

Ansvarsfrihet for formidler ved formidling av informasjonssamfunnstjenester

E-handelsdirektivets art. 12 - 14

Kandidatnr: 598

Veileder: Andreas Galtung

Leveringsfrist: 10.11.03

Til sammen 39.993 ord

28.02.2005

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING METODE OG AVGRENSNINGER</u>	1
1.1	INNLEDNING	1
1.2	INTRODUKSJON	1
1.3	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNINGER	4
1.4	LOVOVERTREDELSER I INFORMASJONSSAMFUNNET OG ANSVARSGRUNNLAG	5
1.5	RETTSKILDER OG METODE	8
1.5.1	METODISK TILNÆRMING	8
1.5.2	RETTSKILDESITUASJONEN	9
1.6	OPPGAVENS OPPLEGG	11
2	<u>ROLLE OG AKTØRAVKLARING</u>	13
2.1	INNLEDNING	13
2.2	BEGREPSAVKLARING	13
2.3	ROLLEGRUPPENE	14
2.3.1	TEKNOLOGISK INFRASTRUKTUR	15
2.3.1.1	Leverandør av fysisk infrastruktur	15
2.3.1.2	Nettplattformleverandør	15
2.3.2	TJENESTER	16
2.3.2.1	Leverandør av sluttbrukertjenester.	17
2.3.2.2	Engrossleverandør av tjenester	17
2.3.2.3	Leverandør av støttetjenester	18
2.3.3	MELLOMMANN	18
2.3.3.1	Mellomlagrere av data	19
2.3.3.2	Nettverter	20
2.3.4	TERMINAL	20
2.3.5	BRUK	21
2.3.5.1	Yrkesorientert individuelle brukere	22
2.3.5.2	Ikke yrkesorientert individuelle brukere	22
2.3.5.3	Grupper av brukere i formaliserte sammenslutninger	23
3	<u>TYPER AV TJENESTER I INFORMASJONSSAMFUNNET</u>	24

3.1	WORLD WIDE WEB	25
3.2	INTERNETTSIDER	25
3.2.1	DISKUSJONSFORUM OG OPPSLAGSTAVLER	25
3.2.2	SNAKKEGRUPPER ELLER CHATKANALER	26
3.3	USENET	26
3.4	INTERNET RELAY CHAT (IRC)	28
3.5	PEER TO PEER	28
3.5.1	INSTANT MESSAGING	29
3.5.2	FILDELINGSNETTVERK	29
3.6	VIRTUELLE NETTVERK	29

4 DIREKTIVETS RAMMER **31**

4.1	INNLEDNING	31
4.2	BAKGRUNNEN FOR DIREKTIVET	31
4.3	DIREKTIVETS FORMÅL	32
4.4	DIREKTIVETS VIRKEOMRÅDE	33
4.5	DIREKTIVETS PLASSERING I EU RETTEN	34
4.6	DIREKTIVETS VIRKNING I NORGE	34

5 BEGREPER I DIREKTIVET MED DIREKTE BETYDNING FOR FORSTÅELEN AV ANSVARFRIHETSREGLENE I ARTIKKEL 12 – 14. **38**

5.1	INNLEDNING	38
5.2	BEGREPET ”INFORMATION SOCIETY SERVICE”	39
5.2.1	HVA ER OMFATTET AV BEGREPET ”INFORMATION SOCIETY SERVICE”?	39
5.2.2	HVA OMFATTES AV TJENESTEBEGREPET I EØS RETTEN?	40
5.2.3	HVA INNEBÆRER DET AT EN TJENESTE VANLIGVIS MÅ VÆRE YTT MOT BETALING?	42
5.2.3.1	Vil typiske Internett-tjenester det offentlige yter til fordel for borgerne uten økonomisk motivasjon falle utenfor Direktivet?	45
5.2.4	HVA GJØR EN TJENESTE TIL EN INFORMASJONSSAMFUNNSTJENESTE?	48
5.2.4.1	Hva innebærer det at en tjeneste må ytes ”at a distance”	48
5.2.4.2	Hva innebærer det at en tjeneste må tilbys ”by electronic means”?	50
5.2.4.3	Hva innebærer det at tjenesten må ytes ”at the individual request of a recipient of the service”?52	
5.2.5	KONKLUSJON ”INFORMATION SOCIETY SERVICE”	54

5.3	GJENNOMFØRINGEN AV BEGREPET ”INFORMATION SOCIETY SERVICE” I DEN NORSKE E-HANDELSLOVEN	54
5.4	HVEM ER TJENESTETILBYDER ETTER DIREKTIVET OM ELEKTRONISK HANDEL?	56
5.5	HVEM ER TJENESTEMOTTAGER ETTER DIREKTIVET OM ELEKTRONISK HANDEL?	56
5.6	HVA ER OMFATTET AV BEGREPET ”COMMUNICATION NETWORK” I DIREKTIVETS REGLER OM ANSVARSFRIHET?	57
5.7	VIL VIRTUELLE NETTVERK VÆRE ”COMMUNICATION NETWORKS” I DIREKTIVETS FORSTAND?	59
6	<u>INTRODUKSJON TIL ANSVARSFRIHETSREGLENE SLIK DE FREMKOMMER I ARTIKLENE 12 – 14</u>	<u>61</u>
7	<u>REN OVERFØRING AV DATA – ”MERE CONDUIT”</u>	<u>63</u>
7.1	PROBLEMSTILLINGENE I DETTE KAPITTELET	64
7.2	HVILKET KRAV STILLER DIREKTIVETS ARTIKKEL 12 TIL INNHOLDET I DEN KOMMUNIKASJON SOM FORMIDLES?	65
7.3	HVA LIGGER I DIREKTIVETS FORMULERINGER “TRANSMISSION IN” OG ”PROVISION OF ACCESS TO” ET KOMMUNIKASJONSNETTVERK?	65
7.4	HVILKE BEGRENSNINGER OPPSTILLER ARTIKKEL 12 FØRSTE LEDD FOR ANSVARSFRIHET?	66
7.4.1	VIL ANSVARSFRIHETEN OMFATTE SITUASJONER HVOR UØNSKET KOMMUNIKASJON AUTOMATISK FILTRERES BORT?	67
7.4.2	VIL ANSVARSFRIHETEN OMFATTE TRANSFORMERING AV INNHOLD FRA EN PLATTFORM TIL EN ANNEN?	68
7.4.3	VIL ANSVARSFRIHETEN OMFATTE TILFØYELSER TIL INFORMASJON SOM FORMIDLES PÅ OPPDRAG AV TJENESTEMOTTAGER?	69
7.4.4	VIL ANSVARSFRIHETEN OMFATTE TILTAK FOR Å EFFEKTIVISERE TRANSMISJONEN PÅ OPPDRAG AV ANDRE?	71
7.5	HVA LIGGER I ARTIKKEL 12 ANNET LEDDS AKSEPT FOR ”AUTOMATIC, INTERMEDIATE AND TRANSIENT STORAGE”?	72
7.5.1	HVILKE KRAV STILLER ARTIKKEL 12 ANNET LEDD TIL MELLOMLAGRINGENS ART?	73
7.5.2	HVILKE KRAV STILLER ARTIKKEL 12 ANNET LEDD TIL MELLOMLAGRINGENS FORMÅL?	73
7.5.3	HVILKE KRAV STILLER ARTIKKEL 12 ANNET LEDD TIL MELLOMLAGRINGENS VARIGHET?	

8 MIDLERTIDIG MELLOMLAGRING – CACHING 74

8.1 PROBLEMSTILLINGENE I DETTE KAPITTELET 74

8.2 HVILKE KRAV STILLER DIREKTIVETS ARTIKKEL 13 TIL MELLOMLAGRINGENS ART? 75

8.3 HVILKE KRAV STILLER DIREKTIVETS ARTIKKEL 13 TIL MELLOMLAGRINGENS FORMÅL? 76

8.4 HVILKE BEGRENSNINGER BASERT PÅ TJENESTEYTERS HANDLEMÅTE OPPSTILLER ARTIKKEL 13 FOR ANSVARSFRIHET? 77

8.4.1 HVA INNEBÆRER KRAVET I ARTIKKEL 13 FØRSTE LEDD LITRA A OM AT TJENESTETILBYDEREN FOR Å BEHOLDE ANSVARSFRIHETEN IKKE KAN ENDRE PÅ INFORMASJONEN? 78

8.4.2 HVA INNEBÆRER KRAVET I ARTIKKEL 13 FØRSTE LEDD LITRA B OM AT TJENESTETILBYDEREN FOR Å BEHOLDE ANSVARSFRIHETEN MÅ OVERHOLDE BETINGELSENE FOR ADGANG TIL INFORMASJONEN? 80

8.4.3 HVA INNEBÆRER KRAVET I ARTIKKEL 13 FØRSTE LEDD LITRA C OM AT TJENESTETILBYDEREN FOR Å BEHOLDE ANSVARSFRIHETEN MÅ FORHOLDE SEG TIL DE REGLER SOM GJELDER FOR OPPDATERING AV INFORMASJONEN? 81

8.4.4 HVA INNEBÆRER KRAVET I ARTIKKEL 13 FØRSTE LEDD LITRA D OM AT TJENESTETILBYDEREN FOR Å BEHOLDE ANSVARSFRIHETEN IKKE KAN GJØRE INNGREP I DEN LOVLIGE ANVENDELSEN AV TEKNOLOGI FOR STATISTISKE FORMÅL? 82

8.4.5 HVA INNEBÆRER KRAVET I ARTIKKEL 13 FØRSTE LEDD LITRA E OM AT TJENESTETILBYDEREN FOR Å BEHOLDE ANSVARSFRIHETEN PÅ GITTE VILKÅR MÅ AVSKJERE TILGANGEN TIL DEN LAGREDE INFORMASJON? 85

8.4.6 HVA LIGGER I BEGREPET ”ACTUAL KNOWLEDGE” I ARTIKKEL 13 FØRSTE LEDD LITRA E? 86

8.4.7 HVA LIGGER I KRAVET OM AT TJENESTETILBYDEREN VED OPPNÅDD KUNNSKAP OM DE VILKÅR SOM FORANLEDIGER HANDLINGSPLIKT SKAL ”ACT EXPEDITIOUSLY”? 88

8.4.8 KONKLUSJON 91

9 ANSVARSFRIHET VED VIRKSOMHET SOM NETTVERT – HOSTING 91

9.1 PROBLEMSTILLINGENE I DETTE KAPITTELET. 91

9.2 ANSVARSFRIHET I FORHOLD TIL STRAFFANSVAR 93

9.2.1 INNEBÆRER KRAVET OM ”ACTUAL KNOWLEDGE OF ILLEGAL ACTIVITY OR INFORMATION” I ARTIKKEL 14 FØRSTE LEDD LITRA A AT NETTVERTEN MÅ HA KUNNSKAP OGSÅ OM AT MATERIALET ER ULOVLIG FØR STRAFFEANSVAR KAN ILEGGES? 93

9.2.2	HVILKEN GRAD AV KUNNSKAP GIR KUNNSKAPSKRAVET FOR ANSVARSFRIHET I FORHOLD TIL STRAFFANSVAR I ARTIKKEL 14 FØRSTE LEDD LITRA A ANVISNING PÅ?	96
9.2.2.1	Hvilken grad av forsett vil kunnskapskravet i artikkel 14 første ledd litra a gi anvisning på?	97
9.2.2.2	Vil også en forsettlig uvitenhet være omfattet av kunnskapskravet etter artikkel 14 første ledd litra a?	100
9.3	ANSVARSFRIHET I FORHOLD TIL ERSTATNINGSANSVAR	104
9.3.1	INNEBÆRER KRAVET OM "ACTUAL KNOWLEDGE" I ARTIKKEL 14 FØRSTE LEDD LITRA A AT NETTVERTEN MÅ HA KUNNSKAP OGSÅ OM AT MATERIALET ER ULOVLIG FØR STRAFFEANSVAR KAN ILEGGES?	104
9.3.2	HVILKEN GRAD AV KUNNSKAP GIR KUNNSKAPSKRAVET FOR ANSVARSFRIHET I FORHOLD TIL ERSTATNINGSANSVAR I ARTIKKEL 14 FØRSTE LEDD LITRA A ANVISNING PÅ?	105
9.4	HVA LIGGER I KRAVET OM AT TJENESTETILBYDEREN VED OPPNÅDD KUNNSKAP OM DE VILKÅR SOM FORANLEDIGER HANDLINGSPLIKT SKAL "ACT EXPEDITIOUSLY"	109
9.5	HVA INNEBÆRER KRAVET I ARTIKKEL 14 ANNET LEDD SOM FASTLEGGER AT ANSVARSFRIHETEN OPPHØRER OM "THE RECIPIENT OF THE SERVICE IS ACTING UNDER THE AUTHORITY OR THE CONTROL OF THE PROVIDER"?	110
10	<u>VIRTUELLE KOMMUNIKASJONSNETTVERK I FORHOLD TIL ANSVARSFRIHETSREGLENE.</u>	112
10.1	PROBLEMSTILLINGENE I DETTE KAPITTELET	112
10.2	VIL DET Å TILBY ADGANG TIL ET PEER TO PEER NETTVERK, HERUNDER NETTVERK FOR UTVEKSLING AV ØYEBLIKKELIGE MELDINGER OG FILDDELINGSNETTVERK, VÆRE OMFATTET AV ANSVARSFRIHETSREGELEN I DIREKTIVETS ARTIKKEL 12?	112
10.3	VIL DET Å TILBY ADGANG TIL IRC VÆRE OMFATTET AV ANSVARSFRIHETSREGELEN I DIREKTIVETS ARTIKKEL 12?	114
10.4	VIL DET Å TILBY ADGANG TIL NYHETSGRUPPER ELLER USENET VÆRE OMFATTET AV ANSVARSFRIHETSREGELEN I DIREKTIVET OG HVILKEN ARTIKKEL I DIREKTIVET VIL DET Å TILBY ADGANG TIL USENET I SÅ TILFELLE FALLE INN UNDER?	115
11	<u>RETTSØKONOMISK VURDERING AV HENSIKTMESSIGHETEN AV ANSVAR FOR FORMIDLERE AV INFORMASJONSSAMFUNNSTJENESTER.</u>	121
11.1	INNLEDNING OG FORUTSETNINGER	121
11.2	TRADISJONELL RETTSØKONOMISK INNFALLSVINKEL TIL ANSVARSREGLER – OBJEKTIVT ANSVAR	122

11.3	FOR HØY INITIELL AVSKREKKING	125
11.4	TRANSAKSJONSKOSTNADER OG REALLOKERING AV KOSTNADER	128
11.5	KONKLUSJON - ANSVARFRIHETSREGLENE I DIREKTIVET OM ELEKTRONISK HANDEL	129
12	<u>DE LEGE FERENDA – INNFØRING AV ANSVARFRIHETSBESTEMMELSENE I NORSK RETT</u>	131
12.1	INNLEDENDE SYSNPUNKTER	131
12.2	MORALSK PANIKK OG STERKE INTERESSER	131
12.3	HENSIKT OG FORMÅL MED ANSVARFRIHET I DIREKTIVET OG I NORGE	132
12.4	SELVREGULERING	133
12.5	KONKLUSJON- ANBEFALING	134
13	<u>LITTERATURLISTE</u>	136
13.1	LITTERATUR	136
13.2	ARTIKLER	137
13.3	RETTSPRAKSIS	138
13.3.1	NORSK RETTSPRAKSIS	138
13.3.2	EUS RETTSPRAKSIS	138
13.4	ANNEN RETTSPRAKSIS	139
13.5	FORARBEIDER	139
13.5.1	NORSKE FORARBEIDER	139
13.5.1.1	Høringer	140
13.5.2	EU FORARBEIDER	141
13.5.3	ANDRE UTENLANDSKE FORARBEIDER	141
13.6	LOVER	141
13.7	EU DIREKTIVER	141
13.8	UTENLANDSK LOVGIVNING	143
13.9	TRAKTATER OG KONVENSJONER	144
13.10	BENYTTETE LEKSIKON OG OPPSLAGSVERK	144
13.11	ANDRE TEKSTER	144
13.11.1	ELEKTRONISKE DOKUMENTER	144
13.11.2	IKKE ELEKTRONISKE ANDRE TEKSTER	145
14	<u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V</u>	A

1 Innledning metode og avgrensninger

1.1 Innledning

I denne oppgaven skal jeg drøfte en del problemstillinger relatert til ansvar og ansvarsfrihet, ved både sivilrettslig og strafferettslig ansvar, for dem som ved bruk av elektroniske midler formidler andres informasjon. Reglene om ansvar for slike formidlere har betydning for utvikling av elektronisk handel både i Norge, Europa og globalt. EU har for å komme dette i møte viet ansvarsreglene særskilt oppmerksomhet i arbeidet for å tilrettelegge or elektronisk handel i det indre marked. Denne oppmerksomhet har resultert i EUs råds og parlamentsdirektiv av 8. juni 2000.¹ I dette Direktivet er ansvarsfrihet for formidlere er regulert i tre artikler.² Den grad av ansvarsfrihet som innrømmes i dette Direktivet vil i stor grad være styrende for hvilken grad av ansvarsfrihet norske aktører vil nyte godt av.

I dette kapittelet skal jeg forklare den problemstilling oppgaven forsøker å besvare. Jeg skal videre forklare min metodiske tilnærning og redegjøre for rettskildesituasjonen. Endelig skal jeg i dette kapittel beskrive oppgavens videre opplegg.

1.2 Introduksjon

Da Internett³ kommersielt tok av på midten av nittitallet var det en utbredt oppfatning at dette skulle medføre den største endring i menneskers levemåte siden landbruksrevolusjonen for 3000 år siden. Den ”gamle” økonomiens regler måtte vike

¹ Rådsdirektiv 2000/31/EF. Senere bruk av Direktivet og e-handelsdirektivet referer seg til dette direktivet om elektronisk handel.

² Artiklene 12 - 14

³ Internett defineres av leksikonet Caplex slik: ” 1. Standard for sammenkobling av ulike datanett. — 2. Navnet på det største sammenkoblede metanett (nett av nett) i verden i dag.”

for nye og grensesprengende forretningsmodeller hvor noen av de viktigste innebar å lede informasjonssøkere sammen enten ved å tilby dem aksess til selve internettet, mulighet til å legge ut informasjon om seg selv, sine oppfatninger, sine produkter eller naboer og sist men ikke minst det å føre informasjonssøkende mennesker sammen gjennom forum, nyhetsgrupper og chat.

Forventningen om at Internett skulle snu opp ned på økonomien og samfunnsstrukturen har etter tusenårsskiftet dempet seg noe og blitt erstattet av en mer konservativ holdning til hvilken virkning nye måter for informasjonsutveksling faktisk kan ha på oss mennesker.

Selv om fremveksten av et informasjonssamfunn ikke har endret de grunnleggende forutsetninger for hvordan samfunnet fungerer har den skapt nye utfordringer for lovgivere, politi og domstoler over hele verden. Informasjonssamfunnets globale karakter, den relative anonymiteten brukerne nyter og det faktum at prisen på informasjonsutveksling har falt dramatisk har gjort problemstillinger som tidligere har vært perifere i det juridiske landskapet til store spørsmål. Spørsmålene er interessante utenfor det fagjuridiske område, både nasjonalt og internasjonalt. Et søk på "opphavsrett" på søkemotoren Kvasir gir i dag rundt 115000 treff og et tilsvarende søk på "copyright" på søkemotoren Google gir rundt 130 millioner treff på internettsider rundt om kring i verden.

Denne oppgavens tema er indirekte ansvar i informasjonssamfunnet. Et eksempel kan belyse den regulatoriske utfordring lovgiver står ovenfor. 19. april 1995 eksploderte en bombe i den føderale Oklahoma. Flere titalls mennesker ble drept. Deriblant småbarn i den føderale bygningen i underetasjen. Det første terroristangrep på amerikansk jord var et faktum. Den amerikanske befolkningen og verden forøvrig var i sjokk.

Bare noen få dager senere, den 25. april 1995 var det en person som ingen ennå har klart å identifisere som postet en melding på diskusjonstjenesten til America Online (AOL)⁴ hvor han markedsførte salg av T-skjorter med en tekst som glorifiserte bombingene. I meldingen ble en mann ved navn Kenneth Zeran og hans telefonnummer oppgitt som

⁴ Nå AOL Time Warner. Verdens største internett tjenestetilbyder.

kontaktinformasjon ved kjøp T-skjortene. Zeran, som ikke hadde noe med saken å gjøre, ble oppringt av en enorm mengde mennesker fra hele USA. De skjelte ham ut fordi han tilbød T-skjortene. Det tok ikke lang tid før telefonene ble til drapstrusler. Zeran tok kontakt med AOL som fjernet meldingen fra sine systemer.

Dagen etter, den 26. april ble meldingen igjen lagt ut på AOLs diskusjonssider. Denne gang inneholdt meldingen en oppfordring til å ringe om igjen ved ikke svar eller opptatt. Dette ble forklart med at interessen for å kjøpe T-skjortene var høy. Liknende meldinger ble lagt ut også de fire påfølgende dagene. 30 april mottok Zeran en sint telefon hvert annet minutt. . På samme tid fikk en radiovert i Oklahoma City tak på meldingen. I den tro at det var Zeran selv som hadde lagt den ut, oppfordret han på alle sine lyttere til å ringe Zeran for å fortelle ham hva de mente om det usmakelige T-skjortesalget han drev med. Ikke før både avisen Oklahoma City og radioen hadde kjørt flere innslag hvor de trakk tilbake og beklaget det som var sagt falt antall trusseltelefoner til et håndterbart antall. To uker senere var de på omtrent 15 om dagen.

Det er klart at den som postet disse meldingene gjennom dette begikk en straffbar handling, men hans identitet var ukjent. 23. april 1996 saksøkte Kenneth Zeran AOL for å ha medvirket til spredningen av meldingene.⁵

Eksempelet Zeran reiser en rekke tilsvarende spørsmål som har opptatt lovgivere verden rundt. Hva slags ansvar skal pålegges et selskap som lar sine kunder utveksle opphavsrettslig beskyttet musikk? Bør et selskap holdes ansvarlig for rasistisk materiale som legges ut til salg på en auksjonsside? Hva skal til for at en webside som lar brukerne poste sine meninger i et forum skal bli ansvarlig for deres injurierende utsagn? I hvilken grad kan en tilbyder av nyhetsgrupper holdes ansvarlig for barnepornografisk og annet direkte ulovlig materiale som legges ut på dennes nyhetsgrupper for

⁵ Zeran v. America Online - U.S. Supreme Court, Cert. Pet. 97-1488. Søksmålet tapte til slutt i Amerikansk Høyesterett 22.6.1998 som fant at 47 U.S.C. 230 som lyder ” ”No provider or user of an interactive computer service shall be treated as a publisher or speaker of any information provided by another information content provider”” innrømmet AOL en ansvarsfrihet I slike tilfeller.

nedlasting? Hvilket ansvar har internettleverandøren om noen legger ut statshemmeligheter på sin personlige hjemmeside?

Disse problemstillingene har kommet på spissen i mange land og har blitt løst på forskjellige måter. Der Zeran ikke vant frem med sitt søksmål, ble det i en ikke ulik sak i Storbritannia mellom en universitetsprofessor og Demon konkludert med at tjenestetilbyderen kunne holdes ansvarlig for ærekrenkende materiale brukerne av tjenesten legger ut om andre brukere.⁶

En ulik praktisering av ansvarsregler fra land til land harmonerer dårlig med informasjonssamfunnets grenseoverskridende preg. I *Godfrey v Demon Internet Ltd* var de ærekrenkende utsagn lagt ut av en bruker i USA mens den fornærmede befant seg i Storbritannia. Det har på bakgrunn av dette vært et bredt internasjonalt samarbeid for å harmonisere ansvarsregler i informasjonssamfunnet. Dette har blant annet skjedd innenfor rammen av internasjonale organisasjoner som eksempelvis World Intellectual Property Organisation (WIPO) som har avholdt internasjonale konferanser om emnet.⁷

Innenfor rammen av EU vil en ulik praktisering av ansvarsregler fra medlemsland til medlemsland være en trussel mot et effektivt indre marked. En sterk variasjon i ansvarsregler vil gjøre elektronisk handel mindre attraktivt og være konkurransevridende. E-handelsdirektivet søker for EUs del å bøte på denne usikkerhet.

1.3 Problemstilling og avgrensninger

Problemstillingen i denne oppgaven er hvilken grad av ansvarsfrihet for de ulovlige handlinger mottagere av hans tjenester utfører, tjenestetilbyder som tilbyr en tjeneste som innebærer at han fungerer som mellommann i informasjonssamfunnet,⁸ enten fordi han leverer en formidlingstjeneste eller fordi han er en leverandør av teknologisk infrastruktur, kan innrømmes etter de regler som følger som en konsekvens av Eus

⁶ *Godfrey v Demon Internet Ltd*, QBD, [1999] 4 All ER 342, [2000] 3 WLR 1020; [2001] QB 201

⁷ Spesielt Workshop 9/10 desember 1999 [Online] Tilgang:

<http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/index.htm> (Sist aksessert 04.11.03)

⁸ Hva det innebærer å levere en tjeneste i informasjonssamfunnet behandles nedenfor punkt 5.2

direktiv om elektronisk handel. Det ansvar som ansvarsfriheten gjelder er således et sekundært medvirkningsansvar.

Det er ikke gitt at et slikt sekundært medvirkningsansvar i alle tilfeller ville medført ansvar selv om ansvarsfrihetsreglene ikke hadde eksistert. En vurdering av ansvarsgjennombrudd for formidlere i informasjonssamfunnet kunne i og for seg vært foretatt også uten innføring av et EU-direktiv. Siden Direktivet nå har kommet vil det likevel være det som danner rammen rundt diskusjonen om ansvar og ansvarsfrihet, både i Norge og EU. Jeg kommer derfor til å konsentrere meg om Direktivet i fremstillingen.

De regler som følger av Eus direktiv om elektronisk handel knesetter et minimumsnivå av ansvarsfrihet. Dette innebærer at de løsninger jeg finner for ansvarsfriheten etter sitt vesen vil innskrenke virkeområdet for annen lovgivning. I tillegg til denne konstateringen avgrensner jeg oppgaven mot de konkrete plikter tjenestetilbyderen vil ha etter norsk lovgivning. Det ligger også utenfor rammen av denne oppgaven å berøre et eventuelt redaktøransvar på Internett.⁹ Et slikt nasjonalt bestemt redaktøransvar vil uansett ikke kunne gå videre i forhold til å ilegge tjenestetilbyder ansvar enn de rammer som trekkes opp gjennom Direktivets ytergrenser for ansvar..

Jeg forutsetter endelig at tjenestetilbyderen er etablert i Norge. Interlegale spørsmål som oppstår i forhold til avgrensning av mellommannens ansvar vil derfor ikke bli behandlet. Ansvarsfrihetsreglene gjelder materielt ansvar og forhindrer ikke prosessuelle skritt for å fjerne eller stoppe en informasjonsspredning. Denne reservasjonen er tatt inn i artiklene 12, 13 og 14 siste ledd. Det faller utenfor oppgaven å behandle prosessuelle spørsmål knyttet til dette.

1.4 Lovovertrедelser i informasjonssamfunnet og ansvarsgrunnlag

Straffeloven inneholder en rekke straffebud som kan bli overtrådt ved bruk av Internett. Det at en kriminell handling foretas ved bruk av datautstyr betyr ikke at handlingen endrer karakter. Avgjørende er om handlingen overtrer gjerningsbeskrivelsen i

⁹ Erik Børresen behandler dette i sin "Redaktøransvaret på internett" ISBN 8202198690

straffebudet og om de subjektive straffbarhetsvilkår er oppfylt. Like fullt har datakriminalitet særegenheter når det gjelder bruk av virkemidler for å begå den straffbare handling og i forhold til handlingens skadeomfang

Begrepet datakriminalitet defineres av Straffelovrådet i NOU 1985:31 slik:

"Med datakriminalitet menes en straffbar handling hvor utnyttelsen av datateknologi har vært vesentlig for overtredelsen og der denne fører til at en eller flere straffebestemmelser overtredes."

Dette kan skje på flere forskjellige måter. Konvensjonen om datakriminalitet innfører et skille mellom prinsipielt ulike former for datakriminalitet.¹⁰ 1) Forbrytelser mot konfidensialitet, integritet og tilgjengelighet for data og systemer. Dette vil omfatte dataangrep med det formål å skaffe seg ulovlig tilgang til dataressurser, ulovlig oppfangning av informasjon og misbruk av datautstyr. 2) Rent datarelaterte forbrytelser. Databedrageri og forfalskninger vil være eksempler på dette. I motsetning til ved den første kategorien vil datautstyret ikke nødvendigvis være målet for et angrep men vil være middelet man gjennomfører angrepet med. 3) Forbrytelser relatert til innholdet av informasjon. Spredning av barnepornografi, rasistisk eller opphavsrettslig beskyttet materiale på Internett er omfattet av denne kategori.¹¹

I denne oppgaven avgrensner jeg mot kategori 1 og 2 av kriminell aktivitet på nett og vil kun granske det ansvar som oppstår på bakgrunn av innholdsrelaterte forbrytelser. Videre forutsetter jeg at selve innholdet i den formidlede informasjon faktisk er ulovlig. Det er også forutsatt at brukeren som legger ut det ulovlige innhold vil kunne holdes ansvarlig for dette og at et formidleransvar således er et sekundært ansvar.

Vi har i Norge ikke et generelt medvirkningsansvar i strafferetten. For at et strafferettslig ansvar skal ramme andre enn den som selv aktivt utfører den straffbare handling må etter norsk rett et medvirkningstillegg finnes i den aktuelle bestemmelse eller kunne innfortolkes.¹² For formidlere i informasjonssamfunnet vil et slikt medvirkningsansvar kunne være aktuelt der hvor formidler bidrar til å legge forholdene

¹⁰ Convention on Cybercrime ETS No. : 185

¹¹ Konvensjonen om datakriminalitet deler innholdsrelaterte og opphavsrettsrelaterte forbrytelser inn i to ulike titler. Dette er neppe hensiktsmessig da innholdsrelaterte forbrytelser også må omfatte krenkelser av opphavsrett.

¹² Andenæs (1997) s. 302

til rette for at kriminelle aktiviteter kan foregå. Dette kan skje ved at de ressurser som er nødvendige for å foreta kriminelle handlinger blir gjort tilgjengelige av formidleren.

Denne oppgaven behandler ansvar for handlinger begått av andre. Det er således medvirkningsansvaret som står i fokus. Et medvirkningsansvar kan etter sin natur være både strafferettslig og erstatningsrettslig. Hvor vidt noen kan holdes sekundært ansvarlig for et rettsbrudd vil avhenge av den primære rettsnorm. Det er ikke gitt at innholdet av denne primære rettsnorm vil innvirke på spørsmålet om ansvarsfrihet. Mads Bryde Andersen beskriver denne situasjonen slik:

”Selv om et er stor prinsipiell forskjell mellom et strafferetligt og et erstatningsretligt medvirkensansvar (eftersom disse to ansvarsformer berører forskjellige typer af sanktioner) fortøner forskjellen sig på det praktiske plan. Dette ses f.eks. tydelig, når det primære retsbrud har hjemmel i en særlovgivning, der foreskriver så vel erstatningsretlige som strafferetlige sanktioner. Medvirkensreglene vedrørende ophavsretlige krænkelser er et eksempel herpå.”¹³

Forskjellen mellom et erstatningsrettslig og strafferettslig ansvar vil, så lenge ansvarsfrihetsreglene ikke gjør et skille mellom de to typene av ansvar,¹⁴ vil fortøne seg på et mer praktisk plan. Når det er ansvarsfrihet som er emnet for femstillingen vil ansvaret for sekundæraktøren ses på et prinsipielt grunnlag. Når jeg omtaler ansvar og ansvarsfrihet i denne oppgaven vil jeg derfor, når ikke annet spesifikt er gjort klart, se straffansvar og erstatningsansvar under et.

Det er likevel et moment som en må merke seg i forhold til skillet mellom strafferettslig og erstatningsrettslig ansvar Lovskravet i strafferetten, jfr. Grl. §96, vil i noen tilfeller medføre at den samme medvirkningshandling vil bedømmes ulikt etter strafferettslige og erstatningsrettslige regler. Dette kan skje dersom lovskravet i det konkrete tilfelle strekker videre enn ansvarsfrihetsreglene.

¹³ Mads Bryde Andersens innlegg på det 35. Nordiske Juristmøte. S. 200

¹⁴ I artikkel 14 gjør Direktivet faktisk et slikt skille.

1.5 Rettskilder og metode

1.5.1 Metodisk tilnærming

Jeg bruker i denne oppgaven de alminnelige rettskildeprinsipper og rettskildefaktorer. Med begrepet rettskildefaktorer mener jeg, i tråd med terminologien i moderne rettskildelære, typer av relevante argumenter når et rettsspørsmål skal avgjøres. Rettskildeprinsippene er retningslinjer for bruken av rettskildefaktorene. Dette innebærer at jeg følger den metode som norske jurister bruker når de skal ta stilling til rettsspørsmål. De ansvarsfrihetsregler jeg skal drøfte følger av et EU direktiv. Dette vil legge klare føringer på hvilken relevans de enkelte rettskildefaktorene vil ha i drøftingene og hvordan de skal vektlegges.

EUs lovgivning er av overnasjonal karakter og EU-domstolen tolker begreper autonomt. Dette innebærer at EU-domstolen tolker begreper og kommer frem til innholdet i en regel som følger av felles lovgivning uavhengig av medlemslandenes lokale begrepsbruk og rettskildelære.

Den såkalte CILFIT saken oppsummerer flere av problemstillingene som er særegne for vurderingene i tolkning av EU-retten.¹⁵ Avgjørelsen fokuserer på EU-rettens dynamiske karakter. EU-retten skal tolkes i lys av tiden, ikke bli arkaisk og derfor måtte erstattes av ny lovgivning. CILFIT saken trekker også frem de tolkningsmessige problemer man kan komme ut for ved forskjellige språkversjoner. Retten uttaler i denne sammenheng:

” It must be borne in mind that community legislation is drafted in several languages and that the different language versions are all equally authentic. An interpretation of a provision of community law thus involves a comparison of the different language version.”¹⁶

EU-retten har en særegen terminologi. Dette gjør at det heller ikke, når alle språkversjoner er like, uten støtte i andre kilder, er trygt å slutte fra et likelydende

¹⁵ Case 283/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health European Court reports 1982 Page 03415

¹⁶ Ibid domsgrunn 18

nasjonalt rettsbegrep. Som en konsekvens av dette har formålsbetraktninger større vekt i EU-retten enn i norsk rett.

I oppgavens innledning introduserer jeg en modell for analyse av informasjonssamfunnet. I denne analysemodellen bruker jeg samfunnsvitenskapelig metode. I oppgavens vurderingsdel vil jeg komme med en rettsøkonomisk analyse av hensiktsmessigheten av mellommannsansvar. I denne delen av oppgaven bruker jeg samfunnsøkonomisk metode.

1.5.2 Rettskildesituasjonen

Direktivet er fra 8. juni 2000. Fristen for å implementere det var 17 januar 2002. Ansvarsfrihetsreglene er ennå ikke implementert gjennom lovgivning i Norge. Siden Direktivets ansvarsfrihetsbestemmelser ikke er implementert i Norge Norge, er det få norske forarbeider til gjennomføringen av disse bestemmelsene. Nærings- og Handelsdepartementet har riktignok sendt ut to høringsnotater datert henholdsvis 23.03.2001¹⁷ og 08.07.2002¹⁸. Disse høringsnotater er imidlertid av begrenset rettskildemessig verdi for så vidt gjelder selve ansvarsfrihetsbestemmelsene. verdi.. I Sverige og Danmark er ansvarsfrihetsbestemmelsene innført og forarbeidene derfra er noe mer omfattende.

Det er ikke avsagt mange rettsavgjørelser som gjelder ansvarsfriheten, verken i Norge eller i andre land som tjener til belysning av ansvarsfrihetsreglene. I Norge er Borgarting Lagmansretts frifinnelse av Tele 2 av 27.06.2003 for medvirkning til spredning av ulovlig barnepornografi den eneste avgjørelsen.¹⁹ Utenlandsk rettspraksis i forhold til ansvarsfrihet etter Direktivet om elektronisk handel dreier seg i stor grad om midlertidige forføyninger og ikke direkte om de materielle ansvarsfrihetsreglene. Utenlandsk rettspraksis er en relevant rettskildefaktor. Siden oppgaven skal besvare spørsmål om ansvarsfrihet som i sin natur er overnasjonal vil den rettspraksis som finnes innenfor EU om forståelsen av Direktivet også bli tillagt en del vekt.

¹⁷ NHD Høringsnotat (2001)

¹⁸ NHD Høringsnotat (2002)

¹⁹ Samme sak ble behørig omtalt i forbindelse med at Oslo Tingrett dømte Tele2 til å betale 500.000 i bot. Se eksempelvis [Online] "It-avisen: Tele2 porno-dømt" Tilgang: <http://www.itavisen.no/art/1298858.html> [Sist aksessert 08.11.03]. Tingrettens vurderinger vil i noen grad også bli berørt i denne oppgaven.

Norsk juridisk teori om Direktivet er begrenset. Ansvarsfrihetsreglene omhandles i noe dybde kun av Just Balstad i hans ” Digitale mellomledds ansvar for videreformidling av ytringer. E-handelsdirektivet art. 12-14”.²⁰ Temaet behandles også mer begrenset i Jarbekk og Foss ”e-handel, Internett og juss”. Internasjonalt er Direktivet særlig behandlet av Mads Bryde Andersen henholdsvis i hans innlegg på det 35. nordiske juristmøte med tittelen ”Medvirkensansvaret på Internett” og i hans bok ”IT-retten”.²¹ Også Arno R. Lodder & Henrik W.K. Kaspersen har i deres bok "eDirectives: Guide to European Union Law on E-commerce" gitt bidrag til forståelsen av Direktivet. Juridisk teori har i utgangspunktet begrenset vekt som rettskildefaktor.²² I en situasjon hvor både forarbeidene og rettsavgjørelsene er få og lovgrunnlaget nytt kan de argumenter som hevdes i litteraturen likevel bli tillagt stor vekt.

Reelle hensyn vil i en slik rettskildesituasjon som her er beskrevet måtte tillegges betydelig vekt. Regelverket er nytt og uprøvd. De større samfunnsmessige implikasjonene av ansvar og ansvarsfrihet er ikke kjent. I en slik situasjon må rettsanvender treffe en del valg som både i forhold til hvilke reelle hensyn som er relevante og hvilken vekt disse reelle hensyn skal ha.

David R. Doublet og Jan Fridthjof Bernt omtaler denne situasjonen slik:

”Dernest er det åpenbart at en del tolkningssituasjoner hvor slike vurderinger om hva reelle hensyn tilsier, er et nødvendig ledd i prosessen fram til et standpunkt om hva som er gjeldende rett. Dette gjelder for det første i situasjoner hvor det ikke lar seg gjøre å finne noe annet grunnlag for et svar på den tolkningstilstand som foreligger. Hvis det øvrige kildematerialet tier, så har rettsanvenderen rett og slett ikke noen annen mulighet enn å opptre som medlovgiver[...]”²³

Når formålet for ny lovgivning er av sterkt politisk art vil ofte de reelle hensyn og formålsbetraktninger kunne blandes. Målsettingene med ansvarsfriheten er spesielt en ivaretagelse av samfunnsøkonomisk effektivitet ved å skape et velfungerende indre

²⁰ Balstad (2002)

²¹ Boken er i sin helhet lagt ut på internett. Se [Online] ”IT-Retten” Tilgang: <http://www.it-retten.dk> [Sist aksessert 08.11.03]

²² Se slik også Eckhoff s. 270

²³ Doublet, David Roland og Jan Fridthjof Bernt (1993) s. 153

marked i tillegg til en sikring av yringsfriheten. Begge disse formålsbetraktningene er også reelle hensyn jeg vil tillegge betydelig vekt.

Den videre fremstilling må leses på bakgrunn av at rettskildematerialet er begrenset som beskrevet.

1.6 Oppgavens opplegg

Oppgaven har jeg valgt å dele inn i tre hovedseksjoner.

Jeg skal først, i dette kapittel og ikapittel 2 og 3, innlede fremstillingen og gjennomføre en rolle og aktøravklaring hvor mellommennene settes inn i en kontekst i informasjonssamfunnet samt gjennomgå noen av de typiske tjenester som tilbys i informasjonssamfunnet hvor ansvar kan tenkes å oppstå. Ansvarsfrihetsreglene er i stor grad et resultat av vanskelige avveininger mellom ulike interesser ofte med store økonomiske interesser involvert. Jeg er av den oppfatning at man lettest forstår reglene om man forstår det landskap de lander i. Dette vil belyse rettsreglenes evne til å effektivt kunne regulere samfunnet rundt oss.

Som nevnt ovenfor er et reelt hensyn jeg vil legge betydelig vekt på reglenes evne til å oppfylle sitt formål om samfunnsøkonomisk effektivitet.²⁴ For å kunne ta stilling til reglenes evne til å oppfylle sitt formål må til en viss grad man kjenne de aktører og det livsområde rettsreglene er ment å regulere. Dersom reglene lages uten hensyn til det livsområde som skal reguleres kan resultatet bli en situasjon hvor reglene som gjennomføres ikke får de tilsiktede virkninger.

Thomas Mathiesen beskriver dette på følgende måte:

”Innfrielse av tilsiktede virkninger er generelt avhengig av den sosiale, økonomiske og politiske sammenhengen som lovgivningen fungerer i: Butte sammenhengen eller ”landskapet” i vid forstand i mot, innfris ikke de tilsiktede virkningene. I den utstrekning det er omvendt, dvs at lover m.v. lander i et ”landskap” som støtter og

²⁴ Se over punkt 1.5.2

passer med lovens formål, ja, i samme utstrekning er resultatet omvendt dvs. at loven virker som den skal.”²⁵

Den andre, og klart største delen av oppgaven, vil være en gjennomgang og av de rettslige spørsmål som oppstår i forbindelse med ansvarsfrihetsreglene i Direktivets artikler 12 – 14. Disse spørsmål gjennomgås i kapitlene 4 – 10. Jeg velger en teoretisk innfallsvinkel til direktivets bestemmelser. Dette innebærer at jeg vil spørre hva som ligger konkret i bestemmelsene og til en viss grad spørre om enkelte typer av tjenester vil falle inn under ansvarsfrihetsreglene. Jeg vil ikke i særlig grad subsumere oppkonstruerte typesituasjoner under de enkelte artikler i Direktivet. Fordelen med min tilnærming er at den ikke i samme grad som en innfallsvinkel med typetilfeller vil være fragmentarisk i forhold til direktivets meningsinnhold og sammenheng. Bakdelen er at en del av reglene er nokså like og i noen tilfeller likelydende etter de forskjellige bestemmelsene i Direktivet. Dette krever noe disiplin i forhold til fellesbehandling av enkelte spørsmål for å unngå gjentakelser. Jeg har derfor valgt å behandle de vilkår som er felles for at Direktivet og derved dets ansvarsfrihetsregler skal komme til anvendelse helhetlig før jeg drøfter det konkrete innhold i bestemmelsene som så må ses på bakgrunn av den foranstående drøfting.

Etter at jeg har behandlet de felles vilkår skal jeg behandle de tre omstendigheter som gir grunnlag for ansvarfrihet i den rekkefølge de opptrer i Direktivet; ren videreformidling av informasjon, midlertidig mellomlagring av informasjon og opplagring av informasjon.

I den tredje delen av oppgaven foretar jeg en vurdering av de regler jeg har kommet frem til. Jeg vil i denne delen foreta en rettsøkonomisk vurdering av hensiktsmessigheten av formidleransvar. I tillegg vil jeg se på hvordan reglene bør implementeres i norsk rett gjennom den endring av e-handelsloven som vil komme. Denne delen vil utgjøre kapitlene 11 og 12 i oppgaven.

²⁵ Mathiesen (2001) s. 61

2 Rolle og aktøravklaring

2.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg beskrive hvilke roller de forskjellige aktører i et informasjonssamfunn kan ha og hvilken relasjon de forskjellige rollene kan ha til hverandre.²⁶ Som nevnt tidligere²⁷ er det viktig, for å kunne forstå rettsreglene, at man også forstår det landskap de lander i. Særskilt gjelder dette på et område av samfunnslivet hvor aktørene og relasjonene mellom dem er mindre kjente for den alminnelige jurist enn på områder hvor utfordringene ligger nærmere i dagen som eksempelvis arveretten eller ekteskapsretten.

Å definere hver enkelt rolle en aktør kan påta seg vil likevel falle utenfor rammen av denne fremstilling og modellen vil således måtte bli nokså forenklet. Av den grunn er det hensiktsmessig å operere med sammenlignbare roller aggregert opp i rolledomener. Hensikten er avklaring av hvilke roller de forskjellige aktører kan inneha og en gruppering av disse i et håndterbart system. På samme måte som forståelsen av kreditttyting som system er viktig for å kunne etablere og praktisere et panterettslig reguleringsregime er forståelsen av IKT som system viktig for forståelsen av hvilket ansvar aktørene kan tillegges gjennom de roller de tar i informasjonsutvekslingen.

Jeg vil i dette kapitlet først foreta en begrepsavklaring for deretter å gå gjennom de ulike rollegruppenes kjennetegn.

2.2 Begrepsavklaring

Det er enkelte nøkkelbegreper det er nødvendig å være familiær med for å kunne se informasjonssamfunnet i sammenheng

Aktør defineres som en identifiserbar, intensjonelt handlende enhet.²⁸

²⁶ Denne modellen og begrepene som brukes er basert på modellen presentert i Nag (2002) "Roller og relasjoner i IKT-systemet: En analysemodell" men forenklet og tilpasset denne kontekst

²⁷ Se over punkt 1.6

²⁸ Nag (2002) s.3

Rolle defineres som et sett av funksjoner og oppgaver som gjør det mulig for en aktør å levere eller motta en ytelse innenfor systemet. Aktører i systemet kan inneha flere enn en rolle. Et eksempel på en aktør med mange roller kan være Telenor som både leverer telefonlinjer en bruker kobler seg opp på Internett med og mye av det innhold som brukeren benytter seg av etter at oppkoblingen har funnet sted.²⁹

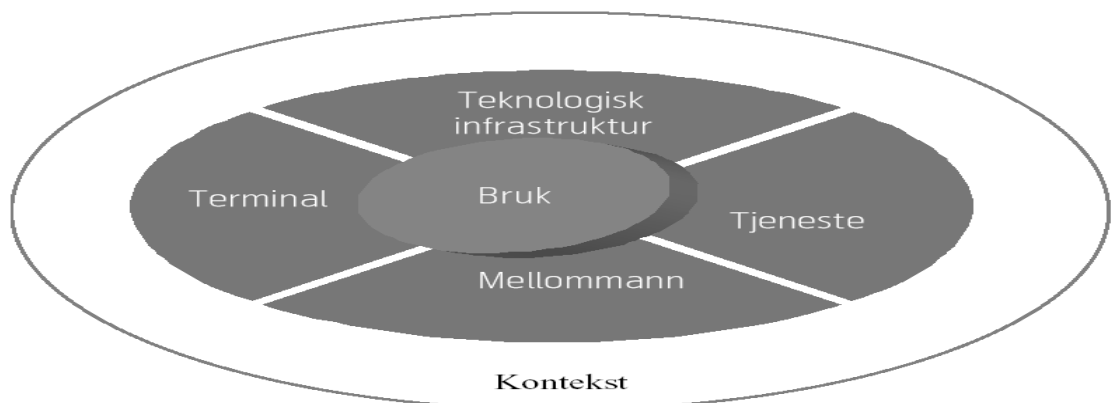
Relasjon defineres som kanaler for utveksling av informasjon og ressurser. Man kan ha relasjoner både mellom roller og aktører.³⁰

System defineres som summen av roller, aktører og relasjoner. Systemet kan deles i domener eller rollegrupper.³¹

Rollegrupper består av roller med fellestrekk i funksjoner og logikk.³² Nag deler systemet i fem slike rollegrupper. (i) Teknologisk infrastruktur (ii) Tjenester (iii) Mellommann (iv) Terminal og (v) Bruk. Alle disse rollegruppene er nødvendige komponenter i informasjonssamfunnet.

2.3 Rollegruppene

Temaet for analysen er i hvilken grad aktører innenfor rollegruppene mellommann og teknologisk infrastruktur kan være vernet mot erstatningsrettslig og strafferettslig ansvar, på bakgrunn av regler fastlagt i EUs direktiv av 8. juni 2000 om elektronisk handel, der hvor aktører innenfor de andre rollegruppene sprer ulovlig informasjon ved bruk av de førstnevntes funksjoner som tilretteleggere av infrastruktur eller mellommenn i informasjonssamfunnet. De bakenforliggende ansvarsregler utgjør således systemets kontekst i denne oppgave. Skjematisk kan denne fremstilles slik:



²⁹ Ibid s. 4

³⁰ l.c.

³¹ l.c.

³² Nag (2002) s.4 karakteriserer denne delen av systemet som "domener". Denne språkbruken kan være forvirrende siden Internett er delt opp i tekniske domener. Jeg har derfor valgt termen "Rollegruppe".

2.3.1 Teknologisk infrastruktur

Denne rollegruppen består av aktører som leverer de grunnleggende installasjoner og fasiliteter som er nødvendige for kommunikasjonen innenfor systemet samt drift og vedlikehold av disse.³³ Aktører innenfor denne rollegruppen vil typisk være rene overførere av andres data og ikke selv forstå dataleveranser. Deres rolle er begrenset til å gi aksess til eller overføre data på nettverket. Innenfor denne rollegruppen er det et subsett av diverse roller en aktør kan inneha, men to av dem er spesielt dominerende og skal kort presenteres.

2.3.1.1 Leverandør av fysisk infrastruktur

Leverandør av fysisk infrastruktur kan være grunneier eller andre som kontrollerer fysiske ressurser som er nødvendig for forbindelsen mellom utstyr.³⁴ Telenor Mobil fungerer eksempelvis som leverandør av fysisk infrastruktur til en mengde tjenesteoperatører som driver mobilvirksomhet i deres nett.

I tillegg vil også leverandører av utstyr nødvendig for infrastrukturen være i denne rollegruppen. Dette betyr at en aktør som for eksempel NOKIA som leverandør av basestasjoner nødvendige for å kunne operere et mobilt Internett vil være å finne i denne rollegruppen samtidig som NOKIA også leverer terminaler til å kunne benytte seg av mobilt Internett og således befinner seg i den rollegruppen også.

2.3.1.2 Nettplattformleverandør

Nettplattformleverandør vil blant annet omfatte aksessleverandører som tilbyr overføringskapasitet mellom knutepunkter og den aksessøkende aktør for eksempel en bruker. Kjennetegnet er at det som tilbys er selve aksessen og ikke tjenester. Dette betyr at en aksessleverandør er innenfor den definisjon av "service provider" som ligger i konvensjonen om datakriminalitet art 1 c, "any public or private entity that provides to

³³ Ibid s. 11

³⁴ I.c.

users of its service the ability to communicate by means of a computer system.”, all den tid denne aksessen i seg selv er en kommunikasjon mellom datasystemer.

Den Nettplattformleverandør man kan kalle for aksessleverandør er det første punktet en bruker merker i forbindelse med bruk av nettbaserte tjenester. Selv om en teleoperatør som leverandør av fysisk utstyr i form av kobberkabler er nødvendig for at brukeren skal kunne benytte sin ISDN linje til en oppringt tjeneste er det først som aksessleverandør brukeren blir bevisst på selskapet.

2.3.2 Tjenester

Tjenester defineres som ressurser og aktiviteter, innenfor rammen av systemet, som for brukeren er mål i seg selv.³⁵ Denne rollegruppen er det brukeren søker når det forsøkes å oppnå kontakt med et elektronisk nettverk. Nag skiller mellom tre typer tjenesteleverandører; leverandører av sluttbrukertjenester, engrossleverandører av tjenester, og leverandører av støttetjenester til andre leverandører i bransjen.

Dette skillet kan være viktig for å klargjøre hvem som er leverandør av en tjeneste og tjenestetilbyderens rolle i forhold til den formidlede informasjon. Spesielt vil skillet mellom leverandør av sluttbrukertjenester på den ene side og støttetjeneste- eller engrossleverandører på den annen side ha betydning. I et regime hvor ansvar gjøres avhengig av hvem som regnes som innholdsleverandør av en tjeneste vil dette få direkte betydning for spørsmål om eventuelt erstatningsrettslig eller strafferettslig ansvar for formidleren om det innhold innholdsleverandøren tilbyr skulle vise seg å være ulovlig eller krenke.

Skillet mellom de forskjellige rollene innenfor rollegruppen tjenester er imidlertid ikke alltid like lett å trekke. Et eksempel på dette kan være varsling av radarkontroller per sms fra en aktør som smssiden.no. Man kan hevde at smssiden.no leverer innholdet mens Telenor Mobil leverer de teknologiske ressurser som engrossleverandør av sms.³⁶

³⁵ Ibid s. 14

³⁶ Smssiden.no er en content provider som har sin avtale med Telenor Mobil.

På den annen side kan det også hevdes at Telenor Mobil er leverandør av innholdstjenester mens smssiden.no leverer en støttetjeneste til Telenor Mobil.

2.3.2.1 Leverandør av sluttbrukertjenester.

Dette vil være en sekkebetegnelse for leverandører av tjenester som nyttes direkte av bruker.³⁷ Dette vil fortrinnsvis gjelde aktører som leverer nettnære tjenester som for eksempel posisjonering eller virtuelle private nett samt leverandører som leverer innhold.

Innenfor denne gruppen vil leverandørene av innholdstjenester, dvs aktører som tilbyr en eller annen form for innhold over elektroniske nett, være den klart mest interessante i forhold til denne oppgavens tematikk. En aktør kan både ha rollen som bruker i forhold til sin nettvært som tilbyr plass til å legge ut nettsider, og som tjenesteleverandør for dem som eventuelt er brukere av denne nettsiden. For privatpersoner vil denne dobbeltrollen være særskilt aktuell.

Denne situasjonen vil kunne stille privatpersoner i samme kategori som mer tradisjonelle tjenesteytere. Et eksempel på dette kan være en privatperson som legger ut en hjemmeside med en gjestebok eller et diskusjonsforum. De som legger igjen en hilsen i gjesteboken eller benytter seg av personens diskusjonsforum vil i forhold til bruken av denne tjenesten være i rollegruppen bruker og vedkommende som legger ut hjemmesiden være i rollegruppen tjenesteyter. Situasjonen blir da direkte sammenlignbar med et diskusjonsforum lagt ut av en mer tradisjonell type innholdsleverandør som Eniro.³⁸

2.3.2.2 Engrossleverandør av tjenester

Engrossleverandører selger tjenester eller komponenter av tjenester til leverandører som selv står for videreføring og salg til sluttbrukere. Eksempler på engrossleverandører er Telenor Mobil/Netcom som selger SMS i store mengder til aktører som leverer

³⁷ Op.cit. s. 15

innhold gjennom SMS. Et annet eksempel kan være leverandører som leverer nyhetsgruppetjenester til internettleverandører som selv ikke vil drive en slik tjeneste men som leverer denne videre til sine kunder som sin egen.³⁹

2.3.2.3 Leverandør av støttetjenester

Støttetjenester til de leverandører som leverer engross og sluttbrukertjenester vil sentrere seg rundt rådgivning, utvikling og drift. Det vil være en glidende overgang mellom det å levere støttetjenester og det å selv være innholdsleverandør.

2.3.3 Mellommann

Mellommannsrollegruppen består av roller som muliggjør opprettelse og vedlikehold av relasjoner mellom aktører i systemet. En aktør innenfor rollegruppen mellommann tilbyr også en tjeneste i en alminnelig forstand av begrepet. I motsetning til aktører i rollegruppen tjenester er imidlertid ikke den tjenesten som tilbys i seg selv et mål for brukeren men kun et middel for å enklere kunne få tilgang til den etterspurte tjeneste.⁴⁰

En leverandør av betalingsmåter som for eksempel VISA vil være et typisk eksempel på en mellommann i systemet. Uten en tredjepart som kan fungere i denne rollen vil man vanskelig kunne se for seg en elektronisk handel av noe særlig omfang.

Autentiseringstjenester vil også falle inn under denne rollegruppen. Folkeregisteret har tatt denne rollen i forhold til flere tjenester som for eksempel elektronisk innlevering av selvangivelse hvor personnummer sammen med en tilsendt pinkode benyttes som unik identifisering.⁴¹

³⁸ Eniro leverer den kjente internettportalen SOL. se [Online] Tilgang: <http://www.eniro.com/templates/TwoColumns.aspx?id=2144> [Sist aksessert 04.11.03]

³⁹ Newzbot er et eksempel på en slik leverandør. Se [Online] Tilgang: <http://www.newzbot.com/> [Sist aksessert 04.11.03]. Se nedenfor punkt 3.2 for en forklaring av nyhetsgruppetjenester og USENET.

⁴⁰ Se ovenfor punkt 2.3.2

⁴¹ Se Skatteetatens nettside for elektronisk innlevering. [Online] Tilgang: http://www.skatteetaten.no/elektroniske_tjenester/selvangivelse/ [Sist aksessert 04.11.03] Tjenesten er nå stengt for elektronisk innlevering frem til neste gang.

Leverandører av feilmeldings-, brukerstøttetjenester og annen forvaltning av kundeforhold mot sluttbruker vil også befinne seg i denne rollegruppen. At denne typen tjenester håndteres av mellommenn i stedet for tjenestetilbyder selv er et marked i vekst.

Innenfor mellommannsrollen i forhold til tjenester er det spesielt to aktørgrupper som har spesiell betydning for formidlingen av tjenester i informasjonssamfunnet. Dette er mellomlagrere av data samt dem som tilbyr en tjeneste som består i å stille sine ressurser til rådighet for opplagring av andres informasjon. Nag (2002) nevner ikke disse to gruppene spesifikt. Dette skyldes at Nag (2002) legger fokus i forhold til beskrivelsen av mellommannsrollen spesielt mot betalingstransaksjoner, risiko og kundebehandling. I den videre fremstilling står imidlertid egenskaper ved selve den formidlede informasjon sentralt og det er derfor naturlig å fremheve disse.⁴²

2.3.3.1 Mellomlagrere av data

En mellomlagringstjeneste, som ofte kalles for "caching" består i å kopiere innhold, eksempelvis nettsider fra et nettsted til sin egen tjenermaskin for så, når innholdet forespørres dynamisk identifisere og levere innholdet til brukeren fra den lokale maskinen som fysisk er nærmere brukeren enn den opprinnelige tjenermaskinen. Det er vanlig for nettsider med høy trafikk å leie tjenesten til mellomlagrere som plasserer sine tjenermaskiner ved diverse aksesspunkter til Internett rundt om kring i verden . Når nettbrukeren klikker på linken til den cachede informasjon så rutes henvendelsen vekk fra den opprinnelige tjeneren og til den mellomlagringstjenesten som ligger nærmest brukeren.

Caching ligner på men er mer selektiv og mer dynamisk enn det å bare manuelt kopiere en nettside til en annen lokasjon for så å la brukeren velge å laste ned fra den plassering som er nærmest ham. Den sist nevnte form for kopiering kalles gjerne mirror caching.

⁴² Ren viderefremidling, mellomlagring og nettvertvirksomhet er de tre typer av mellommannsvirksomhet som behandles i direktivet om elektronisk handel art. 12 – 14. Ren viderefremidling gjennom elektroniske nett vil imidlertid for de fleste tilfeller falle inn under rollegruppen Teknologisk infrastruktur.

2.3.3.2 Nettverter

Tjenesten nettverter tilbyr er å være vert for den informasjon en annen aktør ønsker å formidle. Denne virksomheten baserer seg på å tilby plass, vedlikehold og drift for andres informasjon. I tillegg til dette er som oftest nettvertene tilknyttet Internett på en forbindelse som har hastigheter som klart overstiger det tjenesteleverandøren selv kunne tilbydd. Dette gjør at de som benytter seg av tjenesteleverandørens tjenester får levert innholdet til sine kunder i visshet om at hastighet ikke blir en barriere for effektiv informasjonsformidling. Informasjonen på nettvertens tjenermaskiner videreformidles, med eller uten adgangsbegrensning, normalt automatisk videre til brukere eller andre tjenestetilbydere.

2.3.4 Terminal

Rollegruppen terminal består av aktiviteter knyttet til produksjon og utvikling av kommunikasjonsverktøy over elektroniske nettverk. Terminaler kan også ha mange funksjoner som ikke er tilknyttet elektroniske nettverk. Vi har de senere årene vært vitne til en stadig kraftigere sammensmelting av ulike former for terminaler.

Konvergensutvalget⁴³ beskriver den utviklingen vi er inne i slik:⁴⁴

”I dag er PC og mobiltelefon de mest utbredte digitale terminalene. Etter hvert som kringkastingssektoren blir digitalisert vil også radio- og fjernsynsapparater fungere som terminaler for mottak og utsendelse av digitale signaler. Som nevnt tidligere er det en tendens til at terminalene blir mer fleksible mht. hvilke former for signaler de kan ta i mot. Nye generasjoner av mobiltelefoner leveres med grensesnitt for faks og e-post, og vil etter hvert også kunne gi brukerne mulighet for Internett-tilknytning. Digitale radioer forventes å være utstyrt med en skjerm for mottak av tekstmeldinger, Internettlinker, TV-mottak etc. Tilsvarende er det allerede mulig å bruke fjernsynsapparatet til Internetturfing ved hjelp av fjernkontrollen eller et spesialtilpasset tastatur.”

⁴³ Konvergensutvalget ble nedsatt ved kongelig resolusjon av 13. februar 1998 for å gjennomgå reguleringen av nye og tradisjonelle informasjonstjenester i lys av sammensmeltingen av tjenester i informasjonsamfunnet.

⁴⁴ NOU 1999:26 Konvergens kapittel 3.4.1

Innenfor denne rollegruppe vil det være tre typiske roller:⁴⁵

Terminalprodusenten produserer terminaler av mange forskjellige typer. Dette kan være håndholdte PC-er, mobiltelefoner, tradisjonelle PC-er med mer.

Operativsystemprodusenten lager det grunnleggende systemet for terminalens funksjon. Mest kjent av operativsystemprodusenter er Microsoft, men både NOKIA for mobiltelefoner og Palm for håndholdte datamaskiner er eksempler på dette.

Eier og bruker av terminal trenger ikke å være samme aktør. Eksempelvis kan både bedriften brukeren jobber i, det offentlige og andre kommersielle aktører, i tillegg til brukeren selv, være eiere av terminalen. Eier av terminalen vil være den som setter retningslinjer for bruk av terminalen.

2.3.5 Bruk

Rollegruppen bruk består av ressurser og aktiviteter hvor aktøren benytter seg av tjenester over en teknologisk infrastruktur.⁴⁶ Bruker kan, både på individ og gruppenivå, ha mange ulike relasjoner til tjenestetilbydere og mellommenn. Brukeren som enkeltindivid kan være bruker av tjenesten både yrkesorientert og til private formål.⁴⁷ På gruppenivå skiller Nag mellom formaliserte og ikke-formaliserte sammenslutninger.⁴⁸ Både virksomheter som næringsliv og offentlig forvaltning samt organisasjoner vil gå inn i gruppen formaliserte sammenslutninger mens sosiale fellesskap eller ad-hoc grupper går inn i gruppen ikke-formaliserte sammenslutninger.⁴⁹ Ikke-formaliserte sammenslutninger er kjennetegnet ved at de holdes sammen av relasjoner som er regulert av normer og regler som ikke er av juridisk men av moralsk og dannelsesmessig karakter. Ikke-formaliserte sammenslutninger vil derfor ikke omtales videre i denne fremstillingen.

⁴⁵ Nag (2002) s.21 operer med en fjerde kategori, "komponentprodusent". For denne forenklete analyse er denne rollen for fjern til at den er hensiktsmessig å inkludere.

⁴⁶ Ibid s.23

⁴⁷ Nag (2002) s.25 operer også med rollen Borgeren. For denne fremstilling er det hensiktsmessig å forholde seg til at de funksjoner som ligger under rollen borger er en del av den ikke yrkesorienterte bruk.

⁴⁸ Ibid s. 23

⁴⁹ Ibid s. 26

2.3.5.1 Yrkesorientert individuelle brukere

Den yrkesorienterte individuelle bruker har IKT som et verktøy i å utføre sitt arbeid. Ofte vil det være arbeidsgiver som investerer i utstyret og betaler kostnadene for bruken noe som har konsekvenser for bruksmønster.

Fellestrekket for den yrkesorienterte bruker er en sterkere bevissthet rundt kvalitet og stabilitet på de tjenester som leveres enn det som kjennetegner den private bruker.. Den individuelle yrkesorienterte bruker vil også i større grad ha forpliktet seg i forhold til hva bruken skal omfatte. Det er for eksempel blitt vanligere at virksomheter lager retningslinjer for hva virksomhetens IT-ressurser skal benyttes til.⁵⁰

2.3.5.2 Ikke yrkesorientert individuelle brukere

Den privatorienterte bruker som benytter IKT til underholdning og andre gjøremål knyttet til fritidsaktiviteter er et typisk eksempel på den ikke yrkesorientert individuelle bruker. Den privatorienterte bruker vil som regel være enten konsument eller privat innholdsleverandør.

Konsumenten forbruker tjenester av til dels veldig ulik art. Konsumenten betaler regninger på Internett, skaffer seg tilgang til lukkede tjenester som eksempelvis NRKs lyd og bildearkiv, eller får store sportsbegivenheter tilsendt på MMS⁵¹.

Den private innholdsleverandør produserer eller distribuerer innhold for ikke-kommersielle formål. Mengden av private innholdsleverandører har vært eksplosiv tilsvarende den voldsomme veksten i internettbruk. I motsetning til en kommersiell innholdsleverandør er denne vanskelig å kontrollere. Mye distribusjon av ulovlig innhold stammer fra private innholdsleverandører. En forklaring på denne veksten er den betydelige reduksjon av terskelen, både i forhold til kompetanse og økonomiske

⁵⁰ Eksempelvis Universitetet i Oslos retningslinjer, "Reglement for bruk av universitetets IT-tjenester" [Online] Tilgang: <http://www.usit.uio.no/it/reglement/it-reglement.html> [Sist aksessert 04.11.02]

⁵¹ Multi Media Messaging. Se [Online] Tilgang: <http://telenormobil.no/bedrift/tjenester/mms/> [Sist aksessert 05.11.03]

ressurser, for å kunne publisere eget materiale som har fulgt den teknologiske utviklingen det siste tiår.

2.3.5.3 Grupper av brukere i formaliserte sammenslutninger

I formaliserte sammenslutninger kan brukergruppene være av både kommersiell og ikke-kommersiell art.

Når en kommersiell virksomhet som Aker Kværner oppretter en internettside for å markedsføre virksomheten i forhold til forretningspartnere, investorer og potensielle medarbeidere, er Aker Kværner en bruker i informasjonssamfunnet.

Også organisasjoner er brukere i informasjonssamfunnet. Variasjonen i grad av profesjonalitet vil her være ganske stor. Noen organisasjoner, som for eksempel LO⁵², vil ha ressurser og en profesjonalitet som ikke på noen måte står tilbake for de største virksomheter, mens andre, som for eksempel Norges Bordhockeyallianse, i forhold til profesjonalitet står nærmere den ikke yrkesorienterte individuelle bruker.

⁵² Landsorganisasjonen i Norge

3 Typer av tjenester i informasjonssamfunnet

Rolle- og aktøravklaringen besvarer spørsmålet om hvem som formidler i informasjonssamfunnet. For å kunne ta stilling til ansvarsspørsmålene er det imidlertid også nødvendig å vite hva som blir formidlet. Derfor skal jeg i dette kapittelet foreta en gjennomgang av noen typer tjenester i informasjonssamfunnet. Et kjennetegn ved informasjonssamfunnet generelt og Internett spesielt er at det har foregått en hurtig utvikling på tjenesteområdet, der nye tjenester har kommet til og tradisjonelle skillelinjer mellom tjenestetyper blitt visket ut.⁵³ En fullstendig oppregning av tjenester i informasjonssamfunnet er av denne grunn ikke mulig. Den oversikt som gis under har som målsetting å gi et bilde av det tjenestetilfang og den kompleksitet som møter lovgiver, som utgangspunkt for de videre drøftelser i oppgaven.

Ulike typer av tjenester en bruker kan benytte seg av gir ulike muligheter for spredning av ulovlig innhold. Hvor spredningen av en ulovlig ytring i en e-post fra en bruker til en annen vil være begrenset, vil bruk av andre kanaler som for eksempel Web⁵⁴ kunne gjøre et innhold tilgjengelig for millioner av brukere på relativt kort tid. For å laste det ulovlige innholdet ned fra en webside må imidlertid brukeren selv ha vært aktiv mens man ikke vil ha kontroll over hvilke e-poster som sendes til en. Ved en vurdering av bestemmelser som gjør selve besittelsen av visse typer ulovlig innhold straffbart, vil det sistnevnte måtte ha en viss betydning.

Tjenester her vil være de tjenester som leveres av en tjenesteleverandører og benyttes av en eller flere brukere. Tjenesten gir her et rammeverk for benyttelse av innholdet og er i sitt vesen ikke innholdsspesifikt. Tjenesten vil ofte legge til rette for kommunikasjon flere brukere i mellom. Tjenesten i seg selv har ingen karakter, da tjenesten som sådan er tom for meningsinnhold. En informasjonssamfunnstjenestes karakter vil, i forhold til

⁵³ Et eksempel på en slik utvisking er teleselskapet Telio som fra 1.1.2004 skal tilby telefoni over internett.

⁵⁴ Jeg vil i denne fremstillingen benytte web og www som kortformer for World Wide Web.

dens art eller egenskaper, være uavhengig den konkrete informasjon som formidles ved bruk av tjenesten.

3.1 World Wide Web

World Wide Web (www) er den tjenesteform som i dagligtale blant de fleste brukere sammen med e-post forbindes med Internett. Blant ikke yrkesorientert individuelle brukere er dette den tjenestegruppe med størst brukeromfang. Dette har medført at divergensen i tjenestetypene har blitt betydelig. Gjennom diskusjonsforum⁵⁵ og chat⁵⁶ overtar web deler av de brukstypene som tidligere var forbeholdt andre typer internettjenester.⁵⁷ For brukeren er det ikke nødvendigvis avgjørende om diskusjonsforumet er webbasert eller tilgjengelig gjennom andre tjenester. Det bakenforliggende distribusjonsapparat er imidlertid ganske forskjellig, noe som kan få konsekvenser i en vurdering av et medvirkeransvar og eventuell ansvarsfrihet for tjenesteleverandør.

3.2 Internettsider

Det man karakteriserer som internettsider er sider der informasjon presenteres brukeren for nedlasting eller direkte lesing. Informasjonen som ligger på siden er lagt der av tjenesteleverandøren og interaksjonen med brukeren er begrenset til at brukeren velger hvilken av informasjonen som ligger på internettsiden brukeren ønsker å benytte seg av. Internettsider kan være lagt ut av både leverandører av sluttbrukertjenester og av private innholdsleverandører. Denne tjenestetypen er kjennetegnet av en ”en til mange relasjon” som ikke er ulik den relasjon man vil finne mellom en utgiver og lesere av et blad eller tidsskrift.

3.2.1 Diskusjonsforum og oppslagstavler

Webbaserte diskusjonsforum og oppslagstavler gir brukerne muligheten til å kunne legge ut meldinger selv som publiseres på nettsider slik at andre kan lese disse. Dette tilbys ofte som et tillegg til de ordinære nettsider til aviser og portaler. Diskusjonsforum

⁵⁵ Se nedenfor punkt 3.1.2

⁵⁶ Se nedenfor punkt 3.1.3

er kjennetegnet av en umiddelbarhet hvor brukerne leser og svarer på innlegg fra andre, gjerne om tema tjenesteleverandøren har invitert til debatt om, og hvor innleggene straks kan leses av andre brukere. Oppslagstavletjenester omfatter eksempelvis områder der brukerne kan legge ut personlig informasjon om seg selv for å komme i kontakt med andre brukere,⁵⁸ til auksjonstjenester for kjøp og salg av løsøre.⁵⁹

Tjenesteleverandøren sitter på en mulighet for å fjerne innlegg og oppslag fra systemet som anses upassende eller inneholder lovstridig informasjon. Denne muligheten benyttes av de fleste tjenesteleverandører.⁶⁰

3.2.2 Snakkegrupper eller chatkanaler

Gjennom snakkegrupper kan brukerne kommunisere med hverandre i sanntid hvor meldinger som sendes ut distribueres til andre brukere som er påkoblet den samme snakkegruppen samtidig.⁶¹ Dette er en tjeneste som ofte tilbys av portaler med mange brukere.

3.3 USENET

USENET eller news er den tradisjonelle tjeneste for diskusjonsgrupper på Internett. Systemet er en samling av meldinger som er opplastet av brukerne.⁶² Hver samling av emner er kalt for en nyhetsgruppe.⁶³ Det er tusenvis av nyhetsgrupper og det dannes til en hver tid nye. Siden USENET ble opprettet i 1979 har antallet meldinger som sendes gjennom systemet blitt tredoblet hvert eneste år.⁶⁴

Jan Ingvoldstad forklarer USENET slik: "News is a distributed platform for group communication — mainly between humans—based on a network of servers all around

⁵⁷ Se nedenfor punktene 3.2 til 3.6

⁵⁸ Eksempelvis tjenesten SOL Nettvenn [Online] Tilgang: <http://nettvenn.sol.no/> [Sist aksessert 04.11.03]

⁵⁹ Eksempelvis auksjonstjenesten QXL.

⁶⁰ Se for eksempel [Online] "Regler for nettvenn" <http://nettvenn.sol.no/index.jhtml?action=rules> [Sist aksessert 04.11.03]

⁶¹ Eksempelvis [Online] "Spray chat" <http://chat.spray.no/> [Sist aksessert 05.11.03]

⁶² For norske nyhetsgrupper se [Online] "USENET Norge" Tilgang: <http://www.usenet.no> [Sist aksessert 08.11.03]

⁶³ Nyhetsgruppene har hierarkiske navn. Gruppen no.alt.frustrasjoner er eksempelvis en gruppe hvor "no" indikerer at gruppen er norsk "alt" indikerer at dette er en alternativ eller ikke-faglig gruppe mens "frustrasjoner" er temaet gruppens meldinger sentrerer seg rundt.

the world. “Usenet” is an abbreviation for “Unix User Network”, but is also known under other names, specifically “NetNews”, simply “News” [Hardy, 1993] or “Usenet News”. News is a slightly misleading name for what Usenet is meant for: asynchronous communication between people, as opposed to news items distributed by mass media.”⁶⁵

Internasjonale standarder for kommunikasjon via elektroniske nettverk beskrives og defineres gjennom formaliserte mekanismer som kalles RFC (Request for Comment).⁶⁶ RFC 1036 presiserer at USENET er et nettverk selv om det ikke er et fysisk nettverk.⁶⁷

“USENET is not a physical network, but rather a logical network resting on top of several existing physical networks.”

Dette nettverket skiller seg fra de webbaserte diskusjonsfora ved at brukeren ikke forholder seg til en spesifikk tjenesteleverandør som også de andre brukerne forholder seg til. De fleste nyhetsgruppetjenere driftes av tjenestetilbydere som er tilknyttet Internett men det er også mulig å tilby tilgang til USENET-tjenere som ikke er tilknyttet Internett. Innholdet i gruppene utveksles på tvers av tjenestetilbydere slik at det i utgangspunktet er de samme nyhetsgrupper som befinner seg på nyhetsgruppetjenerne til Telenor, Tele2 og America Online. USENET formidles ved bruk av nettverksprotokollen NNTP.⁶⁸ Gjennom NNTP er det gitt klare bransjestandarder på hvordan news overføres automatisk gjennom nettet til de maskiner som er satt opp til å føre de respektive newstjenestene. NNTP definerer også bransjestandarder for hvordan nyhetsgruppemeldinger fjernes automatisk etter å ha gått ut på dato.

⁶⁴ Ingvoldstad, Jan (2001) s. 1

⁶⁵ I.c.

⁶⁶ Se [Online] ”What is an RFC. Which are the relevant ones. “ Tilgang: <http://www.faqs.org/faqs/usenet/software/b/faq/section-14.html> [Sist aksessert 05.11.03]

⁶⁷ [Online] “RFC 1036 - Standard for interchange of USENET messages” Tilgang: <http://www.faqs.org/rfcs/rfc1036.html> [Sist aksessert 05.11.03]

⁶⁸ Network News Transfer Protocol. NNTP er definert i RFC 977. [Online] ” RFC 977 - Network News Transfer Protocol” Tilgang: <ftp://ftp.isi.edu/in-notes/rfc977.txt> [Sist aksessert 04.10.03]

3.4 Internet Relay Chat (IRC)

IRC eller Internet Relay Chat er et internettbasert system for chatkanaler. Systemet er en nettverkstjeneste som USENET og ikke en enkelttilbydertjeneste som chatkanaler på en nettside. Dette vil si at det ikke er på en enkelt tjenermaskin en IRC gruppe eksisterer, men på et nettverk av slike tjenermaskiner som i og for seg eksisterer uavhengig av tjenestetilbyderen. Man kan starte en ny chatkanal eller melde seg på en eksisterende en.

Det største IRC nettverket er UNDERNET.⁶⁹ Deres nettverk knytter sammen litt i underkant av 50 tjenestetilbydere i 35 land og har litt i overkant av en million brukere i løpet av en uke.

3.5 Peer to peer

Et peer to peer nettverk eller et tjenerløst nettverk skiller seg fra vanlige nettsider ved at det ikke kobles opp til en sentral tjener eller server hvor informasjon lastes ned eller formidles.⁷⁰ Dette innebærer at ingen tjenestetilbydere i forhold til tjenerløse nettverk tar på seg rollen som nettvært i forhold til den informasjonen som formidles. Ofte vil informasjonen heller ikke mellomlagres på vei fra en bruker til en annen. Maskinene i et peer to peer nettverk kobler seg direkte til hverandre. Nettverksmetoden kan i teorien benyttes til hva som helst men har i praksis vært forbundet med såkalt Instant messaging og fildelingsnettverk.

Et nettverk hvor det settes opp en felles tjener som holder oversikt over hvem som er pålogget er ikke et ekte peer to peer nettverk.⁷¹ Likevel vil den kommunikasjon som sendes frem og tilbake mellom brukerne i et slikt nettverk være peer to peer kommunikasjon.

P2P eller peer to peer kommunikasjon defineres av internetttjenesten whatis.com⁷² slik: ”Peer-to-peer is a communications model in which each party has the same capabilities and either party can initiate a communication session.” Denne likemannsorganiseringen

⁶⁹ [Online] <http://www.undernet.org/> [Sist aksessert 05.11.03]

⁷⁰ Frode Kileng beskriver Peer to peer teknologi i større detalj i sin “Peer-to-Peer file sharing technologies -Napster, Gnutella and beyond”

⁷¹ Eksempler på tjenester organisert slik er MSN messenger og Napster.

⁷² [Online] “Whatis.com” Tilgang: <http://www.whatis.com> [Sist aksessert 05.11.03]

hvor alle parter i nettverket har de samme rettigheter er også et klart kjennetegn ved nettverk for øyeblikkelig melding.

3.5.1 Instant messaging

Instant messaging eller øyeblikkelig melding er systemer hvor en maskin kan sende en melding direkte til en annen uten noen form for mellomliggende tjener. Selve systematikken ligner på mange måter på et peer to peer nettverk. Ekte peer to peer nettverk er imidlertid kjennetegnet ved mangelen på en felles mellomliggende tjener, mens det vil finnes nettverk for øyeblikkelig melding både med og uten felles mellomliggende tjenere. Tvert i mot er det vanlig at en tjenestetilbyder tilbyr en tjener som holder oversikt over hvem som er pålogget tjenesten til enhver tid slik at man vet hvem man kan sende meldinger til. Dette er imidlertid ikke nødvendig. SMS⁷³ som tilbys som tjeneste av alle mobiloperatører i Norge er en tjeneste for øyeblikkelig melding. Verdens mest populære system for øyeblikkelige meldinger på Internett er ICQ ("I seek you").⁷⁴

3.5.2 Fildelingsnettverk

I et fildelingsnettverk benyttes peer to peer kommunikasjon for utveksling av filer. Dette innebærer at tjenestemottagerne laster filene ned fra hverandres datamaskiner i stedet for fra en nettside eller et fillager. Det er gjennom fildelingsnettverk peer to peer kommunikasjon har blitt mest omtalt. Mest kjent blant fildelingsprogrammene er Napster og Kazaa. Napster var det første fildelingsnettverket som oppnådde en viss popularitet.

3.6 Virtuelle nettverk

Et virtuelt nettverk er et nettverk som operer med virtuelle switcher og rutingpunkter og som tilbys ved bruk av fasilitetene til et fysisk nettverk.⁷⁵ Slike virtuelle nettverk har

⁷³ Short Message Service.

⁷⁴[Online] "ICQ" Tilgang: <http://www.icq.com> [Sist aksessert 05.11.03]s

⁷⁵ Dette er den offisielle amerikanske definisjonen etter Federal Standard 1037C. [Online] " Federal Standard 1037C - Telecom Glossary 2000" Tilgang: <http://www.its.bldrdoc.gov/fs-1037/dir->

blitt nokså vanlige som alternativ til dedikerte oppringte linjer for eksempel for oppkobling til en bedrifts intranett utenfra.⁷⁶ IRC, tjenerløse nettverk og USENET kan også ses på som virtuelle nettverk.

[039/ 5807.htm](#) [Sist aksessert 05.11.0] Det finnes imidlertid ingen offisiell Europeisk definisjon av begrepet.

⁷⁶ Da under navnet Virtual Private Network (VPN)

4 Direktivets rammer

4.1 Innledning

Direktivet om elektronisk handel består av 23 artikler. Bare tre av dem behandler materiell ansvarsfrihet direkte. Alle bestemmelsene i Direktivet er imidlertid resultat av en og samme prosess og har et felles formål. En samlet forståelse av Direktivet er derfor nødvendig for å sette ansvarsfrihetsbestemmelsene i det i perspektiv.

Jeg skal i dette kapittelet først redegjøre for direktivets bakgrunn og formål. Deretter skal jeg gjennomgå dets virkeområde og plassering i EU-retten. Endelig er det nødvendig å ta stilling til hvilken virkning Direktivet kan ha i norsk rett. Det siste er avgjørende fordi direktivets bestemmelser om ansvarsfrihet ennå ikke er gjennomført i norsk rett på tross av at risten for implementering av bestemmelsen gikk ut 17. januar 2001.

4.2 Bakgrunnen for Direktivet

Reglene som kan gi ansvarsfrihet for formidlere av rettsstridig informasjon som beskrevet i punkt 1.3 forefinnes i EUs direktiv om elektronisk handel. Arbeidet med Direktivet ble påbegynt av EU kommisjonen i 1998.⁷⁷ Bakgrunnen for ønsket om et direktiv på området var nødvendigheten for et sammenhengende og konsistent rammeverk for elektronisk handel i det indre marked, for å sikre at tjenestetilbydere i informasjonssamfunnet på lik linje med andre tjenestetilbydere kan nyte godt av de regler som finnes om fri bevegelse av tjenester internt i det indre marked.

⁷⁷ Første forslag fra EU kommisjonen var COM/1998/586 fra 23. desember 1998

Direktivet ble vedtatt 8. juni 2000 og ble så publisert i EF tidende 17 juli 2000. Fristen for å implementere Direktivet ble satt til 17. januar 2002.⁷⁸ Ved beslutning 2000/91 besluttet EØS komiteen å endre EØS avtalen vedlegg XI.⁷⁹ Etter dette er Direktivet omfattet av EØS avtalen.

4.3 Direktivets formål

Formålet med Direktivet er slått fast i artikkel 1.1:

”This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.”

Formålet med Direktivet er altså å bidra til at det indre marked er velfungerende, gjennom å sikre fri bevegelighet av informasjonssamfunnstjenester. I direktivets fortale punkt 1 er det videre presisert at fraværet av interne grenser ved utvikling av informasjonssamfunnstjenester er vitalt for å fjerne de barrierer som deler de europeiske folk. Å kunne sikre dette gjør det nødvendig med en høy grad av integrasjon noe som også er nevnt i fortalens punkt 4.

Selv om Direktivet omhandler ansvarsfrihet for tjenestetilbydere er det ikke direktivets siktemål å som sådan harmonisere lovgivning på strafferettens område. Dette følger av direktivets generelle målsetting men har også funnet sin vei eksplisitt inn i fortalen til Direktivet.⁸⁰ Likeledes er det heller ikke direktivets formål å endre det fortalens punkt 9 omtaler som ” national fundamental rules and principles relating to freedom of expression.” men det er likevel spesifisert i fortalen at den frie bevegelse av informasjonssamfunnstjenester i mange tilfeller kan være et spesifikt utslag av det mer generelle prinsipp om ytringsfrihet som ligger i EMK artikkel 10(1).⁸¹

⁷⁸ Official Journal of the European Communities L 178 , 17/07/2000 P. 0001 - 0016

⁷⁹ Official Journal of the European Communities L 007 , 11/01/2001 P. 0013 - 0015

⁸⁰ Direktivets fortale punkt 8

4.4 Direktivets virkeområde

Direktivet gir regler for flere områder innenfor temaet elektronisk handel.

For det første fastslår artikkel 3 et senderlandsprinsipp om hjemlandskontroll og gjensidig anerkjennelse. Dette prinsipp innebærer ifølge artikkel 3 nr. 2 at en stat, for de spørsmål som er regulert i Direktivet, ikke kan begrense informasjonssamfunnstjenester som ytes fra en annen stat innenfor det indre marked.

For det andre fastsetter artikkel 5 en opplysnings- og informasjonsplikt for tjenesteyter hvor det påhviler medlemsstatene å påse at tjenesteyter gir en enkel, direkte og permanent tilgang til opplysninger om seg selv, som navn, adresse, e-post, og hvorvidt vedkommende tjenesteyter er registrert i offentlig register.

For det tredje styres også elektronisk reklame, som oftest utført ved bruk av e-post, av Direktivet. Slik elektronisk markedsføring skal etter artikkel 6 tydelig merkes med at det er markedsføring. Etter artikkel 7 plikter tjenestetilbydere å konsultere eventuelle reservasjonsregistre før det sendes ut uanmodet reklame via elektronisk post.

For det fjerde gir artikkel 9 regler for inngåelse av avtaler på elektronisk vis. Regler fastsettes i artikkel 10 angående opplysninger som må gis før avtale inngås.

For det femte gir Direktivet i artiklene 12 – 14 minimumsregler om ansvarsfrihet for formidler av informasjonssamfunnstjenester. Artikkel 15 supplerer ansvarsfrihetsreglene ved å fastlegge at tjenesteyterne ikke kan pålegges en generell plikt til å monitorere aktivitet eller materiale som blir overført eller lagret.

For det sjette legger artikkel 16 i Direktivet opp til at medlemsstatene skal oppmuntre handels- og forbrukerorganisasjoner til å lage retningslinjer som fremmer elektroisk handel.

For det syvende etablerer Direktivet i artikkel 19 at medlemsstatene skal etablere kontaktpunkter hvor både tjenesteytere og tjenestemottagere kan skaffe seg informasjon

⁸¹ Direktivets forale punkt 9, første punktum

om sine rettigheter og plikter samt hvilke klageordninger som er tilgjengelige i tilfelle konflikt.

4.5 Direktivets plassering i EU retten

Direktivet er et supplement til de eksisterende regler, baserer seg på og videreutvikler disse. Direktivet skaper som sådan ingen ny rettsnorm som tilsidesetter den ordinære EU rett.⁸²

Dette vil si at EU retten med Roma-traktaten og annen vedtatt lovgivning ligger i bunn for betraktningene. E-handelsdirektivet adresserer spesifikke problemstillinger rettet mot elektronisk handel. Uttrykk brukt i Direktivet som i EU retten har en klar betydning vil ha denne betydning også i e-handelsdirektivet.

Mange andre regler kan innvirke på elektronisk handel og skal ha betydning på området. Eksempler her kan være Personverndirektivet,⁸³ Fjernsalgsdirektivet,⁸⁴ direktiv om elektroniske signaturer,⁸⁵ og Direktivet om opphavsrett⁸⁶.

4.6 Direktivets virkning i Norge

Direktivet om elektronisk handel hadde en implementeringsfrist 17. januar 2002. Den 17 januar 2002 var ingen av direktivets regler implementert i Norge. Ved lov av 23. mai 2003 nr 35 om visse sider av elektronisk handel ble deler av Direktivet implementert i Norge. Reglene om ansvarsfrihet for formidlere ble ikke implementert og Nærings- og Handelsdepartementet skulle kommet tilbake med forslag angående implementeringen av disse i løpet av første halvdel av 2003.⁸⁷ Dette skjedde ikke og det er nå uklart når implementeringen av direktivets bestemmelser om ansvarsfrihet faktisk vil komme. Det å ikke gjennomføre et direktiv eller deler av det innenfor de frister som er satt er, hvis

⁸² Lenda (2001) s. 6

⁸³ Parlaments og rådsdirektiv 95/46/EC

⁸⁴ Parlaments og rådsdirektiv 97/7/EC

⁸⁵ Parlaments og rådsdirektiv 99/93/EC

⁸⁶ Parlaments og rådsdirektiv 2001/29/EC

⁸⁷ [Online] OT prp. 31 (2002-2003) ” Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjons-samfunnstjenester” kapittel 1 siste avsnitt. Tilgang: <http://odin.dep.no/nhd/norsk/publ/otprp/024001-050012/index-hov001-b-n-a.html> [Sist aksessert 05.11.03]

det skulle medføre at norske tjenestetilbydere i strid med ansvarsfrihetsreglene i Direktivet skulle bli holdt ansvarlig for ulovlig innhold på deres tjenermaskiner, et traktatbrudd som Norge kan dømmes for av EFTA domstolen.

Selv om Norge skulle bli dømt i EFTA domstolen, ville likevel tjenestetilbydere som etter Direktivet er innrømmet ansvarsfrihet i utgangspunktet stå uten vernet i direktivets artikler 12-14.⁸⁸ En situasjon hvor Norge ikke har fulgt opp våre internasjonale forpliktelser gjennom manglende eller feilaktig implementering i Norsk rett vil reise spørsmålet om hvorvidt de deler av Direktivet som ikke er implementert likevel vil kunne ha en intern virkning i Norsk rett. Dette spørsmålet har allerede kommet på spissen i Tele2-saken.

Hovedregelen i EØS retten er at forordninger og direktiver som ikke gjennomføres rettidig ikke har "direkte virkning" i norsk rett. Dette følger både av EØS avtalens folkerettslige karakter og av EØS avtalen artikkel 7 som bestemmer at "en rettsakt som tilsvarer et EØF-direktiv skal overlates til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen."⁸⁹

Fra utgangspunktet må det gjøres noen modifikasjoner. Det presumsjonsprinsipp som eksisterer mellom intern norsk rett og våre folkerettslige forpliktelser gjør seg i særlig stor grad gjeldende i forhold til våre forpliktelser under EØS avtalen. I Finangerdommen,⁹⁰ som gjaldt spørsmål om motstrid mellom Lov om ansvar for skade som motorvogner gjør (bilansvarslova) § 7 tredje ledd bokstav b og tre direktiver om motorvognforsikring i EØS-retten, uttaler Høyesterett: "Selv om forordninger og direktiver ikke har direkte virkning i norsk rett, har de betydning som tolkningsmomenter i forhold til norske lovbestemmelser. For norsk rett følger dette av presumsjonsprinsippet..." Presumsjonsprinsippet innebærer ifølge Fleischer at "en lov så vidt mulig *tolkes innskrenkende* dersom en full anvendelse etter ordlyden ville føre til brudd på folkerettslige prinsipper".⁹¹ I Innst. O. Nr 14 (1992-1993) uttaler flertallet i

⁸⁸ Ved domfellelse for traktatsbrudd ville staten kun måtte betale erstatning. Dommen ville i seg selv ikke endre eller overprøve norsk lovgivning.

⁸⁹ Gjort til norsk lov gjennom Lov av 27.11.1992 nr 109: "Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)".

⁹⁰ RT 2000 side 1811 (Finanger I)

⁹¹ Fleischer s. 260

Utenriks og konstitusjonskomiteen: "Oppstår det tvil om en ny lov kan være i strid med våre EØS-forpliktelser, må det i den rettslige vurderingen legges til grunn at Stortinget forutsetningsvis fatter vedtak i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. Dette prinsippet gir klare tolkningsanvisninger på norsk rett."⁹²

Det er i EU retten formulert et prinsipp om direktivkonform tolkning som forplikter nasjonale domstoler til å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med EU retten. I Finanger I uttaler førstvoterende at også " [i]nnenfor EØS-retten gjelder prinsippet om direktivkonform fortolkning".⁹³ Førstvoterende i Finangersaken hevder videre at " det ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett".⁹⁴ Prinsippet om direktivkonform tolkning i EU retten er et autonomt begrep som fylles med innhold innenfor rammen av EU retten. Høyesterett kan således ikke begrense eller endre innholdet i dette prinsippet. Uttalelsen i Finanger I må derfor gi en anvisning på fortolkning av presumsjonsprinsippet dit hen at det i mangel av andre holdepunkter minst går like langt som prinsippet om direktivkonform tolkning i EU retten. Presumsjonsprinsippet vil således kunne pålegge norske domstoler å tolke nasjonal lovgivning i samsvar med det ikke gjennomførte Direktivet.

Direktiver setter rammer for lovgivningsfriheten i norsk rett. Direktivet om elektronisk handel setter i sine artikler 1 og 2 opp noen rammer for hva Direktivet omfatter og hvem det retter seg mot. Denne del av Direktivet er allerede gjennomført i norsk rett gjennom e-handelsloven.⁹⁵ Ansvarsfrihetsbestemmelsene for tjenesteytere som opptrer som formidlere av informasjonssamfunnstjenester vil være særlig avhengige av implementeringen av direktivets begreper "information society service" og "service provider". Også andre begreper i Direktivet legger rammer for ansvarsfrihetsreglenes virkeområde. Dersom implementeringen i e-handelsloven av disse begrepene går kortere enn det Direktivet legger opp til vil tjenesteytere som Direktivet gir vern etter

⁹² I Innst. O. Nr 14 (1992-1993) " Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), m.v." side 4.

⁹³ RT 2000 side 1811

⁹⁴ ibid

⁹⁵ Ehandelsloven §§1 - 3

artiklene 12-14 tilsynelatende stå uten dette vern etter den norske e-handelsloven.⁹⁶

Dette vil stille oss i samme situasjon som om lovgiver feilaktig var av den oppfatning at eksisterende rettsregler ivaretok direktivets bestemmelser. Norske myndigheter vil ha overtrådt sin reguleringsfrihet, og prinsippet om direktivkonform tolkning vil komme til anvendelse.

Dette reiser spørsmål om forarbeidene til gjennomføringsloven, hvor det nok vil hevdes at Direktivet er ivaretatt, vil kunne benyttes som argument for å si at implementeringen av Direktivet er innenfor de rammer av reguleringsfrihet norske myndigheter har. Rammene for reguleringsfriheten er noe norske myndigheter har liten eller ingen bestemmende innflytelse over. Det kan på den annen side hevdes at det i Norge må være avgjørende hva lovgiver har ment om spørsmålet, og at det at det senere kommer frem annetsteds fra at lovgivers oppfatning var gal er underordnet i norsk forståelse av et direktiv. Finn Arnesen hevder at "[s]om en generell observasjon må vi imidlertid kunne legge til grunn at det er liten grunn til å legge avgjørende vekt på hva norske myndigheter har ment om de rammer for reguleringsfrihet Direktivet gir".⁹⁷ Dette er en oppfatning jeg deler. Den norske forståelse av direktivets innhold vil ha liten betydning for den fellesrettslige fastsettelse av direktivets innhold. Forarbeidene til de nasjonale bestemmelsene, herunder også de norske, vil imidlertid være juridisk litteratur som belyser direktivets bakgrunn og innhold.

⁹⁶ Dersom gjennomføringsloven har en mer utvidende begrepsbruk vil dette ikke være problematisk. Direktivet setter kun opp en minstestandard.

⁹⁷ EØS-rett s. 191

5 Begreper i Direktivet med direkte betydning for forståelsen av ansvarsfrihetsreglene i artikkel 12 – 14.

5.1 Innledning

På bakgrunn av direktivets stilling lar det seg ikke gjøre å nøye seg med e-handelslovens forståelse av direktivets definisjoner og begreper for så passivt å anvende disse på den ikke gjennomførte del av Direktivet som er tema for denne oppgaven. Det er nødvendig først å fastlegge det fellesrettslige innholdet i de av direktivets begreper som er gjennomførte i norsk rett, for så å holde dem opp mot e-handelslovens forståelse. På denne måten kan det fastlegges om e-handelsloven kun gjennomfører, utvider eller innskrenker direktivets virkeområde.

Dersom et avvik mellom en korrekt direktivforståelse og e-handelsloven snevrer inn direktivets virkeområde vil det medføre at domstolene likevel etter prinsippet om direktivkonform fortolkning vil komme til å legge en korrekt forståelse av Direktivet til grunn. Dersom avviket derimot utvider omfanget av de omfattede tjenester vil dette ved implementering av direktivets regler om ansvarsfrihet bety at ansvarsfriheten for tjenestetilbydere vil bli større enn det Direktivet egentlig har lagt opp til.

I dette kapittelet skal jeg derfor først klarlegge hva som ligger i begrepet ”information society service” eller informasjonssamfunnstjeneste i Direktivet. Denne klargjøringen gjør det nødvendig å undersøke om e-handelslovens §1 gjennomfører begrepet etter intensjonen i Direktivet. Jeg skal videre i kapittelet bringe på det rene hvem som er henholdsvis tjenestetilbyder og tjenestemottager i direktivets forstand. Endelig skal jeg ta stiling til hva som omfattes av begrepet ”communication network” etter Direktivet.

5.2 Begrepet "Information Society service"

Det mest operative kriterium for direktivets virkeområde er det den engelske versjonen av Direktivet kaller for "information society service". I den norske e-handelsloven benyttes begrepet informasjonssamfunnstjeneste⁹⁸. Alle artiklene som omhandler ansvarsfrihet har som et vilkår at tjenesteyter skal tilby en "information society service". Er ikke dette tilfelle faller tjenestetilbyderen utenfor direktivets virkeområde og kan etter bakenforliggende nasjonal rett bli holdt ansvarlig for ulovlig aktivitet eller informasjon han formidler selv om tjenestens egenart på alle andre punkter samsvarer med ordlyden i artiklene 12 – 14 i Direktivet.

Begrepet "information society service" eksisterer allerede som et innarbeidet begrep i informasjonsprosedyredirektivet.⁹⁹ Begrepet er vidt og omfattende og vil dekke et betydelig antall tilfeller av økonomisk aktivitet. Peter Lenda påpeker i sin artikkel "Elektronisk handel på tvers av landegrenser: Representerer artikkel 3 i e-handelsdirektivet en ny lovvalgsregel i Europa?"¹⁰⁰ at begrepet også er valgt for sin anvendelighet som "[...] medienøytralt i forhold til teknologi på den ene siden og kontoraktuelle aktiviteter på den andre".¹⁰¹

5.2.1 Hva er omfattet av begrepet "information society service"?

Direktivets artikkel 2 referer direkte til direktivene informasjonsprosedyredirektivet og tilgangskontrolldirektivet¹⁰² og sier at e-handelsdirektivets begrep "information society service" er det samme eller "within the meaning of" det samme begrepet i disse to direktiver. Direktivets forale punkt 17 sier også at definisjonen "already exists" i de to omtalte direktivene og presiserer at definisjonen omfatter "any service normally

⁹⁸ Lovens langttittel er "Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester"

⁹⁹ Parlaments- og rådsdirektiv 98/34/EF som endret ved Parlaments og rådsdirektiv 98/48/EF. Dette direktivet er ikke ennå gjennomført ved lov i Norge, men er på høring nå. Se [Online]" Høring – forslag til lov om informasjonsprosedyre for forslag til tekniske regler" Tilgang: http://odin.dep.no/nhd/norsk/aktuelt/hoeringssaker/paa_hoering/024071-080033/index-dok000-b-n-a.html#inn [Sist aksessert 06.11.03]

¹⁰⁰ Lenda (2001)

¹⁰¹ Lenda (2001) s. 6

¹⁰² Parlaments og rådsdirektiv 98/84/EF om rettslig vern av tilgangskontrollerte og tilgangskontrollerende tjenester.

provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment[...] and at the individual request of a recipient of a service”

I direktiv 98/48/EC fortale punkt nummer to vises det til at en mengde aktiviteter som er ”within the meaning of Articles 59 and 60 of the Treaty”¹⁰³ vil kunne ytes i informasjonssamfunnet. Det at en aktivitet ytes ”within the meaning of” artiklene 59 og 60 i Romatraktaten betyr at denne aktiviteten er en tjeneste i EU og EØS rettens forstand.¹⁰⁴ I den samme fortalens punkt 19 vises det til konkrete aktiviteter som ikke faller innenfor rammen av Roma-traktatens artikkel 60 og som derfor ”do not fall within the scope of this Directive.”

Dette betyr at man for å kunne konkludere med at en aktivitet er en ”information society service” først må kunne besvare to spørsmål bekreftende. For det første om aktiviteten er en tjeneste i EØS rettens forstand. For det andre om den i så tilfelle er en tjeneste som tilbys som informasjonssamfunnstjeneste, altså om den tilbys over avstand, ved bruk av elektronisk utstyr og på individuell forespørsel av tjenestens mottager.¹⁰⁵

5.2.2 Hva omfattes av tjenestebegrepet i EØS retten?

I EØS traktatens artikkel 37 er tjenester negativt avgrenset. Dette gjøres ved at tjenester defineres som alle tjenester, så fremt de ytes mot betaling, bortsett fra det som faller innenfor virkeområdet til de tre andre friheter nemlig varer, kapital og personer. En slik definisjon gjør reglene om tjenester subsidiære for regler om varer, personer og kapital. Dette er den samme definisjon som ble benyttet i Roma-traktatens artikkel 60 og som nå benyttes i Amsterdam-traktatens artikkel 50.

For informasjonssamfunnstjenester vil grensdragningene mot de andre tre frihetene nok være ganske enkel å trekke. Grensdragningen til ytelse av varer kan til tider bli problematisk. Man kan stille spørsmål om en netthandler som driver en postordreaktig virksomhet vil falle innenfor rammen av det å yte en informasjonssamfunnstjeneste, eller om en slik netthandel kun er en selger av fysiske varer. Eksempelvis har en av

¹⁰³ ”The treaty” referer her til Romatraktaten.

¹⁰⁴ Nummereringen er byttet til artikkel 49 og 50 i Amsterdamtraktaten.

¹⁰⁵ Se nedenfor punkt 5.2.4 for en gjennomgang av disse vilkårene.

internettbransjens største suksesser, nettbokhandelen Amazon.com, basert sin virksomhet på å selge fysiske enheter i form av bøker til sine kunder.

Sejersted definerer grensegangen opp mot varer slik ”En vare er en fysisk gjenstand, mens det ved tjenester ikke er gjenstanden, men en ytelse eller utnyttelse av know-how som er det sentrale.¹⁰⁶ En videokassett er derfor en vare mens sending av fjernsynsprogrammer er en tjeneste.” Han nevner videre en nokså klargjørende eksemplifisering ved å fremholde at ”[h]vis en stat stopper en postforsendelse av reklame og bestillingsmateriell [for et lotteri] fra en annen medlemsstat skal dette etter EF-domstolens praksis bedømmes etter tjenestereglene. Innførsel og distribusjon av gjenstandene er her ikke et mål i seg selv, men skal kun gjøre det mulig for innbyggerne å delta i lotteriet.”¹⁰⁷ En tjeneste for bestilling av varer på elektronisk postordre kan neppe sies å ha andre formål enn salg av den aktuelle vare. Dette i motsetning til for eksempel en elektronisk markeds plass hvor kjøpere og selgere utveksler varer direkte eller det er tilrettelagt for auksjoner. Her vil det være selve markeds plassen som utgjør den tjeneste som blir tilbudt.

Spørsmålet etter dette blir om det å selge bøker som skal sendes til en tjenestemottager per vanlig post etter at denne har plassert sin ordre over en nettbutikk, ikke vil være en informasjonssamfunnstjeneste i direktivets forstand, mens en tilsvarende situasjon hvor tjenestemottager kjøper den samme boken som en nedlastbar e-bok¹⁰⁸, vil være det.

I fortalen til E-handelsdirektivet, punkt nummer 18, presiseres det at “activities such as the delivery of goods off-line are not covered.” Dette skulle videre styrke en oppfatning av at aktiviteter som har som sluttresultat en overføring off-line av fysiske gjenstander ikke er en tjeneste og derfor heller ikke en informasjonssamfunnstjeneste i direktivets forstand. Fortalens punkt 18 nevner motsetningsvis ” selling goods on-line” som noe som er omfattet av Direktivet.

¹⁰⁶ EØS-rett s266

¹⁰⁷ I.c.

¹⁰⁸ E-bøker er i realiteten boken i form av en tekstfil tilpasset lesning på en elektronisk skjerm som en PDA eller en PC. Nettbokhandelen Amazon.com selger slike e-bøker. Se [Online] Tilgang: http://www.amazon.com/exec/obidos/tg/browse/-/551440/ref=b_tn_bh_eb/102-8866180-1523327 [Sist aksessert 06.11.03]

I de norske forarbeidene til e-handelsloven hevdes det på bakgrunn av dette at begrepet services i denne sammenheng skal forstås dithen at ” nedlastning av dataprogrammer eller annen digital informasjon omfattes, mens salg av digital informasjon på f.eks. CD-ROM vil falle utenfor.”¹⁰⁹ De Svenske forarbeidene derimot omtaler for enkelhets skyld informasjonssamfunnstjenester som ”varje aktivitet som sker online, med någon ekonomisk innebörd.”¹¹⁰

Etter min oppfatning må en naturlig forståelse av Direktivet og dets formål lede til at hele den aktivitet som en bokhandel av typen Amazon.com driver må være omfattet av begrepet tjeneste i direktivets forstand, for så vidt gjelder det å bestille og å utføre selve handelen gjennom leverandørens nettbaserte tjeneste. Den fysiske forsendelsen av en gjenstand bestilt gjennom en netthandel må falle innenfor den vanlige forståelse av ”varer” i EØS retten og vil således falle utenfor tjenestebegrepet.¹¹¹

5.2.3 Hva innebærer det at en tjeneste vanligvis må være ytt mot betaling?

I EØS avtalens artikkel 37 presiseres det at en tjeneste for å falle inn under EØS avtalen vanligvis må være ytt ”mot betaling”. Dette er en oversettelse fra Roma-traktatens artikkel 60 hvor vilkåret i den engelske versjonen er ”normally provided for remuneration”. Dette vilkåret er gjentatt i definisjonen av en informasjonssamfunnstjeneste i direktiv 98/48/EC artikkel 2 og i punkt 17 i fortalet til e-handelsdirektivet. Dette reiser spørsmål om i hvilken grad dette vilkåret beskjærer utgangspunktet om at enhver aktivitet som skjer on-line er omfattet av begrepet informasjonssamfunnstjeneste.

For informasjonssamfunnstjenester er dette særskilt aktuelt da en mengde tilbydere yter sine tjenester uten at det kreves en direkte motytelse i form av betaling. Noen av de største tjenestene som tilbys på Internett i dag ytes reklamefinansiert eller av den grunn at man ønsker å lede kundene inn mot andre produkter i tjenesteyterens portefølje.

¹⁰⁹ [Online] Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) ”Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester”, kapittel 9.1. Tilgang: <http://odin.dep.no/nhd/norsk/publ/otprp/024001-050012/index-hov009-b-n-a.html> [Sist aksessert 06.11.2003]

¹¹⁰ Prop. 2001/02:150 ”Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.”s.1

¹¹¹ Denne forsendelse ville heller ikke nå opp i forhold til de andre spesifikke deler av begrepet informasjonssamfunnstjeneste.

Eksempler på dette vil være gratis e-posttjenester,¹¹² tilbud om gratis internettaksess som et ledd i en kommersiell produktportefølje,¹¹³ samt informasjonstjenester på Internett som er gratis for brukeren men hvor innholdet betales av annonsører.¹¹⁴

I Wirth saken presiserte EF domstolen at ”the essential characteristic of remuneration lies in the fact that it constitutes consideration for the service in question”.¹¹⁵ Altså at det på en eller annen måte ytes vederlag. Det er viktig å supplere dette med de uttalelser domstolen kom med i Bond Van Adverteeders saken hvor domstolen klargjør at Roma-traktatens artikkel 60 ikke må tolkes restriktivt i forhold til begrepet vederlag eller betaling.¹¹⁶ Verken Roma-traktatens artikkel 60 eller EØS artikkel 37 stiller som et vilkår at vederlaget skal ytes direkte av den som mottar tjenesten. Vederlaget eller virksomhetens økonomiske egenart kan således eksistere uavhengig av de direkte eller indirekte finansieringsmodellene tjenesten måtte ha.

De svenske forarbeidene til deres gjennomføringslov uttrykker dette på følgende måte: ”Det förhållandet att det inte krävs att tjänsten verkligen utförs mot ersättning, utan endast normalt utförs mot ersättning innebär att det räcker med att tjänsten i fråga normalt är av ekonomisk betydelse.”¹¹⁷

Domstolen trekker i Bond Van Adverteeders frem kabelselskaper som yter en tjeneste for TV selskaper men som får sitt vederlag fra abonnementsavgifter betalt av sine kunder samt reklamefinansierte TV kanaler som blir betalt av sine annonsører for å viderebringe sine sendinger vederlagsfritt til allmennheten. Dette gir at tjenester som er finansiert utelukkende ved reklame også er ytt mot betaling eller vederlag, og derfor også er tjenester i direktivets forstand.

¹¹² Microsofteide Hotmail er verdens største. Se [Online] Tilgang: <http://www.hotmail.com> [Sist aksessert 06.11.03]

¹¹³ Telenor er i dag størst på dette med sitt produkt Frisurf. Se [Online] Tilgang: <http://www.frisurf.no/> [Sist aksessert 06.11.03]

¹¹⁴ Norges største elektroniske markedsplass finn.no er gratis for dem som skal kjøpe varer mens selgere betaler for utegging av annonser. Se [Online] tilgang: <http://www.finn.no> [Sist aksessert 06.11.03]

¹¹⁵ Case C-109/92 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 December 1993. Stephan Max Wirth v Landeshauptstadt Hannover.

¹¹⁶ Case c-352/85 Judgment of the Court of 26 April 1988. Bond van Adverteeders and others v The Netherlands State.

¹¹⁷ Svensk Prop. 2001/02:150 s. 56

Etter dette synes det klart at all økonomisk aktivitet online faller innenfor tjenestebegrepet også om det ikke er ytt konkret vederlag i den angjeldende sak, eller om vederlaget er ytt indirekte.

Rettighetsbrudd i informasjonssamfunnet trenger ikke å skje som et ledd i en økonomisk aktivitet. Skillet for så vidt gjelder aktivitetens karakter og egenart, trenger ikke å være stor mellom den økonomisk motiverte og den ikke-økonomisk motiverte aktivitet. Det er derfor nødvendig å klargjøre statusen til aktiviteter hvis interesse ikke direkte er økonomisk.

Personlige hjemmesider hvis formål klart er av privat karakter¹¹⁸ er en form for aktivitet som faller utenfor direktivets virkeområde. Tjenesten er hobbypreget og kan ikke sies å være ”normally provided for remuneration” i noen form. En privatperson med sin egen ikke-kommersielle blog¹¹⁹ vil, siden tjenesten er ikke-økonomisk, ikke tilby en tjeneste i EU og EØS rettens forstand. Blogforfatteren kan således ikke påberope seg et vern som formidler dersom noen poster rasistisk eller pornografisk material i kommentarer på hans blog. Derimot vil den kommersielle tjenestetilbyder som tilbyr plass til å lagre den private hjemmesiden tilby en informasjonssamfunnstjeneste, selv om det å legge ut hjemmesiden i seg selv er gratis.

Det er videre klart at rene informasjonstjenester fra det offentlige som er rettet mot borgerne ikke er en informasjonssamfunnstjeneste i direktivets forstand.¹²⁰ Aktiviteten mangler økonomisk siktemål både i det konkrete tilfelle og som sådan. Det må her trekkes en linje mot offentlig aktivitet på Internett som det konkret tas betalt for.¹²¹ Dette vil falle inn under tjenestebegrepet.

¹¹⁸ Se for eksempel Vidar Andreassens personlige hjemmeside. [Online] Tilgang: <http://home.online.no/~vidaandr/> [Sist aksessert 06.11.03]

¹¹⁹ Blog er en kortform for begrepet weblogg. På en weblogg poster innehaveren sine betraktninger om det han måtte ønske. Hans postinger står da typisk åpen for andre til å kunne kommentere. Et eksempel på en slik weblogg er Jarle Bergersens blog. Se [Online] Tilgang: <http://weblog.bergersen.net/jarle/> [Sist aksessert 06.11.03]

¹²⁰ Eksempelvis den informasjon som finnes på statens informasjonsportal. Se [Online] Tilgang: <http://www.norge.no> [Sist aksessert 06.11.03]

¹²¹ Eksempelvis forbrukerrådets kontraktstjeneste hvor standardkontrakter selges. Se [Online] <http://forbrukerportalen.no/Artikler/fr/2002/1031660526.46> [Sist aksessert 06.11.03]

5.2.3.1 Vil typiske Internett-tjenester det offentlige yter til fordel for borgerne uten økonomisk motivasjon falle utenfor Direktivet?

Mer problematisk er situasjonen for statlige virksomheter som ikke yter sine tjenester mot vederlag men som offentlige tilbud. Eksempler på dette kan være offentlige skoler, biblioteker og frivillige prosjekter. Universitetet i Oslo alene er i dag en av Norges største Internett-tilbydere, men tilbyr ikke sin virksomhet som en kommersiell tjeneste.

De svenske forarbeidene til gjennomføringsloven fremholder at tjenesten kun normalt skal tilbys mot vederlag og fremholder:

”Med ”normalt” avses vidare vad som är normalt för tjänsten i allmänhet och inte vad som är normalt för en viss tjänsteleverantör. Det innebär att även online-tjänster som erbjuds av ideella föreningar, universitet och andra vars verksamhet inte allmänt kan betecknas som kommersiell kan omfattas av Direktivet.”¹²²

Den svenske forståelsen skulle tyde på at denne typen tjenester ytt av statlige aktører som en del av det allmene tjenestetilbudet til borgerne faller innenfor en utvidet forstand av det å bli ytt mot vederlag. I de norske forarbeidene er dette ikke problematisert.

I fortalen til direktiv 98/48/EC hvor ”information society service” defineres er det i punkt 19 slått fast at ”information society service” omfatter de aktiviteter som normalt ytes mot vederlag og at

” that characteristic is absent in the case of activities which a State carries out without economic consideration in the context of its duties in particular in the social, cultural, educational and judicial fields”

Denne uttalelsen i fortalen står i noe kontrast til det syn på direktivets forståelse som er hevdet i de svenske forarbeider. Den danske versjonen av informasjonsprosedyredirektivet uttrykker det samme ennå klarere:¹²³

¹²² Svensk Prop. 2001/02:150 s. 56

¹²³ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20. juli 1998 om ændring af direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter

” de opgaver, som staten udfører på det sociale, kulturelle, uddannelsesmæssige og retlige område uden økonomisk modydelse falder uden for denne definition”

Virkningen av å falle utenfor definisjonen er at aktiviteten ikke kan anses som en tjeneste, og derfor heller ingen informasjonssamfunnstjeneste.

Spørsmålet om hvorvidt tjenester på utdanningens område faller innenfor ble behandlet av EF domstolen i den tidligere berørte Wirth saken. Domstolen referer til en tidligere avgjørelse.¹²⁴ På bakgrunn av denne konkluderer den der med at når det gjelder problemstillingen om hvorvidt statens tjenester på utdanningsområdet kan oppfattes som tjenester som er ytt mot vederlag er situasjonen slik:

” such a characteristic is absent in the case of courses provided under the national education system.”¹²⁵

Domstolens peker hovedsaklig på to forhold for å begrunne at statens aktivitet på området ikke utgjør en tjeneste etter Roma-traktaten artikkel 60 og derved EØS artikkel 37.

” First of all, the State, in establishing and maintaining such a system, is not seeking to engage in gainful activity, but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields.”¹²⁶

Altså stiller Domstolen opp en forbindelse til motivasjonen for tjenesten som står klart i strid med de svenske forarbeidenes forståelse av ”normalt”. Domstolen gjør det klart at det å drive et utdanningssystem ikke er noe staten gjør ut fra et profittmotiv. Domstolen trekker også inn finansieringsmodellen for utdanningssystemet ved å, som sitt argumentasjonspunkt nummer to, fremholde at:

¹²⁴ Case 263/86 Judgment of the Court of 27 September 1988. Belgian State v René Humbel and Marie-Thérèse Edel.

¹²⁵ Wirth-saken. Domsgrunn 15

¹²⁶ I.c.

” Secondly, the system in question is, as a general rule, funded from the public purse and not by pupils or their parents.”¹²⁷

Den opprinnelige dommen angikk skolesystemet men Domstolen gjør det klart at:

” Those considerations are equally applicable to courses given in an institute of higher education which is financed, essentially, out of public funds.”¹²⁸

De to begrunnelser Domstolen gir for å ekskludere utdanningsområdet vil være like gjeldende for andre områder hvor staten forsøker å oppfylle sine forpliktelser i forhold til borgerne på det sosiale og kulturelle område. På denne måte vil det være tvilsomt om for eksempel et offentlig elektronisk bibliotek vil være en ”information society service” i direktivets forstand. Det samme gjelder Universiteter som gir sine studenter internettaksess. Denne aksessen er en del av det utdanningstilbud Universitetet gir. Det at andre yter en tilsvarende tjeneste for penger kan ikke være avgjørende. At en tjeneste på denne måten kan endre karakter mellom å være en tjeneste i fellesskapsrettslig forstand og å ikke være det understrekes for utdanningsområdet av EF domstolen i Wirth saken:

” However, as the United Kingdom has observed, whilst most establishments of higher education are financed in this way, some are nevertheless financed essentially out of private funds, in particular by students or their parents, and which seek to make an economic profit. When courses are given in such establishments, they become services within the meaning of Article 60 of the Treaty. Their aim is to offer a service for remuneration.”¹²⁹

Altså viser Domstolen at i det øyeblikk tjenesten utdanning ikke lengre ytes av staten som en del av en forpliktelse staten har pådratt men av private med et profittmotiv ”[...] they **become** services within the meaning of Article 60[...] (min uthevelse)”. Denne transformasjon av en tjeneste må også gå andre veien. Dersom en tjeneste andre yter ut

¹²⁷ I.c.

¹²⁸ Ibid domsgrunn 16

¹²⁹ Ibid domsgrunn 17

fra et økonomisk motiv ytes av staten uten slikt motiv vil den sistnevnte miste sin karakter av å være en informasjonssamfunnstjeneste i direktivets forstand.

Konklusjonen må etter dette bli at tjenester det offentlige yter til fordel for borgerne uten økonomisk motivasjon vil falle utenfor tjenestebegrepet slik det er definert i Roma-traktatens artikkel 60 og EØS artikkel 37 og derfor heller ikke vil være informasjonssamfunnstjenester i direktivets forstand.

5.2.4 Hva gjør en tjeneste til en informasjonssamfunnstjeneste?

Etter å ha konkludert med at en aktivitet er en tjeneste i fellesskapsrettslig forstand må man se om en tjeneste innehar de karakteristika som gjør en tjeneste til en tjeneste i informasjonssamfunnet. Disse karakteristika er definert i direktiv 98/48/EC artikkel 2 som slår fast at en tjeneste for å være en "information society service" må tilbys "at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services". Disse vilkårene er kumulative. Det er altså tilstrekkelig at et av dem mangler for at tjenesten skal miste sin karakter av å være en informasjonssamfunnstjeneste.

5.2.4.1 Hva innebærer det at en tjeneste må ytes "at a distance"

I artikkel 2 i direktiv 98/48/EC presiseres "at a distance" til at tjenesten må tilbys uten at partene er "simultaneously present". Altså et vilkår om ikke samtidig tilstedeværelse.

Dette er en begrepsbruk som også er kjent fra fjernsalgsdirektivet.¹³⁰ At tjenesten er ytt på avstand henspiller på situasjoner hvor tjenesten ytes på måter som er kjennetegnet ved at tilbyder og tjenesteyter ikke samtidig er på samme sted. Just Balstad presiserer dette til å gjelde både en tidsmessig og stedlig begrensning i hva som skal anses som en informasjonssamfunnstjeneste.¹³¹ En slik fortolkning gir en tolkning av "at a distance" som tilsier at utelukkende de tjenester som ytes hvor tjenesteyter og tjenestemottager er på samme sted samtidig ikke er ytt på avstand, mens tjenester hvor tjenesteyter og tjenestemottager er på samme sted men ikke på samme tid vil falle innenfor direktivets definisjon av "at a distance".

¹³⁰ Parlaments og rådsdirektiv 97/7/EF

¹³¹ Balstad avsnitt 2.3.2

Typiske tjenester som blir ytt på avstand vil være; generelle informasjonstjenester på nett, søkbare arkiv, værmelding, trafikkinformasjon, søkemotortjenester og lignende. Videre vil utdanningstjenester som ytes som fjernlæringskurs over nett være omfattet¹³². Andre eksempler på tjenester som ytes ”at a distance” vil være overvåkingstjenester og interaktiv shopping. EU kommisjonens Vade-Mecum¹³³ til direktiv 98/48/EC inneholder et større utvalg av eksempler på tjenester som faller innenfor rammen av ”at a distance”.¹³⁴

Annex V til direktiv 98/48/EC inneholder en eksemplifisering av tjenester som ikke kan sies å være ytt ”at a distance”, og som derfor heller ikke vil være omfattet av direktivets regler om ansvarsfrihet. Dette gjelder medisinske undersøkelser eller behandlinger hos lege ved bruk av elektronisk utstyr hvis pasienten er fysisk tilstede, det å bla i en elektronisk katalog i en butikk hvor kunden er tilstede i butikken, flybillettreservasjoner på et reisebyrå ved bruk av elektronisk nettverk men hvor kunden fysisk er tilstede, samt elektroniske spill som tilgjengeliggjøres i en spillehall hvor kunden fysisk er tilstede.¹³⁵

Balstad hevder øyensynlig at denne listen skal være uttømmende:¹³⁶

”[N]ærmere bestemte tjenester som blir tilskaffet under fysisk tilstedeværelse av både tilbyder og mottager ikke [skal] regnes som en informasjonssamfunnstjeneste selv om partene gjør bruk av elektroniske midler for å kommunisere. [...] Utenom de oppregnede tilfellene vil altså tjenester som blir ytet med elektroniske midler mens partene er fysisk tilstede kunne sies å være tilveiebrakt ”at a distance”” .

Balstads oppfatning kan ikke være holdbar og må basere seg på en misforståelse av direktivets begrepsbruk. Annex V til direktiv 98/48/EC, hvor listen over tjenester som faller utenfor direktivets virkeområde befinner seg, innleder listen med ordene

¹³² Dette under forutsetning av at det er en aktivitet som ytes mot vederlag. Se over.

¹³³ Vade-Mecum defineres i Eurodicautom som er EUs offisielle terminologibase som ” vade mecums: a book for ready reference: handbook, manual.” Se [Online] Tilgang: <http://europa.eu.int/eurodicautom/Controller?ACTION=about> [Sist aksessert 07.11.03]

¹³⁴ Standards and Technical Regulations Committee Doc. S-42/98 - EN

¹³⁵ Annex V til informasjonsproseduredirektivet punkt 1(d)

”Indicative list of services not covered”. Listen er altså ikke på noen måte ment uttømmende men som en inter alia liste over tjenester som i alle fall ikke er omfattet.

Selve oppregningen i punkter over denne indikative listen innledes med ordene

”Services provided in the physical presence of the provider and the recipient, even if they involve the use of electronic devices”. Dette, både i seg selv, og i alle tilfelle på bakgrunn av overskriften som kaller listen for ”indicative”, kan ikke forstås på annen måte enn at direktivets “at a distance” ikke omfatter tjenester som blir levert med både tilbyder og mottager av tjenesten tilstede samtidig. Den etterfølgende listen er således ment for å gi en indikasjon på hvor grensen for dette går.

Etter dette vil testen på om en tjeneste oppfyller direktivets krav være om tjenesten ytes med både tilbyder og tjenestemottager på samme sted samtidig.

5.2.4.2 Hva innebærer det at en tjeneste må tilbys ”by electronic means”?

I direktiv 98/48/EC artikkel 2 presiseres begrepet ”by electronic means” til å gjelde situasjoner hvor:

“the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,”

Dette stiller opp relativt klare krav til hvordan en tjeneste skal ytes for å kunne karakteriseres som en informasjonssamfunnstjeneste. Gjennom denne definisjonen er det klart at det er meningen Direktivet skal dekke tjenester hvis bestanddeler blir sendt, overført og mottatt ved bruk av elektroniske midler. Tjenesten må sendes hele veien fra tilblivelsespunktet til destinasjonen gjennom elektronisk utstyr.

Vilkåret om at tjenesten skal overføres ”by radio, by optical means or by other electromagnetic means” speiler direktivet om åpne nettverk hvor akkurat denne formuleringen benyttes i artikkel 2(3) for å definere begrepet ”telecommunications

¹³⁶ Balstad avsnitt 2.3.2

network”. Dette skal forstås som en anvisning på at overføringen må skje gjennom kanaler for telekommunikasjon.¹³⁷

Peter Lenda tolker begrepet ”storage of data” dit hen at dette ekskluderer internettelefoni fra begrepet, da internettelefoni skjer ”uten noen form for lagring men i real time”.¹³⁸ Internettelefoni har mer til felles med vanlig telefoni enn det har med e-post, websider og annet som tilbys i informasjonssamfunnet.

At det skal være nødvendig å mellomlagre data for å falle innunder definisjonen av ”by electronic means” synes det imidlertid vanskelig å være enig i. Det er en mengde tjenester i informasjonssamfunnet som ikke nødvendigvis involverer mellomlagring av data på en server eller på annet vis. Eksempelvis ville de stadig mer populære systemer for sending av såkalte øyeblikkelige meldinger etter denne forståelse kunne falle utenfor definisjonen,¹³⁹ likeledes en del chattetjenester hvor et av tjenestens karakteristika nettopp er at meldingene kun eksisterer for det øyeblikk det blir sendt. At disse skulle falle utenfor begrepet informasjonssamfunnstjenester virker lite hensiktsmessig og er heller ikke i tråd med direktivets formål. Mer fruktbart er det å forstå ”storage of data” dit hen at en eventuell lagring må skje med elektronisk utstyr.

EU kommisjonens vade-mecum for direktiv 98/48/EC nevner også on-line telekommunikasjon, typisk Internett-telefoni, som et eksempel på tjenester som vil falle innenfor ”by electronic means” og holder det opp mot ”voice telephony and facsimile services supplied by traditional means” som etter EU kommisjonens oppfatning faller utenfor rekkevidden av begrepet.¹⁴⁰

Etter dette vil det neppe være særlig tvil om at også tjenester som overføres ved elektroniske midler i sanntid, som eksempelvis internettelefoni, vil kunne være formidlet ”by electronic means”.

¹³⁷ Parlaments og rådsdirektiv 90/387/EØF med tillegg og endringer i Parlaments og rådsdirektiv 97/51/EF

¹³⁸ Lenda (2001) s. 7

¹³⁹ Se over punkt 3.4.1

¹⁴⁰ Standards and Technical Regulations Committee Doc. S-42/98 – EN side 17

Tjenester som typisk vil være ”provided by electronic means” er spill, nyheter og underholdningstjenester som tilbys on-line, internettaksess, nyhetsgrupper, e-post, overføring av filer og tjenester med mer.

Tjenester som har et klart materielt innhold selv om det blir benyttet elektronisk utstyr for å frembringe dem vil falle utenfor rammen av Direktivet, og således vil heller ikke formidlere av dem ha krav på den beskyttelse e-handelsdirektivets artikkel 12 – 14 gir.

Eksempelvis vil elektroniske billettsystemer som innebærer at det produseres en fysisk billett som brukes som eksempelvis reise- eller parkeringsbevis etter dette falle utenfor. På samme måte vil distribusjon av elektronisk innhold lagret på en CD-Rom eller en diskett falle utenfor.¹⁴¹ Tjenester som ikke er elektroniske av sin art ved at data ikke prosesseres eller lagres i det hele, slik som for eksempel telefakstjenester, vil heller ikke være omfattet.

5.2.4.3 Hva innebærer det at tjenesten må ytes ”at the individual request of a recipient of the service”?

I Direktiv 98/48/EC artikkel 2 presiseres begrepet ”individual request of the recipient of the service” til å gjelde når:

”the service is provided through the transmission of data on individual request”

Dette kan spesifiseres til et krav om interaktivitet. Det er akkurat denne interaktiviteten som skiller informasjonssamfunnstjenester fra andre tjenester hvor nettopp fraværet av behov for interaktiv forespørsel om informasjonen er karakteristisk, som for eksempel tradisjonelle fjernsynssendinger. Punkt 18 i direktivets fortale nevner eksplisitt at TV- og radiosendinger ikke er omfattet av begrepet ”information society services” fordi de ikke baseres på ”individual request”.¹⁴²

¹⁴¹ Allerede det generelle vilkåret i fortalens punkt 18 om at aktiviteten skal foregå on-line for at tjenesten skal være omfattet, vil som tidligere beskrevet sette skranke mot dette.

¹⁴² Direktivet henviser til Parlaments og rådsdirektiv 89/552/EØF som definerer TV- og radiosending i fellesskapsrettslig forstand. Det er imidlertid lite tvilsomt at også sendinger som faller utenfor

Det interaktive element vil typisk være oppfylt der hvor brukeren rent fysisk igangsetter en transaksjon med tjenestetilbyderen eksempelvis ved å kjøpe tjenester on-line, bestille flyreiser eller leie bil. Men det er ikke nødvendig at en slik transaksjon skal foretas for at en tjeneste skal være frembrakt etter individuell anmodning. Gjennom å søke seg frem på Internett til en tjenestetilbyder for så å klikke seg inn på vedkommendes nettside har brukeren individuelt anmodet både siden hvor han søkte seg frem til informasjon, søkeresultatet og tjenestetilbyderens nettside.

Annex V til direktiv 98/48/EC punkt 3 peker spesielt på det som kan kalles ”point to multipoint” overføring, og presiserer at dette må holdes utenfor definisjonen da dette ikke er frembrakt på individuell forespørsel fra tjenestemottager. Innholdet i denne avgrensningen vises ved at Annex V til 98/48/EC både nevner en tjeneste som er ”near-video on demand” og tekst TV.

”Near video on demand” fungerer slik at et bestemt program eller en bestemt film sendes med jevne mellomrom på flere kanaler. Har man tilgang til et tilstrekkelig antall kanaler kan tidsintervallet fra tjenestemottager bestiller en film til han får se den bli svært kort. Imidlertid ville filmen uansett blitt sendt ut på det samme tidspunkt helt uavhengig av om tjenestemottageren bestemte seg for å se den eller ikke.¹⁴³ Situasjonen ved tekst-TV er noenlunde sammenlignbar. Tekst-TV sendes ut til mottageren som en kontinuerlig prosess uavhengig av om tjenestemottageren ønsker å frembringe disse på sin skjerm eller ikke.¹⁴⁴ Dette på lik linje med TV-bilder.

Direktivets fortale punkt 18 setter som motsetning til dette opp ”video-on-demand”, hvor overføring av den bestilte film skjer direkte fra en filmbank hos tjenestetilbyder og leveres først tjenestemottagers terminal etter at tjenestemottager har bedt om dette.

definisjonen i 89/552/EEC vil være omfattet av unntaket dersom de ikke interaktivt initieres av en bruker av en tjeneste.

¹⁴³ Near Video on Demand defineres av Interactive Television Dictionary som [Online] “a movie or other video program that starts every 5 or 10 minutes. A viewer can begin/resume watching a movie every 5 or 10 minutes. It pulls the information from the broadcaster's video server.” Tilgang: <http://www.itvdictionary.com/n.html> [Sist aksessert 07.11.03]

¹⁴⁴ Tekst TV forklares av Interactive Television Dictionary som [Online] “information and data read in Europe from the unused VBI lines of the PAL & SECAM [...] broadcasts. The actual Teletext data is broadcasted in a hidden part of the television signal, the VBI, (the Vertical Blanking Interval) and decoded by the television (if it has Teletext capacity) or set-top box which then feeds the decoded signal to the standard television set.” Tilgang: <http://www.itvdictionary.com/teletext.html> [Sist aksessert 07.11.03]

Etter dette er det avgjørende for om en tjeneste fyller vilkåret om individuell anmodning hvorvidt tjenestemottager har bedt om at selve overføringen av data til vedkommende skal finne sted.

5.2.5 Konklusjon "information society service"

Gjennom den ovenstående drøftelsen er det klarlagt hva termen informasjonssamfunnstjeneste omfatter i e-handelsdirektivet. Denne forståelsen kan oppsummeres i at en informasjonssamfunnstjeneste er en tjeneste i EU og EØS rettslig forstand som ytes som del av en økonomisk virksomhet uten at både avsender og mottager samtidig er til stede, og som overføres fra avsender til mottager gjennom elektronisk utstyr via kanaler for telekommunikasjon etter at den som skal benytte seg av tjenesten har anmodet informasjonen

Når ansvarsfrihetsreglene i artiklene 12 – 14 setter som et vilkår at tjenestetilbyderen må yte en "information society service" for å være omfattet av ansvarsfriheten, vil de grensedragninger som er fastlagt i den ovenstående drøftelsen for begrepet "information society service" også utgjøre grensene for ansvarsfriheten.

5.3 Gjennomføringen av begrepet "information society service" i den norske e-handelsloven

I den norske e-handelsloven er begrepet informasjonssamfunnstjeneste definert slik i lovens §1:

- "a) enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker, samt
- b) enhver tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettvært for data som leveres av tjenestemottakeren."

Her virker det som om a og b er alternative vilkår. En slik forståelse av e-handelslovens §1 vil bety at en tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettvært for data som leveres av tjenestemottageren vil være informasjonssamfunnstjenester selv om de ikke vanligvis ytes mot vederlag.

I Ot prp. Nr. 31 (2002-2003) punkt 9 uttaler imidlertid departementet etter først å ha redegjort for at begrepet tjeneste som sådan inneholder et krav om at tjenesten vanligvis ytes mot vederlag følgende:

” Informasjonssamfunnstjenester omfatter også tjenester som består i å overføre informasjon over et kommunikasjonsnett, å skaffe tilgang til et kommunikasjonsnett eller å være vert for informasjon gitt av en tjenestemottaker. De som kun tilbyr verktøy slik at man kan søke, få tilgang til og laste ned informasjon på for eksempel Internett, vil også omfattes av dette begrepet”

Bruken av begrepet tjenester på denne måten i departementets begrunnelse, samt at det rett etter henvises til søkemotorer og andre tilbydere av tilgangsbaserte verktøy som i det store og hele er kommersielle aktører, tyder også på at det kun er innholdet i tjenesten og ikke dens karakter av å være tjeneste slik som tjenestebegrepet vanligvis defineres i EU retten som er søkt presisert i lovteksten. Dette understøttes også av at proposisjonen som begrunnelse for å ta med litra b baserer seg på at dette er en del av opplistingen etter direktivets fortale punkt 18.¹⁴⁵ Dette punktet i fortalen begynner opplistingen med ” Information society services span a wide range of economic activities”.

På bakgrunn av forarbeidene tolker jeg derfor den norske e-handelslovens §1 dit hen at den innfører begrepet informasjonssamfunnstjenester som tilsvarende innholdet i direktivets ”information society service”. Dette innebærer at den norske e-handelsloven ikke utvider omfanget av ansvarsfrihetsreglene gjennom å utvide definisjonen av informasjonssamfunnstjeneste.

¹⁴⁵ Proposisjonens kapittel 16, merknad til §1 [Online] Tilgang: <http://odin.dep.no/nhd/norsk/publ/otprp/024001-050012/index-hov016-b-n-a.html> [Sist aksessert 07.11.03]

5.4 Hvem er tjenestetilbyder etter Direktivet om elektronisk handel?

Ansvarsfrihet etter Direktivet om elektronisk handel artiklene 12 – 14 retter seg mot dem som kan sies å være tilbydere av informasjonssamfunnstjenester bestående av enten ren overføring, mellomlagring eller nettvertskap. Dette reiser spørsmål om hvem som etter Direktivet kan anses som tjenestetilbyder.

Begrepet er definert i direktivets artikkel 2 litra b hvor det slås fast at en hver juridisk eller fysisk person som tilbyr en informasjonssamfunnstjeneste faller inn under begrepet tjenestetilbyder. Denne formuleringen er så vidt entydig at den ikke fordrer videre gjennomgang og vurdering.

5.5 Hvem er tjenestemottager etter Direktivet om elektronisk handel?

Det at en tjeneste må ytes ”at the individual request of the recipient of the service”, gjør det nødvendig å gjennomgå begrepet ”recipient of the service” for å klargjøre hva som ligger innenfor definisjonen av en informasjonssamfunnstjeneste. Direktivets artikkel 2 litra d definerer ”recipient of the service” relativt vidt. Etter definisjonen omfattes enhver person, både fysisk og juridisk, som benytter seg av en informasjonssamfunnstjeneste uansett om dette er i privat eller profesjonelt øyemed. Spesielt fremhever direktivets artikkel 2 litra d aktiviteter som har som formål å tilegne seg eller gjøre tilgjengelig informasjon.

Denne definisjonen av tjenestemottager gjør at også den som legger ut informasjon er tjenestemottager i informasjonssamfunnet. Denne forståelsen har også støtte i fortalens punkt 20, hvor det gjøres klart at begrepet ”recipient of the service” skal omfatte alle former for bruk av informasjonssamfunnstjenester, både av dem som tilbyr informasjon og dem som ønsker å motta informasjon.

Dette gjør begrepet ”recipient of the service” til et noe relativt begrep, hvor rollen som mottager av tjenester er avhengig av rolleinnhaverens relative posisjon til den tjeneste som leveres. En og samme fysiske eller juridiske person kan både være mottager og tilbyder av informasjonssamfunnstjenester ved den samme tjenesten på samme tid.

Typisk for slik rolleblanding vil være innholdsleverandører med nettsider som er en del av en økonomisk aktivitet. Disse innholdsleverandørene vil være tjenestemottagere i forhold til sine aksessleverandører og nettverter, samtidig som de er tjenestetilbydere i forhold til sine brukere.¹⁴⁶

Når Direktivet krever at en tjeneste for å være informasjonssamfunnstjeneste må være interaktivt initiert av "the recipient of the service", ligger det altså ikke her et krav om at det skal være sluttbruker som initierer tjenesten.

Når jeg bruker begrepet "tjenestemottager" i oppgaven er dette i denne dobbelte betydning som Direktivet legger opp til.¹⁴⁷

5.6 Hva er omfattet av begrepet "communication network" i direktivets regler om ansvarsfrihet?

Både artiklene 12 og 13 knytter for aksess-, overførings- og mellomlagringstjenester et vilkår om at en informasjonssamfunnstjeneste, for å kunne nyte godt av den ansvarsfrihet Direktivet gir anvisning på, må være ytt i et kommunikasjonsnettverk eller "a communication network". Dette reiser spørsmål om hva som kan være omfattet av begrepet "communication network".

I fortalens punkter 14 og 20 tales det om "open networks such as the Internet" i direkte sammenheng med formidlers ansvar og definisjonen av tjenestemottager. Slike åpne nettverk må også være omfattet av definisjonen av kommunikasjonsnettverk. Det samme må gjelde lukkede interne nettverk som for eksempel SISNET¹⁴⁸ eller en bedrifts interne nettverk.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Denne situasjonen vil også være gjeldende for aktører som ikke leverer informasjonssamfunnstjenester direkte da deres aktivitet ikke er av økonomisk art. Se over punkt 2.3.2.1.

¹⁴⁷ Slik også Balstad avsnitt 2.3.3

¹⁴⁸ Schengen information system. SISNET er imidlertid ingen informasjonssamfunnstjeneste siden det ikke tilbys som en økonomisk aktivitet.

¹⁴⁹ Slik også Balstad punkt 2.3.5

Den lignende termen ”electronic communication network” er definert i direktiv 2002/77/EC.¹⁵⁰ Dette direktivet er EØS relevant, og har ledet frem til den norske Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).¹⁵¹ I dette direktivets fortale punkt 7 gjøres det klart at termen ”electronic communication network” er valgt for å ta hensyn til den utstrakte sammensmelting eller konvergens¹⁵² mellom ulike typer elektronisk kommunikasjon som pågår. I den forbindelse er det uttrykkelig slått fast i denne fortalens punkt 7 at motivet er å samle alle elektroniske kommunikasjonstjenester og elektroniske nettverk ”which are concerned with the conveyance of signals by wire, radio, optical or other electromagnetic means” under en og samme definisjon. For dette formål skal ”electronic communication network” erstatte den tidligere termen ”telecommunications network”. Dette er det samme kriterium som i direktiv 98/48/EC artikkel 1 benyttes for å definere termen ”Information Society service”.¹⁵³

Etter direktiv 2002/77/EC artikkel 1 forstås et ”electronic communication network” som overføringssystemer, rutingsutstyr og andre ressurser som muliggjør overføring av signaler gjennom kabel, radio, optisk overføring eller andre elektromagnetiske overføringsmåter. I den norske ekomlovens §1-5 er dette definert som et ” system for elektronisk kommunikasjon der radioutstyr, svitsjer, annet koplings- og dirigeringsutstyr, tilhørende utstyr eller funksjoner inngår. ” At elektroniske kommunikasjonsnettverk slik som beskrevet i direktiv 2002/77/EC og ekomloven må være omfattet av begrepet ”communication network” kan ikke være tvilsomt. Spørsmålet blir om begrepet vil være begrenset til en definisjon hvor dette defineres snevert teknologisk i forhold til fysisk maskinvare.

I de senere år har man sett en oppblomstring av tjenester hvor det benyttes en åpen telekommunikasjonsinfrastruktur, som eksempelvis Internett, for å tilby brukere tilgang

¹⁵⁰ Kommissjonsdirektiv 2002/77/EC av 16 September 2002 ”on competition in the markets for electronic communications networks and services” artikkel 1

¹⁵¹ Lov om elektronisk kommunikasjon av 04.07.03 nr. 83

¹⁵² EU kommisjonen har i sin The European Commission (1997): «Green paper on the convergence of the telecommunications, media and information sectors, and the implications for regulation». Definert konvergens slik: ”The ability of different network platforms to carry essentially similar kinds of services and the consequent coming together of consumer devices such as the telephone, television and personal computer”. Det norske konvergensutvalget valgte i NOU 1999:26 i stedet å dele konvergens inn i fire deler:

”tjenestekonvergens, nettverkskonvergens, terminalkonvergens og markedskonvergens.

¹⁵³ Se over punkt 5.2.4.1

til et virtuelt nettverk.¹⁵⁴ Svært mange bedrifter bruker i dag såkalte virtuelle private nettverk (VPN) hvor de ansatte kan få tilgang til bedriftens interne nettverk hjemmefra over en ordinær internettkobling.

5.7 Vil virtuelle nettverk være "communication networks" i direktivets forstand?

Virtuelle nettverk, som beskrevet ovenfor i punkt 3.6, fungerer for brukeren og for innholdet i tjenestene som tilbys gjennom dem på samme måte som om de var fysiske nettverk bestående av svitsjer, kabler og rutere. Kommunikasjonen gjennom slike virtuelle nettverk vil foregå gjennom et "electronic communication network" som beskrevet i direktiv 2002/77/EC. Spørsmålet er om disse virtuelle nettverk kan oppfattes som "communication networks" i seg selv, eller om de kun kan oppfattes som tjenester som tilbys innenfor rammen av et eksisterende fysisk nettverk.

EU kommisjonens terminologibase Eurodicautom, som er EUs base for forklaring og oversettelse av begreper,¹⁵⁵ synes å trekke i forskjellige retninger hva angår betydningen av begrepet. Denne databasen er ikke en uttømmende offisiell kilde for forståelsen av begreper, men er den basen som gir den beste veiledning i forståelsen av begreper EU domstolen ikke har gitt et innhold, all den tid den benyttes av EU kommisjonen i oversettelsesarbeidet for direktiver.

Eurodicautoms engelske definisjon av begrepet; "the assembly of functional units that establishes data circuits between data-terminal equipments", tyder på en restriktiv begrepsforståelse hvor "communication network" vil være begrenset til det faktiske fysiske nettverk, og således ekskludere de virtuelle nettverk.

Den engelske definisjonen samsvarer imidlertid dårlig med Eurodicautoms danske definisjon av begrepet, hvor den definisjonen lyder: "Et kommunikasjonsnet er et

¹⁵⁴ Se over punkt 3.6

¹⁵⁵ Eurodicautoms egen forklaring på sin posisjon er [Online] "Eurodicautom is the European Commissions multilingual term bank. When it was first set up in 1973 the development team drew upon the know-how and lexicographic material of two other tools available to Commission translators: Dicautom, a phrasal automatic dictionary launched in 1964, and Euroterm, a translation dictionary developed in 1962-68. The four original languages of Eurodicautom were Dutch, French, German and Italian, to which Danish and English were added in 1973, Greek in 1981, Portuguese and Spanish in 1986, and Finnish and Swedish in 1995. Latin is also present." Tilgang: <http://europa.eu.int/eurodicautom/Controller?ACTION=about> [Sist aksessert 07.11.03]

kompleks af forbundne kommunikationsprocesser mellem mere end to deltagere”. Denne definisjonen tyder på en mer utvidet forståelse av begrepet, hvor definisjonen også inkluderer virtuelle nettverk. Den danske forståelsen av begrepet synes også understøttet av basens tyske definisjon, hvor det heter ”ein Kommunikationsnetz ist ein Zusammenhang von aufeinander bezogenen Kommunikationsprozessen zwischen mehr als zwei Teilnehmern“.¹⁵⁶

Den store differansen mellom et virtuelt og et fysisk nettverk er hvorvidt det er etablert ved bruk av fysiske eller programvaremessige midler. For brukeren vil opplevelsen i mange henseende fortone seg nokså lik. En forståelse av begrepet tilsvarende Eurodicautoms engelske oversettelse vil samsvare best med en teknologispesifikk tilnærming til direktivets formuleringer, mens en forståelse som ligger nærmere opp mot den danske og tyske oversettelse av begrepet vil være mer teknologinøytral.

Etter e-handelsdirektivets fortale, og spesielt dennes første punkt, er målsettingen med Direktivet å sikre en fri bevegelse av informasjonssamfunnstjenester over landegrensene. For å kunne oppnå dette vil det klart være ønskelig med en så teknologinøytral lovgivning som mulig. E-handelsdirektivet ble derfor utformet med det for øye å tilstrebe teknologinøytralitet. Dette taler for å legge en definisjon som samsvarer med forståelsen i den tyske og danske oversettelsen til grunn.

I definisjonen på en informasjonssamfunnstjeneste ligger det avgjørende teknologiske krav, all den tid tjenesten må ha blitt tilgjengeliggjort ”by electronic means”. En forståelse av direktivets begrep ”communication network” som også inkluderer virtuelle kommunikasjonsnettverk vil ikke bryte med dette.

På bakgrunn av både formålsbetraktningene og de reelle hensyn som gjør seg gjeldende er det naturlig å konkludere med at også virtuelle nettverk vil omfattes av begrepet ”communication network” i Direktivet..

¹⁵⁶ Oversatt til norsk av meg lyder den tyske definisjonen da slik: ” Et kommunikasjonsnett består av flere

6 Introduksjon til Ansvarsfrihetsreglene slik de fremkommer i artiklene 12 – 14

Etter reglene i direktivets artikler 12 – 14 kan de tjenestetilbydere som tilbyr informasjonssamfunnstjenester bestående av ren overføring av data, midlertidig mellomlagring av data og nettværtskap for data nyte godt av ansvarsfrihet. Denne ansvarsfriheten gjelder for handlinger der formidlerne ellers ville kunne bli holdt ansvarlige enten som medvirkere eller selvstendige overtridere av straffebud, eller som erstatningsansvarlige. Ansvarsfrihetsreglene strekker seg til alle former for ansvar, og frir således både fra erstatningsbetingende og strafferettslig ansvar. Det er imidlertid klargjort i direktivets fortale punkt 8 at formålet med Direktivet ikke er å harmonisere reglene på strafferettens område som sådan, men kun å sikre fri bevegelse av informasjonssamfunnstjenester.

Artikkel 12 omhandler ren overføring av data, artikkel 13 midlertidig mellomlagring og artikkel 14 omhandler nettværtskap. Jeg skal behandle disse i den rekkefølge Direktivet behandler dem. Denne rekkefølgen er også den naturlige for informasjonssamfunnstjenester som karakteriseres av å være formidler for andres innhold. Jo mer automatisert prosessen er, og jo mer den har karakter av å kun passivt videreformidle andres innhold, dess mer beskyttelsesverdig er den i forhold til ansvar. Interaksjonen mellom formidler og innholdsleverandør blir stadig sterkere, dess mer formidlingsoppgaven får karakter av å være permanent vert for innholdsleverandøren i motsetning til å, for en kortere periode, mellomlagre eller bare rent overføre tjenestetilbyderens informasjon.

Skillet mellom de tre rollene en formidler kan påta seg har Direktivet i stor grad hentet fra den tyske multimedieloven fra 1997,¹⁵⁷ som skiller mellom informasjonstilbydere, nettværststilbydere og aksesstilbydere.

sammenknyttede kommunikasjonsprosesser med flere enn to deltakere”
¹⁵⁷ Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz -TDG) §5

Et eksempel fra et annet rettsområde, som kan bidra til å belyse forskjellen mellom grader av involvering fra tredjepartens side, vil være at Posten ikke vil kunne sies å ha ansvar for innholdet i de postsendinger som formidles.¹⁵⁸ Dette siden postens tjeneste er en ren viderebringning av gjenstanden fra sender til mottager. En utleier som leier ut en leilighet som benyttes til prostitusjon vil derimot, ved grov uaktsomhet etter straffelovens §202 første ledd litra b, kunne straffes for dette. I det førstnevnte tilfelle vil det ikke være naturlig å forestå noen undersøkelsesplikt. Forbindelsen mellom posten og sendere av pakker blir for fjern, mens det kontraktsmessige forhold som eksisterer mellom utleier og leietaker gjør det naturlig at utleier øver en viss kontroll angjeldende hvilket formål hans lokaler leies ut til.

Jeg skal i de følgende fire kapitler redegjøre for ansvarsfrihetsreglene i Direktivet. I kapittel 7 skal jeg behandle Direktivets ansvarsfrihetsbestemmelser om rene overførere av data. I kapittel 8 skal jeg behandle Direktivets bestemmelser om mellomlagrere av data. I kapittel 9 skal jeg så behandle Direktivets bestemmelser om ansvarsfrihet for dem som fungerer som nettvært for andres informasjon. Til slutt skal jeg i kapittel 10 vurdere om noen former for tjenester faller inn under direktivets virkeområde.

¹⁵⁸ Posten har dog etter lov av 29.11.1996, Lov om formidling av landsdekkende postsendinger (postloven) §10 rett til å undersøke postsendingen ved mistanke om at den inneholder ting det kan være farlig å sende.

7 Ren overføring av data – ”mere conduit”

Etter artikkel 12 i Direktivet er både informasjonssamfunnstjenester som består av overføring av informasjon innenfor et kommunikasjonsnettverk,¹⁵⁹ og det å tilby tilgang til et slikt nettverk, en tjeneste som faller inn under ansvarsfriheten som blir rene overførere av data til del. Også automatisk mellomlagring for overføringsformål faller inn under ansvarsfriheten i direktivets artikkel 12. Direktivets artikkel 12 er en absolutt ansvarsfrihetsregel dersom de oppstilte vilkår er oppfylt. Medlemsstatene er forpliktet til å sikre, ”shall ensure”, at formidleren ikke blir holdt ansvarlig. Dette begrenser den nasjonale regelfrihet.

Tankegangen bak at den rene overfører ikke skal kunne gjøres ansvarlig for den initielle overførers feil, er ikke ny med dette Direktivet. Tankegangen er et resultat av en lengre internasjonal rettsutvikling. Dette er en av de såkalte ”safe harbors” som ble innført i amerikansk rett i forbindelse med Digital Millennium Copyright Act.¹⁶⁰ DMCA hentet igjen konseptet ”mere conduit” fra rettspraksis etter den amerikanske Bankruptcy code section 550,¹⁶¹ hvor den som bare har foretatt overføring av dekningsløse sjekker ikke

¹⁵⁹ Se over punkt 5.6 for en vurdering av hva som faller innenfor begrepet ”communication network”.

¹⁶⁰ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998). – Digital Millennium Copyright Act. Det faller utenfor denne fremstillingen å redegjøre for alle de ”safe harbors DMCA stiller opp. Foren oversikt over disse se [Online] Radcliffe, Mark ”The Digital Millennium Copyright Act” Tilgang: http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00051/005356/title/Subject/topic/Computers%20%20Technology%20Law_Internet/filename/computerstechnologylaw_1_79 [Sist aksessert 07.11.03]

¹⁶¹ 11 U.S.C. §§550(a)(1) og (2)

kan holdes ansvarlig for dette om denne kan vise at vedkommendes rolle kun har vært som ren overfører på egne av tredjepart.¹⁶²

Artikkel 12 første ledd gjør tjenestetilbyderen ansvarsfri på visse vilkår, om han enten tilbyr adgang til, eller overfører data i, et kommunikasjonsnettverk. Jeg skal undersøke det nærmere innhold i dette. Med mindre dette eksplisitt problematiseres for en bestemt type tjeneste, ligger det som en forutsetning for drøftelsen at den angjeldende tjenesten vanligvis ytes mot vederlag, ytes på avstand, ytes på individuell forespørsel fra tjenestemottager og ved bruk av teknologiske midler, og således er en informasjonssamfunnstjeneste.

De ansvarsfrihetsregler som er fastlagt i direktivets artikkel 12 første ledd er alternative. Dette innebærer at det er tilstrekkelig å oppfylle et av dem for at ansvarsfrihet vil bli resultatet. Det er altså tilstrekkelig at man enten tilbyr tilgang til et kommunikasjonsnettverk, eller at man besørger overføring på dette nett. Etter annet ledd vil ren videreføring også omfatte en mellomlagring som er kortvarig og kun tjener til utførelse av overføring på kommunikasjonsnettet.

7.1 Problemstillingene i dette kapitlet

I dette kapitlet skal jeg redegjøre for de krav som stilles opp i Direktivet artikkel 12 for å kunne innrømmes ansvarsfrihet som ”mere conduit”. Etter først å ha klarlagt hvilket innholdsmessig krav som kan stilles til den informasjonen som overføres, skal jeg ta stilling til hva som ligger i Direktivets begreper ”provision of access to” og ”transmission in” et kommunikasjonsnettverk. Etter å ha klarlagt dette vil jeg videre undersøke hvilke begrensninger som oppstilles for ansvarsfrihet, samt hva som ligger i utvidelsen av ansvarsfrihet til ”automatic, intermediate and transient storage”.

¹⁶² Den vesentlige avgjørelsen her er re Fabric Buys of Jericho, Inc., 33 B.R. 334 (Bankr. S.D.N.Y. 1983).

7.2 Hvilket krav stiller direktivets artikkel 12 til innholdet i den kommunikasjon som formidles?

For at overfører skal innrømmes ansvarsfrihet, stiller artikkel 12 første ledd første komma, krav om at den informasjon som mellomlagres er ”provided by the recipient of the service”. Dette innebærer at formidleren ikke kan påberope seg å være ren overfører når det er sin egen informasjon vedkommende overfører.

Det er som tidligere vist ikke slik at begrepet tjenestemottager er begrenset til sluttbruker.¹⁶³ Dette innebærer at alle aktører rundt formidleren kan tre inn i rollen som tjenestemottager i forhold til den informasjonssamfunnstjeneste som formidles.

Kravet til innhold i den kommunikasjonen som formidles kan derfor konkretiseres til at innholdet må være brakt til veie av andre enn tjenesteoperatøren selv.

7.3 Hva ligger i direktivets formuleringer “transmission in” og ”provision of access to” et kommunikasjonsnettverk?¹⁶⁴

Den første gruppen av ansvarsfrie etter artikkel 12 første ledd er de som forestår overføring av informasjon i et kommunikasjonsnettverk. Det tenkes her primært på den klassiske gruppe av rene overførere, nemlig de som overfører informasjon fra tredjemann til tredjemann uten selv å ha noen annen rolle enn å være ren overfører. Et typisk eksempel på en slik aktør vil være et selskap som Global Crossing Ltd.,¹⁶⁵ som tilbyr undersjøisk kabling for å knytte sammen elektroniske kommunikasjonsystemer i Europa og USA. Deres virksomhet er ennå mer passiv og tilbaketrukket enn den virksomhet en aksessleverandør vil gi, all den tid en slik tilbyder av infrastruktur i de fleste tilfeller ikke en gang vil ha et direkte kontraktmessig forhold til den tredjepart som produserer det ansvarsbetingende innhold.

Den andre gruppen av ansvarsfrie etter artikkel 12 er de som tilbyr aksess til et kommunikasjonsnettverk. Av dem som faller innenfor dette, vil den største gruppen

¹⁶³ Se ovenfor punkt 5.2.4.3

¹⁶⁴ For en avklaring av begrepet kommunikasjonsnettverk se ovenfor punkt 5.6

¹⁶⁵ Om Global Crossings virksomhet se [Online] Tilgang: <http://www.globalcrossing.com/xml/index.xml> [Sist aksertert 07.11.03]

inneha rollen som tradisjonell aksessleverandør.¹⁶⁶ Denne gruppen tilbyr en teknisk aksess til et lukket eller åpent nettverk, gjennom radiooverføring eller kabler. At rollegruppen aksessleverandør faller innenfor virkeområdet av artikkel 12 er selvsagt, og det er i hovedsak disse man har hatt som målgruppe ved utformingen av bestemmelsen.

For et virtuelt kommunikasjonsnettverk vil rollene som tilbyder av overføring i og aksess til dette nettverket i stor grad konvergere. For den underliggende trafikk vil aksessleverandøren til det fysiske nettverket falle inn i en rolle som ren overfører.

7.4 Hvilke begrensninger oppstiller artikkel 12 første ledd for ansvarsfrihet?

Det oppstilles i artikkelens første ledd litra a – c også noen tilleggskrav for at en aktør skal kunne være omfattet av ansvarsfriheten. Disse tilleggskravene har i stor grad karakter av å være presiseringer av utgangspunktet om at det er den passive og automatiske overføring av data som skal være ansvarsfri. Begrensningene relaterer seg godt til ansvarsfrihetsreglenes formål og den opprinnelige definisjonen av begrepet informasjonssamfunnstjeneste.

For det første kan, etter første ledd litra a, ikke den som tilbyr en informasjonssamfunnstjeneste bestående av overføring i eller tilgang til et kommunikasjonsnettverk selv igangsette overføringene. Denne begrensningen er begrunnet i det forhold at bestemmelsen er rettet mot den som er overfører av tredjeparts kommunikasjon. Igangsetter tilbyderen selv kommunikasjonen har han forlatt den rollen, og blitt en deltagende aktør. Dette innebærer at tjenestetilbyderen ikke skal være den som foretar valget om hvorvidt en overføring skal skje. Det at en tilbyder automatisk igangsetter en overføring etter å ha mottatt en forespørsel fra tjenestemottager innebærer ikke at han har igangsatt overføringen i direktivets forstand.

For det andre vil ansvarsfriheten etter litra b ikke omfatte den formidler som selv velger ut mottageren av informasjonen. Dette er en begrensning i forhold til tjenestetilbyderens

¹⁶⁶ Aksessleverandører faller innenfor rollegruppen Teknologisk infrastruktur som

adgang til å foreta noe aktivt. Denne begrensningen vil ikke innebære at en tilbyder har mistet sin ansvarsfrihet om han eksempelvis velger ut mottagere som en automatisk respons på en tjenestemottagers forespørsel når denne tjenestemottageren initierer kommunikasjonen. Eksempel på dette er når en bruker sender en elektronisk post som skal til en e-postgruppe.

For det tredje oppstiller litra c en mer omfattende begrensning i ansvarsfriheten ved å klarlegge at det ikke bare er det å velge ut om informasjonen i det hele tatt skal skje eller å velge ut mottageren av informasjonen som ekskluderer ansvarsfrihet for formidleren. Etter litra c er det slik at utvelgelse og endring av selve informasjonen også innebærer et bortfall av ansvarsfriheten. Spørsmålet i forhold til litra c blir hva som ligger i utvelgelse og endring av selve informasjonen.

Direktivets fortale punkt 43 klargjør modifikasjonskriteriet noe. Det fastlegges at aktøren ikke på noen måte skal være involvert i den informasjonen han formidler. Dette innebærer et krav til at han ikke kan endre på den informasjonen han sender videre. Begrunnelsen for restriksjonene i forhold til endring medfører imidlertid at man også her, i likhet med der hvor tilbyderen velger om han skal initiere overføringen eller velger ut hvem den skal gå til, må trå tilbake til ansvarsfriheten der hvor endringene ikke er av en slik karakter at de gjør tilbyderen involvert i den informasjonen han sender. Fortalens punkt 43 inneholder derfor en begrensning hvor det klargjøres at unntaket for endring av informasjonen ikke omfatter de endringer i informasjonen som foretas av tekniske årsaker under overføring av data. Dette med den begrunnelse at slik endring ikke endrer informasjonens integritet.

7.4.1 Vil ansvarsfriheten omfatte situasjoner hvor uønsket kommunikasjon automatisk filtreres bort?

Det er en rekke tekniske tiltak som kan gjøres for å muliggjøre, sikre og effektivisere transmisjonen. Dette kan dreie seg om å foreta tekniske tilpassinger både av kapasitetsmessige og av sikkerhetsmessige årsaker. Eksempler på dette kan være å forhindre e-postmeldinger som er over en gitt størrelse eller som inneholder virus å

komme frem til mottageren. Det å foreta en slik objektiv teknisk filtrering kan neppe sies å gjøre tjenestetilbyderen involvert i den informasjonen som overføres.

Noe tvilsomt kan det være om filtrering av uønsket e-post, for eksempel i form av reklame, kan være en involvering som utelukker ansvarsfrihet. Dette vil endre integriteten på det fremkomne, ved å basere utvelgelsen av hvilke e-postmeldinger som skal komme frem til mottager, nettopp på det innhold ansvarsfrihetsreglenes lovgrunn baserer seg på at den rene overfører ikke vil ha kjennskap til. Imidlertid er dette en type filtrering som ikke er basert på en vurdering av innholdets karakter eller sømmelighet, men på sannsynligheter for at brukeren faktisk ønsker å motta den formidlede informasjon. Det er også en filtrering som vil være forespurt av tjenestemottageren selv, og utvelgelsen vil være basert på tjenestemottagerens preferanser. Motivasjonen for en filtrering er heller ikke å endre på eller påvirke kommunikasjonens innhold, men å gjøre e-posttjenesten og overføring av data mer effektiv. I direktivets fortale punkt 30 uttales: ” the setting up of appropriate industry filtering initiatives should be encouraged and facilitated”. Det ville samsvare svært dårlig med denne uttalte målsetting om tjenestetilbyderne gjennom å starte en slik filtrering også skulle stille seg selv utenfor en ansvarsfrihet. Det synes derfor å ha de beste grunner for seg å konkludere med at en filtrering av uønsket kommunikasjon ikke ekskluderer ansvarsfrihet så fremt det er tjenestemottageren som forespør filtreringen.

7.4.2 Vil ansvarsfriheten omfatte transformering av innhold fra en plattform til en annen?

En annen endring av informasjonen som vil foretas av en tjenestetilbyder er konvertering av innhold fra en plattform til en annen. Typisk her vil være det å underveis i overføringen omgjøre informasjon som opprinnelig var ment for å formidles til en type terminal, til informasjon som kan formidles til andre terminaltyper. Dette vil eksempelvis være tilfelle hvor internettsider gjennom nettverket krympes for å gjøre dem lesbare på en PDA¹⁶⁷ eller en mobiltelefon. Denne typen oversetting vil medføre både en utvelgelse av informasjonen ved at tung grafikk lite egnet for fremvisning på mindre enheter vil bli filtrert bort, samtidig som innhold i form av tekst ofte av

¹⁶⁷ Personal Digital Assistant. En lommedatamaskin.

plassmessige hensyn vil bli delt opp i mindre pakker. Spørsmålet blir om en slik type endring av innholdet vil endre innholdets integritet i direktivets forstand.

Det vil i slike tilfeller være tjenestemottageren som forespør innholdet i det endrede format som det presenteres i. Han vil ikke be om innhold i en variant og deretter motta noe annet. Den endring av innholdet som gjøres er således ikke en endring tjenestetilbyderen har initiert. Tjenestetilbyderen vil heller ikke involvere seg i innholdets meningsinnhold, men kun i dets presentasjon for tjenestemottageren. Etter direktivets fortale punkt 42 er det et vilkår for at man skal kunne innrømme ansvarsfrihet etter direktivets minimumsregler at tjenestetilbyderen verken skal ha kunnskap om eller kontroll over den informasjonen som blir overført, og at tjenestetilbyderens rolle skal være av en teknisk, automatisk og passiv natur. En teknisk transformasjon for å kunne presentere data for andre terminaler vil være av en slik natur. Den endring av innholdet som finner sted i forbindelse med en slik automatisk teknisk tilretteleggelse av innholdets presentasjonsform vil ikke endre den presumsjon som ligger til grunn for ansvarsfriheten slik den er uttrykt i direktivets fortale punkt 42: "that the information society service provider has neither knowledge nor control over the information which is transmitted or stored." Det tjenestetilbyderen endrer på er ikke selve informasjonen men dets presentasjonsform.

En endring av innholdets presentasjonsform når det gjøres for å tilgjengeliggjøre informasjonen for andre terminaler må derfor ses som en endring av det som direktivets fortale punkt 43 omtaler som en endring av en ren teknisk natur. Konklusjonen må derfor bli at slike endringer ikke medfører at ansvarsfriheten bortfaller.

7.4.3 Vil ansvarsfriheten omfatte tilføyelser til informasjon som formidles på oppdrag av tjenestemottager?

Et tvilsspørsmål er om formidler har anledning til innenfor rammen av ansvarsfriheten å føye eget innhold til den informasjon som formidles. Dette vil være informasjon som knyttes til den informasjon som overføres. Det kan være informasjon om prising og andre meldinger om tjenesten, eller det kan være kommersiell informasjon, eksempelvis om formidlerens produkter.

Avgjørende her må bli hvordan informasjonen tilføyes. Bakgrunnen for tredelingen mellom ren videreformidling, midlertidig mellomlagring og nettvirksomhet er i stor grad grunnet i en nærhetsbetraktning, hvor den rene videreformidler ikke har den nærhet som skal til for å kunne pådra seg ansvar. Det er lett å komme i en situasjon hvor tilføyelser til andres innhold kan komme dit hen at de vil være i strid med denne forutsetningen.

En tilføyelse av kommersiell eller annen informasjon i tjenestemottagerens grensesnitt, eksempelvis som et reklamebanner, vil ikke innebære en endring av den informasjon innholdsleverandøren formidler.

I direktivets fortale punkt 43 er det klart at grunnlaget for ansvarsfriheten rokkes dersom den endring av den oversendte informasjon som foretas strekker seg lengre enn en rent teknisk manipulasjon. Det sentrale moment som fremkommer av fortalens punkter 42 og 43 er imidlertid, som nevnt over, hvorvidt endringen i informasjonen gjør formidleren involvert i informasjonen. Så lenge den informasjon som tilføyes tilføyes på en automatisk, passiv og rent teknisk måte må konklusjonen være at dette ikke er en endring av informasjonen som involverer formidleren i denne på en slik måte at ansvarsfriheten opphører.¹⁶⁸

Imidlertid vil dette ikke være tilfelle dersom tjenesteyters informasjon tillegges manuelt, slik som for eksempel ville være tilfelle om tjenesteyter påtok seg å sende ut e-post fra innholdsleverandøren, etter først å ha tilføyet sin kontaktinformasjon. I en slik situasjon ville tjenesteyteren tre ut av sin rolle som ren videreformidler, og selektivt og manuelt vurdere den informasjon som skulle sendes ut.

¹⁶⁸ Slik også Balstad avsnitt 2.4.4

7.4.4 Vil ansvarsfriheten omfatte tiltak for å effektivisere transmisjonen på oppdrag av andre?

Problemstillingen er om det, under forutsetning av at formidleren handler på oppdrag av andre og uten å påvirke det innhold som formidles, vil være mulig, innenfor rammen av direktivets ansvarsfrihet, å tilby tjenestemottager formidlingstjenester.¹⁶⁹

En slik formidlingstjeneste vil eksempelvis være om formidleren tilbyr effektiv utvelgelse av mottagere for kommersiell kommunikasjon ved å levere demografiske data eller profilverktøy angående sine tjenestemottagere. Dette kan eksempelvis være en tjeneste hvor innholdsleverandører tilbys å rette innhold utelukkende mot de som er oppkoblet fra en bestemt del av landet eller fra en bestemt aldersgruppe.

Utvelgelsen av mottagere vil her skje på kundens anmodning. Formidlerens rolle vil her være begrenset til å gjøre treffsikkerheten i kommunikasjonen bedre. Det faktum at en formidler også tilbyr profilverktøy og demografiske data er ikke i seg selv grunn nok til å konkludere med at han har forlatt rollen som ren overfører av informasjon i sitt nettverk. De som tilbyr denne typen demografiske data uten å være overførere vil ikke kunne bli ansvarlige for innholdet i den kommunikasjon som sendes ut. Det er ikke noen grunn til å vurdere en leverandør av profilverktøy strengere, utelukkende fordi han også er formidler av overføring i et nettverk

Problemstillingen kommer når dette omgjøres til rene seleksjonsprosesser, hvor formidleren tilbyr innholdsleverandører å skreddersy kommunikasjon til spesifikke målgrupper etter demografiske kriterier.

Etter direktivets fortale punkt 42 er det den aktivitet som er av en teknisk, automatisk og passiv natur som gir den presumsjon om mangel på kunnskap og kontroll som er nødvendig for at ansvarsfriheten skal være i behold. Selv om utvelgelsesprosessen, basert på de demografiske data, både vil være av en teknisk og automatisk art, vil det være mer tvilsomt hvorvidt den kan karakteriseres som passiv. Den utvelgelse av mottagere tjenesteyteren foretar på vegne av innholdsleverandøren vil være av en slik

¹⁶⁹ Problemstillingen reises av Telenor i deres høringsuttalelse til Nærings- og Handelsdepartementet om innføringen av ansvarsfrihetsreglene i Lov om elektronisk handel datert 31.05.2001.

art at den muliggjør direkte skreddersydde budskap. Dette vil være basert på en aktiv integrasjon mellom innholdsleverandøren og formidleren hvorved formidleren får en kunnskap om hvilke typer målgrupper innholdsleverandøren retter sin kommunikasjon mot. Det at formidleren har denne kunnskapen samsvarer ikke med den forutsetning som ligger i direktivets fortale punkt 42 om at formidleren verken har kunnskap om, eller kontroll over, den kommunikasjon som formidles. Det ville fortone seg som lite i samsvar med direktivets uttalte intensjon om en formidler av informasjonssamfunnstjenester kunne defineres som ren formidler i en situasjon hvor tjenestetilbyderen tilbyr profilering basert på alder til en innholdsleverandør som leverer innhold som legalt er begrenset til et voksent publikum.

Konklusjonen må derfor være at den formidler av informasjonssamfunnstjenester som tilbyr profileringsverktøy, hvis funksjon er en direkte utvelgelse av mottageren på bakgrunn av innsamlede data om tjenestemottageren, ikke kan være ansvarsfri etter direktivets artikkel 12. At formidleren som sådan tilbyr profileringsverktøy som en del av vedkommendes produktportefølje kan imidlertid ikke i seg selv være tilstrekkelig for å unnta formidleren fra ansvarsfrihet.

7.5 Hva ligger i artikkel 12 annet ledds aksept for "automatic, intermediate and transient storage"?

Etter artikkel 12 annet ledd omfatter, på visse vilkår, den ansvarsfrihet som innrømmes rene overførere også det Direktivet kaller "automatic, intermediate and transient storage", altså en form for mellomlagring. Mellomlagring er også omfattet av direktivets artikkel 13 men den ansvarsfrihet som innrømmes etter artikkel 13 er mindre omfattende enn den ansvarsfrihet som innrømmes etter artikkel 12 siden artikkel 12 er en absolutt ansvarsfrihetsregel mens artikkel 13 innebærer noen handlingsplikter for mellomlagereren.

Mellomlagringsregelen i artikkel 12 annet ledd stiller krav både til mellomlagringens art, til dens formål og til dens varighet. Jeg skal fastlegge grensen for disse i denne rekkefølge.

7.5.1 Hvilke krav stiller artikkel 12 annet ledd til mellomlagringens art?

For å være omfattet av ansvarsfriheten etter artikkel 12 annet ledd må mellomlagringen for det første være automatisk. Dette er en referanse til at mellomlagringen skal være noe som opptrer gjennom ordinær og vanlig benyttelse av teknologi. En slik ordinær og vanlig benyttelse står i motsetning til en mellomlagring som er et resultat av et bevisst valg hos tjenestetilbyderen.

For det annet må mellomlagringen kun være mellomliggende. Lagringen er mellomliggende når denne skjer som et ledd i overføringen av data. Mellomlagringen må skje i nettverket, et sted mellom der hvor informasjonen opprinnelig ble gjort tilgjengelig og der hvor tjenestemottager som til slutt skal benytte seg av den befinner seg.

For det tredje kan ikke lagringen være av annen art enn det artikkelen karakteriserer som ”transient”.¹⁷⁰ I den danske versjonen av Direktivet er uttrykket ”kortvarig” benyttet. Denne forståelsen innebærer at det er et kriterium at mellomlagringen ikke har noen karakter av å være en varig aksess til informasjon, men kun er en situasjon som oppstår i forbindelse med overføringen, eksempelvis ved oversetting av informasjon fra en plattform til en annen som beskrevet ovenfor i punkt 7.4.2. Man vil typisk være utenfor rammen av en slik flyktig lagring om dataene legges slik at de skal hentes fra det mellomlagrede og ikke direkte fra utgangspunktet. Man vil da være over i den situasjon som dekkes av mellomlagring i direktivets artikkel 13.

7.5.2 Hvilke krav stiller artikkel 12 annet ledd til mellomlagringens formål?

Etter artikkel 12 annet ledd klargjøres at en mellomlagring for å kunne falle innenfor rammene av ansvarsfriheten skal foretas ”for the sole purpose of carrying out the transmission”. Dette er et klart krav til hvilket formål mellomlagringen kan ha. Kravet innebærer at det kun er lagring som skjer under overføring, og ikke tjener noen andre formål enn å foreta selve overføringen, som vil være omfattet av ansvarsfrihetsregelen. Dette vil ikke omfatte kopier tjenestetilbyderen lager av informasjonen for å gjøre denne

¹⁷⁰ I den norske ordboken Clue er ”transient” oversatt som det noe mer dekkende ”forbigående, flyktig, lagringsflyktig”.

tilgjengelig for etterfølgende tjenestemottagere. Mellomlagring med et slikt formål vil omfattes av artikkel 13.

7.5.3 Hvilke krav stiller artikkel 12 annet ledd til mellomlagringens varighet?

For å være omfattet av ansvarsfriheten etter artikkel 12 annet ledd er det en forutsetning at varigheten på lagringen ikke overstiger det som med rimelighet kan anses nødvendig. Den konkrete grensedragning for hva som kan anses som rimelig i forhold til nødvendigheten kan være vanskelig i praksis, men må basere seg på kravene til lagringens art. Artikkelen gjør det tidligere klart at lagringen for å kunne sies å være omfattet av artikkel 12 må være av en flyktig eller kortvarig art.¹⁷¹ Dette må også være retningsgivende for tolkningen av hva som med rimelighet kan aksepteres når det gjelder lagringsperiode. Dette taler klart for at lagring som fortsetter etter at selve overføringen er avsluttet ikke kan sies å være omfattet av artikkel 12. Slik restinformasjon, som eksempelvis kan skyldes at tjenesteoperatøren benytter en teknologi som ikke rydder opp etter at en mellomlagring har funnet sted, kan ikke være beskyttet av artikkel 12.

8 Midlertidig mellomlagring – Caching

8.1 Problemstillingene i dette kapittelet

Direktivets artikkel 13 gjør det klart at hvis en informasjonssamfunnstjeneste omfatter automatisk, mellomliggende og midlertidig lagring av informasjon ved overføring i et kommunikasjonsnettverk så kan mellomlageren være ansvarsfri under gitte vilkår. Denne bestemmelsen er i likhet med artikkel 12 en absolutt ansvarsfrihetsregel når vilkårene er oppfylt. Medlemsstatene skal besørge at tjenestetilbyderen ikke blir ansvarlig for den mellomlagrede informasjon.

¹⁷¹ Se over punkt 7.5.1.

For at ansvarsfrihet skal kunne komme på tale må det dreie seg om en informasjonssamfunnstjeneste.¹⁷² Denne informasjonssamfunnstjenesten må være formidlet i et kommunikasjonsnettverk.¹⁷³ I tillegg til dette må innholdet være brakt til veie av andre enn den som foretar mellomlagringen.¹⁷⁴ Det er ikke noe i disse to kravene som skiller seg fra drøftelsene over og jeg henviser til dem.

Jeg skal i dette kapittelet behandle de krav som stilles for at mellomlagrer skal kunne være ansvarsfri. Disse krav relaterer seg til mellomlagringens art, mellomlagringens formål og til mellomlagerens handlemåte. Jeg skal i det behandle dem i denne rekkefølge.

8.2 Hvilke krav stiller direktivets artikkel 13 til mellomlagringens art?

For at mellomlagring skal kunne være ansvarsfri etter artikkel 13 stilles det krav om at lagringen skal være automatisk, mellomliggende og midlertidig. Dette kravet minner i sin ordlyd mye om det krav som stilles i artikkel 12. For de to vilkår at mellomlagringen skal være automatisk og mellomliggende er det heller ikke intensjonen at de skal forstås forskjellig fra det som ligger i de tilsvarende begrepene i artikkel 12. Jeg henviser derfor til drøftelsen av disse i punkt 7.5.1 ovenfor.

Spørsmålet blir hva som må legges i direktivets ”temporary storage”. Begrepet må for å gi mening både avgrenses oppad og nedad.

Avgrenset oppad må dette bety at en lagring av informasjonen ikke kan være permanent. Det er relativt vanlig at tjenestetilbydere setter opp såkalt ”mirror caching” hvor hele nettstedet eller større nedlastbare informasjonsbiter kopieres for at brukerne skal kunne laste ned disse fra et sted som er nærmere dem selv.¹⁷⁵ Ved en slik mirror caching eller speiling vil det ikke være intensjonen at en slik mellomlagring skal være midlertidig. Den som velger å være vert for en slik speiling har mer til felles med

¹⁷² Se over punkt 5.2.

¹⁷³ Se over punkt 5.6

¹⁷⁴ Tilsvarende for artikkel 12 se ovenfor punkt 7.2

en ordinær nettvært enn med en mellomlagerer og må falle inn under de regler som gjelder for ansvarsfrihet for disse.

Nedad må "temporary" eller midlertidig mellomlagring avgrenses mot begrepet "transient" eller kortvarig/flyktig i direktivets artikkel 12. Er mellomlagringens karakter flyktig vil den kunne falle inn under artikkel 12s virkeområde. Dette ville medføre en mer omfattende ansvarsfrihet enn det artikkel 13 legger opp til. Den karakteristikk som klart skille de to formene for mellomlagring fra hverandre er at den flyktige mellomlagring er en lagring som oppstår i forbindelse med selve overføringen og som forsvinner i forbindelse med denne. Den midlertidige mellomlagring vil derimot eksistere lengre enn selve overføringen og ikke forsvinne uten at tjenestetilbyderen enten automatisk eller manuelt foretar en fjerning av denne.

Direktivets krav til mellomlagringens art er altså at den i tillegg til å være automatisk og mellomliggende skal være av en varighet som er lengre enn en rent spontan og flyktig lagring mens den likevel er midlertidig.

8.3 Hvilke krav stiller direktivets artikkel 13 til mellomlagringens formål?

For at mellomlagringen skal kunne være omfattet av den ansvarsfrihet som innrømmes i artikkel 13 kreves det at den mellomlagringen som foretas skal ha som sitt eneste formål å effektivisere informasjonens videre overførsel.

Ordlyden i Direktivet er "the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission".

Kravet om mellomlagringens formål er noe annerledes enn det tilsvarende krav i artikkel 12. Etter artikkel 12 er kravet at formålet skal være å gjennomføre selve overføringen.¹⁷⁶ Det er imidlertid den videre overføring av data fra mellomlagringstidspunktet som er kravet i artikkel 13. I den danske direktivteksten er dette formulert som å "gøre senere transmission af informationen [...] mere effektiv". Det er klart at denne formålsbetraktningen går videre enn formuleringen i artikkel 12.

¹⁷⁵Verdens største markeds plass for privatprodusert programvare Tucows som i utgangspunktet er basert i USA har en slik form for speiling hvor i Norge Telenor Online er tilbydere av et spill og Ringnett er tilbydere av et annet. Se [Online] Tilgang: <http://www.tucows.com> [Sist aksessert 07.11.03]

Det at det er den videre overføring og ikke selve det å gjennomføre overføringen som skal gjøres mer effektivt er det ikke her problematisk at den forespørsel om tjenesten som etter Direktivet må komme fra tjenestemottager kommer direkte til den mellomlagrende enhet. Dette er vanlig ved midlertidig mellomlagring ved såkalt proxy caching. Hvor informasjonen mellomlagres på en server i aksessleverandørens nett slik at nedlasting av innhold skal gå raskere. Det er denne typen proxy caching bestemmelsen i utgangspunktet er myntet på.

Kravet innebærer at mellomlagring av informasjon for andre formål enn det å forenkle og forbedre selve overføringen av data ikke kan omfattes av artikkel 13. Dette vil for eksempel gjelde mellomlagring som har som formål å holde flyktig innhold som eksempelvis innholdet i en chattetjeneste tilgjengelig i lengre tid eller midlertidig mellomlagring med det formål å få ut informasjon om innholdet eksempelvis til statistisk bruk.

Det krav direktivets artikkel 13 stiller til mellomlagringens formål er etter dette at mellomlagringen utelukkende skal foretas for å tjene det formål å gjøre videreformidlingen av informasjonen mer effektiv.

8.4 Hvilke begrensninger basert på tjenesteyters handlemåte oppstiller artikkel 13 for ansvarsfrihet?

For at ansvarsfriheten skal være i behold etter artikkel 13 oppstilles noen krav i artikkelens første ledd litra a- e. Kravene til mellomlagerens handlemåte går lengre enn kravene til den rene overfører i artikkel 12 litra a – c. Jeg skal behandle kravene til tjenesteyters handlemåte i den rekkefølge de stilles opp i artikkelen.

¹⁷⁶ Se over punkt 7.5.2.

8.4.1 Hva innebærer kravet i artikkel 13 første ledd litra a om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten ikke kan endre på informasjonen?

Etter artikkel 13 første ledd litra a er det et krav for at ansvarsfriheten etter artikkel 13 skal være i behold at tjenestetilbyderen ikke endrer den informasjon som mellomlagres. Han skal etter direktivets tekst ”not modify the information”. Dette er for en stor del det samme vilkåret som gjelder i artikkel 12 første ledd litra c og det henvises i det til drøftingen av dette over.

Imidlertid er den begrensning som ligger i artikkel 12 første ledd litra c mot at tjenesteleverandøren ikke kan velge ut informasjonen som overføres er ikke tatt med i artikkel 13 om mellomlagring. Dette er en naturlig konsekvens av nettopp at en slik situasjon vil innebære en valgsituasjon. En mellomlagerer kan ikke mellomlagre all informasjon tjenestemottagerne i hans nett vil ønske å skaffe seg tilgang til. Dette ville ikke være hensiktsmessig for den funksjon tjenesteleverandøren har, legge beslag på enorm lagringskapasitet og i de fleste tilfeller heller ikke være teknisk mulig. En viss grad av utvelgelse må derfor til en hver tid skje.

Spørsmålet blir derfor når utvelgelsen av den informasjon som skal mellomlagres blir av en slik art at den vil medføre en endring av informasjonen som vil gå over grensen for den ansvarsfrihet som innrømmes av artikkel 13. En utvelgelse av informasjon kan være så vidt omfattende at den i realiteten endrer innholdet i den informasjon som blir overført.

Hvilken informasjon som skal mellomlagres kan velges ut på bakgrunn av mange forskjellige kriterier. Det kan være på basis av opprinnelsessted, størrelsen på informasjonen, eller informasjonens innhold. En seleksjon av informasjonen kan være en utvelgelse av hele den informasjon som mellomlagres eller en utvelgelse av deler av den.

En naturlig språklig forståelse av begrepet ”modify” sammenholdt med direktivets forale punkt 43, hvor det avgrenses mot endringer som foretas av rent tekniske årsaker, da disse ikke endrer informasjonens integritet, må innebære at det er endringer som på en eller annen måte foretar en forandring i informasjonens art som er omfattet av

begrensningen. Forandringer som ikke påvirker informasjonens integritet vil da ikke være endringer som kan medføre ansvarsgjennombrudd.

Balstad stiller dette spørsmålet ved å problematisere hvorvidt kravene for ansvarsfrihet er oppfylt dersom tilbyderer av proxy cachingtjenester installerer et teknologisk filter som siler ut innhold som er ulovlig eller krenkende.¹⁷⁷ Dette er imidlertid en problemstilling som ikke tar tak i kjernen av problemet nemlig om det har blitt foretatt en endring i informasjonen. Krenkende eller ulovlig innhold kan filtreres bort på mange måter rent teknisk og det vil være hvordan denne filtreringen foretas som vil være avgjørende for om informasjonen vil være endret i direktivets forstand ikke om den overhodet gjøres. En filtrering eller utvelgelse som stopper eller slipper gjennom for mellomlagring all informasjon fra en tjenestemottager¹⁷⁸ vil ikke endre integriteten til den informasjonen som mellomlagres uansett hva som er motivet for utvelgelsen.

Mer problematisk blir det der hvor utvelgelsen skjer ved at deler av en informasjon mellomlagres. Dette kan skje ved at det foretas en utvelgelse basert på visse kriterier innenfor rammen av informasjonen som overføres. Eksempelvis kan informasjonens tekst gjennomføres for bestemte ord eller mønstre av billedform som deretter kan velges bort ved overføringen. Den informasjon som da kommer frem til mottageren kan da skille seg i betydelig grad fra den informasjon som ble forespurt. En slik endring vil neppe kunne rettferdiggjøres innenfor rammen av den presumsjon som ligger i direktivets fortale punkt 42 om at tjenestetilbyderen ”has neither knowledge of nor control over the information which is stored”.

I fortalens punkt 42 er gjeldet videre kravet om at tjenestetilbyderen skal være ”in no way involved” med den informasjonen som mellomlagres. Dette kan neppe kunne sies å være oppfylt der hvor deler av kommunikasjonen velges bort på bakgrunn av karakteristika med dette konkrete innholdet.

Etter dette må konklusjonen være at tjenestetilbyderen har overtrådt grensen for å ha endret på informasjonen som beskrevet i artikkel 13 første ledd når han velger bort

¹⁷⁷ Balstad avsnitt 2.6.4

¹⁷⁸ Tjenestemottager i denne sammenheng i betydningen den som ønsker å tilgjengeliggjøre informasjon.

enkeltbestanddeler av en informasjon slik at innholdet kommer frem til tjenestemottageren på en annen måte enn det fremsto hos innholdsleverandøren.

8.4.2 Hva innebærer kravet i artikkel 13 første ledd litra b om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten må overholde betingelsene for adgang til informasjonen?

Etter artikkel 13 første ledd litra b er det et krav at tjenestetilbyderen ”complies with conditions on access to the information”. Krav for tilgang til informasjonen for mellomlagring kan være at tjenestemottagere må oppgi et bestemt passord for å kunne benytte seg av den mellomlagrede tjeneste, betale for tilgang til informasjonen eller oppgi personopplysninger. For at slike krav til tjenestemottagerne skal kunne ha en reell betydning må de gjelde lik fullt for den informasjon som aksesseres gjennom en informasjonssamfunnstjeneste som består av mellomlagring.

Dette vilkåret har en praktisk betydning for ansvarsfrihet når det gjelder spredning av informasjon. Mye av den informasjon som kan anses som skadelig på Internett er ikke nødvendigvis ulovlig for alle og i alle tilfelle ikke nødvendigvis ulovlig overalt. Dette kan den opprinnelige innholdsleverandør ha tatt hensyn til gjennom å installere en kontrollmekanisme for aksess basert på eksempelvis alder eller geografisk lokasjon.

Selv om denne aksesskontroll ikke respekteres vil mellomlageren likevel ikke ha kunnskap om eller kontroll over den informasjonen den har lagret. Tvert i mot kan dette nettopp være en indikasjon på at kontrollen og kunnskapen ikke er tilstede. Litra b er således en beskjæring av det utgangspunktet som ligger i forutsetningen for ansvarsfriheten slik den fremkommer i fortalens punkt 42. Å unnta tjenestetilbyderen fra ansvar også om han ikke overholdt betingelsene for adgang til informasjonen ville imidlertid medføre en betydelig risiko for at informasjon gjennom caching skulle spres utenfor den gruppe den opprinnelig var tenkt for.

Kravet i artikkel 13 første ledd litra b om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten må overholde betingelsene for tilgang til informasjonen innebærer altså

at mellomlagereren må besørge at tjenestemottageren må respektere de samme krav til å få tilgang til den mellomlagrede informasjon som om han aksessverte informasjonen direkte fra innholdsleverandørens utstyr.

8.4.3 Hva innebærer kravet i artikkel 13 første ledd litra c om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten må forholde seg til de regler som gjelder for oppdatering av informasjonen?

Etter artikkel 13 første ledd litra c er det et krav at tjenestetilbyderen ”complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry”. Når tjenestemottager benytter seg av den mellomlagrede informasjon vil han i mange tilfeller ikke ha mulighet til å vite med sikkerhet om det er den opprinnelige informasjon han aksesserer eller om det er den mellomlagrede informasjon. Dersom den informasjonen som oppdateres i den opprinnelige informasjonskilde ikke oppdateres i samme tempo hos mellomlagereren vil tjenestemottageren risikere å få seg servert gammel informasjon i den tro den er ny.

En manglende oppdatering av informasjonen er problematisk på mange måter. For det første kan tjenestemottageren bli villedet og handle på bakgrunn av feilaktig eller utdatert informasjon som allerede har blitt rettet hos den opprinnelige tjenestetilbyder. Videre kan man også tenke seg at konkret ulovlig innhold som for eksempel opphavsrettskrenkende informasjon allerede har blitt fjernet fra informasjonslageret til den opprinnelige tjenestetilbyder.¹⁷⁹ Dette ville kunne stille den krenkede i en situasjon hvor ingen kunne holdes ansvarlig. Den opprinnelige innholdsleverandør vil ofte enten ikke ha gjort noe galt i det hele tatt eller ha rettet seg etter de pålegg som har blitt gitt og derfor være ansvarsfri mens mellomlagereren ville være ansvarsfri etter artikkel 13. En slik situasjon ville stride mot det rasjonale om eneansvar som ligger bak ansvarsfrihetsbestemmelsene og i stedet innføre et lite hensiktsmessig regime med ikke-ansvar.

¹⁷⁹ For de tilfelle hvor mellomlagereren har konkret kunnskap om dette se nedenfor punkt 8.3.5.

Spørsmålet blir hvilken grad av oppdatering som vil være akseptert etter artikkelens formulering om ”specified in a manner widely recognised and used by industry”. Denne ordbruken er valgt for å indikere dette som en rettslig standard. Dette ble valgt for å ta høyde for endringer i teknologi og fremskritt som ikke det vil være hensiktsmessig å undergi detaljert formell regulering og for å sikre en maksimal frihet til å kunne utnytte teknologi for å fremme elektronisk handel. Formuleringen ”widely recognised and used by industry” vil etter en naturlig forståelse av ordlyden ikke referere seg til at det må være snakk om industrielle standarder som er vedtatt av industrien som sådan. For å kunne risikere ansvarsgjennombrudd må det være tilstrekkelig at man ignorerer de oppdateringsfrekvenser og metoder som de facto er standard i bransjen.

Kravet i artikkel 13 første ledd litra c om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten må forholde seg til de regler som gjelder for oppdatering av informasjonen må etter dette forstås som at tjenestetilbyderen må respektere de bransjestandarder som gjelder for oppdatering av mellomlagret innhold.

8.4.4 Hva innebærer kravet i artikkel 13 første ledd litra d om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten ikke kan gjøre inngrep i den lovlige anvendelsen av teknologi for statistiske formål?

Artikkel 13 første ledd litra d er det et vilkår for at ansvarsfriheten skal være i behold at tjenestetilbyderen ”does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information”. Ordlyden i teksten kan virke noe uklar men det er her klart at ”to obtain data on the use of the information” i denne setningen referer tilbake til ”the lawful use of technology” og ikke til tjenestetilbyderen. Det er altså den lovlige bruk av teknologi for å fremskaffe data om bruken av tjenesten tjenestetilbyderen ikke skal gripe inn i og ikke slik at tjenestetilbyderen ikke kan gripe inn i den lovlige bruk av data for å skaffe seg informasjon om bruk av tjenesten.

Begrepet ”widely used and recognised by industry” har her intet annet innhold enn over i punkt 8.4.3 og jeg henviser til drøftingen av dette der.

Med begrepet ”data on the use of the information” henviser Direktivet til informasjon innholdsleverandøren skaffer seg om bruken av tjenesten som for eksempel tellere på nettsider som skaffer innholdsleverandøren en oversikt over hvilke deler av tjenesten som brukes mest og til hva. Slike tellere er ofte svært utbredt i forbindelse med markedsføring på internett. Markedsførerne betaler ofte ikke nettsidene mer enn beskjedne summer, om noe i det hele tatt, for å ha annonsen på den angjeldende nettside. Det som utløser betaling er når en tjenestemottager klikker på annonsen. Med annonsen liggende mellomlagret på en annen server enn innholdsleverandørens opprinnelige kan beregning av netttjenestens inntektsgrunnlag vise seg å være svært vanskelig.

Det er utviklet teknologisk løsninger som holder slike tellere oppdatert på tross av den feilkilde mellomlagringen kan innebære og artikkel 13 første ledd litra d holder som et kriterium at mellomlagereren for å kunne være ansvarsfri må respektere bruken av slik teknologi for å kunne være ansvarsfri.

Dette kravet til mellomlagerens handlemåte synes å skille seg noe fra de andre krav han må møte for å kunne være ansvarsfri. De andre krav han må ta hensyn til retter seg mot å sikre integriteten til informasjonen som skal nå sluttbrukeren. Den skal være uforandret, nå den samme gruppen mennesker og være oppdatert. Bestemmelsen i artikkel 13 litra c retter seg imidlertid andre veien og skal sikre at den informasjonen som sendes fra sluttbrukeren til innholdsleverandøren er komplett for så vidt gjelder bruken av tjenesten.

Problemstillingen i forhold til dette blir i hvilken grad dette vilkåret beskjerer ansvarsfriheten og for hva. Etter artikkel 13 er objektet for ansvarsfriheten selve mellomlagringen av informasjonen eller ” storage of that information”. Dette innebærer at det er ansvaret for informasjonens lovmessighet og integritet som er ansvarsfrihetens nærmere innhold. Det at mellomlagereren griper inn i de målesystemer innholdsleverandøren har for å måle trafikken på sin internettside eller annen tilgjengeliggjorte informasjon endrer ikke på denne informasjonens integritet eller fremtreden slik som den fremstår for tjenestemottageren.

Motivasjonen for denne begrensningen i ansvarsfriheten er ikke å ta høyde for mellomlagerens distanserte rolle i forhold til den informasjons som mellomlagerer men tvert i mot å sikre inntektsgrunnlaget for innholdsleverandørene. Etter direktivets forale punkt 43 er ansvarsfriheten for mellomlagerer basert på at mellomlagerer ikke er ”involved with the information”. Det kan, ut fra en naturlig forståelse av direktivets ordlyd, ikke sies å gjøre mellomlagerer involvert i den informasjon han mellomlagerer å ikke tillate bruk av teknologi fra mellomlagerer som henter statistiske data fra den mellomlagrede informasjon.

Det er på bakgrunn av det ovennevnte klart at denne begrensningen i ansvarsfriheten må tolkes innskrenkende. Det vil ikke være all den informasjon mellomlagerer foretar mellomlagring av han vil miste sin ansvarsfrihet i forhold til. Derimot vil han miste sin ansvarsfrihet i forhold til eventuelle rettslige skritt fra en innholdsleverandør som har lidd tap på bakgrunn av den manglende mulighet til registrering av slike data.

Begrepet ”the lawful” ble innlemmet foran ”use of technology” i forbindelse med EU parlamentets andre gjennomlesning av direktivets tekst. Denne innlemmelsen skjedde for å forhindre at en mellomlagerer som stopper en innholdsleverandørs ulovlige informasjoninnhenting fra det mellomlagrede materialet eksempelvis ved bruk av informasjonkapsler¹⁸⁰ ment for å innhente informasjon om tjenestemottageren på en måte som er i strid med gjeldende personvernlovgivning i det enkelte medlemsland.

Kravet i artikkel 13 første ledd litra d, om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten ikke kan gjøre inngrep i den lovlige anvendelsen av teknologi for statistiske formål, innebærer altså at en tjenesteyter ikke kan påberope seg ansvarsfriheten etter artikkel 13 for tap innholdsleverandøren lider når tjenesteyteren hindrer innholdsleverandørens informasjoninnhenting om bruk av tjenesten. Dette gjelder forutsatt at informasjoninnhenting er lovlig og følger bransjens allment aksepterte standarder.

¹⁸⁰ Såkalte cookies. Cookies defineres av internetttjenesten whatis.com som ” information for future use that is stored by the server on the client side of a client/server communication”

8.4.5 Hva innebærer kravet i artikkel 13 første ledd litra e om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten på gitte vilkår må avskjære tilgangen til den lagrede informasjon?

Etter artikkel 13 første ledd litra e må tjenestetilbyderen for å kunne beholde den ansvarsfrihet som innrømmes etter artikkelen handle ” expeditiously to remove or to disable access to the information” hvis han har oppnådd ”actual knowledge” om at en del gitte kriterier er oppfylt.

Det er i fire tilfeller tjenesteyteren skal stoppe eller fjerne tilgangen til informasjonen som mellomlagres. Dette skje når den opprinnelige tjenesten har blitt enten fjernet eller tilgangen til den har blitt stoppet. Videre skal dette skje når en rettsinstans eller nasjonal myndighet har besluttet at enten fjerning eller tilgangsbegrensning skal skje. Dette innebærer altså en klar avgrensning på hvilke tilfeller en tjenestetilbyder kan bli holdt ansvarlig ved mangel på handling.

Balstad hevder at det er ”[...]ut fra de tilfellene som reguleres i litra (e), klart at det har vært lovgiverens intensjon å ta høyde for de situasjoner der den informasjonen som ligger hod proxy cacheren har uønsket innhold”.¹⁸¹ Det finnes ingen holdepunkter for at denne betraktning medfører riktighet. I arbeidet med gjennomføringen av direktivet ble det fremmet flere alternative forslag fra rettighetshaverorganisasjonene som ønsket et strengere regime for mellomlagereren. Disse forslag ble behandlet både i kommisjonen, i EU parlamentet og i de enkelte medlemsland uten at ordlyden ble forandret i den retning. Dette sammenholdt med at ordlyden er klart forskjellig i artikkel 12 som omhandler nettværers ansvar heller klart i retning av en restriktiv tolkning av begrepet.

Det er ut fra dette ikke tvilsomt at denne listen er uttømmende. Hvilken kunnskap tjenestetilbyderen måtte ha om innholdets konkrete innhold vil altså etter artikkel 13 ikke fordre ansvarsgjennombrudd¹⁸². Dette innebærer at tjenestetilbyderen kan være klar over at innholdet han mellomlagrer i seg selv er ulovlig eller rettighetskrenkende. Han kan også være klar over hvilket konkret innhold det er som er ulovlig uten at dette medfører ansvarsgjennombrudd.

¹⁸¹ Balstad avsnitt 2.6.5

¹⁸² Slik også Balstad avsnitt 2.6.5

8.4.6 Hva ligger i begrepet "actual knowledge" i artikkel 13 første ledd litra e?

Direktivet eller fortalen spesifiserer ikke hva som skal ligge i kravet om "actual knowledge". I proposisjonen til den svenske gjennomføringsloven presiseres begrepet til "kännedom om". Den danske direktivteksten taler om "konkret kendskab".¹⁸³

Det er neppe tvil om at den kunnskap som Direktivet legger opp til at tjenestetilbyderen må ha om at de omstendigheter som fordrer en fjerning av materialet fra mellomagringstjenesten foreligger må overstige et krav om uaktsomhet og innebære forsett. Det er ikke naturlig å tolke "actual knowledge" dithen at det omfatter de tilfeller hvor tjenestetilbyderen burde ha fått med seg at informasjonen er fjernet, tilgangen til den sperret eller at en domstol har beordret at det skal skje, men på bakgrunn av lite aktsom opptreden ikke har fått dette med seg. Spørsmålet må være om det kan kreves noe mer enn et ordinært forsettskrav, altså om det er tilstrekkelig at tjenesteyteren holder det for overveiende sannsynlig at de omstendigheter som innebærer en handlingsplikt har inntrådt for at ansvarsfriheten ikke lengre skal være i behold eller om det er nødvendig med et mer kvalifisert forsett som da vil innebære en betydelig økt grad av sannsynlighetsovervekt for at handlingsplikten skal inntre. Overveiende sannsynlig vil etter norsk rett bety en sannsynlighetsovervekt hvor sannsynlighetsgraden er over femti prosent.¹⁸⁴

Formuleringen "actual knowledge" trekker etter en naturlig forståelse av begrepet i retning av at det bør innfortolkes et krav som går videre enn det ordinære forsett. En naturlig språklig forståelse av dette kravet er at det her vil være snakk om en konkret og etterprøvable kunnskap basert på faktiske opplysninger.

I forslaget til den danske e-handelsloven ble imidlertid betydningen av "actual" eller "konkret" i den danske versjonen av Direktivet nedtonet og dette ordet ble tatt ut i

¹⁸³ Svensk Proposition 2001/02:150 s. 121

¹⁸⁴ Andenæs (1997) s. 217

lovteksten da ” da der med direktivets formulering på dette punkt ikke kan antages at være tilsigtet en realitetsforskel mellem de to begreber”.¹⁸⁵

I Nærings- og Handelsdepartementets høringsnotat fra 2001 om innføring av direktiv om elektronisk handel i norsk rett¹⁸⁶ synes forståelsen av direktivets krav å være noe annerledes enn det som fremkommer i det danske lovforslaget. Her heter det at ” Direktivet bruker begrepet ”konkret kunnskap”. Det antas at det derfor er mulig å stille opp en ansvarsfrihetsregel som innebærer at ansvarsfrihet vil inntre der det ikke foreligger positiv kunnskap[...]”. Dette er riktignok skrevet om den tilsvarende formuleringen i artikkel 14 men har den samme gyldighet her. Det norske høringsnotatet har riktignok liten rettskildemessig verdi men kan sammen med det øvrige materialet gi en pekepinn på tolkingen av begrepet.

I den britiske regjeringens ”Guide for Business” til implementeringen av Direktivet i de britiske Regulations er betydningen av ”actual knowledge” forklart på denne måten: “The Regulations also do not specify how “actual knowledge” is obtained by a service provider. However, in this instance, it is expected that the onus will be on the enforcement authorities to demonstrate that a service provider had actual knowledge but did not act appropriately upon obtaining it.”¹⁸⁷

Under den britiske implementeringen fant man det også nødvendig å spesifisere presumsjonsregler for begrepet ”actual knowledge” hvor det ble gitt retningslinjer til domstolene om å skjele til om hvorvidt det var sendt melding til tjenestetilbyderen om de forhold han skulle handle på bakgrunn av til tjenestetilbyderens formelle kontaktadresse. Om dette ikke er gjort anses det etter den britiske implementeringen som lite trolig at det foreligger ”actual knowledge”.¹⁸⁸

En naturlig forståelse av direktivets tekst, samt de implementeringsforsøk som er gjort, gjør det naturlig å vurdere kunnskapskravet dit hen at det må dreie seg om et krav til positiv kunnskap om den fjerning eller tilgangsblokkering som er gjort i forhold til det

¹⁸⁵ L53 forslag Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel)/NREF/FN501/1)/ spesialmerknað til §15 jfr. §16.

¹⁸⁶ NHD høringsnotat av 26.03.2001 punkt 4.8.3.5.1 Ansvarsfrihet

¹⁸⁷ Department of trade and industry SI2002/2013 av 31. juli 2002 side 26

¹⁸⁸ Statutory Instrument 2002 No. 2013: Regulations 22

mellomlagrede materialet. Dette synes også å være rimelig da det her er snakk om en midlertidig lagring hvor materialet uansett blir fjernet etter noe tid. Den krenkedes behov for beskyttelse fra mellomlagereren er derfor mindre enn det det vil være ved en permanent lagring. Han er dessuten sikret gjennom at mellomlagereren uansett er nødt til, slik som fastsatt i litra (c), å respektere de bransjestandarder som gjelder for å oppdatere den mellomlagrede informasjon. Gjennom slik oppdatering som i praksis skjer svært hyppig vil den krenkedes rettigheter uansett bli ivaretatt.

Begrepet "actual knowledge" i artikkel 13 første ledd litra e vil etter dette måtte tolkes som et krav om positiv kunnskap ikke kun en grad av sannsynlighet som overstiger femti prosent.

8.4.7 Hva ligger i kravet om at tjenestetilbyderen ved oppnådd kunnskap om de vilkår som foranlediger handlingsplikt skal "act expeditiously"?

Direktivet definerer ikke klart hva som ligger i at mellomlagereren skal "act expeditiously". Det som er klart er at det her ligger et krav om at tjenestetilbyderen ikke kan vente lenge med å foreta den fjerning eller tilgangsblokkering som er nødvendig. Det vil imidlertid i praksis for tjenestetilbyderne være en relativt stor forskjell på om det her ligger et krav om at tjenestetilbyderen skal agere umiddelbart for å rette seg etter pålegget eller om dette kun skal håndteres raskt innenfor rammene av tjenestetilbyderens kapasitet. Med den stadig økende grad av rettslige pålegg om å stoppe adgang til opphavsrettslig beskyttet materiale vil forskjellen på disse to tolkningsalternativer kunne bety forskjellen på om hvorvidt mellomlagereren i realiteten ville være nødt til å ha en operativ døgnvaktstjeneste for å umiddelbart kunne behandle rettslige pålegg eller andre hendelser som bringer mellomlagereren i den situasjon at han har positiv kunnskap om at adgangen til informasjonen er fjernet eller sperret.

Både den danske lovteksten og det forslag som ligger i Nærings- og Handelsdepartementets høringsutkast fra 2001 benytter seg av begrepet "straks". I den svenske loven er det benyttet et annet og noe strengere begrep "uten dröjsmål".¹⁸⁹ I den

¹⁸⁹ Kan oversettes med "uten opphold" på norsk

tyske versjonen av Direktivet er formuleringen ” der Diensteanbieter handelt zügig” benyttet. Denne ligger altså nærmere den svenske språkversjonen

I den svenske proposisjonen er problemstillingen adressert. Om å stoppe tilgangen til informasjonen står det der:¹⁹⁰

” Det skall ske så fort mellanhanden får kännedom om att informationen avlägsnats eller gjorts oåtkomlig på dess ursprungliga plats eller om att en domstol eller myndighet har beslutat att så skall ske. Det innebär att den som cachar skall vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra vidare spridning, så fort

kännedom erhålls om att den information som överfördes till cache-kopian av någon anledning tagits bort eller blockerats. Detsamma gäller om en domstol eller myndighet fattat beslut om att informationen inte får spridas vidare. Sådana åtgärder skall vidtas oavsett om informationen har tagits bort för att den innehöll något olagligt, för att den blivit inaktuell eller av något annat skäl.”

Nærings- og Handelsdepartementets høringsutkast fra 2001 synes å ha en annen forståelse av kriteriet:¹⁹¹

” Normalt antas at mellomlagringer vil være av så vidt kortvarig karakter at dataene under en hver omstendighet forsvinner raskt fra de såkalte "proxy"-serverne etter at tilgang ved opprinnelsesstedet er stanset. Det utløses derfor ikke noen særskilt handleplikt i slike tilfeller. Tjenesteyteren vil ha en plikt til å reagere ved selv å stanse tilgangen dersom innholdet ikke automatisk blir borte så raskt at en manuell innblanding er unødvendig.”

Den svenske proposisjonen har altså lagt seg på en ganske streng forståelse av Direktivet hvor hurtighet i forhold til å fjerne den krenkende informasjon er så vidt viktig at fjerningen må skje ”så fort mellomhanden får kännedom”. Den forståelsen av Direktivet Nærings- og Handelsdepartementet har lagt til grunn i sitt høringsnotat er tilsynelatende noe mer avslappet da den nødvendigvis må inneholde en aksept for at tjenesteyter kan vente og se om hvovidt den informasjon som skal fjernes forsvinner av seg selv før han treffer tiltak for å fjerne eller blokkere tilgang til informasjonen. De forskjellige språkversjonene av Direktivet og nasjonale implementeringene av

¹⁹⁰ Svensk Proposition 2001/02:150 s. 121

formuleringen gir altså ikke et særskilt entydig bilde av hvilket tolkningsalternativ som er det mest naturlige.

Det er mest i tråd med systematikken i Direktivet å forholde seg til den forståelse den svenske proposisjonen legger til grunn. Det er etter litra c uansett slik at det er tjenesteyters ansvar å forholde seg til de bransesstandarder som gjelder for oppdatering av innholdet som ligger mellomlagret på hans utstyr. En slik kontinuerlig oppdatering vil for det meste fjerne det innhold som er mellomlagret av seg selv.

Digitale kopier av eksempelvis opphavsrettslig beskyttet materiale eller annet ulovlig eller krenkende innhold har imidlertid den egenskapen som skiller det fra andre typer materiale at det hurtig på grensen til umiddelbart kan spres i et tilnærmet ubegrenset antall nye kopier. Når noen etter å ha besørget at tilgangen til slikt materiale har blitt sperret eller materialet har blitt fjernet enten gjennom domtolsbehandling eller på annen måte er tidsaspektet kritisk for å forhindre videre rettighetskrenkelser. Det er derfor ikke naturlig at tjenesteyteren tillates å vente for å se om hvorvidt kopiene forsvinner av seg selv.

I den Britiske guide til deres Regulations uttaler det britiske handelsdepartementet at ”The enforcement authorities are expected to place the onus on the service provider to demonstrate that he has complied with this requirement”.¹⁹² Dette synes å være en vurdering det ikke vil være vanskelig å slutte seg til. Dersom en tjenestetilbyder har oppnådd positiv kunnskap om at rettighetskrenkende innhold er fjernet eller tilgangen til det er stoppet, og dette innholdet blir spredt videre ved bruk av tjenesteyterens mellomlagringstjenester, vil han vanskelig bli hørt med at det på bakgrunn av hans egne forhold har tatt tid å foreta den sperring som ville ha forhindret videre spredning av materialet.

Kravet om at tjenestetilbyderen ved oppnådd kunnskap om de vilkår som foranlediger handlingsplikt skal ”act expeditiously” må etter dette forstås som et krav om at tjenestetilbyderen for å kunne ha ansvarsfriheten i behold, faktisk handler så raskt som

¹⁹¹ Høringsnotatets kapittel 4.8.3.4 Mellomlagring (artikkel 13)

mulig for å stoppe tilgang til den mellomlagrede informasjon når vilkårene for handleplikt er oppfylt.

8.4.8 Konklusjon

Kravet i artikkel 13 første ledd litra e om at tjenestetilbyderen for å beholde ansvarsfriheten på gitte vilkår må avskjære tilgangen til den lagrede informasjon må etter den ovenstående drøfting presiseres til å innebære at mellomlagereren når han har positiv kunnskap om at tilgangen til den opprinnelige informasjon enten er stoppet eller fjernet eller at det forefinnes en avgjørelse om at dette skal skje må stoppe eller fjerne tilgangen til den informasjon som kunnskapen omfatter så raskt som mulig.

9 Ansvarsfrihet ved virksomhet som nettvært – Hosting

9.1 Problemstillingene i dette kapitlet.

Etter direktivets artikkel 14 kan en tilbyder av informasjonstjenester som omfatter det å være vert for andres informasjon være ansvarsfri på nærmere angitte vilkår. I tråd med betraktningene om nærhet til den informasjon som tilbys er begrensningene i ansvarsfriheten for den som tilbyr nettværtjenester også mer begrenset. Det er også for

¹⁹² Department of trade and Industry: Guide for business side 22

denne gruppen av tjenestetilbydere at det har vært de sterkeste debatter angående ansvarsfrihetens omfang.

Rammen for ansvarsfriheten etter artikkel 14 er ” the information stored at the request of a recipient of the service”. Denne lagrede informasjonens innhold skal medlemsstatene sikre at tjenestetilbyderen på nærmere angitte vilkår ikke kan holdes ansvarlig for. Det er i motsetning til etter artikkel 13 ikke en forutsetning at informasjonen skal være fremskaffet av tjenestemottageren men tilstrekkelig at informasjonen er lagret på hans forespørsel.

Artikkelen baserer seg i likhet med artikkel 13 på at når tjenesteyteren har oppnådd kunnskap om nærmere angitte forhold så skal dette resultere i at han skal fjerne eller stoppe tilgangen til denne informasjonen. Artikkel 14 skiller i motsetning til artiklene 12 og 13 mellom det ansvar en tjenestetilbyder kan pådra seg på det strafferettslig og på det erstatningsrettslige område. Kravene til handling er etter Direktivet sterkere om det er snakk om erstatningsansvar enn om det er snakk om et strafferettslig ansvar.

Artikkel 14 bruker både for det strafferettslige og det erstatningsrettslige ansvar begrepet ”illegal activity or information” henholdsvis direkte og indirekte som objektet for den kunnskap tjenesteyteren skal handle på bakgrunn av. Dette reiser, i tillegg til problemstillingen om kunnskapskravets nærmere innhold etter denne artikkelen, en problemstilling om det er tilstrekkelig med kunnskap om den ulovlige aktivitet eller informasjon eller om kunnskapskravet også må omfatte at informasjonen eller aktiviteten faktisk er ulovlig.

Det er klart at det med ”illegal activity or information” menes både det innholdet som tjenestemottageren ønsker lagret og selve den virksomhet tjenestemottageren driver. Den ulovlige informasjon kan være av enhver karakter som skaper et lovbrudd enten som sådan eller ved å krenke noens rettigheter. Ulovlig aktivitet vil det være hvis innholdsleverandørens virksomhet for eksempel er konsesjonsbelagt og innholdsleverandøren mangler slik konsesjon.

I dette kapittelet vil jeg adressere dette ved å først behandle det strafferettslige ansvar og deretter det erstatningsrettslige for så vidt gjelder kunnskapskravets omfang. Jeg vil deretter behandle handlingspliktens innhold felles for de to typene av ansvar.

9.2 Ansvarsfrihet i forhold til straffansvar

9.2.1 Innebærer kravet om "actual knowledge of illegal activity or information" i artikkel 14 første ledd litra a at nettverten må ha kunnskap også om at materialet er ulovlig før straffeansvar kan ilegges?

Denne problemstillingen kan, om man skal plassere den i rammene av norsk strafferett, presiseres til et spørsmål om vilkåret for ansvarsfrihet i artikkel 14 første ledd litra a kun referer seg til tjenesteyterens manglende kunnskap om at han lagrer ulovlig materiale, altså en faktisk villfarelse, eller om den også omfatter ansvarsfrihet der hor tjenesteyter mangler kunnskap om at det lagrede materialet faktisk er ulovlig etter gjeldende rett, det vil si rettsvillfarelse. Nærings- og Handelsdepartementet har i sine to høringsnotater fra 2001 og 2002 gitt uttrykk for at de oppfatter at artikkelen også må omfatte rettsvillfarelse. Justisdepartementet har i sin høringsuttalelse til høringsnotatet datert 18.02.2003 hevdet det motsatte syn.¹⁹³

Det å tolke direktivets formuleringer slik at det vil frita for ansvar også ved rettsvillfarelse vil være i strid med det alminnelige utgangspunkt i den norske straffeloven, jfr. Strl. §57 som er tolket slik at en rettsvillfarelse for å være straffriende eller straffnedsettende skal være unnskyldelig. Det er utgangspunktet i norsk rett at denne normen skal anvendes strengt i forhold til næringsdrivende. Den norske rettstilstanden er tilsvarende det som er rettstilstanden i de fleste andre europeiske land. Dette sammenholdt med at direktivets forale punkt 8 klargjør at det ikke er intensjonen med Direktivet å harmonisere medlemslandenes strafferett som sådan er sterke argumenter mot å tolke Direktivet slik at det gir ansvarsfrihet ved rettsvillfarelse.

Imidlertid vil en situasjon hvor tjenesteyteren må foreta vurderingen selv angående hvorvidt tjenestemottagerens innhold er rettsstridig kunne ha klart negative effekter på ytringsfriheten. Kyrre Eggen beskriver i et særskilt vedlegg til Ytringsfrihetskomitéens

rapport særlig to problemstillinger hvor det å holde tjenestetilbyderen ansvarlig vil skape problemer i forhold til ytringsfriheten:¹⁹⁴

” 1. den 'chilling effekt' et medvirkningsansvar vil få for ytringsfriheten og
2. det betenkelige ved at formidleren blir stående mellom sine kontraktsmessige forpliktelser til å videreformidle ytringen og risikoen for å bli holdt medvirkningsansvarlig dersom ytringen skulle vise seg å være ulovlig.”

Med ”chilling effekt” menes den situasjon som kan oppstå hvis tjenesteyteren selv bærer risikoen for vurderingen av lovligheten til det materiale tjenestemottageren kommer med og derfor for å være på den sikre siden fjerner også lovlig innhold. Tjenesteyteren har sjelden i seg selv en interesse i å forsvare ytringsfriheten og vil derfor i egeninteresse stanse formidlingen også av ytringer som etter en nærmere vurdering vil vise seg å være lovlige.

I direktivets fortale punkt 9 gjøres det klart at ytringsfrihetshensyn skal legges vekt på ved tolkingen av en direktivets nærmere meningsinnhold og uttaler i forhold til den Europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10(1) at ”directives covering the supply of information society services must ensure that this activity may be engaged in freely in the light of that Article, subject only to the restrictions laid down in paragraph 2 of that Article and in Article 46(1) of the Treaty”

Direktivets fortale punkt 46 gjør det også klart konkret i forhold til artikkel 14 at ” the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression”.

En ytringsfrihetsbetraktning med støtte i fortalens punkt 9 og 46 vil være et argument for at også rettsvillfarelse skal fritas fra ansvar.

Direktivets fortale punkt 48 trekker imidlertid i motsatt retning. Her slås det fast at Direktivet ikke kan tolkes slik at det begrenser medlemsstatenes mulighet til å kreve at tjenesteytere som driver en virksomhet som nettvert til å agere med den varsomhet som

¹⁹³ Justisdepartementet høringsuttalelse (2003)

med rimelighet kan forventes av dem. Dette er et argument for at det norske utgangspunktet i forhold til rettsvillfarelse kan beholdes. I norsk rett er det jo slik at det er den unnskyldelige rettsvillfarelse som kan fritta for straff mens den uaktsomme rettsvillfarelse ikke vil gjøre det.

Det synes å være støtte i teorien for den oppfatning at også rettsvillfarelse er omfattet av direktivets kunnskapskrav. Henrik Kaspersen uttaler følgende:

”First, the provider must not have actual knowledge that the *information* or an *activity* is illegal [...] Second, the provider has to act promptly if he obtains knowledge or awareness of the illegality of information or an activity, either by removing the information or by disabling access”.¹⁹⁵

Bryde-Andersen synes klart å støtte opp om denne vurdering:

” Om oplagring af information ("hosting") foreskriver direktivets art. 14, at tjenesteyderen ikke er ansvarlig, hvor tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til, at aktiviteten er ulovlig,[...] ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf det fremgår, at aktiviteten er ulovlig.”¹⁹⁶

Justisdepartementet synes å mene at ordlyden i den norske engelske, svenske og danske versjonen av Direktivet trekker i retning av at vilkåret for straffansvarsfrihet i artikkel 14 første ledd litra a bare referer seg til tjenesteyterens manglende kunnskap om at han lagrer ulovlig maeriale (faktisk villfarelse).¹⁹⁷ De henviser spesielt til den relevante formuleringen i den svenske versjonen hvor uttrykket ”tjänsteleverantören inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information” brukes.¹⁹⁸

¹⁹⁴ NOU 1999:27 "Ytringsfrihed bør finde Sted

¹⁹⁵ Kaspersen (2002) s. 88-89

¹⁹⁶ [Online] Andersen, Mads Bryde "IT-Retten" kapittel 17 Tilgang: <http://www.it-retten.dk/bog/17/01/> [Sist aksessert 07.11.03]

¹⁹⁷ Justisdepartementets høringsuttalelse s. 2

¹⁹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.

Den Tyske versjonen av bestemmelsen lyder ”Der Anbieter hat keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information“.¹⁹⁹ Denne ordlyden trekker etter en naturlig forståelse i noe større grad i retning av at det kun er faktisk villfarelse som omfattes .

I den svenske gjennomføringsloven er det lagt til grunn at bestemmelsen kun regulerer tjenesteyterens kunnskap om den illegale informasjon eller aktivitets faktiske eksistens.²⁰⁰ Lovens §19 som gjennomfører denne konkrete delen av Direktivet klargjør at nettvorten bare kan holdes strafferettslig ansvarlig når han har utvist forsett i forhold til den aktuelle straffeestemmelse. Forsett krever ikke på noen måte at lovovertrederen er kjent med at handlingen er ulovlig.

Med særlig vekt på ordlyden i Direktivet og det som virker som en nokså konsistent implementeringspraksis og på tross av de synspunkter som har kommet frem i juridisk teori samt de yttringsfrihetsmessige betenkeligheter dette måtte ha velger jeg å konkludere med at kravet om ”actual knowledge of illegal activity or information” i artikkel 14 første ledd litra a ikke innebærer at nettvorten må ha kunnskap også om at materialet er ulovlig før straffeansvar kan ilegges.

9.2.2 Hvilken grad av kunnskap gir kunnskapskravet for ansvarsfrihet i forhold til straffansvar i artikkel 14 første ledd litra a anvisning på?

Etter ordlyden er det uansett like klart etter artikkel 14 som etter artikkel 13 at kravet til ”actual knowledge” vil være et krav om forsett. Dette er også lagt til grunn i Lagmannsrettens dom i den såkalte Tele2-saken.²⁰¹ Spørsmålet er om det vil kreves et

¹⁹⁹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt

²⁰⁰ Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster av 06.06.2002 (SFS 2002:562)

²⁰¹ Dom av 27. juni 2003 i straffesak nr 02-02539 M/01 (Oslo lagsogn). Retten uttrykker likevel noe tvil ” Lagmannsretten har for sitt vedkommende under tvil kommet til at EF-direktivet, sammenholdt med

kvalifisert forsett med en høyere grad av sannsynlighet enn den overveiende sannsynlighet som ordinært vil gjelde. Det kan også stilles spørsmål ved om hvorvidt en forsettlig uvitenhet kan falle innenfor kunnskapskravet.

9.2.2.1 Hvilken grad av forsett vil kunnskapskravet i artikkel 14 første ledd litra a gi anvisning på?

Spørsmålet som her er om det er tilstrekkelig for straffansvar at tjenesteyter med overveiende grad av sannsynlighet tror at det lagres ulovlig informasjon eller om det kreves en ennå høyere sannsynlighetsgrad.

Innledningsvis er det her nødvendig å regelen i sammenheng med den tilsvarende regel på erstatningsrettens område. Etter ansvarsfrihetsregelen på det strafferettslige område er det snakk om kunnskap om informasjon eller aktivitet av en slik art at den utløser handlingsplikt. Etter det noe svakere kravet etter den erstatningsrettslige ansvarsfrihetsregelen er det tilstrekkelig med kunnskap om andre forhold som indikerer at denne ulovlige informasjon eller aktivitet forekommer.²⁰² Dette innebærer at det må være utvilsomt at spørsmålet om forsett må rette seg mot eksistens av den konkrete illegale informasjon eller aktivitet.

Begrepet ”actual knowledge” isolert sett er det samme her som i artikkel 13 første ledd litra e og store deler av de samme vurderingene må gjøres i forhold til denne bestemmelsen som til artikkel 13. Bestemmelsene i artikkel 14 er imidlertid et utslag av at avveiningene mellom hensynet til formidleren og effektiviteten i den elektroniske handel på den ene side og behovet for effektiv kriminalitetsbekjempelse og rettighetshavernes interesser på den annen ikke har falt ned likt for nettverter og mellomagrere. Det er derfor ikke gitt at kunnskapskravet vil tolkes helt likt etter artikkel 14 som etter artikkel 13.

Visse bestemmelser i straffeloven fordrer en høyere grad av forsett enn det som vil følge av den alminnelige forsettsregel. I straffelovens §149 er begrepet ”vitende”

straffeloven § 1 annet ledd, medfører at bare den rene forsettshandling kan belegges med straff i et tilfelle som det foreliggende.”

²⁰² Se nedenfor punkt 9.2.1.

benyttet. Begrepet tolkes etter gjeldende rett som et krav om positiv kunnskap. Straffelovens §139 formulerer et krav om ”pålitelig kunnskap”.

Ordlyden i Direktivet slik den fremstår trekker klart i retning av et krav om positiv kunnskap om informasjonens eller aktivitetens eksistens.

En oppfatning om et økt forsettskrav har også noe støtte i litteraturen. Balstad tolker kravet til et krav om absolutt visshet:

”[H]ost service provideren må ha en uomtvistelig visshet om den ulovlige aktiviteten eller det ulovlige innholdet på serveren sin. [...]Dertil må det etter min mening, på bakgrunn av den enorme informasjonsmengden som i de fleste tilfellene lagres hos host service provideren, innfortolkes et krav til faktisk kunnskap om hvor materialet er lokalisert på serverne slik at det er fysisk mulig å finne det igjen.”²⁰³

Balstads tolkning synes imidlertid å være svært streng. Det å skulle sette som et krav for fravikelse av utgangspunktet om ansvarsfrihetat tjenestetilbyderen også har konkret kunnskap om hvor på hans servere ulovlig informasjon er opplagret vil det neppe være grunnlag for.

Imidlertid trekker fortalens punkt 48 i annen retning. Gjennom å klargjøre at Direktivet ikke er til hinder for å kreve at det utvises noe varsomhet på tjenestetilbyders hånd synes denne å tale mot at man skal stille opp et krav om at tjenestetilbyder skal ha ansvarsfriheten på sin side frem til han har en positiv visshet om det krenkende materiale. Det å avvente en slik positiv visshet i en situasjon hvor det krenkende materiale kan utrette stor skade eksempelvis ved rettighetskrenkelser eller grovt injurierende beskyldninger kan neppe sies å holde seg til den grad av ansvarlighet som med rimelighet kan ventes fra en tjenesteyter. Et eksempel på dette kan hentes fra England. I september 2003 ble 3 engelske fotballspillere anklaget for gjengvoldtekt av en 17 år gammel pike. Navnene å fotballspillerne ble offentliggjort på flere nettsider. Britiske myndigheter advarte om at en slik publisering ville lovstridig. Flere nettsider for diskusjoner om fotball gikk etter dette inn og stoppet tilgangen til de deler av sidene

²⁰³ Balstad avsnitt 2.7.3

deres som var dedikert til brukernes opplasting av tanker og meninger om fotball og fotballspillere.²⁰⁴

I de danske forarbeidene til e-handelsloven er det satt et likhetstegn mellom forsett og kunnskap etter artikkel 14:

”[f]or at kunne straffe for forsætlig medvirken er det en forutsetning at formidleren har kendskab til indholdet af den transmitterede og/eller oplagrede information.”

Etter dansk strafferett er sansynlighetsforsettet akseptert slik at det å sette likhetstegn mellom forsettskravet etter dansk rett og kravet til kunnskap i Direktivet innebærer at den danske løsningen synes å akseptere at det holder at tjenesteyteren finner det overveiende sannsynlig at en konkret informasjon utløser handleplikt.²⁰⁵

Ved mellomlagring av informasjon som omfattet av artikkel 13 ligger det i tjenestens natur at den ulovlige informasjon forsvinner av seg selv. Det er også rasjonale bak at en oppdagelse av ulovlig informasjon ikke vil ha den samme grad av handlingsplikt forbundet til seg som den samme oppdagelsen har etter artikkel 14. En opplagret informasjon vil ha mer preg av å være permanent. Handlingsplikten etter artikkel 13 har karakter av en følgehandling etter at den opprinnelige informasjon har blitt fjernet mens handlingsplikten etter artikkel 14 nettopp retter seg mot den ulovlige informasjon. Det er derfor naturlig å tolke kravet til kunnskap noe ulikt.

På bakgrunn av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende og med særlig vekt på fortalens punkt 48 er det min konklusjon at den grad av forsett kunnskapskravet i artikkel 14 første ledd litra a gi anvisning på som et minimumskrav tilsvarer det norske sansynlighetsforsett. Det vil ikke stride mot Direktivet å gjennomføre dette i norsk rett.

²⁰⁴ [Online] Media warned over football 'rape' case Tilgang: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/3154184.stm>
[Sist aksert 07.11.03]

²⁰⁵ Jfr Waaben s. 161

9.2.2.2 Vil også en forsettlig uvitenhet være omfattet av kunnskapskravet etter artikkel 14 første ledd litra a?

Kunnskapskravet i artikkel 14 utelukker etter sin ordlyd uaktsomhetsansvar²⁰⁶. Dette kan åpne for tjenestetilbydere som bevisst unngår å skaffe seg informasjon om eller undersøke påstander om ulovlig innhold for på denne måten kunne komme seg inn under den ansvarsfrihet artikkel 14 innrømmer dem. Det er også tenkelig at årsaken til uvitenheten skyldes valg av forretningspolitikk hvor valgene som foranlediger en bevisst uvitenhet ikke nødvendigvis er motivert på bakgrunn av vurderinger knyttet til forsøk på å unngå ansvar men er resultat av andre vurderinger. Likefullt kan resultatet være at det klart fremstår for tjenesteyteren at det er ulovlig innhold som blir formidlet. Dette kan eksempelvis være tilfelle der hvor tjenesteyteren velger å tilby absolutt alle muligheten til å benytte tjenestetilbyderens server til utlegging av informasjon uavhengig av formål. Dette vil medføre at ingen hos tjenesteyteren har kunnskap om konkret rettsstridig materiale. På den annen side er det ikke tvilsomt at det å ta en slik avgjørelse vil medføre at man klart tilbyr ulovlig innhold som eksempelvis pornografi og tilbud om prostitusjon.

En forretningsførsel hvor tjenesteyteren bevisst lukker øynene for kriminell aktivitet enten for å på denne måten unndra seg ansvar eller av rene bekvemmelighetshensyn kan det hevdes at ikke er spesielt beskyttelsesverdig. Direktivets fortale punkt 48 synes å gi noe spillerom for det enkelte medlemsland. Direktivet er i henhold til fortalens punkt 48 ikke ment å gripe inn på muligheten til å kreve fra tjenesteytere at de ” apply duties of care” altså opererer med den varsomhet som med rimelighet kan forventes av dem og som nasjonal lovgivning legger opp til.

En forsettlig uvitenhet som den beskrevne er etter norsk rett ikke som utgangspunkt straffriende. I RT 1954 s. 20 fikk høyesterett seg forelagt en sak hvor en HV-soldat unnlot å hente et rekommandert brev siden han visste at det inneholdt en militær innkalling. På denne måten kunne han holde seg uvitende om når og hvor oppmøtet skulle skje. Problemstillingen var så om hvorvidt HV-soldaten hadde forsettlig overtrådt

²⁰⁶ Det motsatte synspunkt ble hevdet i Oslo Tingretts dom av 5. juni 2002, Sak nr.: 01-05479 M/73, hvor det ble fremholdt at ” etter rettens vurdering er døren holdt åpen for blant annet et begrenset aktsomhetsansvar i forbindelse med lagring av materiale («hosting»)." dommen ble anket og i lagmannsrettens nå rettskraftige dom ble det konkludert med at det her lå et krav om forsett.

militær straffelov §34 som belegger med straff den som ”rettsstridig forlater eller blir borte fra det sted, hvor det påligger ham som militær plikt å være tilstede”. Høyesteretts vurdering i denne sak var at ”Når han med åpne øyne har unnlatt å ta i mot og gjøre seg kjent med innkallingen , fordi han ikke ville møte er han forsettlig uteblitt fra tjenesten og kan ikke til sin frifinnelse påberope seg at han manglet den nærmere kjennskap til tid og sted for fremmøte.”

Andenæs advarer imidlertid mot å trekke resultatet av denne avgjørelsen for langt. Han påpeker at det reelle spørsmål for høyesterett var hva forsettet konkret måtte omfatte:

”Om han [i tillegg til det at han i nærmeste fremtid måtte møte opp til tjeneste] også måtte ha kjennskap til tiden og stedet for møteplikten. [...] Derfor kan man ikke slutte fra denne avgjørelsen til andre tilfelle, hvor uvitenheten angår et moment som er av betydning for straffbarheten”.²⁰⁷

Denne saken skiller seg noe fra en situasjon hvor tjenestetilbyderen gjennom å tillate alt nødvendigvis må komme i den situasjon at han også tillater ulovlig innhold. HV soldaten var klar over at innkallingen var å vente i nærmeste fremtid og hadde da en kunnskap om forhold som gjorde at han i realiteten visste at den rekommanderte forsendelse han unnløt å hente var en innkallelse. En tjenesteyter som velger å sette seg i den situasjonen at han tillater alle opplagringer til sin server vil ikke ha en slik forutgående viten om konkrete forhold som HV soldaten i dommen fra 1954 hadde. Det er mer naturlig å si at tjenesteyteren har stilt seg i en situasjon tilsvarende den alle unge menn uten avtjent førstegangstjeneste er i. Et av de rekommanderte brev som kommer i løpet av de nærmeste årene vil nok være en innkallelse men i motsetning til en HV-soldat er det ingen oppfordring til å tro at det faktisk er det neste.

Mads Bryde-Andersen hevder at det er klart at en uvitenhet på bakgrunn av en slik forretningspraksis ikke kan medføre ansvar:

”Gennem formuleringen "konkret kendskab" er det udtrykkeligt afklaret, at tjenesteyderen ingen pligt har til selv at tage skridt til at undersøge, om der findes

²⁰⁷ Andenæs, Alminnelig strafferett, 4. utgave, s 221.

ulovlig information. Man kan altså ikke pålægge tjenesteyderen ansvar under henvisning til, at han burde have undersøgt sine servere for ulovlig information, hvis han rent faktisk ikke har gjort det”.²⁰⁸

Konklusjonen blir ut fra dette at det ikke er tilstrekkelig for å kunne ilegges ansvar for forsettlig uvitenhet at man er uvitende om generelle forhold. Det kreves at man har kjennskap til omstendigheter knyttet til det aktuelle materialet og har unnlatt å undersøke dette videre for å kunne sies forsettlig å ha satt seg i uvitenhet i forhold til det konkrete ulovlige innhold.

Denne betraktningmåten har også støtte i de svenske forarbeidene til gjennomføringsloven hvor det uttales:

” Det bör i sammanhanget framhållas att medveten oaktsamhet i förhållande till t.ex. barnpornografibrott torde förutsätta en mer konkret misstanke som tar sikte på viss information. Att en person som yrkesmässigt vidarebefordrar information mer allmänt misstänker att det emellanåt förekommer olaglig information kan inte vara tillräckligt för straffansvar.”²⁰⁹

Det blir derfor naturlig å trekke inn direktivets artikkel 15 i vurderingen av om et ansvar for forsettlig uvitenhet kan ilegges. Etter artikkel 15 kan en tjenesteyter ikke ilegges en alminnelig undersøkelsesplikt i forhold til det materiale han lagrer på vegne av andre. For det første er de nasjonale myndigheter etter artikkel 15 avskåret fra å ” impose a general obligation on providers, [...] to monitor the information which they transmit or store”. Dette presiseres også i forhold til illegal aktivitet ved at det tillegges ” nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity”

Dette innebærer at å ilegge en generell undersøkelsesplikt vil være avskåret. En tjenestetilbyder som tilbyr alle mulighet til å opplagre informasjon hos ham vil ikke ha den kunnskapen om at noe er i gjære på eksempelvis en bestemt nettside som vil gjøre ham ansvarlig som forsettlig uvitende og han vil heller ikke kunne pålegges å undersøke for å finne det ut.

²⁰⁸ Bryde-Andersen, Mads op.cit.

En sammenholding av kravene til frihet fra straffansvar og kravene til frihet fra erstatningsansvar etter artikkel 14 første ledd litra a gir også indikasjoner på at kunnskapskravet for frihet fra straffansvar ikke kan omfatte bare en forsettlig uvitenhet når det kun foreligger indikasjoner om en generell ulovlig aktivitet og denne ikke er konkret i et nærmere angitt tilfelle.

Spørsmålet blir om det stiller seg annerledes der hvor tjenestetilbyderen gjennom sitt arbeide oppnår kunnskap om ledetekster som indikerer at ulovlig aktivitet foregår på det angjeldende nettsted. Dette vil i all hovedsak dreie seg om nettsidenes navn og førsteside.²¹⁰ En nettside kan eksempelvis hete *warez.com*.²¹¹ Nettsiden kan også ha en førsteside hvor det gjøres klart at man etter å ha betalt seg inn vil få tilgang til barnepornografi.

Å ignorere slike tydelige indikasjoner på at det som foregår på nettsiden ikke er eller kan være lovlig samsvarer i betydelig bedre grad med den problemstillingen Høyesterett ble stilt ovenfor i avgjørelsen fra 1954 enn den situasjon hvor tjenesteyteren velger å ikke kontrollere noe.

Forbudet i artikkel 15 mot å pålegge tjenesteyteren å aktivt søke opp informasjon som indikerer ulovlig aktivitet har ikke samme styrke her som over. Det er en generell plikt til å aktivt undersøke Direktivet er til hinder for ikke en spesifikk undersøkelsesplikt for å klarlegge fakta i en konkret situasjon. Det er naturlig å tolke forbudet mot en "general obligation" antitetisk slik at det tillater en plikt til å monitorere i nærmere angitte tilfeller.

I Det britiske handelsdepartementets *business guide* til deres Regulations heter det om forbudet mot en generell undersøkelsesplikt at "this does not affect the imposition of

²⁰⁹ Svensk Prop 2001/02:50 s. 92

²¹⁰ Det er her en forutsetning at selve det ulovlige innholdet ikke befinner seg på nettsidens førsteside. I så tilfelle ville kunnskapskravet i alle tilfelle vært oppfylt.

²¹¹ Internettjenesten *whatis.com* definerer "warez" slik: "a term used by software "pirates" to describe software that has been stripped of its copy-protection and made available on the Internet for downloading."

monitoring obligations in specific Cases”.²¹² De Britiske Regulations implementerer som tidligere nevnt direktivets bestemmelser på området ordrett.

Konklusjonen etter dette må, med særlig vekt på direktivets ordlyd, bli at ansvarsfrihetsbestemmelsen for nettvært i Direktivet om elektronisk handel ikke er til hinder for å gjennomføre nasjonal lovgivning som lar forsettlig uvitenhet om ulovlig innhold opplagret på tjenesteyterens server være omfattet av kunnskapskravet etter artikkel 14 første ledd litra a i de tilfeller hvor tjenesteyter har kunnskap om konkrete indikasjoner på ulovlig virksomhet ved et nærmere angitt materiale.

9.3 Ansvarsfrihet i forhold til erstatningsansvar

9.3.1 Innebærer kravet om "actual knowledge " i artikkel 14 første ledd litra a at nettverten må ha kunnskap også om at materialet er ulovlig før straffeansvar kan ilegges?

I likhet med situasjonen på det strafferettslige område er dette reelt et spørsmål om hvorvidt en rettsvillfarelse også vil kunne fritta fra et erstatningsansvar eller om det kun er den rent faktiske villfarelse som kan gjøre dette.

I direktivets tekst fremtrer vilkåret slik:

” as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent”

En naturlig forståelse av ordlyden i dette vilkåret tilsier at det vil være selve aktiviteten eller informasjonen som skal være ”apparent” og ikke det at informasjonen eller aktiviteten som sådan er ulovlig.

Ordlyden i Direktivet, sammenholdt med at, det som påpekt over,²¹³ har vært intensjonen å gjøre ansvarsfriheten for erstatning mindre omfattende enn ansvarsfriheten for straffansvar, gjør det trygt å konkludere med at kravet om ”actual

²¹² Department of Trade and Industry Business guide side 27

²¹³ Se over punkt 9.1

knowledge ” i artikkel 14 første ledd litra a ikke innebærer at nettverten må ha kunnskap også om at materialet er ulovlig før straffeansvar kan ilegges.

9.3.2 Hvilken grad av kunnskap gir kunnskapskravet for ansvarsfrihet i forhold til erstatningsansvar i artikkel 14 første ledd litra a anvisning på?

Ordlyden i Direktivet er noe mer dempet for ansvarsfrihet for erstatningsansvar enn den er for straffansvar. Uttrykket ”actual knowledge” er byttet ut med ”aware of” og det er ikke lenger selve informasjonen, men ”facts and circumstances” som leder til den ulovlige informasjon som er objektet for kunnskapen.

Spørsmålet her er om dette henspeiler på en situasjon hvor det nå vil være tilstrekkelig for tjenesteyteren å være uaktsom etter den alminnelige culperegulering eller om det kreves en mer kvalifisert grad av uaktsomhet på eller over grensen til forsett for at tjenesteyteren skal kunne holdes ansvarlig.

En tolkning hvor resultatet er at det må kreves en sterkere grad av uaktsomhet enn den alminnelige culperegulering vil ha betydning i forhold til gjeldende norsk rett. Etter åndsverkslovens §55 kan overtredelse av Åndsverkslovens §§49 og 54 medføre et erstatningsansvar etter alminnelige erstatningsregler. Etter §55 annet ledd kan opphavsmannen kreve tilbakebetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handling også når lovovertrederen er i god tro. Det å betale tilbake nettofortjenesten er en erstatning både i norsk rett og i direktivets forstand. For annet ledds vedkommende vil derfor denne bestemmelsen uansett være i strid med en ansvarsfrihetsbestemmelse etter artikkel 14 for så vidt gjelder tjenesteyterens virksomhet som nettvert. Også virkeområdet til §55 første ledd vil måtte innskrenkes dersom et vanlig uaktsomhetsansvar ikke er tilstrekkelig for å kunne ilegge ansvar etter Direktivet.²¹⁴

²¹⁴ I Nærings- og Handelsdepartementets høringsnotat av 23.03.2001 s. 5 heter det riktignok at det er ”uklart om direktivets bestemmelser om dette overlapper åndsverkslovens bestemmelser om erstatning”. På hvilken måte dette skulle være uklart fremstår imidlertid som noe uklart.

Den engelske ordlyden av Direktivet, som taler om ”aware of” omstendigheter som gjør den ulovlige informasjonen ”apparent”, synes ganske klart å tale mot en tolkning om at kravet kun er et alminnelig culpa ansvar.

Den danske versjonen av Direktivet synes imidlertid å ha en ordlyd som avviker fra den engelske ved at det etter denne er tilstrekkelig at ”den ulovlige aktivitet eller information fremgår” av de omliggende omstendigheter. Noe krav om at informasjonen klart skal fremgå eller være åpenbar er vanskelig å lese ut av teksten.

I forarbeidene til den danske e-handelsloven hevdes på bakgrunn av dette et standpunkt om alminnelig culpaansvar: ”For så vidt angår erstatningsansvar gjelder der samme betingelser, men herudover er det et krav, at formidleren ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf det fremgår, at den pågældende aktivitet eller information er skadevoldende. Formidleren er således underlagt den almindelige culpapregel.”²¹⁵

Imidlertid trekker andre språkversjoner av Direktivet i samme retning som den engelske. Den franske versjonen av direktivets tekst på dette området lyder:

” en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente”²¹⁶

Den nederlandske ordlyd trekker også i samme retning som den franske:

” geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt”²¹⁷

Også den svenske og tyske ordlyden trekker i retning av den engelske. Etter dette virker det som om ordlyden i Direktivet, på tross av den danske oversettelsen, må sies å tale klart i retning av at et alminnelig culpa ansvar ikke er tilstrekkelig for å tilsidesette

²¹⁵ L53 forslag Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel)/NREF/FN501/1)/ spesialmerknad til §16

²¹⁶ En direkte norsk oversettelse av denne teksten vil bli: ” Hva angår en etterspørsel etter skade eller interesser, ikke har hatt kjennskap til fakta eller omstendigheter som har vist åpenbart at aktiviteter eller informasjon er ulovlig.”

utgangspunktet om ansvarsfrihet. Det er god grunn til å anta at den ordlyd som i sitt ytre fremstår som en anomalitet ikke på en riktig måte representerer den ordlyden det var ment at Direktivet skulle forstås etter. Jeg vil derfor i min forståelse av Direktivet også legge den ordlyd til grunn som øyensynlig har støtte i majoriteten av språkversjonene.

I de svenske forarbeidene omtales ikke skyldgraden ved frihet fra erstatningsrettslig ansvar særskilt. Det henvises i stedet til de vurderinger som er gjort angående strafferettslig ansvar tidligere i proposisjonen.²¹⁸ Dette innebærer at man i det svenske gjennomføringsarbeidet, i motsetning til det danske, ikke oppfatter Direktivet slik at det åpner for et alminnelig culpa ansvar.

Om kunnskapskravet i artikkel 14 første ledd skulle forstås dit hen at det åpnet for et alminnelig culpa ansvar ville det i realiteten kun være en skærpe mot det rent objektive ansvar. En formidlers objektive ansvar for eventuelle ytringer fra tjenestemottager ville neppe stått seg verken mot den Europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10 eller den norske grunnlovens §100. En tolkning av Direktivet dit hen at det ga anvisning på et alminnelig culpa ansvar ville følgelig medføre at bestemmelsen mistet meningsinnhold.

Dette understøttes også av direktivets artikkel 15 som setter forbud mot en generell plikt til å undersøke eventuelle indikasjoner på ulovlig informasjon eller aktivitet. Denne artikkelens forbud mot overvåkningsplikt omfatter også ” a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity”. Et alminnelig culpaansvar ville lett kunne komme i strid med dette forbudet da en aktsom forretningsdrift i forhold til ulovlig materiale eller aktivitet etter en alminnelig culpanorm nok vil innebære en viss overvåking for å avdekke i hvert fall de former for ulovlig aktivitet som tjenesteyteren kan finne uten særlig innsats. En alminnelig culpanorm vil altså uansett måtte innskrenkes i forhold til direktivets artikkel 15.

Det synes derfor trygt å konkludere både på bakgrunn av direktivets ordlyd slik det fremkommer i de fleste oversettelser og ut fra direktivets systematikk at den grad av kunnskap kunnskapskravet for ansvarsfrihet i forhold til erstatningsansvar i artikkel 14

²¹⁷ Norsk oversettelse av dette vil bli: ”ingen kjennskap har til fakta eller omstendigheter fra hvor den ulovlige aktivitet eller informasjon opptrer som klar”.

²¹⁸ Prop 2001/02:150 s. 93

første ledd litra a gir anvisning på krever en mer kvalifisert grad av skyld enn det den alminnelige culpa regel gir anvisning på.

Spørsmålet blir da om kunnskapskravet for ansvarsfrihet i forhold til erstatningsansvar i artikkel 14 første ledd litra a gir anvisning på et kvalifisert uaktsomhetsansvar eller er et forsettskrav.

Direktivets ordlyd som redegjort for over svekker ordlyden for ved hvilken innsikt det er nødvendig å inneha før handleplikten inntre fra "actual knowledge" til "aware of". Over i drøftingen av ansvarsgrunnlaget for straffansvar konkluderte jeg med at sansynlighetsforsett var tilstrekkelig for å utløse handleplikten etter den sterkere ordlyden. En naturlig følge av dette må være at den svakere ordlyden ikke når helt opp til sansynlighetsforsettet før handleplikten inntre men at dette må skje allerede ved en form for kvalifisert uaktsomhet.

Det nærmere innholdet i denne uaktsomhet er vanskelig. BALSTAD²¹⁹ hevder at det ikke vil være tilstrekkelig for å utløse handlingsplikten at tjenesteyteren får en uspesifisert melding om at en eller annen form for ulovlig aktivitet foregår et eller annet sted på tjenesteyterens server. Dette synes nok å være en fornuftig tilnærming som kan generaliseres. En type henvendelse hvorved det ikke medfølger fakta eller informasjon som gjør selve den ulovlige informasjoneller aktivitet tydelig kan ikke ut fra en naturlig forståelse av Direktivet kunne falle innenfor begrensningen av ansvarsfriheten.

For å kunne avskjæres fra ansvarsfriheten må det være slik at de fakta eller omstendigheter henleder til den ulovlige informasjon eller aktivitet må være "apparent"²²⁰. Dette må innebære at direktivets formulering må tolkes dit hen at det er når indikasjonene på ulovlig aktivitet er relativt sterke men tjenesteyteren ignorerer dem at erstatningsansvar kan komme på tale.

Etter dette og med særlig vekt på direktivets påpekning av at de fakta eller omstendigheter som foranlediger handleplikten må være synlige eller åpenbare konkluderer jeg med at den grad av kunnskap kunnskapskravet for ansvarsfrihet i

²¹⁹ Balstad avsnitt 2.7.4

²²⁰ I følge den norske ordboken Clue betyr ordet "apparent" synlig eller åpenbar.

forhold til erstatningsansvar i artikkel 14 første ledd litra a gir anvisning på tilsvar den norske skyldgraden grov uaktsomhet.

9.4 Hva ligger i kravet om at tjenestetilbyderen ved oppnådd kunnskap om de vilkår som foranlediger handlingsplikt skal "act expeditiously"

Etter å for straffrihet ha oppnådd "actual knowledge" eller frihet fra erstatningsansvar blitt "aware of" de fakta eller omstendigheter som utløser handlingsplikten skal tjenesteyteren "act expeditiously" for å fjerne eller stoppe tilgangen til den illegale aktivitet eller informasjon. Spørsmålet er ovenfor drøftet for det tilsvarende vilkår for mellomlagereren.²²¹

De hensyn som er lagt til grunn for mellomlagereren gjelder i samme grad for nettvorten når den ulovlige informasjon skal stoppes. Dersom denne informasjonen består i opphavsrettslig beskyttet materiale som eksempelvis legges ut på en internettside kan dette materialet være spredd på en slik måte at det vil være umulig for rettighetshaveren å stoppe spredningen om ikke informasjonen fjernes raskt.

Kravet om at tjenestetilbyderen ved oppnådd kunnskap om de vilkår som foranlediger handlingsplikt skal "act expeditiously" må etter dette i likhet med for det tilsvarende kravet etter artikkel 13 forstås som et krav om at tjenestetilbyderen for å kunne ha ansvarsfriheten i behold, faktisk handler så raskt som mulig for å stoppe tilgang til den mellomlagrede informasjon når vilkårene for handleplikt er oppfylt.

Fristen for å handle må begynne å løpe fra den oppnådde kunnskap. Dette må følge kunnskapskravet slik det er drøftet ovenfor. Det vil si at fristen for å fjerne eller stoppe tilgangen til materiale begynner i det skyldkravet for henholdsvis forsett og grov uaktsomhet er oppfylt.

²²¹ Se ovenfor punkt 8.36

9.5 Hva innebærer kravet i artikkel 14 annet ledd som fastlegger at ansvarsfriheten opphører om ” the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider”?

Ansvarsfriheten innskrenkes der hvor tjenestemottageren agerer under tjenesteyterens autoritet og kontroll. Dette gjør at nettvorten kun vil kunne falle inn under ansvarsfrihetsbestemmelsene når han opptrer som medvirker. Fremstår nettvorten som initiativtakeren for lovovertrедelsen i forhold til utlegging av ulovlig informasjon på nett kommer ansvarsfrihetsbestemmelsene ikke til anvendelse. Det er derfor viktig at tjenesteyter ikke kan unngå ansvar ved å skille potensielt ansvarsbetingende virksomhet ut i egne selskaper som han fortsatt har kontroll over.

Spørsmålet blir hva som ligger i at nettvorten har ”authority or the control” over tjenestemottageren. Det er ingen punkter i direktivets fortale som bidrar til å kaste lys over forståelsen av begrepet. Begrepet behandles heller ikke utover det å konstatere direktivets ordlyd hverken i de svenske eller danske forarbeider.

En naturlig språklig forståelse av begrepet ”authority an control” indikerer at det dreier seg om et forhold hvor man har å gjøre med en over og en underordnet og tjenesteyteren er den overordnede. En slik forståelse innebærer at man kan stille opp tre typiske grupper som er under tjenesteyters autoritet og kontroll. Det vil være arbeidstagere, underleverandører og datterselskaper.

I den britiske regjeringens Guide for business hevdes begrepet å skulle ha den samme betydning som begrepet ”effective control” i den Britiske ”Defamation Act” av 4. juli 1996. Denne operer i kapitel 31 med et kontrollbegrep hvor en deltager i et direktesendt TV-program er utenfor tjenesteyterens effektive kontroll om han kommer med injurierende påstander.

En vurdering av begrepet ”authority and control” på linje med den engelske forståelsen vil medføre at en tjenesteyter neppe vil være ansvarlig for sine ansattes handlinger for så vidt gjelder utlegging av ulovlig informasjon i rollen som tjenestemottager da arbeidsgiver ikke vil ha effektiv kontroll over hva arbeidstageren gjør.

Det å sette likhetstrekk mellom effektiv kontroll og ”authority and control” kan imidlertid virke noe anstrengt. Det arbeidsgiveransvar som i Norge er nedfelt i Lov om skadeserstatning §2-1 virker nærmere den grad av kontroll som naturlig følger av begrepet ”authority and control”. Ansvar etter skadeserstatningsloven §2-1 omfatter ikke skade eller tap som arbeidstageren forårsaker hvis han går utenfor det som med rimelighet er å regne med som arbeidstager. Hvis han gjør det kan neppe hans handlinger sies å være innenfor tjenesteyterens autoritet og kontroll. Et variant av dette vil være hvis arbeidstager uten tjenesteyters kunnskap og i strid med rutiner benytter seg av tjenesteyters maskinvare for å lagre opphavstrettslig beskyttet materiale.²²²

Både for underleverandører og datterselskaper må det vesentlige være hvilken grad av reell kontroll tjenesteyteren har hatt over underleverandøren eller datterselskapet. Tjenestetilbyderen må ha hatt innsikt i og reell påvirkningsmulighet på forretningsførselen i selskapet.

Kravet i artikkel 14 annet ledd som fastlegger at ansvarsfriheten opphører om ” the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider” vil etter dette måtte tolkes dit hen at det enten må være snakk om et ansettelsesforhold eller at tjenestetilbyderen har hatt reell påvirkning på hvordan tjenestemottageren har organisert sin drift og hvilken grad av sikring mot ulovligheter denne har.

²²² Et eksempel på dette har man i IT avisen fra 23.05.2003 [Online] ” Pirat-razzia mot Eterra” Tilgang: <http://www.itavisen.no/art/1301228.html> [Sist aksessert 08.11.03]

10 Virtuelle kommunikasjonsnettverk i forhold til ansvarsfrihetsreglene.

10.1 Problemstillingene i dette kapitlet

Det finnes svært mange typer nettverk som vil være tilbudt ved bruk av kabler, radio, optiske eller andre elektromagnetiske måter og som vil være et kompleks av forbundne kommunikasjonsprosesser mellom mer enn to deltagere og følgelig være kommunikasjonsnettverk i direktivets forstand.²²³

Jeg skal i dette kapitlet vurdere tre ulike typer tjenester som er i alminnelig bruk i informasjonssamfunnet for å vurdere om disse tjenestene faller inn under direktivets ansvarsfrihetsregler og i så tilfelle om tjenestetilbyder faller inn under ansvarsfrihetsreglene for ren overføring, mellomlagring eller hosting Det er interessant å foreta en avklaring for disse tjenestenes vedkommende fordi disse er de tjenester som i størst grad setter på spissen likheter mellom fysiske og virtuelle nettverk. De tre tjenestene jeg vil vurdere er henholdsvis Peer to Peer nettverk²²⁴, IRC²²⁵ og USENET²²⁶.

10.2 Vil det å tilby adgang til et Peer to Peer nettverk, herunder nettverk for utveksling av øyeblikkelige meldinger og fildelingsnettverk, være omfattet av ansvarsfrihetsregelen i direktivets artikkel 12?

Et tjenerløst nettverk er et virtuelt nettverk som operer innenfor rammen av en eksisterende nettverkskobling til et åpent eller lukket nettverk. Kommunikasjonen som foregår i nettverket foregår direkte mellom medlemmene.

²²³ Se over punkt 5.6

²²⁴ For forklaring av Peer to Peer nettverk, herunder nettverk for øyeblikkelig melding og fildelingsnettverk se over punkt 3.4.

²²⁵ For forklaring av IRC se over punkt 3.3.

²²⁶ For forklaring av USENET se over punkt 3.2.

For å kunne bli ansvarsfri etter direktivets artikkel 12 må det i følge fortalens punkt 42 være slik at den som tilbyr adgang til et kommunikasjonsnettverk må begrense sin virksomhet til de tekniske prosesser som omfatter drift av og tilgang til kommunikasjonsnettverket. For en tilbyder av et tjenerløst nettverk vil dette ikke skape uklarhet. Tilbyderens rolle er her begrenset til å tilgjengeliggjøre nettverkstjenesten.

Direktivets fortale punkt 42 siste komma oppsummerer lovgrunnen for ansvarsfrihetsreglene på følgende måte:

”this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.”

Denne beskrivelsen gjelder i like stor grad tilbydere av nettverk virtuelle tjenerløse nettverk som den gjelder tilbydere av den fysiske linjen man bruker for å oppnå kontakt med Internett.

Den største tilbyderen av slike nettverk for øyeblikkelig melding, ICQ, har over 160.000.000 brukere fordelt over 245 land.²²⁷ Ingen norsk, eller for den saks skyld frittstående europeisk, aksessleverandør vil kunne komme opp i slike tall. På samme måte har fildelingsnettverket Fasttrack²²⁸ over fire millioner samtidige brukere.²²⁹ En fasilitator for kommunikasjon i denne størrelsesorden må klart presumeres å ha manglende kontroll over handlingene til nettverkets medlemmer i samsvar med fortalens punkt 42 siste komma.

For at ansvarsfrihet etter artikkel 12 skal kunne innrømmes stilles det imidlertid i artikkel 12 første ledd litra a - c opp tre klare krav til innholdet i kommunikasjonen. Spørsmålet blir hvordan tjenerløse nettverk stiller seg i forhold til disse kravene.

For det første er det i artikkelens første ledd litra a et krav om at tjenestetilbyderen ikke skal initiere kommunikasjonen. Selve essensen ved kommunikasjon i tjenerløse nettverk

²²⁷ I følge deres egne opplysninger. Se [Online] ””What i ICQ?”” Tilgang: <http://www.icq.com/products/whatisicq.html> [Sist aksessert 08.11.03]

²²⁸ Fasttrack er det fildelingsnettverket den velkjente klienten Kazaa gir tilgang til.

²²⁹ Det høyeste antall samtidige brukere i september 2003 var 4,5 millioner. Se [Online] “Fortune Magazine, 27. oktober 2003 From Betamax to Kazaa: The Real War Over Piracy” Tilgang: <http://www.fortune.com/fortune/technology/articles/0,15114,517663,00.html> [Sist aksessert 08.11.03]

er at brukerne selv initierer og mottar den konkrete kommunikasjonen uten innblanding fra tjenestetilbyder. Dette vilkåret vil for tjenerløse nettverk være oppfylt uten videre.

Det andre vilkåret for ansvarsfrihet fremkommer i litra b hvor det klargjøres at tjenestetilbyderen ikke kan velge ut mottageren, hvis ansvarsfriheten skal kunne beholdes. Dette vilkåret vil også være oppfylt uten videre i et tjenerløst nettverk da nettopp denne tjenestens utgangspunkt er en direkte kommunikasjon hvor de parter som kommuniserer velger ut hverandre.

Kravet i litra c om at nettverkstilbyderen ikke skal velge ut eller endre på den informasjon som sendes synes heller ikke å by på problemer. I et tjenerløst nettverk vil ikke nettverkstilbyderen ha mulighet for å velge ut eller modifisere informasjonen som sendes over nettverket. Direktivets fortale punkt 43 gjør det klart at den rene tekniske manipulasjon av data som er forbundet med overføringen ikke er omfattet av restriksjonene i litra c. Det vil kun være der tilbyderen tar en mer aktiv rolle gjennom bevisst å endre på innholdet i informasjonen at han vil kunne pådra seg ansvar.

I et tjenerløst nettverk foretas det i utgangspunktet heller ikke mellomlagring på noen måte som kan gå ut over restriksjonene i artikkel 12 annet ledd. Den kommunikasjon som skjer i nettverket foregår direkte mellom tjenestemottagerne og det mellomlagres ikke informasjon i denne sammenheng med mindre tjenestetilbyderen særskilt programmerer sin tjeneste til å gjøre dette.

Konklusjonen blir etter dette at tjenestetilbyder som tilbyr et virtuelt tjenerløst nettverk i utgangspunktet vil være omfattet av ansvarsfriheten i artikkel 12.

10.3 Vil det å tilby adgang til IRC være omfattet av ansvarsfrihetsregelen i direktivets artikkel 12?

IRC er et virtuelt nettverk som tilbys som et ledd i et større tjenestetilbud. Dette kan arte seg på den måten at tjenestetilbyder setter opp fasiliteter som kan benyttes av alle som er tilknyttet et åpent nettverk, som for eksempel Internett. IRC-kanalene kan også være lukkede slik at de ikke kan kobles opp til uten eksempelvis brukernavn og passord.

Uavhengig av om det er lukkede eller åpne løsninger for IRC, er det klart at det å tilby tilgang til en chattjeneste er å tilby adgang til et virtuelt nettverk av den typen som faller innenfor rammen av direktivets begrep ”communication network”. En chattjeneste vil være et kompleks av forbundne kommunikasjonsprosesser mellom flere enn to deltagere som blir overført ved bruk av elektroniske midler.

For at leverandøren av en IRC-tjeneste skal kunne falle inn under ansvarsfriheten etter artikkel 12 er det imidlertid av avgjørende at hans opptreden utelukkende er av en automatisk teknisk og passiv art. Denne forutsetningen er ikke tilstede for de tjenestetilbydere som tilbyr moderertkanaler hvor en av tjenestetilbyderens ansatte har som sin oppgave å blokkere eventuelle upassende eller ulovlige ytringer. En slik moderatorfunksjon vil gjøre at den presumsjon som ligger i direktivets forale punkt 42 om at tjenestetilbyder verken har kontroll over eller kunnskap om hva som blir overført i et kommunikasjonsnettverk ikke vil holde.

Å tilby adgang til IRC vil etter dette være omfattet av ansvarsfrihetsregelen i direktivets artikkel 12, under forutsetning av at tjenestetilbyderen ikke bryter inn gjennom moderering og på den måte går ut over rollen som ren overfører.

10.4 Vil det å tilby adgang til nyhetsgrupper eller USENET være omfattet av ansvarsfrihetsregelen i Direktivet og hvilken artikkel i Direktivet vil det å tilby adgang til USENET i så tilfelle falle inn under?

USENET skiller seg fra nettverk for øyeblikkelig melding ved at kommunikasjonen ikke skjer direkte fra en bruker til en annen, men fra tjenestemottager til tjenestetilbyder gjennom opplasting av en posting og så fra en annen tjenestemottager til tjenestetilbyder gjennom forespørsel om nedlasting av postingen til tjenestemottager. USENET skiller seg også fra IRC ved at informasjonen etter sin natur mellomlagres før den kan tilgjengeliggjøres for tjenestemottageren.

USENET fungerer ved at meldinger automatisk overføres fra en tjenermaskin til en annen. Denne overføringen initieres ikke av tjenestetilbyderen. Den initieres av tjenestemottagers maskin ved opplasting og nedlassting av meldinger. Heller ikke er det

slik at det er tjenestetilbyder som velger ut mottageren av kommunikasjonen. Det er den individuelle tjenestemottager selv som velger hvilke nyhetsgrupper vedkommende ønsker å abonnere på og hvilke artikler vedkommende ønsker å laste ned innenfor disse. Om en tjenestetilbyder skulle tilby adgang til et nettverk hvor kun USENET meldinger ble utvekslet, men tilbyderen ikke selv kunne tilby noen av tjenermaskinene, er det ikke tvilsomt at vedkommende ville tilby tilgang til et virtuelt kommunikasjonsnettverk som måtte oppfattes som et "communication network" i Direktivets forstand. USENET operer med noder som tjener som virtuelle switcher og rutingpunkter innenfor rammen av et fysisk nettverk.²³⁰ Det at nettverket er asynkront²³¹ kan ikke ha noen betydning her. Det er ikke holdepunkter verken i Direktivet, fortalen eller norsk eller utenlandsk rettspraksis for å hevde at det kan stilles opp noe krav om at et nettverk for å kunne defineres som "communication network" må være synkront.

Det er etter dette klart at å tilby aksess til USENET innebærer formidling av en informasjonssamfunnstjeneste og faller innenfor ansvarsfrihetsreglenes virkeområde. Å tilby aksess til USENET innebærer imidlertid at nyhetsgruppene mellomlagres på tjenestetilbyders tjenermaskin før de kan lastes ned av tjenestemottager. Denne mellomlagring må vurderes ulikt avhengig av om den anses som flyktig og mellomliggende, midlertidig eller en ren nettvertvirksomhet. Spørsmålet blir da om det å tilby aksess til USENET gjennom drift av en nyhetsgruppetjenermaskin vil falle inn under artikkel 12, 13 eller 14 i Direktivet.

For å kunne anses som "mere conduit" er kravet til mellomlagringens art at den må være automatisk, mellomliggende og flyktig. At lagringen må være automatisk og mellomliggende byr ikke på problemer. Det er på det rene at den lagring som skjer i forbindelse med drift av nyhetsgrupper skjer mellom de ulike tjenestemottagere. Mer problematisk er kravet om at mellomlagringen skal være flyktig. Som påpekt over kan dette tolkes som et krav om at den informasjon som formidles skal hentes direkte fra utgangspunktet og at den lagring som skjer skal skje som et ledd i selve overføringen.

²³² Dette er ikke tilfelle med en USENET- tjeneste. Hvis en tjenestemottager poster en

²³⁰ Se over punkt 3.2 jfr punkt 3.6

²³¹ Se over punkt 3.2. Asynkron den forstand at opplasting og nedlasting av en nyhetsgruppemelding ikke skjer på samme tid.

²³² Se over punkt 7.5.1

artikkel til en nyhetsgruppeserver drevet av Tele 2, vil den tjenestemottager som er kunde av Telenor ikke kontakte Tele 2 som sin nyhetsgruppetjener direkte, men nøye seg med å kontakte Telenors tilsvarende maskin som i forkant har utført overføringen. Det å tilby aksess til USENET gjennom drift av en nyhetsgruppetjeneste kan etter dette ikke falle inn under ansvarsfriheten i direktivets artikkel 12 om ren overføring av data.

For å kunne anses som "caching" etter Direktivets artikkel 13 er kravet til mellomlagringens art at den er midlertidig eller "temporary". Det nærmere innholdet i dette kravet er redegjort for over i punkt 8.1. For USENET sitt vedkommende er selve nettet lagt opp slik at det ikke er intensjonen, og heller ikke praktisk mulig for de fleste leverandører, å beholde en permanent lagring av de meldinger tjenestetilbyders nyhetsgruppetjener utveksler med andre maskiner. Dette ville medføre en stadig økende informasjonsmengde som ville gjøre selve tjenesten vanskelig å finne frem i, samt utsette den enkelte leverandør for store kostnader. I Oslo Tingretts behandling av Tele 2 saken ble det innhentet uttalelser fra bransjehold for å avdekke lagringens varighet.²³³

"Jon Bredo Øveraas, som var ansvarlig for vedlikeholdet av blant annet Tele2's nyhetstjenesteserver i det meste av den aktuelle perioden, har således forklart at fordi de binære filene krever så stor plass blir de automatisk slettet etter et par dager. Slike automatiske sletterutiner for binære filer synes av kapasitetsmessige grunner å være vanlige i bransjen. IT-konsulent i Telenor, Ina Faye-Lund, har forklart at binære filer tidligere ble lagret på selskapets nyhetsserver i 24 timer, mens lagringstiden i dag er begrenset til 4-7 timer."²³⁴

En lagringstid som strekker seg fra 4-7 timer og opp til et par dager kan ikke med rimelighet karakteriseres som noe annet enn midlertidig. Imidlertid er det, som også Tingretten påpeker, ikke tilstrekkelig at lagringstiden som sådan er kort for å kunne konstatere at tjenesten faller inn under det vern som gis av artikkel 13. Det sentrale poeng er om lagringens funksjon er å tjene videreformidlingen av materialet som ved "caching" av websider. Oslo Tingrett besvarer, for så vidt gjelder distribusjonen av

²³³ Oslo Tingretts dom av 5. juni 2002, Sak nr.: 01-05479 M/73. Denne dommen endte med domfellelse, men ble siden anket. I ankeforhandlingene innstilte påtalemyndigheten på frifinnelse og det ble også resultatet av lagmannsrettens dom. Se over punkt 1.5.2

²³⁴ Tingrettens dom s.20

materialet til den individuelle tjenestemottager, dette spørsmålet benektende uten videre drøftelse.²³⁵ Lagmannsretten synes uten videre å ha lagt Tingrettens subsumsjon til grunn. Retten problematiserer ikke og uttaler kun ” Spørsmålet er derfor hvilke begrensninger i adgangen til å belegge elektronisk utbredelse av pornografisk materiale med straff, som følge av Direktivet om elektronisk handel, særlig Artikkel 14[...]”²³⁶

Konklusjonen om at mellomlagringens funksjon ikke er å tjene videreformidlingen synes imidlertid ikke åpenbar. Som forklart over i punkt 3.2 er mellomlagringen nødvendig for at USENET skal fungere etter hensikten. Dette aksepterer også Oslo Tingrett for videresending av artiklene til andre tjenestetilbydere. Retten uttaler i den forbindelse følgende:

”Artikkel 13 gjelder såkalt ”caching” [sic], hvilket består i automatisk, mellomliggende og midlertidig opplagring av informasjon og materiale med det formål å besørge og effektivisere videreformidlingen. Slik mellomlagring og videreformidling finner for eksempel sted ved at tjenesteyteren mottar informasjon fra en annen tjenesteyter og så sender den videre til andre tjenesteyter, eventuelt samtidig gjør informasjonen umiddelbart tilgjengelig for tjenesteyterens egne brukere. Slik videreformidling reduserer transportavstandene og kapasitetsbehovet i nettet. Retten antar at ”caching” må omfatte blant annet kommunikasjonen mellom de ulike tjenesteyteres ”feeder”-maskiner, slik som når Tele2 mottar nyhetsgrupper fra ”the Big 8”-hierarkiet på sin ”feeder” og videresender denne til andre tjenesteyteres ”feedere”.”

Retten holder dette opp mot artikkel 14 hvor retten legger til grunn at den tilgjengeliggjøring som skjer av informasjonen for sluttbruker må falle inn under begrepet ”hosting” ved å konstatere at ” [d]et er tale om fysisk lagring av binære filer på Tele2’s server som er tilgjengelig for Tele2’s brukere”.

Vilkåret for mellomlagringens formål er etter artikkel 13, som drøftet over i punkt 8.2, at mellomlagringen skal skje med det for øye å gjøre videreformidlingen av informasjonen til ”other recipients of the service” mer effektiv. Rettens sontring mellom de tilfellene der filene er gjort tilgjengelig for andre tjenestetilbydere og tilfellene der de er gjort tilgjengelig for tjenestetilbyderens brukere er neppe i tråd med

²³⁵ l.c.

direktivets begrepsbruk. Som vist over i punkt 5.5 henspeler begrepet ”recipient of the service” i Direktivet på dem som er mottagere av den aktuelle informasjonssamfunnstjeneste, i dette tilfellet nyhetsgruppene, uavhengig av om tjenestemottager skal benytte disse til eget privat bruk eller om vedkommende skal benytte disse for å tre inn i rollen som tjenestetilbyder i forhold til andre tjenestemottagere. En videreformidling av informasjonen til sluttbruker vil, på samme måte som en videreformidling til tjenestemottagere som har andre formål enn selv å søke informasjon, redusere det Tingretten omtaler som ”transportavstandene og kapasitetsbehovet i nettet”. Alternativet ville vært at informasjonen ble hentet på den maskin hvor den opprinnelig ble postet, slik som tilfellet er med webbasert kommunikasjon. Ved webbasert proxy caching er det også slik at det er tale om fysisk lagring av det mellomlagrede materiale på tjenestetilbyders server som er tilgjengelig for tjenestetilbyderens brukere.

Etter dette er min konklusjon at det å tilby tilgang til USENET kan være caching etter artikkel 13. Det avgjørende for om det faktisk er caching i det konkrete tilfellet er formålet ved mellomlagringen og dens varighet. En tjenestetilbyder som bryter bransjestandarder for mellomlagringens varighet eller som har andre formål med sin lagring enn å være mellomstasjon mellom den opprinnelige posting og tjenestemottager vil ikke kunne være beskyttet mot ansvar gjennom de reglene i artikkel 13, men må vurderes som nettvært for informasjonen. Et eksempel i på dette er den amerikanske tjenestetilbyderen Google som gjennom sin nyhetsgruppetjeneste tilbyr et arkiv over nyhetsgruppemeldinger basert på artikler fra et betydelig antall nyhetsgrupper helt fra 1995.²³⁷ Dette skiller seg ikke fra cachere av webbasert innhold som ikke sletter det mellomlagrede materialet.²³⁸

²³⁶ Dom av 27. juni 2003 i straffesak nr 02-02539 M/01 (Oslo lagsogn)

²³⁷ Se [Online] ”Google Groups” Tilgang: <http://groups.google.com> [Sist aksessert 08.11.03]

²³⁸ En sammenlignbar tjeneste med Googles arkiv over USENET er WayBackMachine som beholder sine cachede kopier av websider og katalogiserer disse. Se [Online] ”Waybackmachine” Tilgang: <http://www.archive.org/web/web.php>. [Sist aksessert 08.11.03]

11 Rettsøkonomisk vurdering av hensiktsmessigheten av ansvar for formidlere av informasjonssamfunnstjenester.

11.1 Innledning og forutsetninger

Jeg skal i kapittelet gi en vurdering av hvilken modell som vil være hensiktsmessig for ileggelse av ansvar for formidlere av informasjonssamfunnstjenester fra et rettsøkonomisk synspunkt. David D. Friedman definerer samfunnsøkonomi og derav rettsøkonomi slik: ” Economics is that way of understanding behavior that starts from the assumption that people have objectives and tend to choose the correct way to achieve them”.²³⁹ I denne definisjonen ligger implisitt en forutsetning om at aktørene som underlegges analyse agerer rasjonelt I forhold til de mål de ønsker å oppnå.

Erling Eide beskriver rettsøkonomiens formål som tredelt i)å forklare jus ii)å anslå virkninger av jus iii)å vurdere jus ut fra generelle målsettinger knyttet til allokering (effektiv ressursbruk), fordeling, stabilisering og vekst.²⁴⁰ Disse formålene oppnår man gjennom rettsøkonomien ved bruk av begreper og teorier hentet fra sosialøkonomien. Rettsøkonomiens hovedambisjoner er to. For det første skal rettsøkonomien besvare spørsmålet om hvorfor vi har de rettsregler vi har. For det andre skal rettsøkonomien innenfor gitte rammer besvare hvilke rettsregler vi bør ha. Det er den andre av disse hovedambisjoner jeg her skal befatte meg med. Dette betyr at jeg vil befatte meg med en analyse av virkninger av jus i denne sammenheng..

For å kunne besvare hvilken grad av ansvar som vil være optimalt for formidlere er det nødvendig å ta en del forutsetninger. Innenfor rammen av den plass som er til rådighet i en oppgave av denne størrelse vil disse forutsetningene til dels bli grove. De ordinære

²³⁹ Friedman (1986)s.1

²⁴⁰ Eide (2000) s. 11

forutsetninger som ligger til grunn for enhver rettsøkonomisk analyse er at aktørene i som underlegges analyse reagerer formålsrasjonelt i forhold til det de ønsker å oppnå.²⁴¹ I en analyse av ansvar er det nødvendig å forutsette at målsettingen for hver enkelt aktør i et marked er å maksimere sitt eget overskudd.

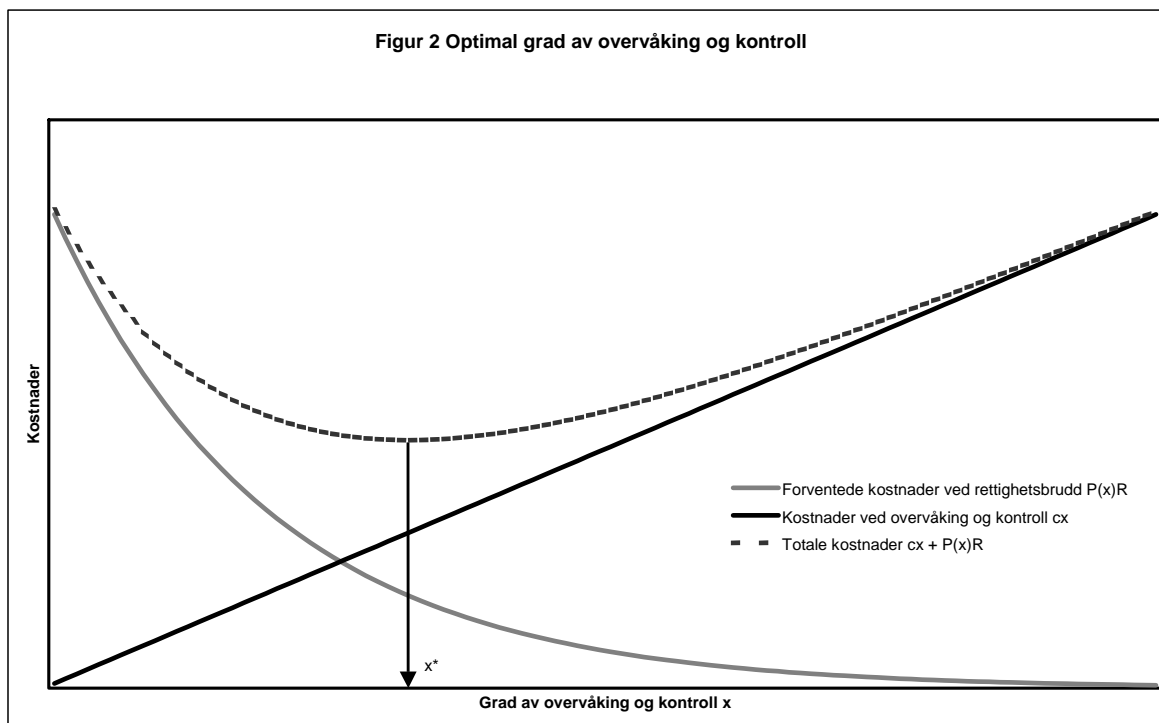
Jeg forutsetter at formidlerens aktsomhetsnivå påvirker sannsynligheten for at det skjer et rettighetsbrudd. Aktsomhetskostnader og skadekostnader vil til sammen utgjøre de totale kostnader ved et rettighetsbrudd. Formidlerne av informasjonssamfunnstjenester forutsettes å være risikonøytrale. Det er videre en forutsetning at det eksisterer full informasjon for formidleren om hvilke ansvarsregler som gjelder. Til slutt forutsettes at rettsreglenes siktemål er en samfunnsøkonomisk optimal utnyttelse av ressursene.

11.2 Tradisjonell rettsøkonomisk innfallsvinkel til ansvarsregler – objektivt ansvar

En optimal bruk av samfunnets resurser vil det være når de tiltak for overvåking og kontroll som settes inn for å forhindre rettighetsbrudd sammen med de samfunnsøkonomiske kostnader de rettighetsbrudd som, på tross av de innsats for overvåking og kontroll som legges ned, likevel skjer, måtte medføre er på sitt laveste nivå. Siden økt overvåking og kontroll reduserer kostnadene ved rettighetsbrudd mer på et lavt nivå av overvåking og kontroll enn på et høyt vil de samfunnsøkonomiske kostnadene ved rettighetsbrudd være på sitt laveste ved et bestemt nivå. En økning i overvåkings- og kontrolltiltak fra dette nivå vil medføre en større økning i overvåkings- og kontrollkostnadene enn det vil medføre en senkning i kostnader forbundet med rettighetsbrudd. Tilvarende vil en reduksjon i overvåkings- og kontrollkostnadene medføre en økning i kostnadene forbundet med rettighetsbrudd som vil være større enn reduksjonen i overvåkings- og kontrollkostnader.²⁴²

²⁴¹ Friedman (2001)

²⁴² Eide (2000) s. 103 beskriver denne sammenhengen på tilsvarende måte for erstatningsansvar ved ulykker.



Den rettsøkonomiske utfordringen er å sikre at dette optimale aktsomhetsnivået nås. Dette oppnås ved å besørge at den forventede straff eller erstatning er lik de sosiale kostnader rettighetsbruddene medfører. En slik likevekt vil medføre at potensielle lovbrøyttere eller skadevoldere internaliserer de sosiale kostnader deres opptreden medfører og derfor tar de nødvendige grep for å forhindre at noe galt skjer. En potensiell lovovertræder vil i en slik situasjon ikke ha noe insentiv for å utøve for mye overvåking og kontroll, da den marginale økning av overvåknings- og kontrollkostnader vil overstige besparelsen som opptrer gjennom at det blir færre erstatningsutbetalinger eller mindre straff.

Dette medfører at en tradisjonell rettsøkonomisk løsning på spørsmålet om ansvarsgrad er at man innfører et objektivt ansvar fremfor et ansvar basert på vurderinger av overtræders aktsomhetsgrad. Et objektivt ansvar vil medføre at den som vurderer en aktivitet har en optimal aktsomhetsgrad i forhold til utførelsen av aktiviteten.²⁴³

²⁴³ Se Eide(2000) s. 105

Objektivt ansvar vil også medføre at det velges et optimalt nivå på aktivitetsnivået.²⁴⁴ Objektivt ansvar reduserer også samfunnskostnadene forbundet med domstolsbehandling da det for domstolene er tilstrekkelig å bestemme om rettighetsbrudd har skjedd og hva den sosiale kostnaden forbundet med denne i så fall er. Ved en aktsomhetsvurdering må domstolen i tillegg ta stilling til hva en optimal aktsomhet ville vært og hvilken aktsomhet den som blir holdt ansvarlig for rettighetsbruddet faktisk utviste.

Denne tradisjonelle rettsøkonomiske innfallsvinkel vil ved første øyekast gjøre ansvarsforholdene for formidlere av informasjonssamfunnstjenester nokså innlysende. Formidlere burde ilegges objektivt ansvar. En formidler av informasjonssamfunnstjenester ville i en slik situasjon utføre den optimale mengde overvåkning og kontroll for å hindre rettighetsbrudd samt prise sine tjenester optimalt for å ta høyde for denne overvåkning og kontroll.

Imidlertid er situasjonen den at det ikke er formidlerne selv men de som holder seg innenfor det som i punktene 2.3.2 og 2.3.5 er definert som rolledomenene bruk og tjenester som utfører selve rettighetsbruddet. Assaf Hamdani reiser to betenkeligheter mot å direkte overføre den tradisjonelle rettsøkonomiske innfallsvinkel til ansvar for formidlere av informasjonssamfunnstjenester.²⁴⁵ For det første er det ikke gitt at tredjeparter bør justere omfanget av sin virksomhet på bakgrunn av brukernes oppførsel. For det andre er ikke nødvendigvis den implisitte forutsetning om at overtredere internaliserer rettighetsbruddets sosiale gevinst gyldig ved ansvar for tredjeparter.²⁴⁶

Situasjonen for formidler av informasjonstjenestene oppsummeres av Hamdani til å være todelt. For det første har tredjeparten fra et streng teknisk perspektiv kontroll over den primære skadevolders adferd ved at han kan forhindre aktiviteten uavhengig av og uten samarbeid med den primære skadevolder. For det andre vil den kostnaden som bæres av formidleren ved å stoppe de primære skadevolder adferd være neglisjerbar.²⁴⁷

²⁴⁴ I.c.

²⁴⁵ Hamdani (2001) s. 916

²⁴⁶ Kun ved en lik internalisering av både gevinst og skade vil likevekt kunne oppnås. Skjevhet vil nødvendigvis føre til for mye eller for lite overvåking og kontroll.

²⁴⁷ Hamdani (2001) s. 917

11.3 For høy initiell avskrekking

Det å være nettvært for andres informasjon stiller formidleren i den situasjon at tjenesteyter kun leverer selve lagringsplassen og vanligvis får betalt for mengden av lagringsplass og det volum av trafikk en nettside genererer.²⁴⁸ Det er tjenestemottager som bestemmer hvilket innhold siden skal ha.

Hvis vi tenker oss at tjenestemottager har en nettside dedikert til musikk og at han på denne nettsiden legger ut musikkfiler hvorav noen, men ikke alle, krenker en rettighetshavers opphavsrett. Siden websidene er opplagret hos nettverten er denne teoretisk sett i stand til å forhindre alle opphavsrettsbrudd ved å fjerne opphavsrettsbeskyttet materiale fra sin tjenermaskin. I tillegg er det slik at kostnaden ved å fjerne et hvilket som helst musikkstykke for tjenestetilbyderen vil være tilnærmet ikke eksisterende. Imidlertid vil tjenestetilbyderen måtte, for å sikre at det kun fjernes musikk som krenker en eller annen rettighetshaver, undersøke hvert enkelt musikkstykke før fjerning. Dette vil koste penger. I dette eksempelet nyter ikke nettverten godt av den fulle verdi av hvert enkelt musikkstykke som tjenestemottager legger ut på sine sider. Dette vil gjøre at en tradisjonell rettsøkonomisk løsning med objektivt ansvar hvor straff og erstatning settes lik den sosiale kostnad forbundet med aktiviteten kan lede til en for sterk grad av overvåkning og kontroll og sensur. Ved å omgjøre det praktiske eksempelet over til et talleksempel hvor vi setter opp mot hverandre en situasjon hvor nettvært og tjenestemottager er en og samme enhet, slik at problemer med sekundæransvar ikke vil oppstå, på den ene side og en situasjon hvor nettvært og tjenestemottager er to ulike enheter på den andre vil dette stå klart.²⁴⁹ Jeg forutsetter at nettverten blir holdt objektivt ansvarlig for et hvert musikkstykke på sin side som krenker opphavsrettslige regler og på bakgrunn av dette må avgjøre hvilken grad av overvåking og kontroll han skal legge seg på for å undersøke et musikkstykkets opphavsrettsmessige status før det publiseres på hans nettside.

Gevinsten fra hvert musikkstykke settes til 200. Siden nettverten også er tjenestetilbyderen internaliserer han hele den samfunnsøkonomiske gevinst ved sin

²⁴⁸ Eksempel på en slik prisstruktur gir det norske nettværtselskapet Webhuset som operer med et gitt antall Gigabyte en abonnent kan ha i trafikk per måned før det påløper ekstra kostnader. Se [Online] "Webhuset prislister" Tilgang: http://webhuset.no/prislister_webhotell.shtml [Sist akseptert 08.11.03]

²⁴⁹ Se tilsvarende Hamdani (2001) s. 918

aktivitet. Den samfunnsøkonomiske kostnad ved å publisere et musikkstykke som krenker opphavsrettslige regler settes til 1000 og den erstatning som må betales for opphavsrettsbruddet settes lik det samfunnsøkonomiske tapet. Sannsynligheten for at et musikkstykke faktisk krenker en opphavsmanns rettigheter settes til 0,1.

Tjenestetilbyderen må velge mellom to ulike strategier for overvåking og kontroll. Ved valg av strategi A vil tjenestetilbyderen kun oppdage 50% av opphavsrettskrenkelsene vil gi tjenestetilbyderen en kostnad på 20 per musikkstykke. Strategi B vil oppdage 60% av opphavsrettskrenkelsene. Kostnaden for strategi B er også 20 per musikkstykke. Ved valg av strategi B vil imidlertid 10% av de musikkstykker som ikke krenker noens rettigheter uriktig bli karakterisert som illegale.

Situasjonen for tjenestetilbyderen kan oppsummeres i følgende tabell:

Strategi for overvåking og kontroll	Forventet kostnad	Forventet gevinst	Total
Ingen overvåking	100	200	100
Overvåkningsstrategi A	20+50	200 – 10	120
Overvåkningsstrategi B	20+40	200-20-12	108

Tjenestetilbyderens forventede gevinst ved å legge ut musikk på sin nettside er lik den forventede forventede verdien av musikkstykket minus tjenestetilbyderens forventede ansvarskostnad for opphavsrettsbrudd. Hvis tjenestetilbyderen ikke foretar noen overvåking eller kontroll vil nettoverdien av tjenesten bli 100 ($200 - (0,1 * 1000)$). Om tjenestetilbyderen benytter seg av strategi A vil nettoverdien av tjenesten for tjenestetilbyder være 120 ($(200 - 20) - 0,5 * (0,1 * 1000)$). Velger tjenestetilbyderen strategi B vil nettofortjenesten ved tjenesten være 108 ($(200 - 20) - 0,6 * (0,1 * 200) - (0,6 * 0,1 * 200) - (0,1 * 200)$). Tjenestetilbyderen vil velge strategi A som også er den optimale strategi for høyest mulig samfunnsøkonomisk gevinst.

I en situasjon hvor nettvert og tjenestetilbyder ikke er en og samme enhet, men nettverten opererer som en formidler av informasjonssamfunnstjenester vil forholdet være annerledes. For denne analysen forutsetter vi at den krenkede vil gå på formidleren og ikke tjenestetilbyderen slik at det er nettverten som må velge overvåkningsstrategi. Vi forutsetter også at nettverten blir betalt en og samme sum for den lagringskapasitet

tjenestetilbyderen disponerer uavhengig av hvor stor andel av denne som faktisk blir brukt.²⁵⁰ For å forhindre rettighetsbrudd pålegges nettverten å betale erstatning når opphavsrettslig beskyttet materiale er opplagret på hans tjenermaskin. I tabell 2 vises kostnadene ved de to strategiene fra nettvertens perspektiv:

Strategi for overvåking og kontroll	Kostnad ved overvåking og kontroll	Ansvarskostnader	Totale kostnader
Ingen overvåking	0	100	100
Overvåkingsstrategi A	20	50	70
Overvåkingsstrategi B	20	4	60

Siden nettverten får betaling i form av et abonnementsbeløp vil denne ikke internalisere verdien av å legge ut en ekstra sang for lagring på sine tjenere. Nettverten vil av denne grunn ikke ta hensyn til kostnaden som forårsakes av fjerning av musikkstykker fra sine tjenermaskiner. På den annen side stilles nettverten ovenfor et objektivt ansvar for hele det samfunnsøkonomiske tapet som forårsakes av rettighetsbruddet. For nettverten vil det således være reduksjonen i ansvarskostnader som vil være verdien av overvåking og kontrollstrategiene. Veger nettverten strategi A vil denne få en forventet kostnad på $20+50 = 70$. Velger denne derimot strategi B vil nettverten sitte igjen med en forventet kostnad på $20+4 = 60$. Nettverten vil derfor i en situasjon hvor det alminnelige rettsøkonomiske utgangspunkt om objektivt ansvar følges velge strategi B som vil medføre en høyere grad av overvåking, kontroll og sensur enn det som er samfunnsøkonomisk optimalt.

Denne skjevheten i nettverdens insentivbilde som resulterer i en for høy grad av overvåking og kontroll kan opptre på to måter. Talleksempelen illustrerer at nettverten vil tendere mot å foreta en for stor grad av overvåking og kontroll slik at materiale som ikke burde blitt fjernet fra nettet vil bli fjernet. I talleksempelen ble det imidlertid antatt at kostnaden ved overvåkingsstrategiene var lik i forhold til faktisk kostnad. Dersom

²⁵⁰ Dette er i tråd med vanlig praksis for priser.

dette ikke tas for gitt vil det medføre at nettvverten vil være villig til å betale en for høy pris for å etablere en overvåkings- og kontrollstrategi.

Etter dette er det klart at det å pålegge ansvar for nettvverten når insentivene ikke er de samme for nettvvert og tjenestemottager vil kunne medføre en for stor grad av overvåking og kontroll.²⁵¹

11.4 Transaksjonskostnader og reallokering av kostnader

Når nettvverten innfører en for høy grad av overvåking og kontroll i forhold til hva som er samfunnsøkonomisk lønnsomt vil spørsmålet om nettvvert og tjenestemottager gjennom frivillige avtaler vil gå rundt ansvarsreglene for å skape et optimalt resultat. Det såkalte Coase-teoremet viser for eiendomsrettigheter at et slikt samarbeide vil oppstå.²⁵²

En optimal grad av overvåking og kontroll vil skape det største samlede overskudd og således være i begge parters interesse. På tross av dette kan partene, på grunn av transaksjonskostnader, havne i den situasjon at de ikke kommer frem til effektive avtaler.

Det er flere faktorer som impliserer at transaksjonskostnadene avtaler om lokalisering av ansvar kan bli for høye til at effektive avtaler vil bli inngått. Hamdani peker spesielt på tre typer av transaksjonskostnader som vil gjøre seg spesielt gjeldende ved formideransvar i informasjonssamfunnet. Reforhandlingskostnader, informasjonsproblemer samt rettslige hindringer.²⁵³

Reforhandlingskostnader adresserer partenes evne til å foreta reforhandling på spesifikke elementer og ikke hele strategien for overvåking og kontroll. For eksempelet over vil dette dreie seg om muligheten til å forhandle om fjerning av hvert enkelt

²⁵¹ Hamdani (2001) s.921 konkluderer mer generelt fra et tilsvarende talleksempel: "When the incentives of the third party diverge from those of the primary wrongdoer, imposing liability on third parties might result in over-deterrence."

²⁵² Eide (2000) s. 71 definerer Coase teoremet slik: Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordeling av rådigheter, gjennom samarbeide, frembringe et Pareto-effektivt resultat"

²⁵³ Hamdani (2001) s. 922.

musikkstykke. Hvis nettvert og tjenestemottager kunne reforhandle overvåkings og kontrollstrategien for hvert enkelt musikkstykke ville tjenestemottager kunne tilby nettverten en kompensasjon for å sikre at også dennes verdi av at musikkstykket blir værende på nettvertens tjener. Dette ville kanskje være mulig i nettverteksempelen, men vil neppe kunne anses som mulig i en situasjon hvor formidleren opptrer som ren overfører eller midlertidig mellomlagerer.

Informasjonsproblemer vil relatere seg til tjenestemottagerens evne til å holde seg oppdatert i forhold til formidlerens faktiske praksis. Dette vil for tjenestemottageren kunne være relativt kostbart. Rene formidlere som opererer innenfor rollen som aksessleverandør vil for eksempel kunne fjerne muligheten til å få opp enkelte internetsider uten å informere sine tjenestemottagere om dette.

Rettslige hindringer for effektive avtaler kan i en slik ansvarssituasjon i forhold til tredjeparter vise seg å være ganske store. En situasjon hvor formidleren kontraktuelt forplikter seg til å følge en strategi for overvåking og kontroll som innebærer at denne med viten og vilje lar tjenestetilbyder legge ut opphavsrettslig beskyttet materiale vil neppe stå seg ved rettslig prøving. Dette gir nettverten et insentiv til å på tross av avtalen følge den strategi for overvåking og kontroll som gir de laveste ansvarskostnadene.

Hvis lovgivers siktemål er samfunnsøkonomisk lønnsomhet bør altså reglene endres vekk fra formidleransvar og gi ansvarsfrihet der hvor transaksjonskostnadene er høyere enn gevinsten forbundet med å avtale seg frem til den samfunnsøkonomisk lønnsomme strategi.

11.5 Konklusjon - Ansvarsfrihetsreglene i Direktivet om elektronisk handel

Transaksjonskostnadene reduseres etter hvor nær formidler og tjenestemottager står hverandre. Ved ren formidling vil informasjons og søkekostnadene være uoverstigelig høye mens de for et integrert kontraktuelt forhold mellom nettvert og tjenestetilbyder vil være betraktelig lavere.

Ansvarsfriehtsreglene i Direktivet følger graden av transaksjonskostnader ved å innrømme en sterkere grad av ansvarfrihet jo lengre den primære overtredet og formidleren står fra hverandre. Slik fremmer ansvarsfriehtsreglene samfunnsøkonomisk effektivitet. Transaksjonskostnadene kan imidlertid være høye også ved virksomhet som nettvett. Spesielt gjelder dette rettslige hindringer. Disse vil gjøre at lovgiver, hvis siktemålet er samfunnsøkonomisk effektivitet, bør sørge for å allokere risiko i størst mulig grad hos den primære overtredet. Dette gjelder i særdeleshet spørsmålet om innholdet er lovlig eller ikke.

12 De lege ferenda – Innføring av ansvarsfrihetsbestemmelsene i norsk rett

12.1 Innledende synspunkter

Forslaget til innføring av ansvarsfrihetsbestemmelsene i norsk rett fra Nærings- og Handelsdepartementets høringsnotat fra 2002 har som intensjon å gjennomføre Direktivets ansvarsfrihetsbestemmelser ordrett for så vidt gjelder nettverter.²⁵⁴ For rene overførere og mellomlagrere ble det samme foreslått allerede i høringen fra 2001.²⁵⁵ De fleste høringsinstansene ser ut til å ha den oppfatning at det mest hensiktsmessige er å inkorporere Direktivets ansvarsfrihetsregler. Det kan imidlertid reises innvendinger mot denne formen for implementering. Direktivet er et minimumsdirektiv i forhold til ansvarsfrihet. Det er ikke direktivets intensjon å harmonere medlemslandenes ansvarsregler.²⁵⁶ Dette innebærer at det å implementer direktivet ordrett innebærer å velge den mest fiendtlige linjen innenfor rammen av vår lovgivningsfrihet i forhold til formidlere av informasjonssamfunnstjenester. Det er ikke ubetinget positivt om Norge anvender alle muligheter innenfor rammen av internasjonale forpliktelser til å pålegge næringsdrivende og borgere generelt byrder.

12.2 Moralsk panikk og sterke interesser

Den offentlige debatt rundt ansvar for formidlere i informasjonssamfunnet har i stor grad kretset rundt barnepornografi og deling av opphavsrettslig beskyttet materiale. Dette fokuset har ikke levnet særlig rom for prinsipielle betraktninger rundt yttringsfrihet og samfunnsøkonomisk effektivitet. Debatten er i stedet i stor grad blitt styrt av sterke særinteresseorganisasjoner som har presset på for å øke omfanget av formidlerens ansvar, som plate- og filmindustriens bransjeforeninger og organisasjoner, eksempelvis Redd Barna, som langt på vei argumenterer ut fra moral på en måte som er vanskelig å

²⁵⁴ NHD Høringsnotat (2002) avsnitt 4.5

²⁵⁵ NHD Høringsnotat (2001) avsnitt 4.8.3.3 og 4.8.3.4

²⁵⁶ I Direktivets fortale punkt 8 sies dette eksplisitt angjeldende strafferettens område.

imøtegå uten å bli stemplet som umoralsk. Økokrims høringsuttalelse til ansvarsfrihetsregelen for nettvært, hvor Økokrim kommer med prinsipielle betraktninger rundt ytringsfrihetens kår hvis formidler skulle sensurere også lovlig informasjon for å være på den sikre siden i forhold til eventuelt rettslig ansvar, synes å være typisk for den norske debatten:²⁵⁷

”Det er forøvrig vanskelig å se at ytringsfriheten skulle bli krenket dersom [formidleren] praktiserer handlingsplikten noe strengere enn det han er forpliktet til. Det er vel ikke tvilsomt at en tjenesteyter fritt kan legge seg på en policy om ikke å tillate porno overhodet, selv om den er lovlig. Dette burde gi godt monn i forhold til utøvelsen av skjønnets forbundet med handlingsplikt og ansvarsfritak.”²⁵⁸

I følge dette synspunktet kan formidleren selv frivillig legge seg på en politikk hvor han fjerner visse typer innhold og derfor vil det ikke ha ytringsfrihetsmessige implikasjoner om lovgivningen stiller ham i en situasjon der han faktisk tvinges til å gjøre det. Det er vanskelig, å være enig i Økokrims vurdering her. Høringsuttalelsen kan kanskje best sees på bakgrunn av sammenblandingen av sterke økonomiske interesser og moralsk panikk som har blitt utløst av informasjonssamfunnets fremvekst. Det er etter min oppfatning nødvendig å frigjøre seg noe fra dette perspektivet, hvis man skal kunne gjennomføre bestemmelser om ansvarsfrihet på en så hensiktsmessig måte som mulig.

12.3 Hensikt og formål med ansvarsfrihet i Direktivet og i Norge

Formålet med å innføre en ansvarsfrihet er for det første å sikre det indre markedes virkemåte ved å fjerne hindringer for elektronisk handel over landegrensene.²⁵⁹ Dette formålet kan tolkes som et lovgiverønske om at reglene skal bidra til samfunnsøkonomisk effektivitet. I Regjeringens overordnede IT-politikk for de kommende årene, E-Norge, er denne målsettingen konkretisert for Norsk IT-politikk generelt ved å presisere målsettingen for rammebetingelsene for IT-næringen slik:

²⁵⁷ At han faktisk vil sensurere vises over i kapittel 11.

²⁵⁸ Økokrims høringsuttalelse 2002/2083 NR JU tcb s.9-10

²⁵⁹ Se Direktivets fortale punkt 1.

”Det skal være rammebetingelser som medfører at vi utnytter vårt potensiale for verdiskaping fullt ut.”²⁶⁰

Som vist over i kapittel 12 kan en politikk hvor formidlere ilegges ansvar for andres handlinger medføre resultater som står i strid med dette uttrykte formålet for Norsk og Europeisk politikk. Hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet taler derfor for å være restriktiv med å ilegge formidlere ansvar.

Videre er det generelle prinsippet om ytringsfrihet uttrykt gjennom ansvarsfrihetsreglene. I Direktivets fortale punkt 9 fremhever dette eksplisitt. I Norge har prinsipielle spørsmål rundt ytringsfrihet generelt i de senere årene vært undergitt et betydelig arbeid, spesielt gjennom NOU1999:27 ” Ytringsfrihed bør finde Sted”. Ytringsfrihetskommissjonen uttaler angående ytringer som er utenfor rammen av det som folk flest vil som sømmelig eller passende:

” Bør vår største bekymring være rettet mot de «uønskede» ytringer som kommer frem i det offentlige rom, eller bør den rette seg mot de informasjoner og ytringer som ikke kommer frem i offentligheten, men som burde ha kommet frem? Det er gode grunner for å hevde at det er det siste som bør bekymre mest.”²⁶¹

Ytringsfrihetskommissjonens betraktningssmåte rundt hvilket fokus lovgiver bør ha synes både å være mer forstandig generelt og mer i tråd med dette direktivets intensjon spesielt enn Økokrims synspunkt. Etter min mening trekker ytringsfrihetsbetraktninger klart i retning av at lovgiver bør implementere en ansvarsfrihetsgrad for formidler som strekker seg ut over direktivets minimumskrav.

12.4 Selvregulering

Direktivets artikkel 16 inneholder en oppfordring til medlemslandene om å legge til rette for at det etableres etiske standarder på nasjonalt nivå som skal medvirke til en effektiv gjennomføring av Direktivets artikler 5 –15, deriblant ansvarsfrihetsreglene i

²⁶⁰ E-Norge 1.2 [Online] ”Et klima for verdiskaping” Tilgang: http://www.enorge.org/modules/module_109/publisher_view_product_w_tiltak.asp?iEntityId=993&iC=1 [Sist aksessert 09.11.03]

12-14. I Nærings- og Handelsdepartementets høringsuttalelse fra 2001 nøyer Departementet seg med å uttale:

” Myndighetene vil arbeide videre med å avklare myndighetenes rolle når det gjelder direktivets bestemmelser om å oppmuntre til etablering av adferdskodekser.”²⁶²

Dette gjøres under overskriften ” Deler av direktivet som ikke implementeres”. Det kan hevdes at en gjennomføring av restriktive ansvarsfrihetsregler uten at slike frivillige løsninger først er utprøvd virker noe prematurt.

Formidlere av informasjonssamfunnstjenester i Norge har gjennom etableringen av bransjeorganet ”Nettnemda” gjort en betydelig innsats for å forsøke å oppfylle Direktivets intensjoner.²⁶³ Nettnemda beskriver seg selv slik på sine internettsider:

” Nettnemnda er en uavhengig klageinstans som skal håndheve Etiske regler for Internett. Disse reglene er fastsatt av IKT-Norge og Internettforum, og tar sikte på å ivareta grunnleggende rettigheter for brukere og tjenesteytere på Internett. Oppgaven er særlig å balansere hensynet til ytringsfrihet mot hensynet til privatliv/personvern.”

Som det vil ha fremgått av det foregående er det min oppfatning, ut fra ytringsfrihets- og samfunnsøkonomiske betraktninger, mest hensiktsmessig å gi selvreguleringsorganer en reell mulighet til å forsøke å redusere ulovlig innhold i informasjonssamfunnet før lovgivning benyttes som virkemiddel.

12.5 Konklusjon- anbefaling

Når ansvarsfrihetsreglene skal implementeres bør lovgiver etter min oppfatning, fremfor å innføre et regime som i strid med hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet og ytringsfrihet innfører strenge regler for ansvarsfrihet, velge å innføre et system basert på en betydelig grad av selvregulering.

²⁶¹ NOU 1999:27 Kapittel 2.3.8 ”Om nødvendigheten av ikke å forby «uønskede» ytringer”

²⁶² NHD Høringsuttalelse (2001) avsnitt 5.1.2 Arbeid i Norge

²⁶³ Se [Online] <http://www.nettnemda.no/> [Sist aksessert 09.11.03]

Det allerede eksisterende klageorganet Nettnemda bør gis myndighet til å, med bindende virkning for formidler, kunne avgjøre om innhold er ulovlig og derfor må fjernes. Dette sikrer at en nøytral tredjepart tar avgjørelsen for formidleren slik at han ikke blir stilt i den vanskelige vurderingssituasjon det er å måtte ta stilling til innholdets lovlighet.

13 Litteraturliste

13.1 Litteratur

Andenæs, Johs. (1997). Alminnelig strafferett – 4. utgave – Oslo: Universitetsforlaget
ISBN: 8200225453

Balstad, Just (2002). Digitale mellomledds ansvar for videreformidling av ytringer. E-handelsdirektivet art. 12-14. Oslo: Complex 7/02

Bryde-Andersen, Mads (2001) – IT-Retten [Online] Tilgang: <http://www.it-retten.dk>
[Sist aksessert 04.11.2003]

Børresen, Erik.(2001). Redaktøransvaret på internett. Oslo: Cappelen akademisk forl.,
2001.. - ISBN 8202198690

”Doublet, David Roland og Jan Fridthjof Bernt (1993). Retten og vitenskapen: en introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi. - 2. utg. - Bergen 1993. - ISBN 82-419-0137-2”

Eckhoff, Torstein (2001). Rettskildelære 5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001, ISBN:
8251839882

Eide, Erling og Stavang, Endre (2000). Rettsøkonomi for privatrett. Oslo 2000, ISBN:
8202198402

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. Oslo, 1995. ISBN: 8200224694

Fleischer, Carl August, (1998). Rettskilder og juridisk metode, Oslo: 1998. ISBN:
8241709544

Friedman, David D (1986). Price theory an intermediate text, Santa Clara 1986, ISBN: 0538080507

Friedman, David D (2000). Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters., Santa Clara 2000. ISBN: 0691010161

Ingvoldstad Jan Handling information overload on Usenet : advanced caching methods for news Oslo: 2001, Hovedoppgave Informatikk, Universitetet i Oslo

Jarbekk, Eva I. E. og Foss, Morten "e-handel, Internett og juss", Oslo 2002, ISBN: 8205287716

Kileng, Frode (2001) Peer-to-Peer file sharing technologies -Napster, Gnutella and beyond, Oslo 2001, ISBN 82-423-0399-1

Lodder, Arno R. og Kaspersen, Henrik W.K.(2002) eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce, Amsterdam 2002 ASIN: 9041117520

Mathiesen, Thomas, (2001) Retten i samfunnet - en innføring i rettssosiologi, Oslo 2001, ISBN: 8253023340

Nag, Wenche ... et al. Roller og relasjoner i IKT-systemet: En analysemodell, Telenor FOU, Oslo, 2002 - ISSN 1500-2616

Waaben, Knud (1957). Det kriminelle forsæt, København 1957 ISBN: 87-574-2530-2

13.2 Artikler

35. Nordiske Juristmøte. S. 200, Mads Bryde Andersens innlegg.

Hamdani, Assaf (2003) "Who's liable for cyberwrongs? Cornell law review vol. 87 s. 901

Lenda, Peter (2001) ”Elektronisk handel på tvers av landegrensener: Representerer artikkel 3 i e-handelsdirektivet en ny lovvalgsregel i Europa?” ECLIP II – Interlegale regler i e-handelsdirektivet

Parloff, Roger [Online] From Betamax to Kazaa: The Real War Over Piracy Tilgang: <http://www.fortune.com/fortune/technology/articles/0,15114,517663,00.html> [Sist aksessert 08.11.03]

Radcliffe, Mark ”The Digital Millennium Copyright Act” Tilgang: http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00051/005356/title/Subject/topic/Computers%20%20Technology%20Law_Internet/filename/computerstechnologylaw_1_79 [Sist aksessert 07.11.03]

World Intellectual Property Organisation Workshop 9/10 desember 1999 [Online] Tilgang: <http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/index.htm> [Sist aksessert 08.11.03]

13.3 Rettspraksis

13.3.1 Norsk rettspraksis

Rettstidene 1954 side 20

Rettstidene 2000 side 1811 (Finanger I)

Oslo Tingretts dom av 5. juni 2002, Sak nr.: 01-05479 M/73

Dom av 27. juni 2003 i straffesak nr 02-02539 M/01 (Oslo lagsogn).

13.3.2 Eus rettspraksis

Case 283/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health European Court reports 1982 Page 03415

Case c-352/85 Judgment of the Court of 26 April 1988. Bond van Adverteerders and others v The Netherlands State.

Case 263/86 Judgment of the Court of 27 September 1988. Belgian State v René Humbel and Marie-Thérèse Edel.

Case C-109/92 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 December 1993. Stephan Max Wirth v Landeshauptstadt Hannover.

13.4 Annen rettspraksis

Zeran v. America Online - U.S. Supreme Court, Cert. Pet. 97-1488

Fabric Buys of Jericho, Inc., 33 B.R. 334 (Bankr. S.D.N.Y. 1983)

Godfrey v Demon Internet Ltd, QBd, [1999] 4 All ER 342, [2000] 3 WLR 1020; [2001] QB 201

13.5 Forarbeider

13.5.1 Norske forarbeider

NOU 1985:31 Datakriminalitet Justis- og politidepartementet

Innst. O. Nr 14 (1992-1993) ” Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), m.v.”

NOU 1999: 26 Konvergens, Sammensmelting av tele-, data- og mediesektorene. Samferdselsdepartementet og Kulturdepartementet

NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted» Forslag til ny Grunnlov § 100, Justis- og politidepartementet

OT prp. 31 (2002-2003) ” Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester”

13.5.1.1 Høringer

NHD Høringsnotat (2001) [Online] ”Innføring av direktiv om elektronisk handel i norsk rett” Tilgang:

<http://odin.dep.no/nhd/norsk/aktuelt/hoeringssaker/ferdigbehandlede/024081-080012/index-dok000-b-n-a.html> [Sist aksessert 04.11.03]

NHD Høringsnotat (2002) [Online] ” Høringsnotat: Ansvarsfrihetsbestemmelsen for nettvært i ny lov om elektronisk handel ” Tilgang:

http://odin.dep.no/nhd/norsk/aktuelt/hoeringssaker/paa_hoering/024081-080037/index-dok000-b-n-a.html [Sist aksessert 04.11.03]

NHD Høringsnotat [Online] ”Forslag til lov om informasjonsprosedyre for forslag til tekniske regler” Tilgang:

http://odin.dep.no/nhd/norsk/aktuelt/hoeringssaker/paa_hoering/024071-080033/index-dok000-b-n-a.html#inn [Sist aksessert 06.11.03]

Telenors høringsuttalelse til Nærings og handelsdepartementet om innføringen av ansvarsfrihetsreglene i Lov om elektronisk handel. [Ikke publisert]

[Online] Økokrims høringsuttalelse til Nærings og handelsdepartementet om innføringen av ansvarsfrihetsreglene i Lov om elektronisk handel. Tilgang:

<http://www.okokrim.no/generelt/horingsuttalelser/NETTVERT.pdf>

[Sist aksessert 09.11.03]

Justisdepartementets høringsuttalelse til Nærings og handelsdepartementet om innføringen av ansvarsfrihetsreglene i Lov om elektronisk handel. [Ikke publisert]

13.5.2 EU forarbeider

COM/1998/586 “Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market”, 23. desember 1998

Official Journal of the European Communities L 178 , 17/07/2000 P. 0001 – 0016

Official Journal of the European Communities L 007 , 11/01/2001 P. 0013 – 0015

13.5.3 Andre utenlandske forarbeider

Svensk Prop. 2001/02:150 ” Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.”

Dansk L53 forslag Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel)/NREF/FN501/1)/

13.6 Lover

Lov av 03.02.1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova).

Lov av 13.06.1969 nr. 26 om skadeserstatning, (Skadeserstatningsloven)

Lov av 27.11.1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov av 29.11.1996 nr. 73 om formidling av landsdekkende postsendinger (Postloven)

lov av 23. mai 2003 nr 35 om visse sider av elektronisk handel (Ehandelsloven)

13.7 EU direktiver

Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, Regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities.

Council Directive 90/387/EEC of 28 June 1990 on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of open network provision

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts

Directive 97/51/EC of the European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Council Directives 90/387/EEC and 92/44/EEC for the purpose of adaptation to a competitive environment in telecommunications

Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations

Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations

Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access.

Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market

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

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services

13.8 Utenlandsk lovgivning

11 U.S.C.A §§550(a)(1) og (2) Bankruptcy

17 U.S.C.A §512 Digital Millennium Copyright act (DMCA)

47 U.S.C.A §230: Communication Decency act (CDA)

British statutory instrument 2002 no. 2013 - The electronic commerce (EC directive) regulations 2002

British Defamation Act, 4. juli 1996

Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz -TDG)

Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster av 06.06.2002 (SFS 2002:562)

13.9 Traktater og konvensjoner

Convention on Cybercrime, ETS No. : 185

WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996

Treaty Establishing the European Community, ROME, 25 March 1957 (Romatraktaten)

Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, Amsterdam 2 October 1997 (Amsterdamtraktaten)

13.10 Benyttede leksikon og oppslagsverk

[Online] Caplex Tilgang: <http://www.caplex.no> [Sist aksessert 09.11.03]

[Online] Clue Tilgang: <http://www.clue.no> [Sist aksessert 09.11.03]

[Online] whatis.com Tilgang: <http://www.whatis.com> [Sist aksessert 09.11.03]

13.11 Andre tekster

13.11.1 Elektroniske dokumenter

Universitetet i Oslo sine retningslinjer, "Reglement for bruk av universitetets IT-tjenester", kan finnes på <http://www.usit.uio.no/it/reglement/it-reglement.html>

[Online] ”Regler for nettvann” Tilgang: <http://nettvann.sol.no/index.jhtml?action=rules>
[Sist aksessert 08.11.03]

[Online] ”What is an RFC. Which are the relevant ones. “ Tilgang:
<http://www.faqs.org/faqs/usenet/software/b/faq/section-14.html> [Sist aksesert 05.11.03]

[Online] “RFC 1036 - Standard for interchange of USENET messages” Tilgang:
<http://www.faqs.org/rfcs/rfc1036.html> [Sist aksessert 05.11.03]

[Online] ” RFC 977 - Network News Transfer Protocol” Tilgang: <ftp://ftp.isi.edu/in-notes/rfc977.txt> [Sist aksessert 04.10.03]

[Online]” Federal Standard 1037C - Telecom Glossary 2000” Tilgang:
http://www.its.bldrdoc.gov/fs-1037/dir-039/_5807.htm [Sist aksessert 05.11.0]

13.11.2 Ikke elektroniske andre tekster

EU Standards and Technical Regulations Committee Doc. S-42/98 – EN – Vade Mecum

The European Commission (1997): «Green paper on the convergence of the telecommunications, media and information sectors, and the implications for regulation».

Guide for business: Department of trade and industry SI2002/2013 av 31. juli 2002

14 Lister over tabeller, figurer m v

Figur 1 s. 14

Figur 2 s. 123

Tabell 1 s. 126

Tabell 2 s. 127