströbele, Paul, Klaka, Rainer & Althammer, Werner*: Markengesetz – Heymanns Taschenkommentare zum gewerblichen Rechtsschutz. 5. Auflage 1997, Carl Heymanns Verlag KG 1997.
- Stuckey, Kent D.*: Internet and Online Law. Law Journal Seminars Press, October 1996.
- Susskind, Richard*: The Future of Law – Facing the Challenges of Information Technology. Clarendon Press, Oxford 1996.
- Swire, Peter P. & Litan, Robert E.*: None of Your Business – World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive. Brookings Institution Press, October 1998.

T

- Tamm, Ditlev*: Roman law and European legal history. DJØF Publishing 1997.
- Tapper, Colin*: Computer Law. Fourth Edition, Longman 1989.
- Theilgaard, Søren*: Checkret. 1. udgave/1. oplag. GADJura 1998.
- Thrap-Meyer, Ellen-Kathrine*: Forbrukerkjøp og edb, Complex nr. 5/1989. TANO 1989.
- Tokvam, Camilla Sivesind*: Offentlige anskaffelser av informasjonsteknologi – Særlig om spesifikasjon av ytelsen, bruk av konsulenter og kriterier ved tildeling av kontrakt. Complex nr. 2/1997.
- Torvund, Olav*: Kontraktsregulering – IT-kontrakter. Tano Aschehoug 1997.

U

- Ulfbeck, Vibe*: Kontrakters relativitet – Det direkte ansvar i formueretten. Thomson/GadJura 2000.
- Ussing, Henry*: Køb, 4. udgave, 8. oplag ved A. Vinding Kruse. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1987.

V

- Vagner, Hans Henrik*: Entrepriseret. 3. udgave under medvirken af Torsten Iversen. DJØF's forlag 2001.
- Veen, Jeffrey*: The Art & Science of Web Design. Que 2001.
- Virgo, Graham*: The Principles of the Law of Restitution, Clarendon Press, Oxford 1999.

W

Wagle, Anders Mediaas & Ødegaard Jr., Magnus: Opphavsrett i en digital verden, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1997.

Wahlgren, Peter: Rättsfallssamling i IT-rätt. Juristförlaget, Stockholm 1996.

White, James J. & Summers, Robert S.: Uniform Commercial Code, Vol. 1-4. Fourth Edition. West Publishing Co. 1995.

Williams, Constance D.: The Internet for New Bies – An Easy Access Guide. Libraries Limited, Inc. 1997.

Winder, R.L., Probert, S.K. & Beeson, I.A. (ed.): Philosophical Aspects of Information Systems. Taylor & Francis Ltd. 1997.

Z

Zweigert, K. & Kötz, H.: An Introduction to Comparative Law. Second Edition, Volume II. Clarendon Press, Oxford 1987.

Ø

Ørsted, Anders Sandøe: Supplement til afdøde Generalauditeur Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret. Tredie Bind, Kjøbenhavn 1812.

Å

Aagesen, Andreas: Indledning til den danske Formueret. Gyldendalske Boghandels Forlag (F. Hegel & Søn), Kjøbenhavn 1881.

Artikler

A

- Adamsen, John*: Køb og salg af pantebreve i fast ejendom. UfR 1990 B. s. 476ff.
- American Bar Association*: Achieving Legal and Business Order in Cyberspace – A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet. The Business Lawyer, August 2000, Vol. 55, No. 4, s. 1801ff.
- Andersen, Lennart Lyng*: En byretsdom om forbrugerbegrebet. Fuldmægtigen nr. 4, 1992, s. 53f.
- Andersen, Mads Bryde*: Den digitale forvaltning – Regulering, sikkerhed og styring. Fra festskriftet *Kommunestyre i retlige rammer – En antologi i anledning af Kommunekredits 100 års jubilæum*, 2000, s. 94ff.
- Andersen, Mads Bryde*: Direktivforslag om elektronisk handel. Lov & Data nr. 57, Mars 1999, s. 6ff.
- Andersen, Mads Bryde*: Handelsagentlovens anvendelse ved distribution af edb-programmel. UfR 1995 B. s. 169ff.
- Andersen, Mads Bryde*: Om lovgivning og retsudvikling i informationssamfundet. Jubilæumsskrift til Dansk Dataforening 2000, s. 35ff.
- Andersen, Mads Bryde*: Ophavsretten og den nye teknologi. Information og kommunikation – digitalisering og superhighways. NIR 1995 s. 616ff
- Anderson, James*: U.S. Federal Government Electronic Commerce on the Internet. EDI Forum, Vol. 10, No. 4, 1997, s. 32ff.

B

- Bainbridge, David*: Internet Law – I. Computer Law & Security Report, Vol. 14, No. 2, 1998, s. 107ff.
- Barling, Beth & Heather, Stark*: Product Support for EC – The Shape of Things to Come. EDI Forum, The Journal of Electronic Commerce, Vol. 11, No. 2, 1998, s. 36ff.
- Beckerman-Rodau, Andrew*: Computer Software – Does Article 2 of the Uniform Commercial Code Apply? 35 Emory Law Journal 853 (1986).
- Bender, Hanne*: Kvalifikation af edb-programrettigheder. Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 1999, s. 17ff.
- Bergh, Mike van den*: Electronic commerce. International Telecommunications Quarterly, Issue 3, 2000, s. 26ff.
- Betten, Jürgen*: Datenverarbeitungsprogramme als "Ware". GRUR 1985, Heft 12, s. 1055ff.

Litteraturfortegnelse · Artikler

- Bing, Jon:* En bakgrunn for analyse av informasjonsrettslige bestemmelser. Jussens venner, hefte 4-5/1988 s. 109ff.
- Bing, Jon:* Anmeldelse af *Mads Bryde Andersen: Lærebog i edb-ret og Mads Bryde Andersen (red.): Edb-ret – Lovgivning, retsafgørelser, kontrakter.* Lov og Rett 1993 s. 269ff.
- Bing, Jon:* Lex informatica. Lov & Data nr. 61, april 2000 s. 1f.
- Bing, Jon:* Opphavsretten og ny informasjonsteknologi – Noen spredte notater. Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 1995, s. 595ff.
- Bing, Jon:* Vurdering av opphavsrettslig krenkelse av datamaskinprogrammer – et praktisk perspektiv. Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 1999, s. 281ff.
- Blume, Peter:* EDB-kontrakter – et unikt område? Nordisk årsbok i rättsinformatik 1986 s. 22ff.
- Blume, Peter:* Om edb og ansvar. Juristen nr. 7, 1989 s. 293ff.
- Boss, Amelia:* The Emerging Law of International Electronic Commerce. Business Lawyer, Vol. 52, 1997, s. 1469ff.
- Boss, Amelia E.:* Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform. 72 Tulane Law Review 1998 s. 1931ff.
- Boss, Amelia H. & Woodward, William J.:* Scope of the Uniform Commercial Code; Survey of Computer Contracting Cases. The Business Lawyer, Vol. 43, August 1988 s. 1513ff.
- Branscomb, Anne Wells:* Anonymity, Autonomy, and Accountability – Challenges to the First Amendment in Cyberspace. The Yale Law Journal, Vol. 104, No. 7, May 1995, s. 1639ff.
- Bull, Jørgen:* Datakontrakter. Leveringsproblematikken. Jussens venner, hefte 4-5/1988 s. 122ff.
- Bydlinski, Peter:* Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter – zeitlos oder anpassungsbedürftig? Archiv für die civilistische Praxis, 198. Band, Heft 2-3, April 1998, s. 287ff.

C

- Clift, Jenny:* Electronic Commerce – The UNCITRAL Model Law and Electronic Equivalents to Traditional Bills of Lading. International Business Lawyer, Vol. 27, No. 7, July/August 1999, s. 311ff.
- Clinton, William J. & Gore Jr., Albert:* Excerpts from “A Framework For Global Electronic Commerce”. EDI Forum, Vol. 10, No. 4, 1997, s. 11ff.
- Cox, Trevor:* Chaos versus uniformity – the divergent views of software in the International Community. B.L.I. Issue 4, 2000, s. 359ff.

D

- Dengate-Thrush, Peter*: Can bad software be “goods?” New Zealand Intellectual Property Journal, May 1997, s. 206ff.
- Derclaye, Estelle*: Software Copyright Protection – Can Europe Learn from American Case Law? Part 1. European Intellectual Property Review, Issue 1, 2000, s. 7ff.
- Diedrich, Frank*: Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge. Zugleich ein Beitrag zur Methode autonomer Auslegung von Internationalem Einheitsrecht. Recht der Internationalen Wirtschaft 1993 s. 441ff.
- Diedrich, Frank*: Fehlerhafte Software im Geflecht des englischen Vertragsrecht. Computer und Recht nr. 11, 1995, s. 449ff.
- Diedrich, Frank*: Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation – Software Contracts and the CISG. 8 Pace International Law Review (1996) s. 303ff.
- Dively, Mary Jo Howard & Cohn, Donald A.*: Treatment of Consumers Under Proposed U.C.C. Article 2B Licenses. The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. 16, No. 1, 1997, s. 315ff.
- Doherty, Michael & Griffiths, Ivor*: The Harmonisation of European Union Copyright Law for the Digital Age. European Intellectual Property Review, Issue 1, 2000, s. 17ff.
- Dreben, Ron N. & Werbach, Johanna L.*: Senators versus Governors – State and Federal Regulation of E-Commerce. The Computer Lawyer, Vol. 17, No. 6, June 2000, s. 3ff.

E

- Endler, Maximilian & Daub, Jan*: Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht. Computer und Recht nr. 10/1993 s. 601ff.
- Ernestus, Julius*: Nutzung und Vervielfältigung eines Computerprogrammes. Computer und Recht, nr. 9/1989 s. 784ff.

F

- Fakes, Arthur*: The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer Software and Database Transactions. 3 Software Law Journal 1990 s. 559ff.
- Feilberg, John*: Har landsretskendelse brudt med retspraksis for pantsætning af vindmøller? UfR 1992 B. s. 382f.
- Fendell, Charles H.*: UCITA Is Coming!!! Part One – Practical Analysis for Licensee’s Counsel. The Computer Lawyer, Vol. 17, No. 7, July 2000, s. 3ff.

Litteraturfortegnelse · Artikler

- Freed, Roy N.:* A Functional Approach to Information Upon The Convergence of Communication and Information Processing. The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. XV, No. 1, Fall 1996, s. 4ff.
- Friedman, Marc S. & Taylor, Lindsey H.:* Applying The CISG To International Software Transactions. The Metropolitan Corporate Counsel, New Jersey, October 1999, s. 21.

G

- Gabriel, Henry D.:* The New United States Uniform Electronic Transactions Act – Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. Uniform Law Review, Vol. V, No. 4, 2000 s. 651ff.
- Gallagher, Steven:* E-Commerce Contracts. Contracting in Cyberspace – A Minefield for the Unwary. Computer Law & Security Report, Vol. 16, No. 2, 2000, s. 101ff.
- Goldring, John:* Consumer Protection, the Nation-State, Law, Globalization, and Democracy. Journal of Computer-Mediated Communication, Vol. 2, No. 2: Part 2 of a Special Issue, September 1996 (Australia).
- Goldsmith, Jack L. & Sykes, Alan O.:* The Internet and the Dormant Commerce Clause. The Yale Law Journal, Vol. 110, No. 5, March 2001 s. 785ff.
- Goodger, Ben:* E-Commerce and its Impact on Pricing. Computers and Law, October/November 1999, s. 22ff.
- Grundtvig, L.A.:* Nogle vejledende Bemærkninger til Lov om Køb af 6te April 1906. UfR 1906 B. s. 153ff.
- Gupta, Paul R., Eimert, Steven D. & Ross, Deanne:* New Rules for International Sales of Computer Hardware and Software. 5 Computer Law 1988 s. 22ff.
- Günther, Andreas:* Änderungsrechte des Softwarenutzers. Computer und Recht nr. 6, 1994, s. 321ff.
- Göthe, Erik:* Digital and other Manipulations of Picture Material. Nordiskt Immaterialt Rättsskydd 1993, s. 24ff.

H

- Hagstrøm, Viggo:* Den nye lov om kredittkjøb. Jussens Venner, hefte 7/1986 s. 229ff.
- Hanley, Steven M.:* International Internet Regulation – A Multinational Approach. The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. XVI, No. 4, Summer 1998, s. 997ff.
- Hansen, Jesper Lau:* IT og selskabsretten. UfR 2000 B. s. 143ff.

- Harvey, Margaret:* Software Licensing – Changes in US Laws may Affect UK Practice. *Computers and Law*, December/January 2000, s. 26f.
- Heckscher, I.:* Nogle Randbemærkninger i Anledning af de nordiske Udkast til Lov om Køb. *UfR* 1905 B. s. 9ff.
- Hill, Richard:* The Internet, Electronic Commerce and Dispute Resolution – Comments. *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 4, December 1997, s. 103ff.
- Hjermer, Lars A.E.:* Handelsrättens Internationalisering och Uniformering. Festschrift till Kurt Grönfors, Norstedts 1991, s. 247ff.
- Hoeren, Thomas:* Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf – Ansätze zu einer neuen Vertragstypologie im Bereich der Standardsoftware. *Computer und Recht* nr. 11, 1988, s. 908ff.
- Hoeren, Thomas:* E-Commerce Germany. *Electronic Commerce and Law – Some Fragmentary Thoughts on the Future of Internet Regulation From a German Perspective*. *Computer Law & Security Report*, Vol. 16, No. 2, 2000, s. 113ff.
- Hoeren, Thomas:* Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs. *Multimedia und Recht* Nummer 9/1998 s. 6ff.
- Holmes, Robert A.:* Application of Article Two of the Uniform Commercial Code to Computer System Acquisitions. *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 9/1982 s. 1ff.
- Howells, John M.:* The Privacy Act of 1993 – A New Zealand Perspective. *Comparative Labor Law Journal*, New Zealand, Vol. 17:107 1995, s. 107ff.
- Hultmark, Christina:* Koplagens tillämplighet på fel i patent. *JT* 1993-94 s. 687ff.
- Hultmark, Christina:* Konsumentskydd på Internet – rättsekonomiska synpunkter. *Juridisk Tidskrift*, Årgang 10, 1998-1999, nr. 1, s. 80ff.

I

- International Business Lawyer*, Vol. 26, No. 4, April 1998. Temanummer om *Commerce on the Internet*.

J

- Jacobsen, Beate (red.):* Kartlegging av ulike juridiske aspekter ved et elektronisk marked. Norsk Regnesentral, Institut for Rettsinformatik, NR-notat, GEM/09/97.
- Juliá-Barceló, Rosa:* A New Legal Framework for Electronic Contracts – The EU Electronic Commerce Proposal. *Computer Law & Security Report*, Vol. 15, No. 3, 1999, s. 147ff.

Litteraturfortegnelse · Artikler

Junker, Abbo: Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992. *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, Heft 13, s. 824ff.

K

Karstoft, Susanne: EU-direktivforslaget om elektronisk handel – aftaleindgåelse på Internettet. *JUR* nr. 7/2000 s. 251ff.

Keinan, Tuvi: Case Report – More Woes for Suppliers as Court Rules on the Unfair Contract Terms Act 1977, *Pegler Limited v Wang (UK) Limited*. *Computer law & Security Report*, Vol. 15, No. 5, 2000, s. 331ff.

Koktvedgaard, Mogens: Bidrag til elektronrettens almindelige del (Elektronisk databehandling). *Juristen* 1968 s. 157ff.

Koktvedgaard, Mogens: Om Købelovgivningens Anvendelse på Overdragelse af Immaterialrettigheder. *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1965, s. 571ff.

Koktvedgaard, Mogens: Velkomst til år 00, *UfR* 2000 B s. 1.

Kolrud, Jacob Helge: EDB-kontrakter – regulering av mislighold. *Nordisk årsbok i rättsinformatik* 1986 s. 36ff.

Krasser, Rudolf & Schmid, Hans Dieter: Der Lizenzvertrag über technische Schutzrechte aus der Sicht des deutschen Zivilrechts. *GRUR Int.* 1982, Heft 5, s. 324ff.

Krüger, Kai: Datamaskinutrustning og programvare – kontraktsvilkår. *Jus-sens venner*, hefte 4-5/1988 s. 139ff.

König, M. Michael: Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB. *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, Heft 41, s. 2604ff.

König, Michael: Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf. *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, Heft 48, s. 3121ff.

L

Larson, Marcus G.: Applying Uniform Sales Law to International Software Transactions – The Use of the CISG, its Shortcomings, and a Comparative Look at How the Proposed U.C.C. Article 2B Would Remedy Them. *5 Tulane Journal of International & Comparative Law* 1997 s. 445ff.

Lehmann, Michael: Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen. *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, Heft 29, s. 1822ff.

Lehmann, Michael: Vermieten und Verleihen von Computerprogrammen. Internationales, europäisches und deutsches Urheberrecht. *Computer und Recht* nr. 5, 1994, s. 271ff.

- Lenda, Peter*: Lovvalg ved elektronisk handel over landegrensene. *Lov & Data* nr. 63, september 2000 s. 15ff.
- Lessig, Lawrence*: The Path of Cyberlaw. *The Yale Law Journal*, Vol. 104, No. 7, May 1995, s. 1743ff.
- Lindberg, Agne*: The Evolution of Jurisdiction – Whose Law applies on the Internet? *Lov & Data* nr. 60, Desember 1999, s. 2f.
- Lindsey, Michael K.*: Electronic Sale and Distribution of Goods – Comparative Aspects. *International Business Lawyer*, Vol. 27, No. 4, June 1999, s. 253ff.
- Lockhart, Thomas L. & McKenna, Richard J.*: Software License Agreements in the Light of the Uniform Commercial Code and the Convention on the International Sale of Goods. *70 Michigan Bar Journal* 1991 s. 646ff.
- Loevinger, Lee*: The Invention and Future of the Computer. *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. XV, Fall 1996, No. 1, s. 21ff.
- Lookofsky, Joseph & Møgelvang-Hansen, Peter*: En ny dansk indenlandsk købelov: KBL III? *UfR* 1999 B. s. 240ff.
- Lookofsky, Joseph*: Alive and Well in Scandinavia – CISG Part II. *The Journal of Law and Commerce*, Vol. 18, Issue 2, Spring 1999, s. 289ff.
- Lousin, Ann*: The Article 2B Symposium – A Foreword. *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 16, No. 2, 1997, s. 205ff.
- Lund, Ole Jr.*: Noen betraktninger vedrørende avtaler og kutymen i sivil kjøp. *TfR* 1962 s. 64ff.
- Lyman, Peter*: The Article 2B Debate and the Sociology of the Information Age. *13 Berkeley Technology Law Journal* 1998 s. 1063ff.

M

- Mankowski, Peter*: Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht. *Rabels Zeitschrift*, Bd. 63 (1999) s. 203ff.
- Mayer, Franz C.*: Recht und Cyberspace – Eine Einführung in einige rechtliche Aspekte des Internets. *Humboldt Forum Recht* 1997, Beitrag 3.
- Mehrings, Josef*: Computersoftware und Gewährleistungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, Heft 31, s. 1904ff.
- Mehrings, Josef*: Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online- und CD-ROM-Datenbanken. *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, Heft 48, s. 3102ff.
- Mehrings, Josef*: Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware. *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, Heft 39, s. 2438ff.

Litteraturfortegnelse · Artikler

- Mock, William*: On The Centrality of Information Law – A rational Choice Discussion of Information Law and Transparency. *Journal of Computer & Information Law*, Vol. XVII, 1999, s. 1069ff.
- Moritz, Hans-Werner*: Überlassung von Programmkopien – Sackkauf oder Realakt in Vertrag sui generis? *Computer und Recht* nr. 5, 1994, s. 257ff.
- Murray, Andrew D., Vick, Douglas W. & Wortley, Scott*: Regulating E-commerce – Formal Transactions in the Digital Age. *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 13, No. 2, 1999, s. 127ff.
- Müller-Hengstenberg, Claus D.*: Computersoftware ist keine Sache. *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, Heft 48, s. 3128ff.

N

- Nimmer, Raymond T., Cohn, Donald A. & Kirsch, Ellen*: License Contracts Under Article 2 of the Uniform Commercial Code – A Proposal. *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 19, No. 2, 1993, s. 281ff.
- Note*: Anwendbarkeit der §§ 459ff. BGB bei Softwaremängeln. *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, Heft 7, s. 406ff.
- Note*: Computer Programs as Goods Under the U.C.C. *Michigan Law Review*, Vol. 77, No. 4, April 1979, s. 1149ff.
- Note*: Is Custom-Designed Software a “Good” under Article 2 of the Uniform Commercial Code? *3 Software Law Journal* 1989 s. 543ff.

O

- OLG Celle: Programmsperre als Mangel*. *Computer und Recht* nr. 4, 1994, s. 217ff.

P

- Pawlo, Mikael*: Fri programvara i svensk rätt. *Lov & Data* nr. 65, marts 2001, s. 13ff.
- Plesner, Mogens*: Nogle problemer i forbindelse med frivillig overdragelse af udnyttelsesretten af patentrettigheder. *Juristen* 1955 s. 201ff.
- Primak, L. Scott*: Computer Software – Should the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods Apply? A Contextual Approach to the Question. *11 Computer Law Journal* 1991 s. 197ff.

Q

- Quoy, Nicolas*: Urheberrechtliche Probleme der digitalen Datenübermittlung – die ersten französischen Entscheidungen. *GRUR Int.* 1998, Heft 4, s. 273ff.

R

- Ramberg, Göran*: Skall land byggas med lag eller med standardavtal? Trykt *Rättsvetenskapliga Studier till Minnet av Tore Almén*, Iustus Förlag AB 1999 s. 299ff.
- Raubenheimer, Andreas*: Softwareschutz nach den Vorschriften des UWG. *Computer und Recht* nr. 5, 1994, s. 264ff.
- Raubenheimer, Andreas*: Softwareschutz nach dem neuen Urheberrecht. *Computer und Recht* nr. 2, 1994, s. 69ff.
- Rechtsanwalt Ekkehard zur Megede, Frankfurt*: Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV. *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, Heft 41, s. 2580ff.
- Rechtsprechung zum Wirtschaftsrecht. BGH: Holzhandelsprogramm*, *Computer und Recht* nr. 5, 1994, s. 275ff.
- Redeker, Helmut*: Wer ist Eigentümer von Goethes Werther? *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, Heft 28, s. 1739ff.
- Reed, Chris*: Internet Contracting. *Computers and Law*, February/March 1999, s. 36ff.
- Reilly, Robert*: Mapping Legal Metaphors In Cyberspace – Evolving The Underlying Paradigm. *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. XVI, No. 3, Spring 1998, s. 579ff.
- Rosén, Jan*: Digitaltekniken i juridiken. *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd* 1993, s. 266ff.
- Ross, Alf*: Tù-Tù. Festschrift til Henry Ussing 1951 s. 468ff.
- Ruoff, Axel*: E-Commerce und Verbraucherschutz – Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes im Internet. *NJW-CoR* No. 1, 2000, s. 38ff.

S

- Salaün, Anne*: Consumer Protection – Proposals for Improving the Protection of Online Consumers. *Computer Law & Security Report*, Vol. 15, No. 3, 1999, s. 159ff.
- Samuelson, Pamela & Opsahl, Kurt*: Licensing Information in the Global Information Market – Freedom of Contract Meets Public Policy. *European Intellectual Property Review*, Issue 8, 1999, s. 386ff.
- Schippan, Martin*: Purchase and Licensing of Digital Rights – The VERDI Project and the Clearing of Multimedia Rights in Europe. *European Intellectual Property Review*, Issue 1, 2000, s. 24ff.
- Scott, Michael D.*: Contemporary Issues in Domestic Transactions for Computer Goods and Services. *3 Software Law Journal* 1990 s. 615ff.
- Selmer, Knut S.*: Hva er “data”? *Lov & Data* nr. 42, juni 1995, s. 1.

Litteraturfortegnelse · Artikler

- Shapiro, Carl*: Will E-Commerce Erode Liberty? *Harvard Business Review*, May-June 2000, s. 189ff.
- Sorieul, Renaud*: Brief Overview of International Initiatives for an Electronic Commerce Uniform Legal Framework. *Uniform Law Review* No. 4, 1999, s. 908ff.
- Staber, Wolfgang*: Gesetzliche Verjährung des Vergütungsanspruches – Erstellen, Pflege und Überlassung von Computersoftware. *Computer und Recht* nr. 9, 1988, s. 715ff.
- Starek III, Roscoe B. & Rozell, Lynda M.*: The Federal Trade Commission's Commitment to Online Consumer Protection. *The John Marshall Journal of Computers & Information Law*, Vol. XV, No. 4, Summer 1997, s. 679ff.
- Steckler, Brunhilde*: Current Legal Aspects of Electronic Commerce Regarding German Contract Law. *European Intellectual Property Report*, Issue 5, 1999, s. 248ff.
- Stensaasen, Tarjei*: Programvare som massevare. *Nordisk Årsbok i Rättsinformatik* 1986 s. 123ff.
- Styri, Håkon*: Hva betyr et klikk? *Lov & Data* nr. 62, juli 2000 s. 14f.
- Symposium: Uniform Computer Information Transactions Act*. *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. XVIII, No. 2, Winter 1999 s. 275ff.

T

- Tómasson, Eiríkur*: Digital teknologi. Konsekvenser for retsreglerne og retshåndhævelsen for musik og film. *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd* 1997, s. 344ff.
- Tuten, Daniel A.*: Internet EDI: How the Internet is Shaping the Future of Electronic Commerce. *EDI Forum*, Vol. 10, No. 4, 1997, s. 38ff.

V

- Vittet-Philippe, Patrick*: US and EU Policies for Global Electronic Commerce. *Computer Law & Security Report*, Vol. 14, No. 2, 1998, s. 87ff.
- Volokh, Eugene*: Cheap Speech and What It Will Do. *The Yale Law Journal*, Vol. 104, No. 7, May 1995, s. 1805ff.
- Voss, Eileen*: Rechtsmängelhaftung bei der Überlassung von Software. *Computer und Recht* nr. 8, 1994, s. 449ff.
- Vyrje, Magnus Stray*: Tredjemanns immaterialrett som "mangel" ved overdragelse av opphavsretten til et datamaskinprogram. *Nordisk Årsbok i Rättsinformatik* 1986 s. 99ff.

W

Wolfson, Joel Rothstein: Contracts and Copyright Are Not at War – A Reply to “The Metamorphosis of Contract into Expand”. *California Law Review*, Vol. 87:79, 1999, s. 79ff.

Wright, Benjamin: Electronic Commerce Legislation – Frequently Asked Questions. *Computer Law & Security Report*, Vol. 13, No. 4, 1997, s. 266ff.

Y

Yurman, Dan: Internet Commerce: Emerging Business Models. *EDI Forum*, Vol. 10, No. 4, 1997, s. 19ff.

Z

Zahle, Henrik: Anmeldelse af *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar. *Nordisk Årsbok i Rättsinformatik* 1986 s. 197ff.

Zahrnt, Christoph: Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht. *Computer und Recht* nr. 8, 1994, s. 455ff.

Å

Aarbakke, Magnus: Kutymen som rettskilde. *TfR* 1965 s. 432ff.

Betænkninger og rapporter mv.

A

A Global Action Plan for Electronic Commerce prepared by Business with Recommendations for Governments. OECD, oktober 1998.

American Institute of Certified Public Accountants, Inc. & Canadian Institute of Chartered Accountants: WebTrust SM/TM Program for Certification Authorities. Version 1.0. August 2000.

B

Betænkning nr. 597/1971: Forbrugerkommissionens betænkning I.

Betænkning nr. 681/1973: Forbrugerkommissionens betænkning II.

Betænkning nr. 738/1975: Forbrugerkommissionens betænkning III.

Betænkning nr. 816/1977: Forbrugerkommissionens betænkning IV.

Betænkning nr. 845/1978: Om forbruger køb.

Betænkning nr. 1064/1986: Om ophavsret og edb.

Betænkning nr. 1133/1988: Forbrugeraftaler om arbejder på løsøre og fast ejendom (forbrugertjenester).

Betænkning nr. 1345/1997: Behandling af personoplysninger.

Betænkning nr. 1353/1998: Butikker og forbrugere – nu og i fremtiden.

Betænkning nr. 1356/1998: Den globale informationsinfrastruktur.

Betænkning nr. 1362/1998: Rådgiveransvar.

Betænkning nr. 1377/1999: Børnepornografi – IT-efterforskning.

Betænkning nr. 1394/2000: Papirløs tinglysning.

Betænkning nr. 1400/2000: E-signatur og formkrav i lovgivningen.

Betænkning nr. 1403/2001: Gennemførelse af forbruger købsdirektivet.

Bing, Jon: Internettet. Trykt i Forhandlingerne ved Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo, 18.-20. August 1999, s. 33ff.

BRÅ-rapport 2000:2: IT- relaterad brottslighet.

Bureau of Consumer Protection, Federal Trade Commission, USA: Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace – Looking Ahead. September 2000.

C

Chissick, Michael: IT Law Beyond the Millennium – Selling Digital Products Online. Paper presented at the 3rd Annual Advanced IT Law Conference on Friday 16 October 1998 (Society for Computers & Law).

COM (2001) 531 Final: Green Paper on European Union Consumer Protection.

D

- Danmarks Nationalleksikon - Den store Danske Encyklopædi*, Bind 9: hostie-
janteloven. Gyldendal 1997.
*Department of Trade and Industry, England: Building Confidence in Electro-
nic Commerce – A Consultation Document*. March 5 1999.
Dybkjær, Lone (red.): Informationssamfundet år 2000.

E

- Electronic Commerce in the NII*. Rapport udarbejdet af *The Cross-Industry
Working Team*, USA, den 12. april 1997.
*Electronic Commerce, Part One – A Guide for the legal and business commu-
nity*. Report no. 50, October 1998, New Zealand. Prepared by The Law
Commission.
Elektronisk Handel – Udfordringer for logistik og distribution. Forskningsmini-
steriet & Forening for Dansk Internet Handel, Marts 1999.
*Erhvervsministeriet: Forbrugerens retsbeskyttelse i grænseoverskridende digi-
tale net*. Juni 1997.

F

- Forbrugerstyrelsen, Erhvervsministeriet: Regulering af visse betalingsmidler og
adgangskoder*. April 1999.
Forbrugerstyrelsens Årsberetning 1998.
Forbrugerstyrelsens Årsberetning 1999.

G

- Gaffin, Adam: EFF's Guide to the Internet*, v. 3.20. December 11, 1998. [http://
www.eff.org](http://www.eff.org).

H

- Hardy, I. Trotter: Project Looking Forward – Sketching the Future of Copy-
right in a Networked World*. Final Report, prepared for the U.S. Copyright
Office, May 1998.
*Hoeren, Thomas: Long Term Solutions for Copyright and Multimedia Pro-
ducts*. DG XIII, 1995.

I

- ICC Institute: International Contracts for Sale of Information Services*. 1991.
International Encyclopedia of the Social Sciences. Vol. 7, 1968. The Macmillian
Company & The Free Press.

Litteraturfortegnelse · Betænkninger og rapporter mv.

Institute for Information Studies: The Knowledge Economy – The Nature of Information in the 21st Century. Annual Review 1993-1994 of the Institute for Information Studies.

IT Law Beyond the Millennium. Report from the 3rd Annual Advanced IT Law Conference, London on Friday the 16 October 1998.

J

Janson, Ingemar: Den elektroniska marknadsplatsen – Avtals-, köp- och bevisrättsliga aspekter. Rapport från Institutet för rättsinformatik 1997:1, Stockholms Universitet 1997.

K

Knudsen, Peter F. & Christensen, Susanne Bo: Forbrugerombudsmandens Internetrapport. Foråret 2001.

KOM(96) 192: Kommerciel kommunikation i det indre marked.

KOM(97) 157: Et europæisk initiativ inden for elektronisk handel.

KOM(97) 503: Sikkerhed og tillid i elektronisk kommunikation – Imod europæiske rammer for digitale signaturer og kryptering.

KOM(97) 582: Handlingsplan til fremme af sikker anvendelse af Internet.

*KOM(98) 586: Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om visse retlige aspekter af elektronisk handel i det indre marked. Se hertil *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* ("Direktivet om elektronisk handel").*

Konsumenträttigheter i informationssamhället – Dokumentation från en hearing. Det IT-rättsliga observatoriets rapport nr. 2/97, Stochholm.

M

Microsoft Law & Corporate Affairs: Summary of Global Internet Legal Developments for the Period October – December 1999.

Ministerkonference i Bonn den 6. – 8. juli 1997: Global Information Networks – Temadokument.

N

NOU 1976:34: Det norske kjøpslovutvalgets forslag til ny kjøpslov.

NOU 1977:12: Kredittkjøp m.v.

O

OECD Ministerial Conference – A Borderless World: Realising the Potential of Global Electronic Commerce. OECD, oktober 1998.

OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce. December 1999.

P

PLS Rambøll Management: IT-købekontrakt. Udsendt i maj 1999.

R

Rapport fra IT-sikkerhedsrådet: Digitale dokumenters bevisværdi. Introduktion og vejledning med bilag. December 1998.

Rapport fra IT-sikkerhedsrådet: Privatliv på Internet. April 1998.

Report of the Electronic Commerce Expert Group to the Attorney General: Electronic Commerce – Building the Legal Framework. Australia, 31 March 1998.

Report of UCITA Standby Committee, December 17 2001.

Report on International Bodies – Activities and Initiatives in electronic commerce. Second draft, OECD 1998.

Ruh Jr., Joseph F.: The Internet and Business – A Lawyer's Guide to the Emerging Legal Issues. The Computer Law Association, Inc. 1996.

S

S. Denis m.fl.: Liability in the Provision of Information Services. EUSIDIC Research Project 1989.

Smedinghoff, Thomas J.: Certification Authority – Liability Analysis. Prepared for The American Bankers Association, February 1998.

SOU 1972:47: Data och integritet.

SOU 1976:66: Köplag – Slutbetänkande av köplagsutredningen.

SOU 1984:85: Handelsagentur och kommission.

SOU 1985:51: Upphovsrätt och datorteknik. Delbetänkande 3.

SOU 1996:40: Elektronisk dokumenthantering.

SOU 1997:39: Integritet, offentlighet, informationsteknik.

SOU 1999:106: Konsumenterna och IT – En utredning om datorer, handel och marknadsföring.

Symposium on Electronic Commerce. American University Law Review, Vol. 46, 1997, s. 961ff.

Svensk Juristtidning, årgang 86, no. 3/01. Temanummer om lagstiftning eller självreglering.

T

- Tassé, Roger & Lemieux, Kathleen*: Consumer Protection Rights In Canada In The Context Of Electronic Commerce – A Report to the Office of Consumer Affairs Industry Canada. July 31, 1998.
- TemaNord 1998:532*: Nordisk implementering av distansavtalsdirektivet – særskilt ur konsument-skyddssynspunkt.
- TemaNord 1999:598*: Shopping på Internettet.
- TemaNord 2000:612*: Implementering af direktivet om visse aspekter af forbruger køb og garantier i forbindelse hermed – set ud fra et nordisk forbrugerbeskyttelsesperspektiv.
- The European Commission*: Global Standards Conference – Building the Global Information Society for the 21st Century. Brussels, 1-3 October 1997.
- The European Commission, DG XIII/E*: Interactive Digital Media – The Impact of Technology to 2003. October 1997.
- The Federal Trade Commission, USA*: Anticipating the 21st Century. Spring, 1997.
- The National Advisory Council of Consumer Affairs*: Consumer Protection in Electronic Commerce – Draft Principles and Key Issues. Australia, October 1997.
- The Taylor Nelson Sofres Interactive Global eCommerce Report*. July 2000.
- Tokvam, Ole E.*: Forbrugerrettslige aspekter ved et elektronisk marked. Institutt for rettsinformatik, Oslo, 1996.
- Tornéus, Mats*: EDI-avtal – ett kommersiellt kommunikationsavtal för utväxling av elektroniska affärsmeddelanden. IRI-rapport 2001:1.

U

- UNCITRAL*: Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment. 1996.
- United Nations Commission on International Trade Law, 34th session, Vienna, 25 June – 13 July 2001*: Report of the Working Group on Electronic Commerce on the work of its thirty-seventh session. A/CN.9/483, 6 October 2000.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Electronic Commerce, 38th session, New York, 12-23 March 2001*: Legal Aspects of Electronic Commerce. Possible future work in the field of electronic contracting – an analysis of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A/CN.9/WG.IV/WP.91, 9 February 2001.

Litteraturfortegnelse · Betænkninger og rapporter mv.

United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Electronic Commerce, 38th session, New York, 12-23 March 2001: Possible future work on electronic commerce – Transfer of rights in tangible goods and other rights. A/CN.9/WG.IV/WP.90, 20 December 2000.

United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Electronic Commerce, 38th session, New York, 12-23 March 2001: Legal aspects of electronic commerce – Legal barriers to the development of electronic commerce in international instruments relating to international trade: ways of overcoming them. A/CN.9/WG.IV/WP.89, 20 December 2000.

W

Wolsing, Theo & Zander-Hayat, Helga: Questions concerning Consumer Protection and the new Media. Head of the staff department of the Freidrich Ebert Foundation, Germany 1999.

Domspraksis & anden praksis

U. 1942. 252 H	261
U. 1951. 725 H	62
U. 1966. 676 Ø	62
U. 1969. 882 H	48
U. 1970. 666 V	194
U. 1974. 557 S	152, 252
U. 1976. 419 V	261, 263
U. 1985. 334 H	130, 194
U. 1991. 447 H	84
U. 1993. 17 H	62
U. 1993. 191 V	84
U. 2000. 116 H	198

Københavns Byrets dom af 10. juni 1986, j. nr. B 324/1984	214
---	-----

JÅ 1995 6.3.7	134, 222
JÅ 1998 6.3.7	135

Stikord

A

Abstrakt mangelsbedømmelse
115, 183

Adgangsbaseret tjenesteydelse
66ff., 186, 219

Advent Systems Limited

– dom i 123

Advokat

– ansvar for fejlrådgivning 196

Afbestillingsret 256

Afhentningskøb 168ff., 175

Afhjælpning

– afgrænsning overfor efterlevering og omlevering 245

– anvendelse på digitale ydelser 248

– anvendelse på informationsmangler 247

– begreb 245

– behov for ændring af købelovens bestemmelser 285

– i forbrugertransaktioner 139, 245, 246f.

– erhververens eget forsøg 249

– Købelovens regulering 88, 245ff.

– UCITA's regulering 249f.

– udenfor købelovens område 250ff.

Aflevering

– begreb 178, 180

– i K18 178

– i IT købekontrakten 178f.

Afleveringsprøve, se Overtagelsesprøve

Aftale

– afgrænsning af afhandlingen 19ff.

– forhandling ved specialdesignet software 140ff.

– fortolkning 146f., 155, 205ff.

– frihed, princip om 275, 276

Aftaleloven

– forholdet til købeloven 99

– § 36 99

Aftaletilknyttede objektive informationsudtryk

– begreb 146f., 155

– betydning for mangelsbedømmelsen 205ff.

Afslag i købesum, se Forholdsmæssigt afslag

Almindelige obligationsretlige principper 18, 26, 68ff., 78f., 90f., 101, 142, 204, 266, 270f.

Analog anvendelse af købeloven 70, 73f., 142

– betydningen af analog eller direkte anvendelse 73f., 90, 98f.

– forholdet til almindelige obligationsretlige principper 18, 68ff., 73f.

– i forbrugerkøb 76, 98f.

Analog information

– begreb 45f., 52

Stikord

- betydning for retsgrundlaget 27, 106f., 125f.
- som formuegode 61
- versus digital information 45f.
- Analytisk metode 38
- Annulation 256
- Ansvarsfraskrivellesklausul 193, 267
- Arbejdsforpligtelse 150f., 214
- Atom
 - som betegnelse for medium 37
- Automatiseret proces 65
- B
- Begrebsdiskussion
 - generelt 75
- Behovsopgørelse 194
- Beskrivelsesproblematik, se Meto-
deovervejelser
- Beskyttelse, ophavsretlig
 - af edb-programmer 126
- Beskyttelsespræceptivitet
 - i forbrugertransaktioner 76, 91, 98f., 131f., 139, 212
- Bestillingskøb 102f., 140, 206
- Beta Computers
 - dom i 107
- Betalingsmiddel 81
- Betegnelse
 - anvendt til beskrivelse af afta-
lens genstand 214
- Betingelse
 - aftaleretlig betydning 49
- Bit 32, 35, 64
- BGB
 - beskrivelse af købets genstand 83, 84
 - beskrivelse af sælgers forpligtel-
ser 77
- Biydelse 40f., 101, 130, 249
- Bod
 - krav om betaling i medfør af af-
tale 254, 265
- Branchevedtagelser 101, 281
- Browser
 - generelt søgeværktøj 66
 - opdatering 119f.
 - vederlagsfri benyttelse 124, 252
- Brugerrettet information 51f.
- Brugervejledning
 - biydelse 153ff.
 - hovedydelse 154, 204
 - mangler 202ff.
 - Markedsføringslovens regule-
ring 204
 - retsgrundlag 153ff., 204
- Brugskopiering
 - adgang med henblik på fejlret-
telse 249
 - den matematiske kommunika-
tionsteori 54ff.
 - regler i ophavsretsloven 45, 58,
120, 135, 143, 233
- Brugskunst
 - ophavsretlig beskyttelse 49
- Brugsrettighed, se også Licens
103ff., 121
- Bytte 81
- Børskurser
 - anvendelsen af misligholdelses-
beføjelser i tilfælde af fejl 216ff.
 - forældet indhold 216
 - som objektiv information 152
 - opdateringer 217
- C
- CASE-programmering
 - begreb 126

- Cd-skive
 - retsgrundlag 108f., 146, 187, 198ff.
 - som database 219
 - som fysisk medium 22, 37, 55f., 222
 - tilbagegivelse af indlæst information 261
- Certificering 48
- CISG
 - anvendelsen på elektricitet 110
 - anvendelsen på informationsydelser 132, 141f.
 - betydningen af sondringen mellem objektiv og subjektiv information 147
 - betydning som internationalt retsgrundlag 16f.
 - sale of goods 83
 - sondringen species – genus ikke i CISG 163, 285
 - sælgers og købers forpligtelser 77, 163
- Citatregel, ophavsretslovens § 22 233
- Click wrap 120
- Computer
 - begreb, se hardware og pcComputer information transaction
 - UCITA's definition 35, 43, 279
- Constitutum possessorium
 - begreb 54, 79
- D
- Dagbod, se Bod
- Danske lov
 - 5-14-55 269
- Data
 - begreb 31
 - forholdet til information 30ff.
 - inden for persondatabeskyttelsesretten 31
 - inden for strafferetten 31
 - som bits 31, 64
 - tab som direkte tab 266
- Database 105, 149, 219
- Databehandling, digital 117f.
- Datapakke 64, 168
- Design af hjemmesider 208
- Differentieret risikoafvejning 173
- Digital
 - begreb 36, 45, 52
 - genusydelse 170
 - ophavsretlig betydning 45
 - retsgrundlag for digital ydelse 27, 116, 117ff., 142, 144f., 156ff., 162ff., 166ff., 176ff., 202, 219ff., 232f., 241f., 250ff., 260ff., 273f.
 - risikoovergang ved præstation af digital ydelse 168ff.
 - som modsætning til analog 45
 - tjenesteydelse, se også Tjenesteydelse 66ff.
 - ydelse 64ff., 208
- Distancekøb 174f.
- Dobbeltdisposition (vanhjemmel) 79
- Dobbeltfrembringelse 62
- Dokumentation, se Brugervejledning
- Dominerende markedsposition 130
- Domstolsafgørelser
 - som objektiv information 193
- Downloading 65, 130f., 168f., 170, 222f., 261ff.
- Driftstab 266

Stikord

E

Edb-program

- anvendelse af køberetlige beføjelser 133ff.
- begreb 62, 117, 220
- dokumentation, se Brugervejledning
- mangler ved input 220ff.
- mangler ved output 224ff.
- omfattet af standardaftaler 178f.
- retsgrundlag for digitale programinstruktioner 118ff.
- som digital ydelse 45f.
- som styreprogrammel 182, 224
- til tekstbehandling 226

Efterfølgende ændringer i objektiv information, betydning for retsgrundlag 216ff.

Efterlevering, begreb 245

Ejendomsret 63, 79, 103, 120, 232

Eksemplar

- original 138, 170
- overdragelse af eksemplar eller ophavsrettighed 125, 128f.
- som speciesgenstand 266
- tilbagelevering 136f., 260ff.

Eksemplarfremsstilling 125, 264

Elektronisk handel 15, 29

Emballage, mediets funktion som 200

EMRK 155f., 211

Eneret, immaterialretlig 103f.

Energienheder, retsgrundlag for 109ff.

Entrepriseret 224, 265

Erstatning

- forudsætter tab 230
- uden for kontrakt 186f.

- ved realdebitors misligholdelse 265ff.

Etiske retningslinier 101, 195

EU

- direktiv om databaser 105
- direktiv om elektronisk handel 20, 279
- forbrugerkøbsdirektiv 76, 96ff., 102f., 184, 189, 203, 212, 213, 216, 240, 245, 246f., 248, 251, 253, 257, 260, 268f., 287
- holdning til software som tjenesteydelse 132f.
- initiativer om forbrugerbeskyttelse 94, 96ff.

EUSIDIC 187, 210, 229

F

Faktiske mangler 48ff., 116f., 131, 133f., 162, 183ff.

- afgrænsning i forhold til forsinkelse 182f.

FAQ 67, 193

FDIH 94

Fiksering 61f., 127

Fil 64

Filbaseret transaktion 64ff.

Fleksibel information 34, 35f., 52 –retlig kvalificering, se kap. II, afsnit 4, s. 106ff.

FN 279

Forbrug

- af fysiske formuegoder 149
- af information 58f.

Forbrugerbeskyttelse 93ff.

Forbrugertransaktion, se Beskyttelsespræceptivitet

Fordringshavermora 167, 170, 172, 175, 236

Forfatter 48, 49
 Forholdsmæssigt afslag 88, 92, 139f., 252ff.
 Formalsprog, se Maskinsprog
 Formuegode 30, 60ff., 142
 Formålsanvendelse 182f.
 Forretningssted 168f., 174
 Forsendelseskøb 173
 Forsinkelse 90, 168ff.
 Fortolkning, se Aftale
 Forældelseslov 84f., 269
 Fotografiapparat 51, 131
 Fremføringstjeneste, se Adgangs-baseret tjenesteydelse
 Funktionsbeskrivelse 214
 Fysisk (medium), se også Medium 36f., 39, 43, 44, 45, 55, 107f. 147

G

Generelle reguleringsovervejelser 276
 Gensidighed, princip om 151
 Genstandstilknyttet objektiv information
 – begreb 50, 201f.
 – mangler 202ff.
 – retsgrundlag 153
 Genus 88
 – forsinkelse 163f., 166
 – mangler 190f.
 – revision af købeloven 285
 – standardprogrammel 119
 – udskillelse, genus 170
 God advokatskik 101, 195, 196
 Godkendelse (K18, K33, IT Købekontrakten) 179

H

Hardware, retsgrundlag for 108, 130
 Hotline 181, 249
 Hyldevare/-produkt 178
 Håndgribelighed 59f.
 Håndpant 60

I

ICC 95
 Immaterialret 45, 60, 114ff., 231ff.
 Infon 37
 Information, begreb 30ff.
 Informational content
 – definition i UCITA 43
 Informationsfrihed 155f.
 Informationsteori, se Matematisk kommunikationsteori
 Informationsydelse, se Digital, Edb- program
 Input (edb-programmer) 117, 220ff.
 Installationspligt 102f., 181
 Instruktionsvejledning, se Bruger-vejledning
 Integreret information 33f.
 Internet 20, 93, 99, 143, 159, 167
 IT Købekontrakten 178f., 190, 197, 224, 232, 251, 265, 266, 267, 268, 281

K

K18 141, 178f., 190, 194, 197, 223f., 232, 245, 250, 251, 254, 256f., 264f., 266, 281
 K33, se K18 og IT Købekontrakten
 Kapacitetsproblemer (digitale netværk) 167

Stikord

Kildekode

- begreb 46
- ophavsretlig beskyttelse 127
- programmeringsfejl 226
- retsgrundlag 47, 118, 125f.

Kildetekst, se Kildekode

Kommunikationsteori, se Matematisk kommunikationsteori

Komplicerede digitale ydelser 176ff.

Konkret mangelsbedømmelse 115, 183

Konkurrerende ansvarsgrundlag 99

Konsulentydelse 281

Kontrolhensyn 136f., 258, 264

Kopiering 55, 135

Kravsspecifikation, K18 194

Kreditaftaleloven 79, 86f., 98

Købeloven, se også Almindelige obligationsretlige principper og Analog anvendelse af købeloven

- faktiske mangelsregler, se Faktiske mangler
- forbrugerbeskyttelsespræceptivitet 76
- genus, se Genus
- hel eller delvis direkte anvendelse 90
- købelovens fundament 87ff.
- købelovens retsfaktum (løsøre) 80, 82ff.
- købelovens retsvirkninger 92f.
- præstation af realydelser 162, 168ff.
- regler om afhjælpning, se Afhjælpning
- regler om forholdsmæssigt afslag, se Forholdsmæssigt afslag

- regler om omlevering, se Omlevering

- species, se Species

Købelovsrevision 284ff.

Købsbegreb 76ff.

Køleskab 51

L

Lager

- tilbagelevering af menneskelæsbar information 150

Legal programlicens 125, 233, 249

Levering 162ff.

Licens 60, 103ff., 120f.

Lovrevision, se Købelovsrevision

Lösa saker 83, 132

Lös egendom 83

Løsøre 82ff.

Lösöre 83, 132

M

Mangler, se Faktiske mangler,

Retsmangler, Konkret mangelsbedømmelse, Abstrakt mangelsbedømmelse

Manual, se Brugervejledning

Markedsføring 16, 94f.

Markedsføringslov

- § 1 98

- § 3 204f.

Maskinsprog 46, 57

Matematisk kommunikationsteori 56ff

Maskinlæsbar information, se også Input,

- begreb 46, 52
- faktiske mangler ved 220ff.
- retsgrundlag 118ff., 131, 132,

- Mediefejl 185, 190, 198ff., 201, 203, 241
- Mediekompatibel information 134
- Medium
- begreb 36ff.
 - faktiske mangler ved 198ff.
 - retsgrundlag 198ff.
- Menneskelæsbar information, se også Output
- begreb 47, 52
 - faktiske mangler ved 48ff., 192ff., 201ff., 209ff.
 - retsgrundlag 142ff.
- Midlertidige eksemplarer (ophavsret) 24, 264
- Misligholdelse
- beføjelser 234ff.
 - typer af misligholdelse (forsinkelse og mangler) 162ff., 183ff.
- Multimedia 232f.
- Mundtlig ydelse, se også Rådgivningsydelse 149
- Mærkningsordning 94
- N
- Naturalopfyldelse 239
- Naturligt sprog 46, 57
- NCCUSL 105f.
- Negativ kontraktsinteresse 99
- Netleverandør 167, 168
- Netværk, se Internet
- NL 92 202, 251, 254, 265, 268, 282
- NLM 94 251, 254, 265, 268
- O
- Objektiveret erstatningsansvar (købelovens § 24) 91, 164f.
- Objektiv information
- begreb 48ff., 218
 - mangler 209ff.
 - retsgrundlag 146ff.
- Objektkode
- begreb 46
 - ophavsretlig beskyttelse 127
 - programmeringsfejl 226
 - retsgrundlag, se også Input 47, 118ff., 219ff.
- OECD 95
- Ombestillingsret, K18 256f.
- Omlevering 239ff.
- Opfyldelse, se Præstationsforpligtelse
- Opfyldelsessted, se Levering
- Ophavsret, se Brugsrettighed, Ene- ret, Immaterialret, Kildekode, Legal programlicens, Licens, Objektkode
- Ophavsretsloven, se Ophavsret
- Ophævelse
- aftaler om ophævelse 264f.
 - anvendelse på informations- ydelser 93
 - anvendelse på maskinlæsbar in- formation 136ff.
 - anvendelse på menneskelæsbar information 149ff.
 - forudsætter generelt væsentlig misligholdelse 139
 - ved faktiske mangler i informa- tionsydelser 260ff.
 - ved forsinkelse med eller mang- ler ved hardware 257f.
 - ved forsinkelse med informati- onsydelser 258ff.
- Originaleksemplar 138, 165
- Output (edb-programmer) 117, 224ff.
- Overdragelse

Stikord

- af energienheder o. lign. 109ff.
- af rettigheder 114ff.
- betydning i køberetten 79f.
- Overføringsfejl 237
- Overtagelsesprøve 178f.

P

- Packet switching, princip om 138
- Passende afslag, se Forholdsmæssigt afslag
- Pc, se Hardware
- Pladskøb med udbringningspligt 173
- Point to point- transaktion 65
- Positiv opfyldelsesinteresse 99
- Praksis, mangel på inden for IT-retten 17
- Produktansvar 229ff.
- Program, se Edb- program
- Programforarbejder, ophavsretlig beskyttelse 126
- Programinstruktioner, se Output, Maskinlæsbar information
- Programmeringsfejl 222, 226
- Programudvikling, se Specialprogrammel
- Præstationsforpligtelse 162ff.

R

- Ram 136, 264
- Realdebitor, generel terminologi 24f.
- Realkreditor, generel terminologi 24f.
- Reguleringsovervejelser
 - generelle 276ff.
 - købelovsorienterede 284ff.
- Reklamation 239, 255, 268ff.
- Reproduktion, se Kopiering

- Restitutionskrav 151, 261
- Retmæssig erhverver, se også Legal programlicens 138
- Retsfaktum, købelovens 82ff.
- Retskilder 17f.
- Retsmangel 231ff.
- Rettighedsoverdragelse
 - generelt 114ff.
 - transmission via digitalt net som rettighedsoverdragelse 125
- Retsmangel 113, 231ff.
- Retspolitik 17, 99, 276ff., 284ff.
- Risikoovergang
 - generelt 169, 175f.
 - i IT Købekontrakten 178f.
 - i K18 178
- Rådgivningsydelse 55, 192ff.

S

- Samtidig brug (ophavsret) 136
- Samtidighedsgrundsætning 137, 151, 172
- Selvregulering 281, 283
- Shrink wrap 120
- Sletningspligt 264
- Slitage 58
- Software, se Edb- program, Input, Output
- Specialprogrammel (skræddersyet programmel), se også K18, K33, IT Købekontrakten
 - begreb 119
 - mangler 223f.
 - retsgrundlag 140ff.
 - som species 119
- Species
 - forsinkelse 163f., 166
 - mangler 190f.
 - revision af købeloven 285

Sprog, se også Maskinsprog, Naturligt sprog 57
 St. Albans City
 – dom i 121, 123
 Standardaftaler, se også K18, K33, NL 92, NLM 94 281f.
 Standardprogrammel
 – begreb 119
 – mangler 220ff.
 – retsgrundlag 120ff.
 – som genus 119
 Styreprogrammel 118, 128, 182, 224
 Subjektiv information
 – begreb 49
 – faktiske mangler 146, 227
 – forsinkelse 90, 162ff, 165
 – retsgrundlag for menneskelæsbar subjektiv information 90, 146f.
 Subjektivt værdikriterium 80
 Successiv levering 189
 Sui generis, regulering i form af 105f.
 Symbolværdi, ydelser med, se også Rettighedsoverdragelse 114ff.
 Systemintern information 51, 52
 Systemleverance 250, 257
 Systemprogrammel, se Styreprogrammel
 Søkort 187

T

Teknologispecifik lovregulering, se også UCITA 274, 277, 279, 283
 Tekstbehandlingsprogram 221, 226f.
 Tjenesteydelse 100ff.
 Transmissionsydelse, se Adgangsbaseret tjenesteydelse

Triangle
 – dom i 128f.
 Typeforudsætninger 282

U

UCC
 – købsbegreb 77
 – retsfaktum (købets genstand) 83, 84
 UCITA, se også Computer information transaction, Informational content
 – afhjælpning 249f.
 – betydning for dansk retstilstand 24
 – levering 174
 – misligholdelsesbeføjelser, generelt 234f., 256
 – parternes forpligtelser 163
 – realkreditors forpligtelse ved berettiget ophævelse 263f.
 – stiltiende garanti, informationsindhold 215
 – sui generis- regulering 21, 23, 105f., 278, 279
 UETA 106
 Ulovregulerede misligholdelsesbeføjelser 267f.
 Umulighed
 – kan udelukke forbrugerens valg af misligholdelsesbeføjelse 240
 – ved omlevering af speciesgenstande 240
 UNCITRAL 282
 Upplåtelse 78

V

Valg

Stikord

- forbrugerens adgang til at vælge misligholdelsesbeføjelse (afhjælpning eller omlevering) 240
- i den matematiske kommunikationsteori 58
- realdebitors valg mellem misligholdelsesbeføjelser 234
- Vanhjemmel, se Retsmangel
- Vaskemaskine 51, 220
- Vederlag 81
- Vederlagsrisiko 172
- Vedligeholdelse, aftale om 197f.
- Verificerbar information, se Objektiv information
- Version (Edb- programmer)
 - omlevering 241f.
- Vidensspring 281
- Virtuel hyldevare 124
- Virtuelt forretningssted, se Forretningssted
- Virus, som faktisk mangel 221
- Værdispildsbetragtning 150
- Værksbegreb 49
- Væsentlig mangel
 - begreb 139
- W
- WTO 159
- Y
- Ydelsesrisiko 172
- Ytringsfrihed, Grundlovens § 77 211f.
- Ø/Ö
- Överlåtelse 78
- Å
- År 2000 problem, som faktisk mangel 134