868/11

Den 16. maj 2011 blev i sag nr. 78.615:

xxxxx xxxxxxxxxx xxxxxx
xxxxxxxx xxx xxxxxx
xxxx xxxxxxxxx

mod

GF-Forsikring A/S
Jernbanevej 65
5210 Odense NV

afsagt

k e n d e l s e :

_____

Forsikringstageren har retshjælpsforsikring hos GF-Forsikring A/S. Han klager ved sin advokat over, at selskabet har afvist at yde retshjælpsdækning i forbindelse med en retssag om lovligheden af en bevissikring og en erstatning for påstået krænkelse af ophavsrettigheder.

Selskabet har afvist at yde retshjælpsdækning med henvisning til, at der er tale om en erhvervsmæssig tvist, jf. § 3, stk. 1, i forsikringsbetingelserne.

Klagerens advokat har i klagebrev af 25/6 2010 redegjort for sagen således:

> "Forsikringstager [klager] var d. 22. januar 2010 udsat for en fogedforretning i forbindelse med en formodning om krænkelse af ophavsrettigheder. Undertegnede tiltrådte som advokat i sagen og anmodede i brev af 15. marts 2010 GF Forsikring om tilsagn til retshjælpsdækning under forsikringstagerens Studie- og uddannelsesforsikring. Af forsikringspolicen fremgår det, at den omfatter 'ansvarsforsikring' samt 'retshjælpsforsikring'. GF Forsikring afviste med brev af 8. april at yde retshjælpsdækning, også efter yderligere korrespondance, der vedlægges. Afslag på retshjælpsdækning sker med henvisning til, at GF Forsikring anser min klients virksomhed som værende erhvervsudøvelse. I skrivelsen af 8. april anføres det, at min klient ved distribution af film- og musikoptagelser igennem sin hjemmeside skulle have modtaget vederlag fra hjemmesidens brugere.
>
> Det gøres imidlertid gældende, at der udelukkende har været tale om hobbyvirksomhed, og ikke erhvervsvirksomhed, idet min klient kun delvist har fået dækning af sine udgifter til at drive hjemmesiden. I medfør af 'Ophavsretsloven med kommentarer', 4. udg. af Peter Schønning side 245 'kan en kopiering anses for at være i erhvervsøjemed, hvis kopieringen eksempelvis sker for at generere et overskud. Der er derimod ikke tale om en kopiering i erhvervs-

øjemed, hvis den sker mod symbolsk betaling eller betaling, som kun har til formål at dække de faktiske udgifter forbundet hermed'. I nærværende sag har der ikke været tale om nogen form for profit eller nettoindtjening, og henset til min klients regnskab i perioden 25. september 2008 - 1. februar 2010 har GF Forsikring ej heller belæg for at betragte min klients virksomhed som overskudsgivende. Det fastholdes således, at hjemmesiden alene har været drevet som udslag af personlig og hobbymæssig interesse.

Undertegnede advokat kan til støtte herfor henvise til Ankenævnets kendelse af 7. september 2009 (sag. nr. 75.165). hvor nævnet gav forsikringstager medhold i at opnå retshjælpsdækning, idet forsikringsselskabet ikke fandtes at have sandsynliggjort at forsikringstager drev et 'hobbypræget erhverv'. Der kan endvidere henvises til Ankenævnskendelse af 18. oktober 1999 (sag. nr. 50.040), hvor Ankenævnet tillige gav forsikringstager medhold i, at forsikringsselskabet ikke havde godtgjort tilstrækkeligt, at tvisten udsprang af et erhvervsmæssigt forhold.

Undertegnede advokat fastholder, at [klager], som sagsøgt i sagen, er nødt til at få varetaget sine interesser via advokatbistand, idet sagsøger har nedlagt påstand om betaling af et betydeligt pengebeløb. Hertil kommer det væsentlige, at sagsøgerne forbeholder sig, at sætte kravet op til mere end 50.000 kr. Det skal bemærkes, at [klager] er en 18-årig HF-elev, der alene oppebærer en indtægt i form af SU og småjobs i sommerferien. Tages disse forhold i betragtning, forekommer det ikke kun rimeligt, men også nødvendigt at yde ham hjælp til dækning af hans sag."

Selskabet har i svarbrev af 14/7 2010 til nævnet anført:

"Som det følger af de bilag, som advokat … har sendt til Ankenævnet, har vi første gang afvist anmodningen om retshjælpsdækning til sagen med følgende begrundelse ved brev af 8. april 2010:

> Det fremgår af forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1, at forsikringen ikke dækker tvister i forbindelse med erhvervsudøvelse.
> …
> Det følger af stævningen, at der er tale om distribution af lyd- og filmoptagelser samt computerspil. Det følger endvidere, at der på hjemmesiden er anført et kontonummer, hvortil hjemmesidens brugere kan overføre penge til brug for den fortsatte administration og vedligeholdelse af hjemmesiden.
>
> Det følger heraf, at der er tale om erhvervsudøvelse i den i § 3, stk. 1 anførte forstand, og der kan derfor ikke meddeles retshjælpsdækning.

Vi har endvidere fastholdt vores afvisning ved brev af 7. juni 2010 med følgende begrundelse:

> Herved bemærkes særligt, at også hobbypræget erhverv er en del af undtagelsen fra forsikringens dækning i forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1:
> …
> Der henvises til bogen 'Retshjælpsforsikringen' af Michael S. Wiisbye, Forsikringshøjskolens Forlag, 1994, s. 105ff.
>
> Heraf fremgår det på s. 105, at 'Med formuleringen af undtagelsesbestemmelsen i § 3, stk. 1, har man tilstræbt at gøre det ganske klart, at tvister med blot den mindste tilknytning til erhverv er undtaget - også selvom den pågældende aktivitet ikke af sikrede selv på nogen måde opfattes som erhverv, eller selv om tvisten ikke i andre sammenhænge, f.eks. skatteretligt, anses som erhvervsmæssig'.

Det fremgår fortsat af s. 150, at 'Den udtrykkelige omtale af 'hobbypræget erhverv' i 1993-betingelserne er en kodificering af den fortolkning, ankenævnet havde foretaget af begrebet bierhverv i henhold til de tidligere gældende betingelser. Efter ankenævnets opfattelse måtte hobbies eller fritidsinteresser med et erhvervsmæssigt præg anses for omfattet af undtagelsen for tvister i forbindelse med sikredes (bi)erhvervsudøvelse, selvom den pågældende aktivitet ikke indebar nogen form for indtjeningsmulighed eller anden 'gevinst' forsikrede." På s. 158 fortsættes der med 'Det ses derfor, at det er uden betydning, at sikredes deltagelse i den pågældende aktivitet har været uden mulighed for personlig vinding i form af vederlag, afkast m.v.' Samt: 'Også selv om den pågældende forening eller lignende drives uden henblik på indtjening, må det antages, at aktiviteten kan blive anset som erhvervsmæssig (gående ud over, hvad der alene kan anses som ikke-erhvervsmæssig hobby eller fritidsaktivitet), såfremt selve virket/driften indebærer dispositioner af erhvervsmæssigt præg, f.eks. indgåelse af kontrakter, der normalt kun indgås af erhvervsdrivende.'

Det fremgår af forsikringstagers redegørelse, at hjemmesiden er blevet administreret af 4-5 brugere, der har arbejdet frivilligt med dette i deres fritid. Det fremgår også, at forsikringstager og en anden bruger fremstod som ejere af siden og frivilligt arbejdede på at sørge for alt det tekniske, hvilket indebar programmering og vedligeholdelse af serverne. Ejerne har efter det oplyste brugt oceaner af tid og penge på at drive hjemmesiden. Ejerne og administratorerne har ikke modtaget betaling for deres arbejde, og der var dermed tale om ren interesse. Brugerne af hjemmesiden havde mulighed for at bidrage med donationer til opretholdelse og vedligeholdelse af hjemmesiden i forbindelse med de faste månedlige ydelser, det vil sige de faste udgifter til serverne. Udgifterne til servere, strøm, internetforbindelse og domæneafgift blev dog ikke reelt dækket af brugerne.

Forsikringstager har kun delvist fået dækket sine udgifter, idet der ikke var nogen indtjening på hjemmesiden. Det fremgår, at forsikringstager over en periode på 1 år og 5 måneder har haft udgifter på hjemmesiden for kr. 16.700,00, og indtægter på hjemmesiden for kr. 16.247,99.

Det fremgår dog også heraf, at selvom forsikringstager ikke aktuelt har tjent penge på at administrere hjemmesiden, så har der været en potentiel indtjeningsmulighed.

Hjemmesiden har ifølge oplysningerne modtaget kr. 6.050,00 fra en anden hjemmeside som vederlag for at bruge serveren i fællesskab, samt kr. 32,00 i bannerreklamer. Der er her tale om indgåelse af kontrakter, der normalt kun indgås af erhvervsdrivende, om end det er i et beskedent omfang.

Herefter fastholdes selskabets holdning til, at der er tale om erhvervsmæssig virksomhed i form af hobbypræget erhverv i den i forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1 indeholdte forstand.

Endvidere er distribution af lyd- og filmoptagelser samt computerspil som udgangspunkt noget, der foretages i erhvervsmæssigt regi, ikke i rent hobbymæssigt regi.

Ved brev af 20. juni 2010 fastholder vi vores afvisning uden yderligere begrundelse.

Vi kan supplerende oplyse, at det ikke findes at være af betydning for vurderingen af, om [klagers] sag falder indenfor området af § 3, stk. 1, at det følger af 'Ophavsretsloven med kommentarer', 4. udgave af Peter Schønning, at der ikke er tale om en kopiering i erhvervsøjemed, hvis den sker mod symbolsk betaling eller betaling, som kun har til formål at dække de faktiske udgifter forbundet hermed. Vores begrundelse herfor er, at det følger af Michael S. Wiisbye, 'Retshjælpsforsikringen' (nærmere citeret ovenfor), at tvister med blot den mindste tilknytning til erhverv er undtaget - også selvom den pågældende aktivitet ikke af sikrede selv på nogen måde opfattes som erhverv, eller selv om tvisten ikke i andre sammenhænge, f.eks. skatteretligt, anses som erhvervsmæssig".

Hermed fastholder vi vores afvisning."

Selskabets brev har givet klagerens advokat anledning til i brev af 28/7 2010 at anføre:

"Over for GF Forsikrings henvisning til bogen 'Retshjælpsforsikringen' af Michael S. Wiisbye, Forsikringshøjskolens Forlag, 1994, side 150, hvorefter Ankenævnets praksis fra før 1993 ikke tillagde det betydning for det erhvervsmæssige præg, hvorvidt den pågældendes hobbies eller fritidsinteresser indebærer nogen form for indtjeningsmulighed eller anden 'gevinst' for forsikrede, eller om den pågældende forening eller lignende drives med henblik på indtjening, skal det understreges, at såvel 'Retshjælpsforsikringen' som henvisningen til ankenævnets praksis er forældet og ikke i overensstemmelse med senere fortolkninger af forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1. I den forbindelse understreger Michael S. Wiisbye, 'Retshjælpsforsikringen', side 150-151, at:

'Grænsen for, hvornår en hobby eller fritidsinteresse har en sådan karakter, at den må anses som erhvervsmæssig, kan være svær at trække, og det er formentlig et område, hvor ankenævnet og domstolene også fremover vil få lejlighed til at tage stilling til et betydeligt antal sager. Netop fordi begrebet 'hobbypræget erhverv' er relativt uklart, må der forventes en vis tilbageholdenhed med at statuere, at tvisten kan henføres til denne dækningsundtagelse'.

Ankenævnet har i sin tidligere praksis anlagt en for vidtgående fortolkning af begrebet 'erhvervsudøvelse', og denne praksis er efterfølgende blevet ændret. I den forbindelse har undertegnede advokat til støtte herfor i klageskema af 25. juni 2010 henvist til Ankenævnets kendelse af 7. september 2009 (sag nr. 75.165) og ankenævnskendelse af 18. oktober 1999 (sag nr. 50.040), hvor hestehold drevet med store personlige investeringer med henblik på avl, videresalg og hestevæddeløb og dermed en potentiel indtægt, udelukkende blev betragtet som en hobby og et udslag af fritidsinteresse.

Det fastholdes, at hjemmesiden udelukkende har været drevet som hobbyvirksomhed ud fra min klients personlige interesse, idet der ikke var tale om nogen form for profit eller nettoindtjening eller hensigt til dette men alene afholdelse af udgifter, som min klient kun har fået delvist dækning for hovedsageligt gennem frivillige donationer.

Som det fremgår af Ankenævnskendelse af 15. november 1999 (sag nr. 50.000) tillægges det afgørende betydning, for den eventuelle erhvervsmæssige økonomiske interesse, at forsikringstageren har opnået et overskud. Forsikringstageren fik i kendelsen medhold i, at det manglende overskud måtte medføre, at det ikke var tale om erhverv.

Det forhold, at hjemmesiden er blevet administreret af en lille gruppe af unge på 4-5 brugere, der har arbejdet ulønnet og frivilligt med hjemmesiden i deres fritid er ikke ensbetydende med erhvervsmæssig virksomhed, idet Ankenævnet den 29. marts 2010 (sag nr. 76.408) har afsagt en kendelse, hvorefter det forhold at forsikringstageren havde ansatte, som han endda

afholdt løn til, ikke medførte, at der var tale om erhvervsmæssig drift. Ligeledes fandt Ankenævnet i kendelse af 8. november 2004 (sag nr. 63.255), at forsikringstagerens ulønnede virksomhed og dispositioner, herunder regnskabsarbejde, i en andelsforening med et ganske lille antal andelshavere, ikke faldt ind under dækningsundtagelsen i forsikringsbetingelsernes § 3, stk. 1.

Der har ikke været tale om en potentiel indtjeningsmulighed, idet brugerne af hjemmesiden ikke skulle svare vederlag for film- og musikoptagelser men udelukkende havde mulighed for at bidrage med donationer til opretholdelse og vedligeholdelse af hjemmesiden, og de beskedne indtægter fra bannerreklamer er alene gået til begrænset dækning af udgifter til servere og domænet.

Der kan endvidere henvises til Ankenævnets kendelse af 24. maj 2005 (sag nr. 64.909), hvor forsikringstagerens virke som frivillig kasserer i en spejderafdeling med en beskeden finansiel aktivitet og begrænset overskud, ikke havde forbindelse med erhvervsudøvelse. Der var tale om frivilligt foreningsarbejde med et klart fritidspræget format. Til sammenligning har min klients hobbyvirksomhed overhovedet ikke genereret overskud, og der har været tale om en privat fælles fritidsinteresse mellem unge sideløbende med deres studier, uden nogen form for erhvervsmæssig karakter.

Undertegnede advokat må fortsat anse det som en advokatmæssig pligt at varetage [klagers] interesser og en nødvendighed, at der ydes retshjælpsdækning til hans sag henset til hans unge alder og begrænsede økonomiske formåen samt den af sagsøger nedlagte påstand om et betydeligt erstatningskrav."

Selskabet har hertil i brev af 11/8 2010 til nævnet henvist til praksis, herunder ankenævnskendelserne 75.165, 50.040, 50.000, 76.408, 63.255, 64.909, 75.595 og 38.940.

Det hedder videre:

"Konklusionen på baggrund af den righoldige praksis må være, at der er tale om en konkret vurdering fra sag til sag, og at der er tale om en vurdering først og fremmest af søgsmålsgrundens karakter af erhvervsmæssigt præg eller privat præg. Den økonomiske indtjeningsmulighed er ikke et afgørende moment, men kun en ud af flere faktorer, der tages i betragtning. Der kan i den forbindelse yderligere henvises til AK 20.432 og AK 22.889, hvoraf det fremgår, at det er uden betydning, at sikredes deltagelse i den pågældende aktivitet har været uden mulighed for personlig vinding i form af vederlag, afkast m.v., men at det afgørende for bedømmelsen er aktivitetens karakter.

Der må derfor vurderes på søgsmålsgrunden i denne sag. Søgsmålsgrunden er forsikringstagers virksomhed, der består i at distribuere lyd- og filmoptagelser samt computerspil. Selskabet er af den opfattelse, at distribution af lyd- og filmoptagelser samt computerspil har et erhvervsmæssigt præg, uanset om der i den konkrete sag er opnået en økonomisk vinding ved distributionen eller ej. Der synes at være endog meget stor forskel på distribution af lyd- og filmoptagelser samt computerspil via internettet og de sager, der omhandler frivilligt samfundsgavnende foreningsarbejde, hobbies i forbindelse med kæledyr, samt ulønnet arbejde i foreninger.

På denne baggrund og med henvisning til de tidligere argumenter i sagen, fastholdes vores afvisning med henvisning til betingelsernes § 3, stk. 1, litra a. Der skal i den forbindelse særligt henvises til, at

- forsikringstager har fremstået som ejer og administrator af hjemmesiden, forsikringstager har haft indtægter på hjemmesiden,

- forsikringstager har haft en potentiel indtjeningsmulighed,

- forsikringstager har modtaget vederlag fra en anden hjemmeside for at bruge serveren i fællesskab, forsikringstager har modtaget vederlag i forbindelse med bannerreklamer,

- der dermed er indgået kontrakter, der normalt kun indgås af erhvervsdrivende,

- distribution af lyd- og filmoptagelser samt computerspil i sig selv må anses som et erhvervsmæssigt foretagende,

- der således som det mindste er tale om hobbypræget erhverv, der er undtaget fra forsikringens dækning."

Herefter har klagerens advokat i brev af 19/8 2010 gjort gældende:

"Det fastholdes, at [klager] ikke har handlet erhvervsmæssigt, og at der alene er tale om hobbyvirksomhed.

Foranlediget af GF Forsikrings seneste skrivelse side 3, hvorefter forsikringstager bl.a. skulle have haft 'indtægter på hjemmesiden', modtaget 'vederlag' i forbindelse med bannerreklamer samt have 'indgået kontrakter af erhvervsmæssig art', bemærkes, at dette fremstår som udokumenterede erklæringer, der så vidt ses alene er GF Forsikrings udlægning af justifikationsstævningen, hvilket jo i øvrigt i sig selv er et partsindlæg."

Til dette anfører selskabet i brev af 1/9 2010:

"Det er korrekt, at vi har henholdt os til, at forsikringstager har haft indtægter på hjemmesiden, modtaget vederlag i forbindelse med bannerreklamer samt indgået kontrakter af erhvervsmæssig art. Dette har vi henholdt os til på baggrund af oplysninger, som vi har modtaget i forbindelse med sagsbehandlingen fra advokat …. Oplysningerne følger af advokat … brev af 5. maj 2010 til GF Forsikring, ikke af justifikationsstævningen. Oplysningerne er ifølge advokat … en 'nærmere redegørelse' fra forsikringstager vedrørende dennes aktiviteter.

Af brevet af 5. maj 2010fremgår det, at hjemmesiden modtog kr. 6.050,00 fra en anden hjemmeside som vederlag for at bruge serveren i fællesskab. Dette må anses for at være indgåelse af en kontrakt af erhvervsmæssig art. Derudover fremgår det, at hjemmesiden modtog kr. 1.698,32 for bannerreklamer. Dette må også anses for at være indgåelse af en kontrakt af erhvervsmæssig art. Endvidere fremgår det af brevet, at den samlede indkomst på hjemmesiden fra 25. september 2008 til 1. februar 2010 udgjorde kr. 16.247,99, hvoraf kr. 8.499,67 udgjorde donationer fra brugerne."

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**§ 3 Hvilke tvister er ikke dækket af retshjælpsforsikringen?**
1 Tvister i forbindelse med erhvervsudøvelse. Ved erhvervsudøvelse forstås:

a Tvister vedrørende sikredes selvstændige virksomhed, hvad enten der er tale om hoved-erhverv, bierhverv eller hobbypræget erhverv.

b Formuedispositioner i forbindelse med de under a) nævnte forhold.

c Tvister af enhver art, opstået i forbindelse med sikredes ansættelsesforhold."

Nævnet udtaler:

Nævnet finder, at klagerens beskæftigelse, som har ført til sagsanlægget imod ham, må anses for værende erhvervsudøvelse i retshjælpsforsikringens forstand. Nævnet kan på den baggrund ikke kritisere selskabets afgørelse, da tvisten må anses som erhvervsmæssig i policens forstand.

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klageren får ikke medhold.

Marianne Højgaard Pedersen
formand