

UiO : **Det juridiske fakultet**

Uaktsom ordlyd?

Gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i et klarspråkperspektiv.

Kandidatnummer: 215

Leveringsfrist: 15.01.2019

Antall ord: 31 389



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunn.....	3
1.3	Avgrensninger.....	3
1.3.1	Avgrensning mot reglene for når nettvorten kan ilegges ansvar	3
1.3.2	Begrensning til vilkårene om «actual knowledge» og «awareness»	4
1.3.3	Rammen for vurderingen: Avgrensning mot rettspolitiske vurderinger av de materielle reglene	4
1.4	De ulike språkversjonene av direktivbestemmelsen	5
1.5	Metode og fremstilling	5
2	NYE PROBLEMER FOR LOVSPRÅKET I MØTE MED EØS-RETTE.....	7
2.1	Innledning	7
2.2	De tradisjonelle klarspråkproblemene	9
2.2.1	Hvordan vi forstår språk og lovspråk	9
2.2.2	Vaghet og presisjon	11
2.2.3	Flertydighet.....	12
2.2.4	Språklige uttrykk alene og i kontekst	13
2.3	Lovtekniske utfordringer ved gjennomføring av EØS-direktiver.....	15
2.3.1	Innledende om gjennomføringen av direktiver	15
2.3.2	Det språklige mangfoldet i EU	17
2.3.3	Juridisk oversettelse i EU	19
2.3.4	Kontekstuell, dynamisk og autonom tolkning i EU	20
2.3.5	Presis gjennomføring av vag EU-rett	22
2.4	Et klarspråkproblem i møte med EU-retten	23
2.5	Oppgaven videre: Utgangspunkter for vurderingen av e-handelsloven § 18.....	26
3	VILKÅRENE OM «ACTUAL KNOWLEDGE» OG «AWARENESS» I E-HANDELSDIREKTIVET ARTIKKEL 14	29
3.1	E-handelsdirektivets formål og system	29
3.2	Utgangspunktet: Ingen generell overvåkingsplikt	30
3.3	Utgangspunktets rekkevidde: Hva er «generell» overvåking?	32
3.4	Hvilken befatning nettvorten har med innholdet som lagres	35
3.5	Tjenesteytneres samarbeidsplikt	38
3.6	Nettvortens ansvar og enkelte grunnleggende rettigheter	41

3.6.1	Forholdet mellom e-handelsdirektivet artikkel 14 og enkelte grunnleggende rettigheter.....	41
3.6.2	Balanseringen av rettighetene.....	42
3.6.3	Nærmere om nettvertens ansvar i EMD	44
3.7	Den nærmere forståelsen av «actual knowledge» og «awareness»	47
3.7.1	Oppsummert: Betydningen av de foregående punktene for innholdet i vilkårene om «actual knowledge» og «awareness».....	47
3.7.2	Ordlyden i ulike språkversjoner	48
3.7.3	Særlig om frihet fra straffeansvar og vilkåret om «actual knowledge»	49
3.7.4	Særlig om frihet fra erstatningsansvar og vilkåret om «awareness»	50
3.7.5	Skillet mellom ansvaret for straff og erstatning	52
3.7.6	Hvor hos nettvorten må kunnskapen forekomme?	53
4	«FORSETT» OG «GROV UAKTSOMHET» SAMMENHOLDT MED «ACTUAL KNOWLEDGE» OG «AWARENESS».....	55
4.1	Ulikheter i begrepenes rettspolitiske begrunnelser	55
4.2	«Forsett» sammenholdt med «actual knowledge»	56
4.2.1	Generelt	56
4.2.2	Nærmere om rettsvillfarelse	59
4.3	«Grov uaktsomhet» sammenholdt med «awareness»	61
4.3.1	Generelt	61
4.3.2	Nærmere om aktsomhetsgraden	63
5	SIDEBLIKK TIL NABOEN: GJENNOMFØRINGEN I SVERIGE OG DANMARK	64
5.1	Hvorfor Sverige og Danmark?.....	64
5.2	Gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i Danmark.....	65
5.3	Gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i Sverige	66
5.4	Oppsummert.....	69
6	BRUKEN AV «FORSETT» OG «GROV UAKTSOMHET» I DEN NORSKE GJENNOMFØRINGSBESTEMMELSEN: ET KLARSPRÅKPROBLEM?	71
6.1	Betydningen av det strafferettslige legalitetsprinsippet	71
6.2	Er direktivets krav oppfylt?.....	72
6.3	Gjennomføringen i lys av visse uttalte formål	74
6.4	Gjennomføringen i lys av målet om å veilede og informere.....	75
6.4.1	Vaghet, flertydighet eller innskrenkende tolkning?	75
6.4.2	Presis og tilpasset eller fleksibel og EU-lojal?	77
6.4.3	En trojansk hest i norsk strafferett?	79

6.5	E-handelsloven § 18 som en konsekvens av lovtekniske utfordringer ved gjennomføringen av EØS-direktiver	79
7	KONKLUSJON.....	82
8	KILDELISTE.....	1
8.1	Litteratur.....	1
8.2	Norske rettskilder	8
8.3	Internasjonale rettskilder	9
8.3.1	Traktater og direktiver	9
8.3.2	Forarbeider, rapporter og anbefalinger	9
8.3.3	Rettspraksis.....	10
8.4	Utenlandske rettskilder	13

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

E-handelsdirektivet artikkel 14 fritar den som yter lagringstjenester på internett fra ansvar for ulovlig innhold lagret på vegne av andre. For ansvarsfrihet stilles det vilkår om at tjenesteyteren ikke har nærmere bestemte former for kunnskap om det ulovlige innholdet. Ved gjennomføringen av bestemmelsen i norsk rett benyttet man de innarbeidede juridiske uttrykkene «forsett» og «grov uaktsomhet» i formuleringen av vilkårene. Oppgavens problemstilling er om bruken av disse termene i gjennomføringsbestemmelsen oppfyller e-handelsdirektivets krav, visse uttalte nasjonale formål og målet om å veilede og informere leseren av loven. Spørsmålet stilles for å illustrere og belyse mer generelle lovtekniske utfordringer ved gjennomføringen av EØS-direktiver.

Direktivbestemmelsen ble gjennomført ved e-handelsloven § 18, som fritar yteren av visse lagringstjenester fra erstatning og straff. En lagringstjeneste foreligger når noen inngår avtale om å kunne laste opp sitt innhold til en tjenermaskin knyttet til internett.¹ Den som opererer tjenermaskinen, nettverten, yter da en lagringstjeneste.² Innholdet som lagres velges ut og lastes opp av tjenestemottakeren, og meningen er at det skal lagres for en ubegrenset tidsperiode.³ Den typiske tjenesten er et webhosting-selskap som tilbyr kunder å laste opp innhold for å publisere det på en nettside.⁴

E-handelsdirektivet artikkel 14 og den norske gjennomføringsbestemmelsen lyder i sin helhet (min uthevelse):

E-handelsdirektivets artikkel 14:

«1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have **actual knowledge** of illegal activity or information

E-handelsloven § 18 første og annet ledd:

«En tjenesteyter som lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenestemottaker, kan bare

a) straffes for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist **forsett**, eller

b) holdes erstatningsansvarlig for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulov-

¹ Bing (2008) s. 208 og 229.

² Bing (2008) s. 208 og 229.

³ Van Eecke (2011) s. 1463.

⁴ Van Eecke (2011) s. 1463.

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

- (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.
2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.
3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.»⁵

lig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist **forsett eller grov uakt-somhet**.

Tjenesteyteren er i alle tilfelle straffri eller fri fra erstatningsansvar dersom han uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen etter at forsettet eller den grove uaktsomheten etter første ledd forelå.

En tjenesteyter er ikke ansvarsfri etter denne paragraf dersom tjenestemottakeren handler på tjenesteyterens vegne eller under hans kontroll.»⁶

Ved gjennomføringen av direktivbestemmelsen i norsk rett var uttrykket «kunnskap» et alternativ til ordlyden «forsett» og «grov uaktsomhet».⁷ Det ville vært en mer direkte oversettelse av direktivets ordlyd. Uttrykket ble likevel forkastet, da man mente «kunnskap» hadde et uklart meningsinnhold.⁸ I stedet ble direktivets usikre ordlyd bevisst byttet ut med en formulering som viser til innarbeidede juridiske begreper. På denne måten mente lovgiver⁹ å lette anvendelsen av bestemmelsen.¹⁰ Men bruken av slike innarbeidede juridiske begreper ved gjennomføringen av EØS-rett reiser spørsmål i relasjon til ønsket om klart lovspråk. Uttrykk med et fastlagt meningsinnhold og en sentral plass i det nasjonale rettssystemet kan skape utfordringer i møte med den autonome og dynamiske EU-retten.

Avhandlingens formål er tredelt. For det første søker den å besvare problemstillingen: «Om bruken av 'forsett' og 'grov uaktsomhet' i gjennomføringsbestemmelsen oppfyller e-handelsdirektivets krav, visse uttalte nasjonale formål og målet om å veilede og informere leseren av loven.» For å besvare problemstillingen er det nødvendig å fastlegge innholdet i

⁵ Dir 2000/31/EC art. 14.

⁶ E-handelsloven § 18 første og annet ledd.

⁷ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 28. Innst.O. nr. 46 (2003–2004) s. 5–6.

⁸ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26.

⁹ Med «lovgiveren» eller «den norske lovgiveren» vil jeg det følgende sikte til alle som har deltatt i arbeidet med loven, både i sakkyndige utvalg, departementene, regjeringen eller Stortinget. Se Eckhoff (2001) s. 71.

¹⁰ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 29.

direktivets vilkår om «actual knowledge» og «awareness».¹¹ I tillegg til å være en forutsetning for vurderingen av gjennomføringsbestemmelsen, er denne rettsdogmatiske undersøkelsen også ment som et eget bidrag og formål for oppgaven. Til slutt er oppgavens konkrete problemstilling del av et overordnet formål om å belyse og illustrere lovtekniske utfordringer ved gjennomføringen av EØS-direktiver.

1.2 Bakgrunn

Siden 2011 har prosjektet «Klart lovspråk» rettet søkelyset mot språklige utfordringer i lover og regler.¹² Fordi en rekke norske lover har sin bakgrunn i EØS-avtalen og dermed i EU, er samspillet mellom EU-retten og norsk lovspråk et viktig tema for klarspråkarbeidet. Sammenlignet med norsk rett har EU-retten en rekke særtrekk, og disse kan på ulike måter skape utfordringer for utformingen av norsk lovgivning. I en undersøkelse om lovspråk fra høsten 2017 ble regelskriverne og deres ledere i departementene spurt hvor enige eller uenige de var i at EU-direktiver og EU-forordninger skaper utfordringer for lovspråket. Til dette svarte 66 prosent at de var helt eller ganske enige, mens bare 5 prosent svarte at de var helt eller ganske uenige.¹³

EU-retten fortjener derfor oppmerksomhet i arbeidet mot klarere lovspråk. Spørsmålet er så hvordan dette temaet kan behandles. Særlig internasjonalt er det skrevet mye generelt om språklige og metodiske utfordringer ved EU-retten, og problemene den skaper i de nasjonale rettssystemene.¹⁴ Generelle tilnærminger når likevel bare så langt i å illustrere og belyse de klarspråkutfordringene EU-retten skaper. Oppgaven søker i stedet å gi et innspill til diskusjonen gjennom å se på ett konkret tilfelle av gjennomføring av EØS-rett.

1.3 Avgrensninger

1.3.1 Avgrensning mot reglene for når nettvorten kan ilegges ansvar

E-handelsloven § 18 og den bakenforliggende direktivbestemmelsen regulerer når en nettvort må holdes fri for ansvar. For det tilfellet at vilkårene for ansvarsfrihet ikke er oppfylt, regulerer bestemmelsene ikke når nettvorten faktisk kan holdes ansvarlig. Med det perspektivet som

¹¹ Formuleringen av vilkåret i e-handelsdirektivet artikkel 14 er (på engelsk) at nettvorten ikke er «aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent». Dette forkortes i det følgende til «awareness» eller «awareness»-vilkåret.

¹² Språkrådet (udatert a).

¹³ Høidahl (2017) s. 26.

¹⁴ Se for eksempel Paunio (2013), Piris (2005), Pommer (2012) og Robinson (2014).

anlegges i oppgaven blir det øvrige regelverket for nettvertens ansvar derimot av liten interesse.

For oppgavens formål er det viktigste å sammenholde direktivbestemmelsen slik den forstås i EU med de uttrykkene man har valgt ved den norske gjennomføringen, for så å vurdere om utformingen av gjennomføringsbestemmelsen er i samsvar med nærmere bestemte formål og hensyn. Derfor avgrenses det mot de reglene som gir grunnlag for å holde nettverten straffe- eller erstatningsrettslig ansvarlig, både i EU og intern norsk rett.

1.3.2 Begrensning til vilkårene om «actual knowledge» og «awareness»

Oppgaven omhandler gjennomføringen av artikkel 14 hva gjelder vilkårene om at nettverten, dersom han skal være fri for ansvar etter bestemmelsen, ikke kan ha «actual knowledge» eller «awareness» om det ulovlige forholdet. Jeg konsentrerer meg om denne delen av bestemmelsen fordi gjennomføringen på dette punktet reiser interessante spørsmål i et klarspråkperspektiv. Jeg sikter da til bruken av nasjonalt innarbeidede juridiske begreper ved gjennomføring av EØS-direktiver. Gitt oppgavens formål ville en mer omfattende og overfladisk behandling av gjennomføringen vært mindre hensiktsmessig.

Det avgrenses derfor blant annet mot spørsmålet om hvilke tjenester og tjenesteytere som omfattes av artikkel 14. Fra dette gjøres det likevel et unntak. For at en tjenesteyter skal omfattes av artikkel 14, stilles det vilkår til hvilken grad av involvering han kan ha hatt i det lagrede materialet. Nettvertens forhold til det lagrede materialet er av betydning for innholdet i vilkårene om «actual knowledge» og «awareness». Det er derfor grunn til å behandle spørsmålet i den rettsdogmatiske undersøkelsen (kapittel 3).

1.3.3 Rammen for vurderingen: Avgrensning mot rettspolitiske vurderinger av de materielle reglene

Vurderingen av gjennomføringsbestemmelsens utforming begrenses til visse klart identifiserbare formål og hensyn for gjennomføringen. Noen av formålene gjelder generelt for gjennomføring av EØS-direktiver. For eksempel skal gjennomføringslovgivningen generelt oppfylle direktivets krav, og den skal gjøre det mulig for borgerne å skaffe seg fullstendig kunnskap om rettighetene direktivet gir dem.¹⁵ Noen formål gjelder også generelt for all lovgivning, slik som målet om å veilede og informere de som leser og anvender loven. Andre hensyn og for-

¹⁵ Justisdepartementets lovavdeling (2000) side 171.

mål er mer spesifikke for akkurat dette gjennomføringstilfellet. Her vil jeg holde meg til uttalte formål ved gjennomføringen av bestemmelsen i norsk rett.

Fordi oppgaven skal belyse og illustrere en lovteknisk utfordring, foretas det ingen selvstendig rettspolitisk drøftelse av de materielle reglene i direktivet eller den nasjonale loven. Med det perspektivet som anlegges er det tilstrekkelig å ta utgangspunkt i de formålene den norske lovgiveren uttrykkelig eller forutsetningsvis hadde ved gjennomføringen av direktivet, for så å vurdere gjennomføringsbestemmelsens utforming. En de lege ferenda-drøftelse av de materielle reglene hører ikke hjemme her.

1.4 De ulike språkversjonene av direktivbestemmelsen

De ulike språkversjonene av EU-direktivene er like autoritative. Som et ledd i den rettsdogmatiske undersøkelsen av e-handelsdirektivet artikkel 14, presenteres derfor formuleringen av vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» på de største EU-språkene: Fransk, tysk og engelsk, i tillegg til formuleringen på de skandinaviske EU-språkene. Når det ellers i oppgaven blir vist til direktivets formulering av vilkårene, er det mer hensiktsmessig å operere med ordlyden i én språkversjon. I tråd med det som er gjort til nå, vil jeg bruke den engelske ordlyden.

1.5 Metode og fremstilling

Oppgavens konkrete problemstilling er om bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» ved gjennomføringen av artikkel 14 oppfyller e-handelsdirektivets krav, visse uttalte nasjonale formål ved gjennomføringen og målet om å veilede og informere leseren av loven. Under punkt 2.5 blir det redegjort nærmere for de formålene den konkrete vurderingen vil ta utgangspunkt i. Videre nødvendiggjør problemstillingen en fastleggelse av innholdet i direktivbestemmelsens vilkår om «actual knowledge» og «awareness» (kapittel 3), og deretter en sammenligning av disse vilkårene med de norske forsett- og uaktsomhetsbegrepene (kapittel 4).

Problemstillingen stilles for å belyse en eller flere mer generelle lovtekniske utfordringer ved gjennomføringen av EØS-direktiver. Før jeg behandler den konkrete problemstillingen, bør denne derfor plasseres i en bredere teoretisk sammenheng (kapittel 2). Dette vil danne bakgrunnen for den videre behandlingen av gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14. Tanken er å si noe om de lovtekniske utfordringene som kan ha oppstått ved gjennomføringen, eller som gjennomføringsbestemmelsen selv kan gi grunnlag for.

Ved siden av å identifisere disse utfordringene, er det et mål å se hva de nærmere bestemt består i. Er det de samme temaene vi typisk snakker om under fanen «klart lovspråk», eller skaper det EU-rettslige aspektet nye utfordringer? Jeg vil starte med å se på problemer som generelt gjør seg gjeldende for språk og lovspråk, og på hvordan oppgavens problemstilling forholder seg til disse (punkt 2.2). Deretter vil jeg se på noen særtrekk ved EU-retten, og på hvordan disse vanskeliggjør den nasjonale lovgiverens arbeid med å gjennomføre direktiver (punkt 2.3). Når disse ulike delene blir sett i sammenheng, blir det mulig å beskrive den generelle lovtekniske utfordringen som danner grunnlaget for oppgavens problemstilling (punkt 2.4). Mot denne bakgrunnen legges så rammene for den konkrete vurderingen av bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» i e-handelsloven § 18 (punkt 2.5).

Deretter går jeg over til å fastlegge innholdet i direktivbestemmelsens vilkår om «actual knowledge» og «awareness» (kapittel 3). Denne delen av oppgaven er en rent rettsdogmatisk undersøkelse av EU-rettens innhold, hvor det særlig tas utgangspunkt i praksis fra EU-domstolen og system- og formålsbetraktninger. Først redegjøres det for det systemet e-handelsdirektivet artikkel 14 inngår i og de utgangspunktene vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» må leses i lys av (punkt 3.1–3.6). Mot denne bakgrunnen fastlegges så det nærmere innholdet i vilkårene (punkt 3.7). Funnene fra fastleggelsen av direktivbestemmelsens vilkår vil så bli sammenholdt med forsett- og uaktsomhetsbegrepene i norsk rett (kapittel 4). Når det gjelder de to nasjonale begrepene bygger drøftelsen på etablerte synspunkter i norsk praksis og teori, og kildetilfanget begrenses derfor til standardverker på området.

Deretter ser jeg på hvordan direktivbestemmelsen har blitt gjennomført i våre skandinaviske naboland (kapittel 5). Til slutt vurderes bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» ved gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 (kapittel 6). Under denne delen vil det først vies noen ord til det strafferettslige legalitetsprinsippet, og hvilken betydning det hadde eller burde hatt for utformingen av e-handelsloven § 18 (punkt 6.1). Deretter foretas vurderingen med utgangspunkt i ulike formål for gjennomføringen (punkt 6.2 til 6.4). Avslutningsvis i kapitlet vil jeg si noe om mulige årsaker til eventuelle problemer ved gjennomføringsbestemmelsen (punkt 6.5). Her knyttes det an til de generelle betraktningene fra begynnelsen av oppgaven.

2 Nye problemer for lovspråket i møte med EØS-retten

2.1 Innledning

Selv om oppgaven er begrenset til ett bestemt tilfelle av gjennomføring av EØS-rett, er dette enkelttilfellet et resultat av en mer generell utfordring. Før vi går nærmere inn på det konkrete tilfellet, er det derfor grunn til å se på hvordan oppgavens problemstilling forholder seg til mer generelle lovtekniske og språklige utfordringer. I den anledning er det for det første grunn til å se til arbeidet for klart lovspråk, og på hvordan problemstillingen forholder seg til det som hovedsakelig har vært i fokus der. Spørsmålet her er om og hvor oppgavens konkrete problem kan plasseres i denne debatten, og om vi står overfor en annen type lovteknisk utfordring som følge av det EØS-rettslige aspektet.

Prosjektet «Klart lovspråk» startet høsten 2011 og ledes av Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi).¹⁶ Formålet er å øke kunnskapen om språklige utfordringer i lover og regler, og å iverksette tiltak for forbedring av lovspråket.¹⁷ Tiltakene har blant annet gått ut på å arbeide med språk og struktur i konkrete lovtekster, holde kurs om språk og struktur i regelverk for ulike statsorganer, foreta undersøkelser av hvordan innbyggerne bruker lover og forskrifter og hva de mener om lovspråket, foreta undersøkelser om hvordan lover og forskrifter blir brukt av saksbehandlere i forvaltningen og holde en seminarrekke om forholdet mellom juss og klarspråk.¹⁸ Det kan vanskelig gis noen endelig eller sikker angivelse av hva det vil si at en lovtekst er «klar», eller hvor tungt dette hensynet skal veie ved utformingen av lovgivning. Men en målsetting om klarere og enklere språk betyr uansett ikke at språket skal gjøres klarere og enklere for enhver pris. Som det fremgår av Difis veiledning til de som skriver lover, «Et klarere lovspråk – kom i gang!», skal et klarere språk fjerne «unødvendige hindringer».¹⁹

Arbeidet mot klar og forståelig lovtekst begrunnes ofte ved hjelp av ord som demokrati og rettssikkerhet.²⁰ Det antas at det særlig er forutberegnelighetshensyn det siktes til. Den enkeltes mulighet til å orientere seg om de lover og regler han er underlagt, for å forutberegne sin rettsstilling, står sentralt i moderne tenkning om rett og samfunnsstyre.²¹ Det har derfor en

¹⁶ Språkrådet (udatert a).

¹⁷ Språkrådet (udatert a).

¹⁸ Språkrådet (udatert a).

¹⁹ Direktoratet for forvaltning og IKT (2014) s. 5.

²⁰ Direktoratet for forvaltning og IKT (2014) s. 4.

²¹ Språkrådet (udatert b).

egenverdi at loven er tilgjengelig for de den gjelder.²² Til dette kommer at lover og regler ofte har til hensikt å styre rettssubjektenes handlinger. I den forbindelse er det en fordel at lovens meningsinnhold kommer klart til uttrykk i lovteksten.

Videre anføres ofte økonomiske besparelser som begrunnelse for å tilstrebe klarere lovspråk.²³ Rettslige tvister koster samfunnet penger. Regner man med at noen av disse tvistene springer ut av språklige uklarheter og misforståelser, kan man argumentere økonomisk for klarspråkarbeidet. Hvorvidt dette er tilfellet, altså om økt språklig klarhet reduserer antallet rettslige tvister, hersker det uenighet om. Noen vil argumentere for at ordenes meningsinnhold alltid vil være en kilde til tvister, med eller uten enklere lovspråk.²⁴ Dette fordi rettslig tolkning av meningsinnhold er kjernen i jus.²⁵ Andre mener det oppstår unødvendige tvister som følge av dårlig språk, som klarspråkarbeidet kan bidra til å redusere.²⁶

Klarspråkarbeidet har for det meste konsentrert seg om språklige endringer som ikke forandrer meningsinnholdet.²⁷ Tegnsetting, mer konkrete formuleringer, setningsoppbygging, oppdaterte ord- og bøyingsformer og juridisk stammespråk har vært i fokus, ikke forholdet mellom ord og meningsinnhold.²⁸ Denne oppgaven handler i stedet om sammenhengen mellom ordene man bruker i loven og meningsinnholdet de viser til.

Lovspråket beskriver ikke bare reglene, men bidrar også til å skape og systematisere dem. I lovspråket vil derfor noen ord knytte seg til bestemte rettslige konsepter. Ordet viser til et meningsinnhold som har blitt fastlagt og utpenslet gjennom praksis og teori, og knytter an til et system av regler og ulike rettspolitiske betraktninger. Bruken av ord med en slik «bagasje» får stor betydning for hvordan lovteksten tolkes og forstås. Dette kan føre til problemer i møte med rettsakter fra EU, som er utarbeidet uten hensyn til norske konsepter og systemer. Oppgaven er ment å være et bidrag i arbeidet med å motvirke unødvendige uklarheter i ordlyden som følge av dette.

²² I en undersøkelse om lovspråk i departementene, gjennomført for difi høsten 2017, ble regelskrivere og deres ledere i departementene spurt hvor enige eller uenige de var i at det var et mål at innbyggerne skulle kunne lese og forstå lover og forskrifter. Til dette svarte 97 prosent at de var helt eller ganske enige. Se Høidahl (2017) s. 26.

²³ Språkrådet (udatert b).

²⁴ Penman (1993) s. 125.

²⁵ Penman (1993) s. 125.

²⁶ Kimble (1994–1995) s. 78.

²⁷ Språkrådet (udatert b). Direktoratet for forvaltning og IKT (2014) s. 6.

²⁸ Se for eksempel Direktoratet for forvaltning og IKT (2014)

I det følgende skal vi først se nærmere på hvordan oppgavens problemstilling forholder seg til enkelte tradisjonelle klarspråkproblemer. Deretter vil jeg redegjøre kort for enkelte språklige og metodiske særtrekk ved EU-retten, for så å forklare hvordan disse særtrekkene kan føre til lovtekniske utfordringer ved gjennomføringen av EØS-rett. Til slutt vil det, på bakgrunn av disse betraktningene, legges føringer for den videre behandlingen av oppgavens problemstilling.

2.2 De tradisjonelle klarspråkproblemene

2.2.1 Hvordan vi forstår språk og lovspråk

I det følgende ser vi på ulike hindre for å utlede lovens innhold fra dens tekst. Selv om det rettslige aspektet kan medføre noen særlige utfordringer, vil man i utgangspunktet møte de samme hindrene som når man ellers skal utlede meningsinnhold fra språklige uttrykk. På en eller annen måte går leseren fra forekomsten av visse tegn eller lyder til en forståelse. Før vi går over til å se på noen av hindrene for denne forståelsen og hvordan oppgavens problemstilling forholder seg til dem, er det hensiktsmessig å knytte noen bemerkninger til selve prosessen for forståelse av språk.

For å forklare forholdet mellom språk og virkelighet kan vi benytte oss av «tegmentrekanten».²⁹ Det er en figur som viser forholdet mellom språklige uttrykk, meningsinnhold og ting i virkeligheten.³⁰ Vi skiller mellom tre typer størrelser, som får hvert sitt hjørne av trekanten.³¹ For det første har vi forekomsten av tegnene, det vi for eksempel kan kalle ord, termer, setninger, formuleringer eller uttrykk,³² for eksempel at det på et papir står skrevet «eple». For det andre har vi disse tegnene uttrykker, det vi for eksempel kan kalle meningsinnhold, begreper, betydninger eller påstander.³³ Meningsinnholdet til uttrykket «eple» er for eksempel en type frukt som er rund og vokser på trær. Til slutt har vi de tingene i virkeligheten eller saksforholdene de språklige uttrykkene refererer til eller betegner, og som faller inn under meningsinnholdet.³⁴ I eksempelet over vil dette være et fysisk eple.

Det er altså tale om tre ulike nivåer, hvor ord eller setninger ligger i nivået for uttrykk, begrepene eller påstandene ligger i nivået for betydning og tingene i virkeligheten ligger i virkelig-

²⁹ Næss (1975) s. 11.

³⁰ Næss (1975) s. 11.

³¹ Næss (1975) s. 11.

³² Næss (1975) s. 11.

³³ Næss (1975) s. 11.

³⁴ Næss (1975) s. 11.

hetsnivået.³⁵ Meningsinnholdet er et nødvendig stadium for å binde sammen språklige uttrykk med ting i virkeligheten, slik at ordet gis mening og virkeligheten klassifiseres.³⁶ Prosessen med å tillegge et uttrykk et meningsinnhold kaller vi tolkning.³⁷ Vi kan ikke fysisk iakttå en oppfattelse av et ord eller en setning.³⁸ Vi må derfor benytte andre språklige formuleringer.³⁹ Den andre formuleringen er en tolkning av den første hvis den andre formuleringen kan uttrykke samme meningsinnhold som den første formuleringen i minst én sammenheng.⁴⁰

Hvis vi er usikre på om to formuleringer uttrykker ulike tanker, kan man finne hjelp i et «kriterium for påstandsulikhet».⁴¹ Vi kan ta utgangspunkt i to formuleringer, for eksempel «Åse har to biler, Tom har én» og «Åse har flere biler enn Tom». Hvis man kan anse den ene formuleringen sann og den andre usann, uttrykker formuleringene ulike påstander.⁴² En mulig test kan derfor være å forandre egenskapene til de tingene i virkeligheten formuleringene viser til, for å se om det finnes et tenkt tilfelle hvor den ene formuleringen kan være sann og den andre feilaktig.⁴³ Vi kan for eksempel se for oss at Åse har fire biler og Tom har to. I dette tilfellet vil formulering nummer én være usann, mens formulering nummer to vil være sann. Dermed uttrykker de to formuleringene ulike meningsinnhold.

Når vi senere skal gå nærmere inn på oppgavens konkrete problemstilling, en vurdering av bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» i e-handelsloven § 18, vil det være sentralt å finne ut om formuleringene uttrykker andre meningsinnhold enn formuleringene brukt i direktivbestemmelsen. Etter at innholdet til vilkårene i direktivbestemmelsen har blitt fastlagt i kapittel 3, vil dette sammenholdes med det tradisjonelle innholdet av forsett- og uaktsomhetsbegrepene i norsk rett, se kapittel 4. Fordi rettsreglene er normative og ikke deskriptive, gir det derimot mindre mening å snakke om at formuleringer er sanne eller usanne. I stedet kan vi spørre oss om det kan finnes saksforhold hvor den ene formuleringen er oppfylt og den andre ikke er oppfylt.

Det er vanlig å skille mellom presiserende, innskrenkende og utvidende tolkning. I det førstnevnte tilfellet kommer den som tolker frem til en rettsregel i tråd med ordlyden, og i de to

³⁵ Kolflaath (2004a) s. 465.

³⁶ Høgberg (2015) s. 18

³⁷ Næss (1975) s. 11.

³⁸ Næss (1975) s. 15.

³⁹ Næss (1975) s. 15.

⁴⁰ Næss (1975) s. 16.

⁴¹ Næss (1975) s. 13.

⁴² Næss (1975) s. 13.

⁴³ Næss (1975) s. 13.

sistnevnte kommer han frem til en rettsregel som bryter med ordlyden.⁴⁴ Presiserende, innskrenkende og utvidende er altså betegnelser på ulike resultater av tolkningen av en lovtekst sett i forhold til lovtekstens språklige forståelse. Selv om lovteksten er flertydig, vil man ved å falle ned på én av betydningene fremdeles ha et tolkningsresultat i tråd med en forståelse lovteksten rent språklig kan ha.⁴⁵ Da er tolkningen presiserende.⁴⁶ Ved innskrenkende eller utvidende tolkning av en lovtekst er formålet ikke å redusere språklig flertydighet.⁴⁷ I stedet forlater man de mulige språklige forståelsene av ordlyden, fordi andre rettskildefaktorer taler for å sette ordlyden til side.⁴⁸

Ved innskrenkende eller utvidende tolkning kan leserne av loven altså ikke legge til grunn lovtekstens språklige forståelse. Dermed kan man si at lovteksten er mindre klar, på den måten at lovbestemmelsens språklige forståelse ikke på en klar måte gir uttrykk for rettsregelen. Fordi EØS-rettslige kilder fortsetter å være relevante ved tolkningen av bestemmelser med bakgrunn i EØS-direktiver, kan det nettopp her oppstå tilfeller hvor en gjennomføringsbestemmelse må tolkes i strid med ordlydens språklige forståelse.

2.2.2 Vaghet og presisjon

Ved tolkning av tekst kan det oppstå problemer av ulik art. En type utfordringer er vaghet. Problemene oppstår når én bestemt betydning ikke har klare grenser for hvilke ting i verden som faller innenfor eller utenfor betydningen.⁴⁹ Begreper vil for eksempel ofte ha en uklar randsone.⁵⁰ Ved gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 synes vaghet å ha vært begrunnelsen for å ikke velge en mer ordrett gjengivelse av direktivbestemmelsen. Et alternativ til å bruke «forsett» og «grov uaktsomhet» i gjennomføringsbestemmelsen var å benytte den mer direkte oversettelsen «kunnskap». Det fremgår av forarbeidene at man mente det svarte et uklart meningsinnhold til denne termen.⁵¹

For å gjøre anvendelsen av bestemmelsen enklere valgte man i stedet å gjennomføre artikkel 14 ved hjelp av innarbeidede juridiske begreper i norsk rett.⁵² Innholdet av uttrykkene «forsett» og «grov uaktsomhet» er fastlagt gjennom omfattende praksis og teori, som bestemmel-

⁴⁴ Kolflaath (2004b) s. 58.

⁴⁵ Kolflaath (2004b) s. 58.

⁴⁶ Kolflaath (2004b) s. 58.

⁴⁷ Kolflaath (2004b) s. 58.

⁴⁸ Kolflaath (2004b) s. 58.

⁴⁹ Kolflaath (2004b) s. 59.

⁵⁰ Høgberg (2015) s. 40.

⁵¹ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26.

⁵² Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 29.

sens ordlyd dermed knytter an til. I tillegg er termene definert i straffeloven (strl.) §§ 22 og 23. Bruken av disse begrepene i den norske gjennomføringsbestemmelsen kan derfor neppe kritiseres for å være vage.

Vaghet er likevel ikke alltid et problem. Noen ganger er det ønskelig at en lovtekst ikke har et høyt presisjonsnivå. Det kan være nødvendig å bruke generelle og ubestemte ord og uttrykk for å gi rom for skjønsmessige vurderinger.⁵³ En annen grunn til å med hensikt bruke vage ord og uttrykk kan være å skape rom for en utvikling av rettstilstanden over tid. For eksempel kan man ved å bruke rettslige standarder øke lovens fleksibilitet.⁵⁴ Lovens reelle innhold kan da endre seg over tid, uten at det er nødvendig å vedta endringer.⁵⁵ Spørsmålet om lovtekstens presisjonsnivå kommer opp på en egen måte ved gjennomføring av EØS-direktiver. I møte med noen av EU-rettens særpreg kan et for høyt presisjonsnivå, som vi skal se senere i oppgaven, nettopp være en kilde til utfordringer.

2.2.3 Flertydighet

En annen type tolkningsproblem er at det til ett språklig uttrykk svarer flere betydninger, altså flertydighet.⁵⁶ Når det er et enkelt ord som er flertydig, og flertydigheten ikke forsvinner når man ser på setningen ordet inngår i, snakker vi om leksikalsk flertydighet.⁵⁷ Er det i stedet setningskonstruksjonen som skaper flertydighet, snakker vi om syntaktisk flertydighet.⁵⁸ Videre kan flertydighet oppstå som følge av at avgiveren «språklig *komprimerer betydningen*» slik at flere forståelser blir mulige, og til slutt kan konteksten gi opphav til flertydighet.⁵⁹ Uttrykket kan da være entydig sett alene, men det blir flertydig når man ser det i en kontekst.⁶⁰

I lovspråket brukes ofte faguttrykk eller juridiske begreper. Man bruker ord som viser til et innarbeidet meningsinnhold på det enkelte rettsområdet. Også slike ord kan være flertydige. I en undersøkelse om klart språk i lover og forskrifter fra 2013, fremgikk det at inkonsekvent bruk av faguttrykk var et problem i mange bestemmelser. Med dette mente man at det samme faguttrykket kunne ha forskjellige meningsinnhold i ulike lover og forskrifter, selv når disse

⁵³ Direktoratet for forvaltning og IKT (2014) s. 5.

⁵⁴ Backer (2013b) s. 158.

⁵⁵ Backer (2013b) s. 158.

⁵⁶ Kolflaath (2004a) s. 465.

⁵⁷ Kolflaath (2004a) s. 468.

⁵⁸ Kolflaath (2004a) s. 468.

⁵⁹ Kolflaath (2004a) s. 469–470.

⁶⁰ Kolflaath (2004a) s. 470.

lovene eller forskriftene handlet om samme tema. Eksempler som ble nevnt var «arbeidsgiver» og «inntekt», hvor betydningen var ulik i arbeidsmiljøloven og skatteloven.⁶¹

I EØS-sammenheng kan flertydig lovtekst oppstå som følge av at språket i EØS-rettsakter tolkes autonomt. Ord som minner om uttrykk i nasjonal rett trenger ikke å ha det samme meningsinnholdet.⁶² Det er også slik at rettsanvenderen⁶³, når norske lovbestemmelser som gjennomfører EØS-rett skal tolkes, må se hen til den bakenforliggende EØS-retten. Som følge av de EØS-rettslige kildene kan ord og uttrykk bli knyttet til et nytt og annet meningsinnhold enn det de vanligvis viser til i intern norsk rett. På denne måten kan EØS-retten gi opphav til flertydige lovtekster. Når det senere skal tas stilling til oppgavens konkrete problemstilling, oppstår spørsmål om hvilke krav EØS-direktivet stiller til norsk rett, om disse kravene medfører at gjennomføringsbestemmelsen må tolkes annerledes enn den ellers ville blitt og hvilke lovtekniske problemer dette i så fall gir opphav til.

Mens vaghet ofte er nødvendig og ønskelig for å gi rom for skjønn i rettsanvendelsen,⁶⁴ kan det samme sjelden sies om flertydighet.⁶⁵ Forskjellen på de to problemene kan forklares ved hjelp av tegntrekanten, ved å si at vaghet er et forhold mellom begrep og fenomen, altså mellom betydning og virkelighet, mens flertydighet er et forhold mellom term og begrep, altså mellom uttrykk og betydning.⁶⁶ Vaghet handler dermed om uklare grenser som oppstår etter at den generelle betydningen er fastslått.⁶⁷ Flertydighet oppstiller derimot alternative valg mellom to eller flere ulike generelle måter å forstå ordlyden på.⁶⁸ Vaghet er uunngåelig, da nesten alle begreper har en viss grad av vaghet ved seg.⁶⁹ Flertydighetsproblemet er derimot nesten alltid et utilsiktet arbeidsuhell.⁷⁰

2.2.4 Språklige uttrykk alene og i kontekst

I klarspråkbevegelsen har tegnsetting, setningsoppbygging, ord- og bøyingsformer og juridisk stammespråk ofte vært i fokus.⁷¹ Det er likevel usikkert hvor stor betydning ord og set-

⁶¹ Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) s. 23.

⁶² Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health, avsnitt 19. Cao (2007) s. 156. Arnesen (2015b) s. 348.

⁶³ Med «rettsanvenderen» mener jeg enhver som bruker rettsregler i sin virksomhet. Gisle (2017) s. 354.

⁶⁴ Kolflaath (2004a) s. 472. Kimble (1994–1995) s. 79.

⁶⁵ Kolflaath (2004a) s. 472. Kimble (1994–1995) s. 79.

⁶⁶ Kolflaath (2004a) s. 465.

⁶⁷ Kolflaath (2004a) s. 465.

⁶⁸ Kolflaath (2004a) s. 465. Kimble (1994–1995) s. 79.

⁶⁹ Kolflaath (2004a) s. 472. Kimble (1994–1995) s. 79.

⁷⁰ Kolflaath (2004a) s. 472. Kimble (1994–1995) s. 79.

⁷¹ Se for eksempel Direktoratet for forvaltning og IKT (2014).

ninger i lovtekst har for vår forståelse av lovregler. I Britt-Louise Gunnarsons språkfunksjonelle studie fra 1982, som konsentrerte seg om den svenske «medbestämmandelagen», trekkes generelle slutninger om hvordan leserne av en lov forstår teksten. Gunnarsons undersøkelser tydet på at nivået for setninger og ord hadde mindre betydning for hvorvidt leserne oppfattet meningsinnholdet i loven. Til gjengjeld hadde de dypere kontekstuelle og materielle nivåene i teksten større betydning. Når leseren bearbeidet de dypere kontekstuelle og materielle tekstnivåene, så han eller hun likevel til de mer overfladiske nivåene av språket for ledetråder.⁷²

For det konkrete tilfellet oppgaven omhandler, beror eventuelle problemer ved gjennomføringsbestemmelsen heller ikke på ord og setninger alene. «Forsett» og «grov uaktsomhet» er fagtermer som gjør det mulig å uttrykke meningsinnholdet med færre ord enn om de ikke brukes.⁷³ Termene krever riktignok spesiell innsikt for å bli forstått,⁷⁴ men på grunn av blant annet legaldefinisjonene i strl. §§ 22 og 23 er innholdet relativt lett tilgjengelig. Heller ikke setningsoppbygging, tegnsetting eller gammelmodig språkstil står bak utfordringen med å slutte fra ordlyden i e-handelsloven § 18 til rettsregelen. Eventuelle problemer med dette må derfor skyldes noe annet.

I studiet fra 1982 fant Gunnarson en klar forbindelse mellom hvor vanskelig det var å lese lovteksten og graden av overenstemmelse mellom lovteksten og den konkrete saken. Gjennom analysen kunne hun vise at lesere av lovtekst har en tendens til å bite seg merke i det konkrete, for eksempel den spesifikke regelen fremfor den generelle. Én tenkelig forklaring på at lovtekst ikke forstås riktig kunne være at det er vanskelig å koble mentalt mellom lovtekstens formulering og det konkrete tilfellet. Dermed var det den kontekstuelle forståelsen av ordene leserne har problemer med, ikke ordene i seg selv.⁷⁵

Formuleringer gis i bestemte sammenhenger,⁷⁶ og den sammenhengen et uttrykk inngår i er med på å gi det betydning.⁷⁷ Ofte er det derfor mer interessant å finne ut hva et uttrykk betyr innenfor den konkrete konteksten det opptrer i, enn hva uttrykket betyr i seg selv.⁷⁸ Alt som ikke er kunnskap om språket, men som likevel bidrar til å forstå språklige uttrykk i bruk, kan vi kalle kontekst, for eksempel teksten uttrykket inngår i, situasjonen til avgiveren, leserens

⁷² Gunnarsson (1982) s. 263 og 265–266.

⁷³ Riis-Johannessen (2012) s. 84.

⁷⁴ Riis-Johannessen (2012) s. 84.

⁷⁵ Gunnarsson (1982) s. 265.

⁷⁶ Næss (1975) s. 14.

⁷⁷ Gunnarsson (1982) s. 29.

⁷⁸ Kolflaath (2004a) s. 466.

kunnskaper om verden, samt kulturelle og samfunnsmessige kontekster.⁷⁹ Tolkningen av et enkelt ord i en lovbestemmelse skjer i samspill mellom lovteksten, fagfeltet loven regulerer og leserens personlige erfaringer.⁸⁰

For e-handelsloven § 18 er det nettopp først når man ser på sammenhengen lovteksten inngår i, altså den bakenforliggende EU-retten med sitt system og formål, at problemene oppstår. Ved behandlingen av oppgavens konkrete problemstilling er det et spørsmål om bestemmelsens ordlyd leder leseren bort fra den EU-rettslige sammenhengen teksten skal forstås i, og om ordlyden kan føre til at lesere uten kjennskap til den bakenforliggende EU-retten får en feilaktig forståelse av regelens innhold.

2.3 Lovtekniske utfordringer ved gjennomføring av EØS-direktiver

2.3.1 Innledende om gjennomføringen av direktiver

I det følgende skal vi se på visse karakteristiske trekk ved EU-retten, og deretter på hvilke utfordringer de skaper for nasjonale lovgivere ved gjennomføringen av direktiver. Det er da grunn til å starte med å si at EU-lovgivningen utarbeides for å kunne fungere i en rekke ulike rettssystemer. Ulike land har ulike rettslige tradisjoner, metoder og oppbygninger. Måten man har strukturert regelverket på kan være en helt annen i Frankrike enn i Sverige. Rettslige konsepter i ett land er kanskje ikke å gjenfinne i det andre. Likevel skal lovgivningen skapt i EU altså innlemmes og fungere i alle disse ulike systemene.

Det at reglene skal fungere i helt ulike rettssystemer utgjør ikke bare et problem for de som skaper lovgivningen i EU. Det skaper også utfordringer når lovgivningen skal gjennomføres på nasjonalt nivå. Særlig gjelder dette for direktivene. For her sitter den nasjonale lovgiveren igjen med den balansegangen det er å sørge for at reglene glir inn i vårt eksisterende system, samtidig som EU-direktivenes krav blir oppfylt. I en undersøkelse om klart språk i lover og forskrifter fra 2013 sa flere av informantene at ulike regeltradisjoner i EU og Norge reiser spørsmål om struktur, og at gjennomføringen av EØS-lovgivning gir språklige utfordringer.⁸¹ Dette gjaldt blant annet når begreper skulle oversettes og tilpasses norsk virkelighet.⁸²

Den nasjonale lovgiverens oppgave blir ikke enklere av at direktivets innhold ikke ligger helt fast ved gjennomføringen. Som vi skal se kjennetegnes EU-retten av en dynamisk og konteks-

⁷⁹ Kolflaath (2004a) s. 466.

⁸⁰ Vatn (2015) s. 11–12.

⁸¹ Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) s. 4, 17 og 42.

⁸² Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) s. 31.

tuell tolkningsstil. Det bidrar heller ikke til å forenkle gjennomføringsoppgaven at ord og uttrykk har en autonom betydning i EU-retten, slik at man ikke kan stole på deres alminnelige forståelse i medlemslandenes språk. På toppen av det hele foreligger det på tidspunktet for gjennomføring sjelden annet rettskildemateriale som kunne kastet lys over direktivets innhold.

Mens forordningene skal gjøres til en del av den nasjonale rettsorden «som sådan», overlater direktivene til de norske myndigheter å avgjøre form og midler for gjennomføringen.⁸³ Direktivene gir altså kun rammer for gjennomføringen, og praksis fra EU-domstolen viser at direktivbestemmelser ikke nødvendigvis trenger å gjengis ordrett.⁸⁴ De som gis rettigheter etter direktivet må likevel kunne identifisere det fulle omfanget av rettighetene sine, og de må kunne gjøre rettighetene gjeldende foran domstolene.⁸⁵ Justisdepartementets lovavdeling forstår dette som at gjennomføring av direktiver skal ivareta to hensyn: Publikums rettssikkerhet og publikums informasjonsbehov. Det første betyr at nasjonal rett må sikre at publikum kan få rettighetene i direktivet håndhevet ved domstolene. Det andre betyr at nasjonal rett skal gjøre det mulig for publikum å skaffe seg fullstendig kunnskap om rettighetene direktivet gir.⁸⁶

Selv om det er større frihet ved utforming av lovgivning til gjennomføring av direktiver, må lovgivningen altså fremdeles oppfylle direktivets krav og formidle disse til leseren av loven. For å vite hva disse kravene er må den norske lovgiver ta stilling til direktivets forståelse før det gjennomføres. I tillegg får direktivet med tilhørende rettskildemateriale betydning ved den etterfølgende tolkningen av gjennomføringsbestemmelsen, som følge av presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning. En kommer derfor ikke utenom tolkningen av direktivet i EU.

Nettopp fordi direktivet og tolkningen av det i EU fortsetter å være relevant for forståelsen av gjennomføringsbestemmelsen, bør det være mulig å identifisere hvilke bestemmelser i norsk rett som har sin bakgrunn i et EØS-direktiv. ESA legger vekt på at det skal være enkelt å finne igjen det som stammer fra EU-retten i norske lover og forskrifter.⁸⁷ Dette er enklere sagt enn gjort, for lovbestemmelser med bakgrunn i et direktiv kan stå sammen med bestemmelser uten slik bakgrunn i en norsk lov.⁸⁸ Det kan derfor være vanskelig å finne frem til hvilke bestemmelser som gjennomfører et direktiv.⁸⁹

⁸³ EØS-avtalen art. 7.

⁸⁴ Se for eksempel Case C-131/88 Commission v. Germany, avsnitt 6. Arnesen (2015b) s. 355–356.

⁸⁵ Se for eksempel Case C-131/88 Commission v. Germany, avsnitt 6. Arnesen (2015b) s. 356.

⁸⁶ Justisdepartementets lovavdeling (2000) side 171.

⁸⁷ Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) s. 43.

⁸⁸ Arnesen (2015b) s. 358–359.

⁸⁹ Arnesen (2015b) s. 358–359.

Spørsmålet er så hvordan den norske lovgiveren kan bruke den friheten den er tildelt ved gjennomføringen av direktiver og samtidig ivareta disse hensynene. I hvilken grad skal gjennomføringsbestemmelsen søke å passe inn i norsk rett ellers, og i hvilken grad bør den vise tilbake til direktivet og tolkningen i EU? For å besvare dette spørsmålet er det først nødvendig å se på noen særtrekk ved EU-retten og tolkningen av den.

2.3.2 Det språklige mangfoldet i EU

En av de mest åpenbare særegenhetene ved EU-lovgivningen er det språklige mangfoldet. Med en rekke medlemsland, som alle skal ha rettsaktene på sitt offisielle språk, oppstår andre metodiske spørsmål enn de vi kjenner fra nasjonal rett. Viktigst er kanskje at ordlyden veier mindre tungt ved tolkningen av EU-rettslige regler, som følge av forskjellene som kan oppstå mellom de ulike språkversjonene.⁹⁰ Dette kan representere en utfordring for norske rettsanvendere, som er vant til å kunne legge betydelig vekt på lovens ordlyd. At rettsreglene i mindre grad kan leses ut av ordlyden representerer også en utfordring for den norske lovgiveren ved gjennomføringen av EØS-rett.

Det språklige mangfoldet i EU gjør seg ikke bare gjeldende ved at rettsaktene foreligger på forskjellige språk. Det spiller også inn på prosessen for utforming av lovgivningen. De ansatte i EU-institusjonene kommer fra ulike nasjoner, og mange av dem har et annet morsmål enn arbeidsspråket.⁹¹ Risikoen for svikt i kommunikasjonen er derfor stor.⁹² Eventuelle misforståelser kan smitte over på lovgivningen og føre til inkonsistens i ordlyden.⁹³

Språklig likestilling mellom medlemslandene er et generelt prinsipp i EU.⁹⁴ EU-domstolen har uttrykkelig lagt til grunn at rettsaktene er like bindende og gyldige på alle de offisielle språkene fra medlemslandene.⁹⁵ Rettsakter inntatt i vedleggene til EØS-avtalen er også like gyldige på norsk og islandsk når disse oversettelsene er kunngjort i EØS-tillegget til EU-tidende.⁹⁶ Mens versjonene på de ulike EU-språkene blir til innad i EU, skjer oversettelsen til norsk i Norge.⁹⁷

⁹⁰ Arnesen (2015b) s. 348.

⁹¹ Robinson (2014) s. 623.

⁹² Robinson (2014) s. 623.

⁹³ Robinson (2014) s. 623.

⁹⁴ Cao (2007) s. 154.

⁹⁵ Se Joined cases T-22/02 and T-23/02 *Sumitomo chemical and Sumika fine chemicals v. Commission*, avsnitt 42.

⁹⁶ EØS-avtalen art. 129 nr. 1 tredje ledd.

⁹⁷ Arnesen (2015b) s. 345

Når EU-retten tolkes skal de ulike språkversjonene tolkes uniformt. Språkversjonene kan ikke leses isolert, men må sammenlignes og forstås i lys av hverandre.⁹⁸ I CILFIT-saken uttalte EU-domstolen det slik: «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 versions.»⁹⁹ Med Arnesen kan vi si at «de ulike språkversjonene sammen bærer den regelen bestemmelsen gir grunnlag for».¹⁰⁰

Med så mange språkversjoner av hver rettsakt, er det naturlig at det oppstår større eller mindre avvik mellom versjonene. EU-domstolen synes å bruke ulike metoder når dette skjer. Ifølge Derlén kan man særlig peke på tre tilnærminger: For det første kan domstolen sammenligne språkversjonene og forene dem etter et bestemt prinsipp, for eksempel at den uklare versjonen tolkes i tråd med den klare. For det andre kan de gå lenger og, i tillegg til å forene språkversjonene, se til regelens formål og kontekst for å bekrefte resultatet av det første steget. For det tredje kan domstolen vektlegge formål og kontekst i enda større grad, på en slik måte at det språklige nivået forlattes når det foreligger avvik mellom språkversjonene.¹⁰¹

EU-domstolens håndtering av avvik mellom språkversjonene, og da særlig den tredje tilnærmingen Derlén identifiserte, viser hvorfor ordlyden av EU-rettsakter kan gi begrenset veiledning om rettsreglens innhold.¹⁰² Dette skaper utfordringer ved tolkningen og anvendelsen av EU-retten, særlig i den første tiden etter vedtakelsen, før EU-domstolen har hatt anledning til å uttale seg om hvordan bestemmelsene er å forstå. Ved gjennomføringen av EØS-direktiver i norsk rett blir utfordringen å oppfylle direktivets krav, med viten om at ordlydens språklige forståelse senere kan settes til side av EU-domstolen til fordel for formåls- og sammenhengsbetraktninger.

⁹⁸ Cao (2007) s. 154.

⁹⁹ Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health, avsnitt 18.

¹⁰⁰ Arnesen (2015b) s. 348.

¹⁰¹ Derlén (2009) s. 342.

¹⁰² Det EU-rettslige prinsippet om «legal certainty» synes derimot å sette grenser for hvor langt man kan bevege seg fra ordlyden ved tolkningen av EU-rett. Prinsippet innebærer at lovregler må være klare og presise, og at anvendelsen av dem må være forutberegnelig for dem reglene gjelder. Se case C-201/08 Plantanol v. Hauptzollamt Darmstadt, avsnitt 46. Ved tolkningen av EU-rett skal man så langt som mulig må velge det tolkningsalternativet som bringer regelen i samsvar med prinsippet. Se case C-1/02 Privat-Molkerei Borgmann v. Hauptzollamt Dortmund, avsnitt 30. Se også case 80/76 North Kerry Milk Products Ltd v. Minister for Agriculture and Fisheries, avsnitt 11, når det gjelder avvik mellom ulike språkversjoner. Det kan likevel argumenteres for at prinsippets teoretiske betydning ikke gir utslag i praksis, og at EU-domstolen er langt strengere i sin anvendelse av prinsippet enn deres uttalelser skulle tilsi. Se Van Meerbeek (2016) s. 282, som viser til case C-110/03 Belgium v. Commission, avsnitt 31.

2.3.3 Juridisk oversettelse i EU

Som følge av det språklige mangfoldet kjennetegnes EU-retten også av juridisk oversettelse. Med Deborah Cao kan vi si at juridisk oversettelse sikter til oversettelse av tekster som blir brukt i lover og rettslige miljøer.¹⁰³ Behovet for oversettelse av rett stiger i takt med den økende globaliseringen, og EU er et godt eksempel på dette. Som vi nettopp har sett preges lovgivningen fra EU av flerspråklighet og språklig likestilling mellom medlemslandene. Oversettelse er derfor helt nødvendig for organisasjonens funksjon.¹⁰⁴ I tillegg har oversettelsesprosessen i EU en høy symbolverdi. Den er beviset på språklig likestilling.¹⁰⁵ Men juridisk oversettelse byr på noen særlige utfordringer, som i sin tur kan skape problemer både ved utarbeidelsen av lovgivning i EU, ved gjennomføringen av EU-rett på nasjonalt nivå og ved den senere anvendelsen av bestemmelsene.

I utgangspunktet følger ikke oversettelsen i EU noen typisk oversettelsesprosess. Fordi språkversjonene skal være likeverdige, kan en se det slik at oversettelsene av rettsaktene i EU egentlig ikke er oversettelser.¹⁰⁶ Prinsipielt er det ikke tale om å utforme lovgivningen på ett språk for så å oversette den til de andre, men om å utforme hver språkversjon.¹⁰⁷ Distinksjonen har likevel ingen stor betydning. I praksis blir nemlig utkastet først utarbeidet på fransk eller engelsk og deretter oversatt til andre språk.¹⁰⁸

Det rettslige språket er ikke et universelt teknisk språk, slik som de vi finner i naturvitenskapen.¹⁰⁹ I stedet avhenger språket av det enkelte rettssystemet med sin særegne historie og kultur.¹¹⁰ Det kan gjøre det utfordrende å oversette juridiske tekster mellom ulike rettssystemer. Slike utfordringer blir ikke mindre av at det i EU ikke er tale om oversettelse mellom to ulike språk eller to ulike rettssystemer, men mellom alle EUs medlemsland.

En annen faktor som bidrar til å gjøre den juridiske oversettelsen krevende, er det rettslige språkets komplekse og unike vokabular.¹¹¹ En viktig grunn til at problemer oppstår ved oversettelse av juridisk språk, er at språket det oversettes til ikke alltid har begreper som svarer til

¹⁰³ Cao (2007) s. 12.

¹⁰⁴ Cao (2007) s. 2.

¹⁰⁵ Paunio (2013) s. 5.

¹⁰⁶ Paunio (2013) s. 5.

¹⁰⁷ Paunio (2013) s. 5.

¹⁰⁸ Cao (2007) s. 151.

¹⁰⁹ Cao (2007) s. 23.

¹¹⁰ Cao (2007) s. 23.

¹¹¹ Cao (2007) s. 20.

de rettslige begrepene i språket det oversettes fra.¹¹² Innad i EU kan disse problemene til en viss grad være avhjulpet ved at EU-retten tolkes autonomt, og dermed uavhengig av ordenes betydning i de ulike nasjonale rettssystemene. I så fall oppstår problemet likevel når EU-retten skal gjennomføres på nasjonalt nivå. På et eller annet tidspunkt må retten skapt i EU oversettes til det språket som brukes og forstås i det nasjonale rettssystemet.

Innen oversettelsesteori er det en alminnelig antakelse om at identiske oversettelser ikke er mulig.¹¹³ Med tanke på de kulturelle og historiske forskjellene som eksisterer mellom ulike rettssystemer, og som det rettslige språket er nært knyttet til, må dette i enda større grad gjelde ved oversettelse av rett. Disse forskjellene gjør det ikke bare vanskelig å finne sammenfallende ord og uttrykk i ulike rettssystemer, de påvirker også tolkningen av rettslige tekster.¹¹⁴ Det kan derfor spørres om det i det hele tatt ligger innenfor oversetternes evner å skape de samme rettslige konsekvensene, eller garantere at to språkversjoner tolkes og anvendes på samme måte, i ulike rettssystemer.¹¹⁵

Tanken om at de ulike språkversjonene av EU-rettsaktene aldri kan bli identiske passer dårlig med oversettelsen som et symbol på språklig likestilling.¹¹⁶ Paunio mener likheten mellom språkversjonene i stedet reduseres til en visuell likhet.¹¹⁷ Dermed ivaretas også symbolverdien: Språkversjonene er like autentiske og offisielle, de bærer regelen sammen og de ser derfor like ut.¹¹⁸ Sett på denne måten er formålet til oversettelsen av EU-lovgivning ikke å kommunisere et meningsinnhold til en spesifikk mottaker, men i stedet å produsere lovgivning.¹¹⁹ Tekstene representerer normene, men er ingen klar kommunikasjon av dem.¹²⁰ Dette underbygger i så fall det som tidligere ble sagt om at ordlyden til EU-rettsakter må tillegges mindre vekt, og de utfordringene dette innebærer for nasjonale lovgivere ved gjennomføring av rettsaktene.

2.3.4 Kontekstuell, dynamisk og autonom tolkning i EU

Vi har nå sett hvordan språklig mangfold og juridisk oversettelse gjør at lovgivningens ordlyd veier mindre tungt i EU-retten enn i norsk rett. I stedet står sammenhengs- og formålsbetrakt-

¹¹² Cao (2007) s. 20 og 53.

¹¹³ Cao (2007) s. 35. Paunio (2013) s. 6.

¹¹⁴ Paunio (2013) s. 7.

¹¹⁵ Paunio (2013) s. 7.

¹¹⁶ Paunio (2013) s. 6.

¹¹⁷ Paunio (2013) s. 8.

¹¹⁸ Paunio (2013) s. 8.

¹¹⁹ Paunio (2013) s. 8.

¹²⁰ Paunio (2013) s. 8.

ninger sentralt.¹²¹ I CILFIT-saken uttrykte EU-domstolen det slik at hver bestemmelse må tolkes i lys av sin kontekst og EU-lovgivningen i sin helhet, slik at formålet og utviklingsstadiet på anvendelsestidspunktet tas i betraktning.¹²² Til dette kommer at det først og fremst er de EU-rettslige institusjonene som skal stå for rettsutviklingen.¹²³ Ved gjennomføringen av EØS-rett i Norge er det derfor verdt å ha i tankene at bestemmelsene undergis en dynamisk og kontekstuell tolkning i EU, som igjen vil få betydning for forståelsen av den norske gjennomføringsbestemmelsen.

En annen kilde til utfordringer ved gjennomføring av direktiver er EU-rettens spesielle fagspråk.¹²⁴ Dette kan være termer som eksisterer i vanlig språkbruk, men som i EU-faglig sammenheng har et annet meningsinnhold, eller termer som i det hele tatt virker ganske fremmede for utenforstående.¹²⁵ Disse EU-faglige termene kan by på problemer i de nasjonale rettssystemene. Selv om termene oversettes til medlemslandenes språk, kan de komme til å formidle ulike meningsinnhold til juristene i de ulike medlemslandene.¹²⁶ Særlig gjelder dette hvis det ikke finnes en felles teori om det rettslige konseptet.¹²⁷

Til dette kommer at EU-retten generelt skal tolkes autonomt.¹²⁸ Ord, uttrykk og konsepter har ikke nødvendigvis det samme innholdet i EU-retten og i nasjonal rett.¹²⁹ Den samme termen kan formidle ett spesifikt meningsinnhold i nasjonal rett, men vise til et helt annet konsept i EU-retten.¹³⁰ I CILFIT-saken uttrykker EU-domstolen det slik: «It must also be borne in mind, even where the different language versions are entirely in accord with one another, that Community law uses terminology which is peculiar to it. Furthermore, it must be emphasized that legal concepts do not necessarily have the same meaning in Community law and in the law of the various Member States».¹³¹

Med det sterke innslaget av fagspråk og autonom tolkning, kan man si at det gjennom EU skapes en ny variant av de eksisterende språkene.¹³² Dette nye språket bidrar til å forme struk-

¹²¹ Arnesen (2015b) s. 348. Pommer (2012) s. 1243.

¹²² Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health, avsnitt 20.

¹²³ Arnesen (2015a) s. 148.

¹²⁴ Arnesen (2015b) s. 346.

¹²⁵ Arnesen (2015b) s. 346

¹²⁶ Paunio (2013) s. 9.

¹²⁷ Paunio (2013) s. 9.

¹²⁸ Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health, avsnitt 19. Case C-103/01 Commission v. Germany, avsnitt 32.

¹²⁹ Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health, avsnitt 19. Cao (2007) s. 156. Arnesen (2015b) s. 348.

¹³⁰ Paunio (2013) s. 9.

¹³¹ Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health, avsnitt 19.

¹³² Paunio (2013) s. 9.

turer og skape nye ord i hvert enkelt språk.¹³³ For eksempel baserer den engelsken som benyttes i EU seg på de institusjoner, prinsipper og konsepter som har utviklet seg der.¹³⁴ Dermed er den ofte også spesifikk for EU.¹³⁵

Ved gjennomføring av EØS-direktiver i nasjonal rett påvirker den kontekstuelle, dynamiske og autonome tolkningen både hvordan man forstår direktivet og hvilken tilnærming man bør ha til gjennomføringen av det. EU-retten utvikler seg uavhengig av den nasjonale retten, i sitt eget system og med sitt eget språk. Den kan derfor vanskelig fanges i en nasjonal gjennomføringsbestemmelse. Dette problemet behandles nærmere i avsnittet under, og det er også sentralt når vi senere skal se på gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i norsk rett.

2.3.5 Presis gjennomføring av vag EU-rett

Det fremgår av drøftelsene hittil at EU-rettslig tolkning i mindre grad enn norsk rett tar utgangspunkt i den språklige forståelsen av rettsaktene, og i stedet legger større vekt på formåls- og sammenhengsbetraktninger. Vi har også sett hvordan dette kan føre til utfordringer for den norske lovgiveren ved gjennomføringen av EØS-direktiver i norsk rett, fordi det ved gjennomføringen kan være usikkert hvilken forståelse EU-domstolen senere vil legge til grunn. Ved gjennomføring av EØS-direktiver reiser dette et særlig spørsmål med tanke på lovtekstens presisjonsnivå. I etterkant av gjennomføringen kan EU-domstolen komme med uttalelser om forståelsen av direktivbestemmelser som i større eller mindre grad avviker fra den forståelsen den norske lovgiveren hadde. Dersom gjennomføringsbestemmelsen fra begynnelsen gis en veldig presis utforming, vil ordlyden gi lite rom for presiserende uttalelser fra EU-domstolen. I slike tilfeller kan man si at jo mer presis ordlyden i den norske gjennomføringsbestemmelsen er, dess større mulighet er det for at gjennomføringsbestemmelsen etter sin ordlyd vil stride mot direktivet.

Det er ikke bare en mindre tungtveiende ordlyd som gjør det vanskelig med presise gjennomføringer av EØS-direktiver. I tillegg kommer at EU-rettslige bestemmelser kan være vage med hensikt, som følge av EU-rettens forhandlingspreg. I lovgivningsprosessen i EU må en rekke ulike nasjoner, med ulike kulturelle tradisjoner, komme til enighet.¹³⁶ For å kunne oppnå dette er det noen ganger nødvendig å utforme lovgivning med en rekke vilkår og unntak, eller med hensikt utforme en vag og flertydig tekst.¹³⁷ Rettsakter fra EU er altså ofte resultatet

¹³³ Paunio (2013) s. 9.

¹³⁴ Robinson (2014) s. 624.

¹³⁵ Robinson (2014) s. 624.

¹³⁶ Robinson (2014) s. 622.

¹³⁷ Robinson (2014) s. 622

av et kompromiss.¹³⁸ Den som forsøker å klargjøre vage punkter i EU-lovgivningen risikerer å forstyrre den balansen som er oppnådd.¹³⁹ Ifølge Backer har heller ikke den nasjonale lovgiver noen alminnelig adgang til å presisere direktivet ved gjennomføringen i nasjonal rett. En mulig løsning mener han kan være å foreta en EU/EØS-rettslig analyse av direktivet i forarbeidene, med forbehold for senere praksis i EU- eller EFTA-domstolen, uten å anvisa en bestemt forståelse av den norske regelen.¹⁴⁰

Forholdet mellom presisjonsnivået i direktivbestemmelsen og den nasjonale gjennomføringsbestemmelsen er sentralt for oppgavens konkrete problemstilling. I dette tilfellet av gjennomføring ble ord den norske lovgiveren anså for å ha et ubestemt meningsinnhold med hensikt byttet ut med innarbeidede juridiske begreper i norsk rett, hvor innholdet var fastlagt gjennom praksis og teori.¹⁴¹ På denne måten sørget man for presisjon i gjennomføringsbestemmelsen. Spørsmålet er om man dermed også ga bestemmelsen en ordlyd i strid med det bakenforliggende direktivet.

2.4 Et klarspråkproblem i møte med EU-retten

De forholdene ved EU-retten det nå har blitt redegjort for skaper på ulike måter utfordringer for den norske lovgiveren når EØS-direktiver skal gjennomføres nasjonalt. EU-lovgivningen skal kunne gjennomføres i en rekke ulike rettssystemer. Det er den norske lovgiveren som får oppgaven med å tilpasse EØS-direktivene til det norske systemet. Samtidig må de passe på at direktivets krav blir oppfylt. Denne oppgaven blir ikke mindre utfordrende av at direktivets innhold ofte kan være uklart ved gjennomføringen.¹⁴²

For å kunne vite hvilke EØS-rettslige krav norsk lovgivning skal oppfylle, må den norske lovgiveren ta stilling til direktivets innhold. Forekomsten av en rekke likestilte språkversjoner som aldri kan bli helt identiske, sammen med den autonome, dynamiske og kontekstuelle tolkningen, gjør det vanskelig å basere seg på direktivets ordlyd. På gjennomføringsstadiet trenger det ennå ikke foreligge uttalelser fra EU- eller EFTA-domstolen om bestemmelsens forståelse. Den usikkerheten dette skaper rundt direktivets innhold kan i tillegg sies å være et

¹³⁸ Cao (2007) s. 153. Piris (2005) s. 24.

¹³⁹ Cao (2007) s. 153.

¹⁴⁰ Backer (2013a) s. 100.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 29.

¹⁴² Se NOU 2012: 2 s. 123. Der blir det påpekt at det ved gjennomføringen av vage og generelle direktiver kan være fristende å legge inn en ekstra margin ved å tolke direktivene utvidende. I så fall innskrenkes Stortingets lovgivende handlingsrom mer enn nødvendig. Spørsmålet i denne oppgaven er derimot ikke om man bør legge til grunn en utvidende eller mer naturlig tolkning av direktivet ved gjennomføringen, men om man i det hele tatt bør forsøke å presisere direktivets ordlyd.

større problem for EFTA-landene enn for EU-medlemmer. EFTA-landene deltar ikke i den politiske behandlingen av direktivforslaget, og får dermed ikke den samme informasjonen om bakgrunnen for direktivets innhold og utforming.¹⁴³ Samtidig mister de muligheten til å sammenholde direktivets løsninger og nasjonale løsninger under sluttbehandlingen.¹⁴⁴ Dermed øker risikoen for feil ved gjennomføringen av direktivet.¹⁴⁵

Videre er det enklere sagt enn gjort å få EU-lovgivningen til å passe inn i vårt eksisterende system. Hvert enkelt rettssystem har sin særegne historie og kultur, og et rettslig språk som er uløselig knyttet til dette.¹⁴⁶ Som vi så under avsnittet om juridisk oversettelse, kan innarbeidede juridiske begreper i ett system ikke alltid gjenfinnes i et annet.¹⁴⁷ Ettersom EU-retten ikke kan ta hensyn til rettslige systemer og begreper i hvert medlemsland, og fordi EU-lovgivningen tolkes autonomt, er det heller ikke alltid mulig å gjenfinne juridiske begreper fra EU-retten i medlemsstatenes rettssystemer eller omvendt.

EU-språkets autonome karakter kan i denne sammenhengen utgjøre en ekstra utfordring. Problemer kan oppstå dersom EU-lovgivningen benytter uttrykk som minner om de man finner i nasjonal rett, og som ved første øyekast synes å ha det samme meningsinnholdet, men som ved nærmere undersøkelse av EU-retten har et annet innhold. Den norske lovgiveren kan da bli forledet til å tro at det er tale om det samme begrepet som i norsk rett, hvilket kan føre til en uriktig eller lite hensiktsmessig gjennomføring av EØS-retten.

Når den norske lovgiveren så skal gjennomføre en direktivbestemmelse, hvor ordene har en egen EU-rettslig betydning og et usikkert innhold, står den overfor et valg. Enten kan man benytte termer som viser tilbake til de EU-rettslige begrepene, og som kan utvikles i takt med EU-retten. Ulempen er den usikkerheten dette umiddelbart vil medføre for norske rettsanvendere og publikum.¹⁴⁸ Eller de kan bruke termer med et mer presist og alminnelig kjent meningsinnhold i nasjonal rett, i et forsøk på å skape en klarere rettsstilstand. I oppgavens konkrete del er det særlig bruken av innarbeidede juridiske begreper det handler om.

¹⁴³ Backer (2006) s. 261–262.

¹⁴⁴ Backer (2006) s. 262.

¹⁴⁵ Backer (2006) s. 262.

¹⁴⁶ Cao (2007) s. 23.

¹⁴⁷ Cao (2007) s. 20, 53, 55–56.

¹⁴⁸ Se Backer (2006) s. 263, som behandler temaet i tilknytning til erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av EØS-direktiver. Backer argumenterer for å avhjelpe direktivenes uklarhet og kompleksitet ved den nasjonale gjennomføringen, og mener en utilgjengelig regelutforming som ligger tett opptil direktivteksten i praksis kan føre til at borgerne ikke får den rett de skulle ha etter direktivet.

Problemet med å benytte innarbeidede juridiske begreper ved gjennomføringen av EØS-direktiver, er at den bakenforliggende EU-retten uansett vil påvirke tolkningen av bestemmelsen. På EØS-avtalens område gjelder nemlig presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning, som innebærer at norsk rett tolkes slik at det ikke oppstår brudd med våre forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁴⁹ Ordlyden alene hindrer sjelden slik harmoniserende tolkning.¹⁵⁰ Dermed risikerer man at termer som vanligvis viser til innarbeidede begreper i norsk rett i denne sammenhengen får et annet innhold. Ved å fornorske de EU-rettslige konseptene kan man ende opp med en ulv i fåreklær: Bestemmelsen ser ut til å vise til eksisterende og innarbeidede norske juridiske konsepter, men har egentlig et annet innhold.¹⁵¹

Den uklarheten som oppstår når ordet får et annet innhold vil for det første føre til usikkerhet når gjennomføringsloven skal anvendes. I tillegg kan en slik gjennomføring av EØS-retten få en smitteeffekt på andre deler av regelverket hvor termen benyttes. På den måten kan gjennomføringen av isolerte rettsakter føre til endringer i norsk rett mer generelt. Pommer hevder at EU-retten, i sin påvirkning av rettssystemet i hvert enkelt medlemsland, bringer med seg utydeliggjøring av konsepter og terminologisk forvirring. Ved siden av påvirkningen fra EU-rettens autonome terminologi, mener han den nære interaksjonen mellom jurister med ulike bakgrunner har ført til utveksling og hybrideffekter. EU-retten medfører altså hyppige endringer i konsepter og terminologi.¹⁵²

I en undersøkelse om klart språk i lover og forskrifter fra 2013 ble arbeidet med å innlemme EU-rettsakter på en hensiktsmessig måte nevnt som en kilde til utfordringer. Norske jurister og fagfolk måtte ta hensyn til den logikken som allerede eksisterte i det nasjonale regelverket, samtidig som ESA la vekt på at det skulle være enkelt å finne igjen det som stammet fra EU-retten i norske lover og forskrifter. Videre ble det nevnt som et problem at de juristene som jobber med tekstene i Norge ikke har deltatt i forberedelsene av lovgivningen i EU.¹⁵³ Hvis reglene var kompliserte eller det var tvil om tolkningen av enkelte uttrykk, mente informante-

¹⁴⁹ Arnesen (2015a) s. 64-65.

¹⁵⁰ Arnesen (2015a) s. 106. Fredriksen (2011) s. 73.

¹⁵¹ Se lignende argumentasjon fra svensk og dansk teori i Lindblom (2012) s. 68–69 og Fenger (2008) s. 211–212. Lindblom advarer mot å overdrive anvendelsen av svenske uttrykk i juridisk oversettelse på en måte som villeder leseren om originalspråkets innhold, og mot å anvende termer som får leseren til å tro at det er tale om en begrepsidentitet mellom den nasjonale retten og for eksempel EU-retten. Fenger mener EU-domstolens praksis indirekte presser den nasjonale lovgiver til ordrett gjennomføring av direktiver, selv om de anvender vendinger som virker fremmede for en dansk lovttekst. Videre sier han at EU-retten i en rekke situasjoner innebærer at rettssystemet må leve med en dobbel begrepsanvendelse.

¹⁵² Pommer (2012) s. 1242–1243.

¹⁵³ Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) s. 43.

ne at det enkleste var å bruke den norske offisielle oversettelsen fra Utenriksdepartementet.¹⁵⁴ I slike tilfeller var altså en mer direkte oversettelse av EU-retten å foretrekke, fremfor et forsøk på å presisere bestemmelsen.

Et alternativ til å utforme lovgivningen slik at den viser tilbake til EU-retten og kan presiseres i tråd med utviklingen der, er å følge med på utviklingen for så å vedta de nødvendige endringene i loven. Uttrykket «lovpleie» brukes om slike tiltak for å opprettholde en høy kvalitet på loven etter dens vedtakelse.¹⁵⁵ Backer skriver at loven bør endres og klargjøres blant annet når den bygger på en internasjonal konvensjon og internasjonal praksis fastslår en bestemt forståelse av denne konvensjonen, særlig når dette skjer gjennom bindende avgjørelser av en internasjonal domstol.¹⁵⁶ Men hvis lovendringene blir mange og hyppige, kan dette i seg selv bidra til å gjøre rettstilstanden usikker.¹⁵⁷ Det er også grenser for hvor raskt lovendringer kan skje, slik at enkelttilfeller fremdeles kan måtte avgjøres i strid med gjennomføringsbestemmelsens ordlyd. Når den nærmere forståelsen av en direktivbestemmelse er usikker, kan det derfor være bedre å gi gjennomføringsbestemmelsen en vagere ordlyd som åpner for ulike forståelser i tråd med EU-retten, i stedet for å gi presise gjennomføringsbestemmelser som blir gjenstand for hyppige endringer.

2.5 Oppgaven videre: Utgangspunkter for vurderingen av e-handelsloven § 18

I det følgende går vi over til en konkret vurdering av bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» ved gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i norsk rett. Utgangspunktet for denne vurderingen vil være visse utvalgte formål som man i hvert fall må ha ment å oppfylle ved gjennomføringen av direktivbestemmelsen. I inneværende avsnitt skisseres rammene for disse målsettingene. Deres nærmere innhold og vurderingen av gjennomføringsbestemmelsen i lys av dem fremgår andre steder i oppgaven.

Ved utformingen av lovgivning til gjennomføring av EØS-direktiver står i hvert fall tre målsettinger, eller grupper av målsettinger, sentralt. For det første må Norges forpliktelser etter EØS-avtalen overholdes. Gjennomføringslovgivningen må oppfylle de krav direktivet stiller, selv om det for minimumsdirektivene kan være rom for å gå lenger i en bestemt retning. Hvor

¹⁵⁴ Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) s. 25.

¹⁵⁵ Backer (2013b) s. 53.

¹⁵⁶ Backer (2013b) s. 53.

¹⁵⁷ Backer (2013b) s. 149–150.

direktivet gir rettigheter til private, skal gjennomføringen sikre at de kan få disse rettighetene håndhevet ved nasjonale domstoler.¹⁵⁸ Her blir vurderingen om vilkårene om «forsett» og «grov uaktsomhet» i e-handelsloven § 18 fører til at nettvorten holdes fri for ansvar i lik eller større grad som vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» i direktivet.

For det andre vil det som regel, innenfor de rammene direktivet setter, være mulig å identifisere andre politiske formål for gjennomføringen. I dette tilfellet er det sentralt at man ikke ønsket å gjennomføre ansvarsfrihet i større grad enn direktivet krevde. Til slutt er det et mål at lovgivningen på best mulig måte informerer og veileder den som leser loven. Fra EØS stilles det da også krav om at gjennomføringen av direktivet i nasjonal rett gjør det mulig for borgerne å skaffe fullstendig kunnskap om rettighetene direktivet gir dem.¹⁵⁹

Under den siste målsettingen, om å informere og veilede rettsanvendere og publikum, ligger det en rekke hensyn, problemsstillinger og avveininger. Fordi EØS-rettslige direktiver ikke er utformet med tanke på det norske rettssystemet, er det ofte ønskelig å gjennomføre direktivet på en måte som skaper sammenheng med norsk rett for øvrig. Samtidig vil den bakenforliggende EU-retten påvirke tolkningen av den enkelte bestemmelsen. De særtrekkene og utfordringene ved gjennomføring av EØS-rett som det er redegjort for til nå kommer særlig inn under dette punktet. Mesteparten av det som skal sies om utformingen av e-handelsloven § 18 har dette som bakgrunn.

Disse målsettingene vil være utgangspunktet for vurderingen av gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14. Vurderingene i lys av de ulike formålene vil forutsette en sammenligning av vilkårene i direktivbestemmelsen og vilkårene i gjennomføringsbestemmelsen. I det følgende skal det derfor først vies betydelig plass til en rettsdogmatisk undersøkelse av direktivets vilkår om «actual knowledge» og «awareness». Deretter sammenholdes disse vilkårene med de tradisjonelle forsett- og uaktsomhetsbegrepene i norsk rett. Ved en eventuell uoverensstemmelse er det likevel ikke sagt at e-handelsloven § 18 skal gis et innhold som fullt ut samsvarer med de tradisjonelle begrepene. Konsekvensene av en eventuell uoverensstem-

¹⁵⁸ Justisdepartementets lovavdeling (2000) s. 171.

¹⁵⁹ Se for eksempel Case C-131/88 Commission v. Germany, avsnitt 6. Justisdepartementets lovavdeling (2000) s. 171.

melse for forståelsen av e-handelsloven § 18 blir gjenstand for en egen drøftelse, som ledd i vurderingen av om gjennomføringsbestemmelsen oppfyller e-handelsdirektivets krav.

3 **Vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» i e-handelsdirektivet artikkel 14**

3.1 **E-handelsdirektivets formål og system**

Bestemmelsen om ansvarsfrihet for nettverter inngår i et større system for reguleringen av en bestemt type tjenester på internett. De tjenesteyterne som omfattes av e-handelsdirektivet artikkel 12 til 15 er på ulike måter viktige ledd i den informasjonsutvekslingen som skjer på internett. Ettersom internett har fått en større rolle i samfunnet, har det også blitt viktigere å regulere virksomheten til disse tjenesteyterne. Hvilken rolle man ønsker at nettvertene skal ha i motarbeidelsen av ulovlig innhold er et sentralt spørsmål i denne sammenheng.

Ifølge EU-domstolen i *L'Oréal and others* skal e-handelsdirektivet artikkel 14 ikke bare tolkes i lys av sin ordlyd, men også konteksten den forekommer i og formålet til reglene den er del av.¹⁶⁰ En klargjøring av hvilke hensyn og standpunkter reguleringen bygger på vil også kaste lys over hva EU-retten anser nødvendig og tilstrekkelig for at en nettvvert skal holdes ansvarlig for informasjonen de lagrer. Dermed kan det bidra til fastleggelsen av vilkårene om «actual knowledge» eller «awareness» i artikkel 14.

Når det gjelder nettvvertens deltakelse i bekjempelsen av ulovlige forhold, kan det anføres argumenter i begge retninger. På den ene siden har kampen mot kriminalitet og annet rettsstridig innhold på internett blitt viktigere. Internettets særlige natur kan gjøre det vanskelig for myndighetene å kontrollere aktiviteten der.¹⁶¹ Hensynet til effektivitet i bekjempelsen av ulovlig aktivitet på nett taler for nettvvertens involvering, og for at unntakene fra ansvar ikke blir for vide.¹⁶² Når det er behov for å fjerne eller hindre tilgangen til innhold som ligger lagret på nettvvertens servere, vil det kunne skje raskere med nettvverten på banen.

På den andre siden har internett blitt et viktig verktøy for å kunne ytre seg og få tilgang til informasjon. I denne sammenhengen kan det være problematisk å gi nettvverten en kontrollfunksjon i motarbeidelsen av ulovlig innhold. Nettvverten har sjelden noen egen interesse i at ytringer formidles.¹⁶³ Nettvvertens interesse i innholdet den lagrer er ofte begrenset til den økonomiske interessen i avtalen med den tjenesten ytes til. Dersom man i for stor grad overlater ansvaret med å forhindre og motarbeide ulovlig innhold til nettvverten, og de sanksjonene

¹⁶⁰ Case C-324/09 *L'Oréal and Others v. eBay*, avsnitt 111.

¹⁶¹ A4-0248/1999 Opinion from the Committee on Culture, Youth, Education and the Media.

¹⁶² A4-0248/1999 Opinion from the Committee on Culture, Youth, Education and the Media.

¹⁶³ NOU 1999: 27 vedlegg nr. 2 s. 318. Gjentatt i Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 13 og 14.

denne risikerer ved å forsømme sitt ansvar overskrider den økonomiske interessen i å lagre informasjonen, har nettvorten ingen grunn til å være tilbakeholden i sin sensurerende aktivitet. Tjenesteyteren kan da komme til å fjerne eller hindre tilgangen til innholdet i for stor grad, også i tilfeller hvor det lagrede innholdet ikke er ulovlig.¹⁶⁴

Tanker om forholdet mellom nettvortens ansvar og ytringsfrihet på nett ligger til grunn for ansvarsfrihetsreglene i direktivets artikkel 14. Direktivet bygger på et standpunkt om at det ikke er ønskelig at slike tjenesteytere på generell basis utøver kontroll med innholdet som lagres.¹⁶⁵ Standpunktet kommer klarest til uttrykk i direktivets artikkel 15, som forbyr medlemsstatene å pålegge tjenesteyterne generelle overvåkingsplikter.¹⁶⁶ Dette er tema for neste punkt.

3.2 Utgangspunktet: Ingen generell overvåkingsplikt

Det fremgår av e-handelsdirektivet artikkel 15 at medlemsstater ikke kan pålegge slike tjenesteytere artikkel 12–14 omhandler en generell plikt til å overvåke informasjonen de lagrer eller overfører, eller til å aktivt søke fakta eller omstendigheter som indikerer ulovlig aktivitet.¹⁶⁷ Med Schellekens kan vi beskrive overvåking som sjekking av lovligheten eller ulovligheten av innhold når det ikke foreligger noen spesifikk grunn til å anta at innholdet er ulovlig.¹⁶⁸ Det er kun generelle plikter medlemsstatene er forhindret fra å pålegge, direktivet er ikke i veien for overvåkingsplikter i et konkret tilfelle.¹⁶⁹ Dette skillet drøftes nærmere i neste punkt.

¹⁶⁴ NOU 1999: 26 s. 210. NOU 1999: 27 vedlegg nr. 2 s. 318. Gjentatt i Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 13 og 14. Dinwoodie (2017) s. 18. I forbindelse med det som er sagt om hensynet til ytringsfriheten, anfører noen et snøball-argument mot tjenesteyternes overvåking av innhold. Argumentasjonen går ut på at når tjenesteyteren først har blitt pålagt å overvåke lagret innhold i én situasjon, vil omfanget av overvåkingen raskt øke. Se Schellekens (2011) s. 155–156.

¹⁶⁵ Opinion of Advocate General Poiares Maduro in joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 142 og 143. A4-0248/1999 Opinion from the Committee on Economic and Monetary Affairs and Industrial Policy. Synspunktet gjenfinnes også utenfor EU-retten, se for eksempel UN Human Rights Council A/HRC/17/27 (2011) avsnitt 43: «The Special Rapporteur believes that censorship measures should never be delegated to a private entity, and that no one should be held liable for content on the Internet of which they are not the author. Indeed, no State should use or force intermediaries to undertake censorship on its behalf».

¹⁶⁶ Opinion of Advocate General Poiares Maduro in joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 142 og 143. A4-0248/1999 Opinion from the Committee on Economic and Monetary Affairs and Industrial Policy.

¹⁶⁷ Dir 2000/31/EC art.15 (1).

¹⁶⁸ Schellekens (2011) s. 158.

¹⁶⁹ Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 47.

Ansvarsfrihet for nettvorten er en nødvendig følge av standpunktet til overvåking. Dersom en nettvort uten kunnskap eller opplysninger om ulovlig aktivitet kunne holdes ansvarlig for ikke å ha fjernet det ulovlige innholdet, ville det nettopp være en sterk oppfordring til overvåking og kontroll med innholdet som lagres. Det ville da være lite poeng i å forby en plikt til generell overvåking, ettersom tjenesteyteren risikerte straff eller erstatning for nettopp mangelen på generell overvåking. På samme måte ville en generell overvåkingsplikt føre til at ansvarsfriheten i artikkel 14 ble uten betydning.¹⁷⁰ Hvis en nettvort var forpliktet til totalovervåking av sine systemer, ville nettvorten automatisk være ment å skulle kjenne til alt ulovlig innhold som befant seg i systemene.¹⁷¹ Dermed ville den ikke lenger være beskyttet av artikkel 14.¹⁷²

Det er derfor naturlig å se direktivets bestemmelser om ansvarsfrihet i lys av utgangspunktet om forbud mot generelle overvåkingsplikter. For de subjektive vilkårene om «knowledge» og «awareness» innebærer dette at dersom tjenesteyteren får kjennskap til noe som indikerer at det lagres ulovlig innhold, vil denne kunnskapen bare medføre at tjenesteyteren fratras ansvarsfriheten når han har nok opplysninger til at videre undersøkelser ikke kan anses som en generell overvåking av det lagrede materialet.

Et slikt perspektiv, hvor standpunktet om at nettvortene ikke skal ha en generell kontrollfunksjon er det sentrale, fremmes av Generaladvokat Poiares Maduro i Google France and Google-saken. Formålet til e-handelsdirektivet mener han er å skape et fritt og åpent offentlig domene på internett. Direktivet søker å oppnå dette formålet gjennom å begrense ansvaret til de som overfører eller lagrer informasjon til tilfeller hvor de var «aware» om en ulovlighet.¹⁷³ Ifølge Poiares Maduro er direktivets artikkel 15 nøkkelen til dette. Slik Poiares Maduro konstruerer artikkel 15 pålegger den ikke bare medlemsstatene en negativ plikt. Bestemmelsen er også selve uttrykket for prinsippet om at tjenesteytere som søker å nyte av et ansvarsunntak burde holde seg nøytrale i relasjon til informasjonen de bærer eller lagrer.¹⁷⁴

Disse uttalelsene fra Poiares Maduro ble verken uttrykkelig gjentatt eller fraveket av EU-domstolen. Saken gjaldt reklame på søkemotoren Google hvor ulike varemerker var blitt brukt som nøkkelord av andre enn innehaverne av varemerkene.¹⁷⁵ Ett av spørsmålene EU-

¹⁷⁰ Van Eecke (2011) s. 1464.

¹⁷¹ Van Eecke (2011) s. 1464–1465.

¹⁷² Van Eecke (2011) s. 1465.

¹⁷³ Opinion of Advocate General Poiares Maduro in joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 142.

¹⁷⁴ Opinion of Advocate General Poiares Maduro in joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 143.

¹⁷⁵ Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 2.

domstolen skulle behandle var om den henvisningstjenesten Google yter var en lagringstjeneste som omfattes av e-handelsdirektiver artikkel 14.¹⁷⁶ Her oppstilte domstolen et vilkår om at aktiviteten til tjenesteyteren måtte være av en rent teknisk, automatisk og passiv natur.¹⁷⁷ Det var i tilknytning til dette spørsmålet Generaladvokaten ga sin uttalelse, og til dette underliggende spørsmålet synes EU-domstolen og Generaladvokaten å ha inntatt samme standpunkt. Det taler i det minste for at domstolen ikke anså Generaladvokatens syn på forholdet mellom ansvarsfrihetsbestemmelsene og forbudet mot en generell overvåkingsplikt feil.

Også Generaladvokat Jääskinen i L'Oréal-saken uttalte seg om ansvarsfrihetsreglenes formål. Han mente ansvarsbegrensningene i artikkel 12 til 14 søker å muliggjøre ytelsen av informasjonssamfunnstjenester, uten risiko for rettslig ansvar tjenesteyteren ikke kan forhindre i forkant uten å miste den økonomiske og tekniske levedyktigheten til forretningsmodellen. Han mente derfor det var nødvendig å definere hva tjenesteyteren med rette kan forventes å gjøre for å forhindre at tredjeparters rettigheter blir krenket.¹⁷⁸ Forbudet mot en generell overvåkingsplikt kan ses som et forsøk på å avklare hva man kan og ikke kan forvente av nettverten.

Dette leder til et syn på vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» hvor det avgjørende er om nettverten har tilstrekkelig mange og detaljerte opplysninger om det ulovlige forholdet til at nærmere undersøkelser ikke utgjør generell overvåking. Dermed vil det ikke være tilstrekkelig med en generell antakelse om at det et eller annet sted på serverne nok vil ligge lagret ulovlig innhold. Heller ikke en melding om ulovlig innhold synes å påføre nettverten ansvar før den i tilstrekkelig grad spesifiserer hva det påståtte ulovlige materiale nærmere består i og hvor det befinner seg.

3.3 Utgangspunktets rekkevidde: Hva er «generell» overvåking?

Som så vidt nevnt er forbudet mot en generell plikt til å overvåke ikke til hinder for at nettverter pålegges en plikt til å overvåke i spesifikke tilfeller.¹⁷⁹ Med det perspektivet på ansvarsfrihetsreglene som det hittil har blitt redegjort for, får grensen mellom generelle overvåkingsplikter og overvåkingsplikter i spesifikke tilfeller betydning når vilkårene om «knowledge» og «awareness» skal fastlegges. Spørsmålet er da om den informasjonen nettverten har er tilstrekkelig til at man kan snakke om en overvåkingsplikt «in a specific case». Et eksempel på

¹⁷⁶ Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 32, 37 og 41.

¹⁷⁷ Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 113.

¹⁷⁸ Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 53.

¹⁷⁹ Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 47.

en «specific» og dermed tillatt overvåkingsforpliktelse ble gitt av EU-kommisjonen under forberedelsene til direktivet: Et tiltak om overvåking av en spesifikk nettside for en gitt tidsperiode, for å forhindre eller bekjempe konkret ulovlig aktivitet.¹⁸⁰

I e-handelsdirektivet artikkel 14 tredje ledd står det at bestemmelsen ikke skal påvirke muligheten domstoler eller administrative myndigheter har etter nasjonal rett til å kreve at tjenesteyteren avbryter eller forhindrer en krenkelse. Bestemmelsen påvirker heller ikke muligheten medlemsstatene har til å etablere prosesser for fjerning eller hindring av tilgangen til informasjon. I EU-domstolens praksis er dette forstått slik at tjenesteyteren kan pålegges spesifikke tiltak med det formål å bringe krenkelsen til opphør eller forhindre risikoen, når eksistensen av eller risikoen for en krenkelse har blitt etablert i tilfredsstillende grad.¹⁸¹

Ordlyden «a specific case» tyder på at det man kan kreve at nettverten identifiserer må være tilstrekkelig snevert, både når det gjelder omfanget av de mulige krenkelsene og antallet krenkelser.¹⁸² En plikt til å overvåke en hel kategori av brukere eller informasjonskilder synes dermed ikke å være tillatt.¹⁸³ Dersom overvåkingsplikten skal anses «specific», må brukerne eller informasjonskildene som skal overvåkes derfor oppgis uttrykkelig og uttømmende.¹⁸⁴

Grensen mellom spesifikk og generell overvåking var et tema i saken *Scarlet Extended* mot SABAM. Her vurderte EU-domstolen om en tjenesteyter kunne pålegges å innføre et system for filtrering av all elektronisk kommunikasjon som passerte gjennom dens tjenester, og for etterfølgende blokkering av overføringen av filer med et innhold noen hevder å ha rettigheter til.¹⁸⁵ Tjenesteyteren mente pålegget var i strid med den nasjonale gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 15, fordi det rent faktisk ville pålegge dem en generell plikt til å overvåke kommunikasjon på nettverket.¹⁸⁶

Domstolen viste til *L'Oréal*-saken og uttalte at forbudet mot generell overvåking særlig gjelder for nasjonale tiltak som vil kreve at tjenesteyteren aktivt overvåker all dataen til hver kunde for å forhindre enhver fremtidig krenkelse av immaterielle rettigheter.¹⁸⁷ Det var på det rene at tjenesteyteren, som følge av filtreringssystemet, ville måtte identifisere filene som

¹⁸⁰ COM (1998) 586 final s. 30.

¹⁸¹ Case C-521/17 *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT v. Deepak Mehta*, avsnitt 51.

¹⁸² Van Eecke (2011) s. 1487.

¹⁸³ Van Eecke (2011) s. 1487.

¹⁸⁴ Van Eecke (2011) s. 1487.

¹⁸⁵ Case C-70/10 *Scarlet Extended v. SABAM*, avsnitt 28.

¹⁸⁶ Case C-70/10 *Scarlet Extended v. SABAM*, avsnitt 25.

¹⁸⁷ Case C-70/10 *Scarlet Extended v. SABAM*, avsnitt 36.

inneholdt arbeider noen hevdet å ha immaterielle rettigheter i, for så å avgjøre hvilke av de filene som ble delt ulovlig og til slutt blokkere fildeling den anså å være ulovlig. Videre ville dette gjelde for all kommunikasjonen på nettverket.¹⁸⁸ Overvåkingen gjaldt altså all data, alle kundene, preventivt og for en ubegrenset periode.¹⁸⁹ Pålegget kunne derfor ikke ilegges etter e-handelsdirektivet artikkel 15.¹⁹⁰

Spørsmålet kom opp igjen i den etterfølgende saken SABAM mot Netlog, med et lignende saksforhold. EU-domstolen tok samme tilnærming, og konkluderte også her med at et pålegg om å introdusere et slikt filtreringssystem ikke var tillatt etter EU-retten.¹⁹¹ Guadamuz mener langtidseffekten av SABAM er å tillate blokkeringspålegg rettet mot spesifikke sider, og viser til at flere domstoler i Europa har håndhevet filtrering mot spesifikke nettsider.¹⁹²

Hvor grensen går mellom en generell overvåkingsplikt og en overvåkingsplikt «in a specific case», var også et tema i Mc Fadden-saken. Tvisten omhandlet hvilket ansvar den som opererer et «wireless local area network (WLAN)» har for tredjemanns bruk av det.¹⁹³ Ett av spørsmålene saken reiste var om tiltak i form av å undersøke all kommunikasjon som passerte gjennom internettforbindelsen kunne opprettholdes etter e-handelsdirektivet artikkel 15 (1). Domstolen besvarte dette benektende.¹⁹⁴ I sitt forslag til avgjørelse i saken utdypet Generaladvokat Szpunar hvorfor et slikt tiltak ville stride mot forbudet om å pålegge en generell overvåkingsplikt. For å utgjøre en overvåkingsplikt «in a specific case», mente han at tiltaket måtte være begrenset med hensyn til subjektet for og lengden av overvåkingen. Det var ikke tilfellet for det nevnte tiltaket.¹⁹⁵

Etter de avgjørelsene fra EU-domstolen som nå er gjennomgått, synes det avgjørende for vurderingen å være i hvilken grad eksistensen av eller risikoen for ett eller flere konkrete ulovlige forhold er etablert, om den eller de spesifikke brukerne eller informasjonskildene som skal overvåkes er identifiserte og om overvåkingen er tidsbegrenset. Det kan i hvert fall ikke være tale om overvåking av alt det innholdet tjenesteyteren overfører eller lagrer.¹⁹⁶ For lagrings-

¹⁸⁸ Case C-70/10 Scarlet Extended v. SABAM, avsnitt 38 og 39.

¹⁸⁹ Case C-70/10 Scarlet Extended v. SABAM, avsnitt 29.

¹⁹⁰ Case C-70/10 Scarlet Extended v. SABAM, avsnitt 40.

¹⁹¹ Case C-360/10 SABAM v. Netlog, avsnitt 52.

¹⁹² Guadamuz (2014) s. 326.

¹⁹³ Case C-484/14 Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment, avsnitt 1–2.

¹⁹⁴ Case C-484/14 Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment, avsnitt 87.

¹⁹⁵ Opinion of Advocate General Szpunar in case C-484/14 Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment, avsnitt 132.

¹⁹⁶ Rekkevidden av forbudet mot en generell overvåkingsplikt er også tema i en sak som har blitt oversendt EU-domstolen og i skrivende stund venter på behandling. Se case C-18/18 Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook.

tjenestene må dette blant annet bety at det skal være mulig å finne frem til hvor på serverne det ulovlige innholdet ligger lagret, slik at man ikke må kontrollere store deler av det lagrede materialet for å finne frem til ulovlig innhold.

3.4 Hvilken befatning nettvorten har med innholdet som lagres

Formålet og systemet bak artikkel 14 blir tydeligere når vi ser hvilken befatning de aktuelle tjenesteyterne har med det innholdet de lagrer. Før man vurderer om vilkårene for ansvarsfrihet i artikkel 14 er oppfylt, må det nemlig avgjøres om inngangsvilkårene for anvendelsen av bestemmelsen foreligger. Temaet for inneværende avsnitt er i hvilken grad nettvortens involvering i det innholdet som lagres medfører at man er utenfor ansvarsfrihetsbestemmelsen, altså hvilke vilkår som stilles til virksomhetens karakter i dette henseende. Innholdet i disse inngangsvilkårene vil kunne kaste lys over hva vilkårene til «actual knowledge» og «awareness» viser til, og hva de ikke viser til. Andre spørsmål knyttet til hvilke tjenester og tjenesteytere som omfattes av artikkel 14 vil ikke bli behandlet.¹⁹⁷

Først er det grunn til å påpeke at ansvarsfriheten i e-handelsdirektivet artikkel 14 ser ut til å gjelde på tjenestenivået og ikke for selskapet i sin helhet.¹⁹⁸ Et selskap kan på samme tid utføre flere ulike typer tjenester, og spørsmålet om ansvarsfrihet synes å måtte vurderes i relasjon til den enkelte tjenesten.¹⁹⁹

Ifølge avsnitt 42 i direktivets fortale gjelder ansvarsunntaksbestemmelsene kun hvor tjenesteytternes virksomhet er begrenset til en rent teknisk prosess, i form av å operere og gi tilgang til et kommunikasjonsnettverk hvor informasjon fra tredjeparter overføres eller lagres midlertidig, for det ene formål å gjøre overføringen mer effektiv. Det fremgår videre at denne aktiviteten er av en rent teknisk, automatisk og passiv natur, og at det dermed er antydning at informasjonssamfunnstjenesteyteren verken har kunnskap om eller kontroll over den informasjonen som overføres eller lagres.²⁰⁰

Ordlyden tyder på at dette avsnittet av fortalen kun sikter til to av de tre tjenestene i artikkel 12 til 14, nemlig overførings- og tilgangstjenestene i artikkel 12 og mellomlagringstjenestene i artikkel 13. Ansvarsfrihetsbestemmelsen for tjenesteytere som lagrer informasjon, som er

¹⁹⁷ For en nærmere behandling av vilkårene for at en virksomhet omfattes av artikkel 14, se for eksempel oppgaven til Just Balstad om digitale mellomledds ansvar for videreformidling av ytringer, som blant annet drøfter om konkrete virksomhetstyper omfattes av bestemmelsen. Balstad (2002) s. 65–66 og 77–83.

¹⁹⁸ Van Eecke (2011) s. 1462.

¹⁹⁹ Van Eecke (2011) s. 1462.

²⁰⁰ Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 42.

temaet i denne oppgaven, omtales senere i fortalen som en ansvarsbegrensning fremfor et unntak.²⁰¹ Det synet at avsnitt 42 av fortalen ikke refererer til lagringstjenestene, ga også Generaladvokat Jääskinen uttrykk for i L'Oréal-saken.²⁰²

Derimot har EU-domstolen gjentatte ganger inntatt motsatt standpunkt. I avgjørelsen Google France and Google, og senere i L'Oréal and others, Papasavvas and others, Mc Fadden og Deepak Mehta, tolket de avsnitt 42 av fortalen slik at den refererer til alle de tre formene for tjenester i artikkel 12 til 14.²⁰³ Med henvisning til dette punktet av fortalen har EU-domstolen i sin praksis oppstilt et krav om at tjenesteyterens aktivitet er av en rent teknisk, automatisk og passiv natur, hvilket antyder at tjenesteyteren ikke har kunnskap om eller kontroll over dataen som lagres, for at ansvarsfrihetsreglene i e-handelsdirektivet skal komme til anvendelse.²⁰⁴

For lagringstjenestene kan det ved første øyekast være vanskelig å skille mellom, på den ene siden, vilkåret om at tjenesten skal være rent teknisk, automatisk og passiv og, på den andre siden, vilkåret om å ikke ha «actual knowledge» eller «awareness». Først har vi et vilkår for at tjenesten skal omfattes av bestemmelsen, som innebærer at tjenesten etter sin art ikke gir kunnskap om eller kontroll over den lagrede dataen. Deretter har vi et vilkår for de tjenestene som omfattes av bestemmelsen, om at den som yter tjenesten ikke må ha «actual knowledge» eller «awareness» om det ulovlige innholdet.

Forskjellen må være at det førstnevnte vilkåret spør om tjenesten generelt vil gi nettverten kunnskap, mens det andre spør om kunnskap i spesifikke saker.²⁰⁵ I det førstnevnte tilfellet skal det generelle designet eller den generelle driften av tjenesten ikke gi nettverten kunnskap om innholdet lagret på dets systemer.²⁰⁶ Det neste vilkåret omhandler i stedet hvilken kunnskap som faktisk foreligger i et konkret tilfelle. Selv om en lagringstjenesteyter driver rent teknisk, automatisk og passiv virksomhet, kan han nemlig få kunnskap om ulovlige forhold i ettertid.

²⁰¹ Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 46.

²⁰² Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 138–142. Se også Van Eecke (2011) s. 1463 og 1482.

²⁰³ Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 113. Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 112. Case C-291/13 Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia and others, avsnitt 45. Case C-484/14 Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment, avsnitt 62. Case C-521/17 Coöperatieve Vereniging SNB-REACT v. Deepak Mehta, avsnitt 47.

²⁰⁴ Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others, avsnitt 113 - 114. Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 112. Case C-291/13 Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia and others, avsnitt 40–41 og 45. Case C-521/17 Coöperatieve Vereniging SNB-REACT v. Deepak Mehta, avsnitt 47.

²⁰⁵ Van Eecke (2011) s. 1472.

²⁰⁶ Van Eecke (2011) s. 1472.

Det sistnevnte poenget, at en lagringstjenesteyter med en ren mellommannsfunksjon kan få kunnskap om ulovlige forhold i etterkant av lagringen, ble fremhevet av EU-domstolen i *Mc Fadden*-saken. Dette skilte lagringstjenestene fra de to andre tjenesteformene i artikkel 12 og 13. Domstolen uttalte at lagringstjenestene i artikkel 14 er av en mer permanent natur enn de to andre. Den som yter en lagringstjeneste har dermed større anledning til å få etterfølgende kjennskap til ulovlige forhold. Kunnskapen kan komme på et tidspunkt etter lagringen av informasjonen, men hvor det fremdeles er rom for å fjerne eller hindre tilgangen til den.²⁰⁷

Disse uttalelsene om hvilke tjenester artikkel 14 gjelder for, kan ses i sammenheng med de formålene vi så på innledningsvis.²⁰⁸ Som nevnt der er det ikke ønskelig at nettverten står for kontrollen av hvilke ytringer som slipper til på nettet. Ansvarsfriheten bidrar til å motvirke at dette blir tilfellet, fordi nettverten ikke risikerer straff eller erstatning for å ikke ha utøvet slik generell kontroll. Det er da naturlig at ansvarsfrihetsbestemmelsen kun gjelder for de tjenesteyterne som holder seg til en ren mellommannsfunksjon, og som ikke på ulike måter involverer seg i innholdet til den dataen de behandler.²⁰⁹ For vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» støtter dette tolkningen ovenfor, nemlig at den kunnskapen nettverten på en eller annen måte har fått må være tilstrekkelig til at han kan gjøre noe med det ulovlige forholdet uten samtidig å påta seg en slik kontrollfunksjon.²¹⁰

Det synet at graden av involvering i innholdet som overføres eller lagres er avgjørende for om ansvarsfrihetsbestemmelsene i e-handelsdirektivet kommer til anvendelse, har støtte i EU-domstolens praksis. I saken *Google France and Google* kunne det ikke alene medføre at en tjenesteyter ble fratatt ansvarsfriheten at tjenesten var underlagt betaling, at tjenesteyteren fastsatte betalingsvilkårene og at vedkommende ga generell informasjon til sine kunder.²¹¹ Motsatt var det relevant hvilken rolle tjenesteyteren hadde spilt ved utarbeidelsen av kommersielle meldinger, og hvilken rolle vedkommende hadde spilt ved etableringen eller utvelgelsen av søkeord.²¹²

Samme tilnærming ble fulgt i saken *L'Oréal and others*. Ifølge EU-domstolen hadde ikke tjenesteyteren en nøytral posisjon mellom sin kunde og dennes potensielle kunder når vedkom-

²⁰⁷ Case C-484/14 *Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment*, avsnitt 62.

²⁰⁸ Se punkt 3.1.

²⁰⁹ *Stalla-Bourdillon* (2011) s. 60.

²¹⁰ Se punkt 3.2.

²¹¹ *Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others*, avsnitt 116. Gjentatt i *case C-291/13 Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia and others*, avsnitt 42.

²¹² *Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others*, avsnitt 118. Gjentatt i *case C-291/13 Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia and others*, avsnitt 43.

mende ga bistand til å optimalisere presentasjonen av eller promoteringen for tilbudene. I slike tilfeller spilte tjenesteyteren en aktiv rolle av en slik art som gir kunnskap om eller kontroll over dataen.²¹³ Enda klarere involvering i innholdet forelå i Papasavvas-saken. Her kom EU-domstolen til at et avisforetak, som på sin nettside publiserte en nettversjon av avisen, i prinsippet hadde kunnskap om og utøvet kontroll med den informasjonen som ble lagt ut. Avisforetaket var derfor ikke omfattet av ansvarsfrihetsbestemmelsene i artikkel 12–14.²¹⁴

Etter de avgjørelsene fra EU-domstolen som nå er nevnt, synes det avgjørende å være om nettvertens virksomhet er lagt opp slik at dens ansatte generelt vil få kunnskap om informasjonen som lagres.²¹⁵ I så fall har nettverten involvert seg i det lagrede innholdet på en slik måte at han ikke omfattes av e-handelsdirektivet artikkel 14.²¹⁶ Ansvarsfrihetsregelen i artikkel 14 omfatter altså kun tjenester som ikke på generelt grunnlag gir innsikt i og kunnskap om det innholdet som lagres. Det betyr at det som regel må skje noe utover nettvertens alminnelige virksomhet for å oppfylle bestemmelsens vilkår om «actual knowledge» eller «awareness». Det kan for eksempel være at nettverten mottar et varsel om ulovlig innhold, eller at det frivillig iverksettes undersøkelser som gjør at han kommer over ulovlig materiale.

3.5 Tjenesteyternes samarbeidsplikt

Som nevnt innledningsvis i dette kapittelet kan det i bekjempelsen av ulovlig aktivitet på nett være nødvendig å få nettverten på banen.²¹⁷ Selv om det ikke har vært ansett heldig å gi nettverten ansvaret for den primære kontrollen med innholdet, har man altså ønsket deres samarbeid i motarbeidelsen av ulovlig innhold.²¹⁸ Under arbeidet med direktivet ble det da også uttalt at man søkte en balanse mellom de ulike interessene involvert for å stimulere samarbeid mellom ulike parter. På den måten ville man redusere risikoen for ulovlig aktivitet på nett.²¹⁹

Dette kommer blant annet til uttrykk i direktivets fortale, hvor det sies at tjenesteytere under visse omstendigheter har en plikt til å ta steg for å forhindre eller stanse ulovlig aktivitet.²²⁰

²¹³ Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 113 og 116. Gjentatt i case C-291/13 Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia and others, avsnitt 44.

²¹⁴ Case C-291/13 Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia and others, avsnitt 45.

²¹⁵ Van Eecke (2011) s. 1483.

²¹⁶ Van Eecke (2011) s. 1483.

²¹⁷ Se punkt 3.1.

²¹⁸ Se Van Eecke (2011) s. 1457. Van Eecke mener at det innen år 2000 hadde vokst frem en konsensus om at tjenesteytere burde beskyttes mot ansvar for innhold skapt av tredjeparter, så lenge de var forberedt på å samarbeide når de ble bedt om å fjerne eller blokkere tilgangen til ulovlig innhold.

²¹⁹ 1998/0325(COD) a.

²²⁰ Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 40.

Det ble sagt at direktivet burde være et grunnlag for utviklingen av prosesser for å fjerne og hindre tilgangen til ulovlig informasjon.²²¹ Direktivets ansvarsfrihetsregler mente man ikke burde være til hinder for utvikling og effektiv operasjon av tekniske systemer for beskyttelse og identifikasjon eller tekniske overvåkingsinstrumenter.²²² Senere i fortalen sies det også at direktivet ikke er til hinder for å pålegge nettverter visse «duties of care», som med rimelighet kan forventes av dem og som er spesifisert av nasjonal lovgivning, for å identifisere og forhindre visse typer ulovlig aktivitet.²²³

Tanken om at tjenesteyterne har en samarbeidsplikt fremmes av Generaladvokat Szpunar i hans forslag til avgjørelse i saken *Stichting Brein v Ziggo BV*. Han mener lovgivningen inter alia sier at mellommenn ikke er ansvarlige for innhold, men pålegger dem visse plikter til å samarbeide i bekjempelsen av ulovlig innhold.²²⁴ Ifølge Szpunar vil ansvarsfriheten for mellommenn i en opphavsrettssak inngå i en balansering av ulike interesser. Motparten til ansvarsfriheten er ikke bare fraværet av mellommennenes medvirkning i det ulovlige forhold, men også deres samarbeid for å unngå eller forhindre slike krenkelser.²²⁵ Uttalelsene ble ikke gjentatt, bekreftet eller avkreftet av EU-domstolen i dens avgjørelse.

I e-handelsdirektivet artikkel 14 kan handleplikten, altså plikten til å fjerne eller hindre tilgangen til innholdet, ses som uttrykk for nettvertens plikt til å samarbeide i motarbeidelsen av ulovlig aktivitet. Dersom nettverten oppfylder vilkårene om «actual knowledge» eller «awareness», må han for å beholde ansvarsfriheten fjerne informasjonen eller hindre tilgangen til den. Det er altså kun ved «actual knowledge» eller «awareness» det er nødvendig å ta steg mot ulovlig innhold. Hvis det var motsatt, slik at handlingsplikten gjaldt uavhengig av nettvertens kunnskap, ville det nødvendiggjøre generell overvåking i strid med artikkel 15. Et perspektiv som kan anlegges på e-handelsdirektivet artikkel 14 er derfor at det bak vilkårene om «actual knowledge» and «awareness» ligger en avveining mellom ønsket om nettvertens samarbeid og ønsket om at nettverten ikke skal være et kontrollorgan for ytringer på nett.

Si at en nettside lagret på nettvertens servere inneholder rasistiske, ærekrenkende eller andre ulovlige ytringer. Nettverten skal samarbeide i å bekjempe denne typen innhold, men skal ikke være den som generelt kontrollerer og avgjør lovligheten av innholdet han lagrer. Før

²²¹ Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 40.

²²² Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 40.

²²³ Dir 2000/31/EC fortalen avsnitt 48.

²²⁴ Opinion of Advocate General Szpunar in case C-610/15 *Stichting Brein v Ziggo and XS4All Internet*, avsnitt 19.

²²⁵ Opinion of Advocate General Szpunar in case C-610/15 *Stichting Brein v Ziggo and XS4All Internet*, avsnitt 83.

nettverten har tilstrekkelig informasjon om det ulovlige forholdet, vil hans bidrag i motarbeidelsen av ulovlig innhold ofte forutsette generell kontroll og overvåking. Når nettverten har mottatt tilstrekkelig informasjon til at han kan fjerne det ulovlige innholdet uten selv å påta seg en kontrollfunksjon, vil det derimot ikke være betenkelig å kreve at han samarbeider i motarbeidelsen av innholdet. Når nettverten har slik informasjon, vil han derfor ha «actual knowledge» eller «awareness».

Ved vedtakelsen av e-handelsdirektivet kan det virke som man mente balansen mellom nettvertens samarbeidsplikt og at nettverten ikke skal drive generell kontroll ville bli best ivaretatt gjennom et «notice-and-take-down»-system. E-handelsdirektivet artikkel 14 synes å legge opp til et slikt system gjennom vilkårene om «actual knowledge» og «awareness».²²⁶ Et «notice-and-take-down»-system går ut på at tjenesteyteren først etter å ha blitt varslet om ulovlig innhold må fjerne innholdet.²²⁷ Prosessen for varslingen og fjerningen av innholdet kan være regulert på ulike måter. For eksempel kan det utdypes hva varselet må inneholde og hvordan det må inngis for at nettvertens skal få en plikt til å fjerne innholdet. Fordi e-handelsdirektivet artikkel 14 som nevnt stiller krav til hvilke aspekter ved det ulovlige forhold nettverten må ha kunnskap om, stiller den også krav til hva et eventuelt varsel må inneholde.

Et slikt «notice-and-take-down»-system er ikke uttrykkelig inntatt i direktivbestemmelsen, men strukturen i artikkel 14 åpner for at medlemsstatene innfører et slikt system på nasjonalt nivå.²²⁸ Dette var også en del av hensikten ved vedtakelsen av direktivet. Under den andre høringen i Parlamentet, ble EU-kommisjonen bedt om å oppfordre interesserte parter til å etablere effektive «notice and take-down»-prosesser.²²⁹ At artikkel 14 legger til rette for et slikt system, kommer blant annet til syne i tredje ledd, som sier at medlemsstatenes muligheter til å etablere prosesser for fjerningen eller hindringen av tilgangen til informasjon ikke påvirkes av bestemmelsen.²³⁰

En gjennomgang av rettspraksis fra ulike EU-land gitt av Van Eecke, viser at ønsket om nettvertens samarbeid i økende grad vektlegges når ansvarsfrihetsbestemmelsene tolkes. Han mener tjenesteyterne oftere blir spurt om å blokkere nettsider og informere myndighetene. Dette til tross for EU-lovgivningens hensikt om å beskytte mellommennene fra en slik rolle. Han påpeker at praksisen omkring e-handelsdirektivet artikkel 12 til 15 har vært sterkt sprikende, både fra medlemsland til medlemsland og innenfor samme landegrenser. Selv om han også

²²⁶ Angelopoulos (2016b) s. 269.

²²⁷ Angelopoulos (2016b) s. 267.

²²⁸ C (2018) 1177 final fortalen avsnitt 8. Van Eecke (2011) s. 1484.

²²⁹ 1998/0325(COD) b.

²³⁰ Van Eecke (2011) s. 1484.

kan vise til nyere avgjørelser i tjenesteyternes favør, og dermed synes å se en endring i praksisen, har tjenesteytere i mellomtiden vært under økende press av myndighetene til å påta seg en vaktrolle i kampen mot ulike former for kriminalitet på nettet.²³¹

3.6 Nettvertens ansvar og enkelte grunnleggende rettigheter

3.6.1 Forholdet mellom e-handelsdirektivet artikkel 14 og enkelte grunnleggende rettigheter

Det har nå fremgått at reguleringen av nettvertens ansvar også bygger på et ønske om nettvertens samarbeid i motarbeidelsen av ulovlig aktivitet på nett. Vilkårene om «actual knowledge» and «awareness» ivaretar en balanse mellom dette hensynet og hensynet til at nettverten ikke skal være et kontrollorgan for ytringer på nett. Å oppnå riktig balanse er spesielt viktig fordi avveiningen har en side til visse grunnleggende rettigheter i EU-retten. Disse rettighetene kan være inntatt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), som er tiltrådt av EU,²³² eller Den Europeiske Unions charter om grunnleggende rettigheter («charteret»). For å utdype innholdet i den avveiningen som ligger til grunn for vilkårene om «actual knowledge» og «awareness», kan vi se nærmere på disse grunnleggende rettighetene.

Forholdet til ytrings- og informasjonsfriheten i EMK artikkel 10 og charteret artikkel 11 er det redegjort for tidligere i oppgaven. Selv om nettverten ikke selv er opphav til informasjonen som formidles, vil et strengt ansvar for denne tjenesteyteren kunne føre til en uønsket grad av privat sensur med det innholdet som lagres.²³³ Ved siden av ansvarets strenghet vil også ansvarsreglenes klarhet spille inn. Dersom det fremstår som svært usikkert for nettverten i hvilke tilfeller han kan pådra seg rettslig ansvar for den lagrede informasjonen, kan han være mer tilbøyelig til å fjerne informasjon som senere viser seg å være lovlig.²³⁴

Punkt 9 i fortalen til e-handelsdirektivet sier da også at den frie bevegelse av informasjonssamfunnstjenester i mange tilfeller kan være et konkret uttrykk for et mer generelt prinsipp, nemlig ytringsfriheten. I lys av EMK artikkel 10 må derfor direktiver som omhandler informasjonssamfunnstjenester sikre at denne aktiviteten kan utøves fritt.

²³¹ Van Eecke (2011) s. 1457–1461.

²³² TEU art. 6 (2).

²³³ NOU 1999: 26 side 210–211. NOU 1999: 27 vedlegg nr. 2 side 318. Gjentatt i Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 13 og 14.

²³⁴ Dinwoodie (2017) s. 44. Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 23.

Nettvertens rolle i motarbeidelsen av ulovlig innhold reiser også spørsmål i relasjon til retten til privatliv i EMK artikkel 8 og charteret artikkel 7, og retten til beskyttelse av personlig data i charteret artikkel 8. Innhold tilgjengeliggjort på internett og lagret hos nettverten kan krenke andres rett til privatliv, for eksempel fordi det inneholder æreskrenkelser eller trusler. Når det gjelder beskyttelse av personlig data, kan det oppstå spørsmål om hvilke opplysninger nettverter kan innhente, behandle og gi videre for å bekjempe ulovlig innhold.

Videre kan nettvertens ansvar for innholdet som lagres berøre retten til eiendom i charteret artikkel 17. Særlig viktig er annet ledd, der det fremgår at immaterielle rettigheter skal være beskyttet. Retten til beskyttelse av immaterielle rettigheter har betydning i denne sammenhengen fordi opphavsrettslige krenkelser er en av de ulovlige aktivitetene som ofte begås på nett. Her oppstår det derfor spørsmål om hvilke krav man kan stille til nettverter og andre tjenesteytere når det gjelder å stanse eller forhindre slik aktivitet.

Til slutt nevnes retten til å drive næringsvirksomhet inntatt i charteret artikkel 16. I denne sammenhengen kan rettigheten brukes som et argument mot å holde nettverten ansvarlig for innholdet den lagrer, ettersom kostnadene ved å kontrollere innholdet kan vanskeliggjøre driften av virksomheten.

3.6.2 Balanseringen av rettighetene

De grunnleggende rettighetene i EMK og charteret får betydning ved tolkningen av e-handelsdirektivet artikkel 14. Vilåårene om «actual knowledge» og «awareness» må forstås på en måte som ikke innebærer at rettighetene krenkes. Når spørsmålet er om en nettvert skal holdes ansvarlig for tredjeparters innhold, vil de ulike rettighetene ofte stå mot hverandre. Hvordan rettighetene skal avveies er derfor av betydning for innholdet i vilåårene om «actual knowledge» og «awareness».

Det fremgår av EU-domstolens praksis at rettighetene kommer inn ved tolkningen av direktivbestemmelser. I *Promusicae*-saken tok EU-domstolen stilling til om EU-lovgivningen krevde at medlemsstatene, for å sørge for en effektiv beskyttelse av opphavsrett, fastsatte en plikt for yterne av ulike informasjonssamfunnstjenester til å oppgi personlig data i sivile saker.²³⁵ Dette reiste spørsmål om hvordan ivaretagelsen av ulike grunnleggende rettigheter kunne forenes. På den ene siden stod retten til respekt for privatlivet og på den andre stod retten til beskyttelse av eiendom og til et effektivt middel.²³⁶ Ifølge EU-domstolen fantes me-

²³⁵ Case C-275/06 *Promusicae v. Telefónica de España*, avsnitt 34 og 41.

²³⁶ Case C-275/06 *Promusicae v. Telefónica de España*, avsnitt 65.

kanismene for å balansere de ulike rettighetene og interessene blant annet i de ulike relevante direktivene, hvor det ene var e-handelsdirektivet.²³⁷

Videre sa EU-domstolen at bestemmelsene i de ulike relevante direktivene, deriblant e-handelsdirektivet, er relativt generelle. Reglene de inneholder gir derfor medlemsstatene den nødvendige skjønnsmyndigheten når det gjelder midler for gjennomføringen.²³⁸ Medlemsstatene må så, ved gjennomføringen av direktivene i nasjonal rett, legge til grunn en tolkning av direktivene som fører til en rimelig balanse mellom de ulike grunnleggende rettighetene beskyttet av rettsordenen i EU.²³⁹ Deretter må myndighetene og domstolene i medlemsstatene ikke bare tolke sin nasjonale rett i overensstemmelse med direktivene, men også legge til grunn en tolkning av dem som ikke vil være i konflikt med de fundamentale rettighetene eller de andre generelle prinsippene i EU-retten.²⁴⁰

Uttalelsen om at medlemsstatene må treffe en rimelig balanse mellom rettighetene kan være inspirert av tilnærmingen til den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Når EMD avgjør om en av rettighetene i EMK er krenket, vurderer den blant annet om inngrepet i rettigheten er nødvendig i et demokratisk samfunn. Noen ganger begrunnes inngrep i en av rettighetene, for eksempel ytringsfriheten, med et ønske om å ivareta en annen konvensjonsbeskyttet rettighet, for eksempel retten til privatliv. I slike tilfeller består vurderingen av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn i å undersøke om de nasjonale myndighetene har truffet en rimelig balanse mellom de ulike verdiene beskyttet av konvensjonen.²⁴¹

EU-domstolen har da også foretatt en balansering av ulike rettigheter når den har behandlet spørsmål om anvendelsen av ansvarsfrihetsbestemmelsene og forbudet mot en generell overvåkingsplikt i e-handelsdirektivet. I SABAM-sakene fant retten at et pålegg mot tjenesteyteren om å innføre et filtreringssystem ikke respekterte kravet om en rimelig balanse mellom, på den ene siden, retten til beskyttelse av immaterielle rettigheter og, på den andre siden, friheten til utøve næringsvirksomhet, retten til beskyttelse av personlige data og ytrings- og informasjonsfriheten.²⁴² Når det gjaldt ytrings- og informasjonsfriheten, var EU-domstolens begrunnelse at systemet kanskje ikke ville skille tilstrekkelig mellom ulovlig og lovlig innhold, med blokkeringer av lovlig kommunikasjon som en mulig konsekvens.²⁴³ Videre mente domstolen

²³⁷ Case C-275/06 *Promusicae v. Telefónica de España*, avsnitt 66.

²³⁸ Case C-275/06 *Promusicae v. Telefónica de España*, avsnitt 67.

²³⁹ Case C-275/06 *Promusicae v. Telefónica de España*, avsnitt 68.

²⁴⁰ Case C-275/06 *Promusicae v. Telefónica de España*, avsnitt 68.

²⁴¹ *Axel Springer v. Germany*, avsnitt 84. *Von Hannover v. Germany*, avsnitt 100.

²⁴² Case C-70/10 *Scarlet Extended v. SABAM*, avsnitt 53. Case C-360/10 *SABAM v. Netlog*, avsnitt 51.

²⁴³ Case C-70/10 *Scarlet Extended v. SABAM*, avsnitt 52. Case C-360/10 *SABAM v. Netlog*, avsnitt 50.

at påleggene ville resultere i en alvorlig krenkelse av tjenesteyterens frihet til å drive næring, ved å kreve at tjenesteyteren installerte et komplisert, dyrt og permanent datasystem for egen kostnad.²⁴⁴

Det fremgikk tidligere i oppgaven at pålegget i SABAM-sakene også var i strid med forbudet mot en generell overvåkingsplikt i artikkel 15. Balanseringen av de grunnleggende rettighetene som berøres av nettvertens ansvar underbygger derfor i hvert fall at nettverten ikke må overvåke alt det lagrede materialet på generell basis. Dermed underbygger det også synspunktet om at nettverten ikke kan holdes ansvarlig for å lagre ulovlig innhold i tilfeller hvor han ikke kunne fjerne eller hindre tilgangen til det ulovlige innholdet uten en slik totalovervåking.

3.6.3 Nærmere om nettvertens ansvar i EMD

To av de rettighetene som er sentrale ved spørsmål om nettvertens ansvar, retten til ytringsfrihet og retten til respekt for privatliv, er inntatt i EMK. Fordi e-handelsdirektivet artikkel 14 må forstås på en måte som ivaretar disse rettighetene, kan praksis fra EMD om avveiningen mellom dem bidra til å kaste lys over bestemmelsens innhold. Det er særlig to avgjørelser fra EMD som har omhandlet en tjenesteyters ansvar for innhold på internett publisert av tredjemennt: Delfi-saken fra 2015 og Magyar-saken fra 2016.

I Delfi-saken hadde en nyhetsportal publisert en artikkel om et fergeselskap. I tilknytning til artikkelen ble det lagt igjen kommentarer fra leserne som inneholdt personlige trusler og støtende språk rettet mot eieren av fergeselskapet.²⁴⁵ Nyhetsportalen ble holdt ansvarlig for innholdet i kommentarene, noe de mente krenket deres rett til ytringsfrihet etter EMK artikkel 10.²⁴⁶ EMD uttalte at spenningen mellom internett som en arena for å utøve ytringsfrihet og faren for ulovlige ytringer på nett lå i kjernen av saken.²⁴⁷ Fordi rettighetene under EMK artikkel 10 om ytringsfrihet og artikkel 8 om retten til privatliv nyter samme grad av respekt, måtte domstolen finne en balanse som bevarte essensen av begge rettighetene.²⁴⁸

I balanseringen av konvensjonsrettighetene anså EMD at følgende forhold var relevante: Konteksten til de ulovlige kommentarene, tiltakene anvendt av nyhetsportalen for å forhindre eller fjerne krenkende kommentarer, ansvaret til de faktiske forfatterne av kommentarene som et alternativ til nyhetsportalens ansvar og konsekvensene av de nasjonale prosessene for ny-

²⁴⁴ Case C-70/10 Scarlet Extended v. SABAM, avsnitt 48. Case C-360/10 SABAM v. Netlog, avsnitt 46.

²⁴⁵ Delfi v. Estonia, avsnitt 16 og 17.

²⁴⁶ Delfi v. Estonia, avsnitt 59.

²⁴⁷ Delfi v. Estonia, avsnitt 110.

²⁴⁸ Delfi v. Estonia, avsnitt 110.

hetsportalen.²⁴⁹ Hva gjaldt konteksten kom EMD til at den nasjonale domstolen i tilstrekkelig grad hadde fastlagt at nyhetsportalens involvering i å offentliggjøre kommentarene overskred virksomheten til en passiv og rent teknisk tjenesteyter.²⁵⁰ Som vi har sett faller en slik virksomhet også utenfor ansvarsfrihetsbestemmelsen i e-handelsdirektivet artikkel 14. Etter en vurdering av de nevnte forholdene konkluderte domstolen med at retten til ytringsfrihet i EMK artikkel 10 ikke var krenket.²⁵¹

I Magyar-saken hadde en innholdsleverandør på nett og en nyhetsportal publisert et innlegg om to eiendomsforvaltningsnettsider, hvis tjenester ifølge forfatteren av innlegget var uetiske og villedende.²⁵² I tilknytning til innlegget publiserte brukerne av portalene kommentarer med et anført ulovlig innhold.²⁵³ I de nasjonale domstolene ble portalene holdt ansvarlig for publiseringen av kommentarene på objektivt grunnlag, uten hensyn til at de hadde fjernet kommentarene da de ble oppmerksomme på dem.²⁵⁴

Her påpekte EMD at de ungarske domstolene ikke viet noen oppmerksomhet til hva som stod på spill for selskapene som sentrale aktører i det frie elektroniske media.²⁵⁵ De foretok ingen vurdering av hvordan det å holde operatøren av en nyhetsportal ansvarlig ville påvirke ytringsfriheten på internett.²⁵⁶ De nasjonale domstolene foretok i det hele tatt ingen balansering av de motstående interessene.²⁵⁷ Ansvarsreglene i denne saken, hvor portalen ble holdt objektivt ansvarlig for publiseringen av kommentarene, forhindret balanseringen av de motstående rettighetene.²⁵⁸ Her fant EMD at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 10.²⁵⁹

I Delfi-saken hadde nyhetsportalen et «notice-and-take-down»-system, og hadde fjernet de ulovlige kommentarene da den mottok varsel om dem. Dersom virksomheten hadde vært omfattet av e-handelsdirektivet artikkel 14, kunne den derfor neppe vært holdt ansvarlig for innholdet i kommentarene. EMD kom derimot til at medlemsstatene, i et tilfelle hvor brukernes kommentarer inneholdt «hate speech» og direkte trusler mot den fysiske integriteten til indi-

²⁴⁹ Delfi v. Estonia, avsnitt 142, 143.

²⁵⁰ Delfi v. Estonia, avsnitt 146.

²⁵¹ Delfi v. Estonia, avsnitt 162.

²⁵² Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 11.

²⁵³ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 12.

²⁵⁴ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 20 og 22.

²⁵⁵ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 88.

²⁵⁶ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 88.

²⁵⁷ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 88.

²⁵⁸ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 89.

²⁵⁹ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 91.

vider, kunne holde nyhetsportalen ansvarlig for ikke å ha fjernet klart ulovlig innhold, selv uten at nyhetsportalen har mottatt et varsel.²⁶⁰

I Magyar-saken uttalte EU-domstolen derimot at et «notice-and-take-down»-system, hvis prosedyrene rundt det var effektive, i mange tilfeller kunne være et egnet verktøy for å balansere rettighetene og interessene til alle de involverte.²⁶¹ Dette er i tråd med reguleringen i e-handelsdirektivet artikkel 14. Domstolen fravvek likevel ikke synspunktet fra Delfi-saken om at statene kan være berettiget til å holde nyhetsportaler ansvarlige selv når portalen ikke har fått noe varsel, i saker hvor brukerkommentarene inneholder «hate speech» og direkte trusler mot den fysiske integriteten til individer.²⁶²

EMD virker derfor å kunne godta ansvar for nettvorten i tilfeller hvor fjerning av innholdet ville nødvendiggjort generell overvåking av alt det lagrede materialet. Riktignok la domstolen til grunn at virksomheten i Delfi-saken ikke var av en passiv og rent teknisk art, slik at man ville vært utenfor e-handelsdirektivet artikkel 14. Berettigelsen av å holde nettvorten ansvarlig uten varsel knyttes derimot ikke til dette, men i stedet til alvorligheten av de ulovlige ytringene. Forstått slik ser det ut til at det kan være i strid med e-handelsdirektivet å holde nettvorten ansvarlig, uten at det utgjør en krenkelse av ytringsfriheten i EMK artikkel 10.

Dette kan forklares med den skjønnsmarginen EMD tilkjenner statene. Når de nasjonale myndighetene har foretatt en balansering av rettighetene i samsvar med kriterier fra domstolens praksis, har EMD uttalt at det skal sterke grunner til før de erstatter den nasjonale domstolens syn med sitt eget.²⁶³ I slike tilfeller tilkjennes altså statene en vid skjønnsmargin. Når EMD kommer til at det ikke har skjedd en krenkelse av artikkel 10, kunne man nok derfor ha beveget seg et stykke i motsatt retning uten at det dermed hadde foreligget noen krenkelse av artikkel 8.

Dette er annerledes i EU-retten.²⁶⁴ Selv om direktivbestemmelsene kan gi medlemsstatene en skjønnsmargin hva gjelder midler for gjennomføringen,²⁶⁵ preges EU-retten av formålet om rettslig harmonisering. De krav direktivet stiller til nasjonal rett må være oppfylt, og EU-domstolen kan ikke nøye seg med en vurdering av om nasjonale myndigheter har foretatt en forsvarlig balansering av de bakenforliggende rettighetene. Selv om EMD ikke finner at nett-

²⁶⁰ Delfi v. Estonia, avsnitt 159.

²⁶¹ Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 91.

²⁶² Egyesülete and Index.Hu v. Hungary, avsnitt 91.

²⁶³ Axel Springer v. Germany, avsnitt 88. Von Hannover v. Germany, avsnitt 107.

²⁶⁴ Angelopoulos (2016a) s. 84.

²⁶⁵ Case C-275/06 Promusicae v. Telefónica de España, avsnitt 67.

vertens ansvar medfører en krenkelse av EMK artikkel 10, kan forholdet likevel stride mot e-handelsdirektivet artikkel 14.

3.7 Den nærmere forståelsen av «actual knowledge» og «awareness»

3.7.1 Oppsummert: Betydningen av de foregående punktene for innholdet i vilkårene om «actual knowledge» og «awareness»

Drøftelsene ovenfor viser at det avgjørende for nettvertens ansvar etter artikkel 14 er om nettverten har eller burde hatt tilstrekkelig informasjon til at han kan samarbeide i motarbeidelsen av det ulovlige innholdet uten å utøve en generell kontroll med det innholdet han lagrer.²⁶⁶ I vurderingen av om nettvertens kunnskap er detaljert nok til at det ikke er nødvendig å ty til generell overvåking eller kontroll, er det sentralt i hvilken grad eksistensen av eller risikoen for et konkret og tidsmessig begrenset ulovlig forhold er etablert, og om kunnskapen er tilstrekkelig til å identifisere den eller de spesifikke brukerne eller informasjonskildene det ulovlige forholdet gjelder.

Denne tolkningen av vilkårene, hvor det avgjørende er hvilke forhold ved den ulovlige aktiviteten nettvertens kunnskap dekker, kommer til uttrykk i L'Oréal-saken. Det ble sagt at de nasjonale domstolene, i vurderingen av om tjenesteyteren faktisk var «aware» om fakta eller omstendigheter «on the basis of which a diligent economic operator should have identified the illegality», generelt måtte ta det i betraktning om nettverten hadde mottatt et varsel om det ulovlige forhold. Ifølge EU-domstolen kunne et varsel likevel ikke automatisk utelukke ansvarsfrihet etter bestemmelsen. Det kunne nemlig vise seg at varselet ikke var tilstrekkelig presist eller underbygget.²⁶⁷

²⁶⁶ For opphavsrettskrenkelsene kan rettstilstanden derimot være i ferd med å endres. På nåværende tidspunkt foreligger det i EU et forslag til et nytt opphavsrettsdirektiv. Etter artikkel 13 i dette direktivet blir ytere av informasjonssamfunnstjenester som lagrer og gir tilgang til store mengder innhold forpliktet til ulike tiltak og bruk av ny teknologi for å forhindre og bekjempe opphavsrettskrenkelser. Se COM (2016) 593 final artikkel 13. Så lenge en tjeneste omfattes av e-handelsdirektivet artikkel 14 og vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, har EU-kommisjonen uttalt at forpliktelsen etter artikkel 13 ikke vil frata nettverten ansvarsfriheten. Se SWD (2016) 301 final s. 147. Det fryktes likevel at bestemmelsen i praksis vil gripe inn i e-handelsdirektivets regler om ansvarsfrihet og forbudet mot en generell overvåkingsplikt, men det er uklart om, hvordan og i hvilken grad dette vil skje. Se for eksempel Kempas (2017) s. 70–71, Frosio (2017) s. 34–35 og Frosio (2016) s. 569–571.

²⁶⁷ Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 122.

Synspunktet fra L'Oréal-saken ble gjentatt og utdypet av EU-kommisjonen i en anbefaling om tiltak for effektiv håndtering av ulovlig innhold på internett: «In accordance with the case law of the Court of Justice relating to Article 14 of Directive 2000/31/EC, notices should be sufficiently precise and adequately substantiated so as to allow the hosting service provider receiving them to take an informed and diligent decision as regards the effect to be given to the notice. It should therefore be ensured, as much as possible, that that standard is met. However, whether or not a given notice leads to knowledge or awareness within the meaning of Article 14 of that Directive is to be assessed in light of the specificities of the individual case at hand, bearing in mind that such knowledge or awareness can also be obtained in other manners than through notices.»²⁶⁸

Det er altså ikke tilstrekkelig for å oppfylle vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» å kjenne til eksistensen av et gitt innhold eller en viss aktivitet på serverne. Vilkårene til «actual knowledge» og «awareness» innebærer en vurdering av hvilke handlingsmuligheter nettverten får som følge av kunnskapen.

I de kommende avsnittene skal innholdet i vilkårene til «actual knowledge» og «awareness» i e-handelsdirektivet artikkel 14 fastlegges nærmere, blant annet på bakgrunn av de drøftelsene som er foretatt til nå. Hittil har vi tatt utgangspunkt i den engelske formuleringen av bestemmelsen. Direktivets ulike språkversjoner er derimot like autoritative og autentiske. Før vi går nærmere inn på fastleggelsene av vilkårene, er det derfor grunn til å se på hvordan de er formulert i enkelte andre språkversjoner. Deretter behandles «actual knowledge»-vilkåret, etterfulgt av «awareness»-vilkåret. Etter dette ser vi på skillet mellom de to vilkårene, og dermed på skillet mellom frihet fra straffeansvar og frihet fra erstatningsansvar. Til slutt behandles et spørsmål som er felles for de to vilkårene, nemlig hvor hos nettverten kunnskapen må forekomme.

3.7.2 Ordlyden i ulike språkversjoner

Vilkåret om «actual knowledge», om faktisk kunnskap, lyder i den franske språkversjonen «effectivement connaissance». Formuleringen uttrykker også et krav om faktisk kunnskap.²⁶⁹ Det samme er tilfellet i den tyske språkversjonen, hvor formuleringen er «Tatsächliche Kenntnis», som kan oversettes med «actual knowledge» eller faktisk kunnskap.²⁷⁰ På disse tre sentrale EU-språkene synes det derfor ikke å være nevneverdige avvik mellom formuleringene av «actual knowledge»-vilkåret.

²⁶⁸ C (2018) 1177 final fortalen avsnitt 17.

²⁶⁹ Lingua (1997) s. 82 og 127.

²⁷⁰ Gubba (1995) s. 400 og 565.

På svensk og dansk er ordlyden en litt annen. På dansk kreves det «konkret kendskab». Faktisk er altså byttet ut med konkret, uten at dette kan antas å endre meningsinnholdet. Den svenske språkversjonen bruker kun «kännedom», som kan oversettes med «knowledge» eller kunnskap. «Actual» er utelatt. Som vi skal se i de kommende punktene, synes «actual» å være tatt med i ordlyden for å understreke at det ikke er tilstrekkelig med konstruert kunnskap, i motsetning til det som er tilfellet for erstatningsansvaret. En naturlig språklig forståelse av at noen har kunnskap omfatter derimot ikke at de burde ha visst, men kun at de faktisk visste. Dermed synes ikke «actual» å være nødvendig i formuleringen. Den svenske ordlyden uttrykker derfor det samme kravet til faktisk kunnskap som den engelske, franske, tyske og danske.

For erstatningsansvaret er «awareness»-vilkåret formulert slik på engelsk: «Is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent». Nettverten må altså ikke være klar over fakta eller omstendigheter som den ulovlige aktiviteten eller informasjonen fremgår av. På fransk er dette formulert slik: «N'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente». Formuleringen uttrykker nær sagt det samme meningsinnholdet som den engelske ordlyden. På tysk er formuleringen: «Keiner Tatsachen oder Umstände bewußt, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird». Også dette kan oversettes til den engelske ordlyden: «Not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent».

Det samme gjelder den svenske ordlyden: «Inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar». Den danske språkversjonen lyder: «Ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår». Med unntak av at den danske formuleringen kun viser til «circumstances», og ikke direkte til «facts», uttrykker formuleringen samme meningsinnhold. Det synes dermed heller ikke å være nevneverdige avvik mellom de engelske, franske, tyske, danske og svenske språkversjonene når det gjelder formuleringen av «awareness»-vilkåret.

3.7.3 Særlig om frihet fra straffeansvar og vilkåret om «actual knowledge»

For frihet fra straffeansvar er vilkåret at nettverten ikke har «actual knowledge» om ulovlig aktivitet eller informasjon. Direktivets ordlyd tyder på at nettverten faktisk må ha kunnskap, og at denne kunnskapen i hvert fall må dekke den ulovlige aktiviteten eller informasjonen som lagres. Ifølge Generaladvokat Jääskinen innebærer «actual knowledge»-vilkåret at ren

mistanke eller antakelse angående den ulovlige aktiviteten eller informasjonen ikke er tilstrekkelig.²⁷¹ Videre mener han kravet om «actual knowledge» synes å utelukke konstruert kunnskap.²⁷² Det er da ikke tilstrekkelig at tjenesteyteren burde ha visst om, eller har god grunn til å mistenke, ulovlig aktivitet.²⁷³

Som det har fremgått tidligere under dette kapittelet, må vilkåret også tolkes i lys av direktivets formål og forbudet mot en generell overvåkingsplikt.²⁷⁴ Det innebærer at nettvertens kunnskap må dekke nok forhold ved den ulovlige aktiviteten til at nettverten kan motarbeide den uten å ty til generell overvåking. Nettverten må ha kunnskap om de spesifikke aspektene ved hvert enkelt ulovlige forhold, for eksempel beliggenheten til det omtvistede innholdet og begrunnelsen for at innholdet anføres å være ulovlig.²⁷⁵ I vurderingen er det sentralt hvilke handlingsmuligheter nettverten får som følge av opplysningene han mottar eller kommer over.

3.7.4 Særlig om frihet fra erstatningsansvar og vilkåret om «awareness»

«Awareness» om forhold som gjør det ulovlige forholdet «apparent» synes å kreve to vurderinger. For det første spørres det om vedkommende nettvert faktisk hadde kunnskap, om han var «aware». For det andre vises det til en objektiv vurdering av i hvilken grad det ulovlige forholdet kunne utledes fra den kunnskapen nettverten satt inne med. Det som etter en naturlig språklig forståelse mangler er en vurdering av nettvertens aktsomhet. Verken forekomsten av kunnskap hos nettverten eller hva som objektivt sett kunne utledes av denne kunnskapen, nødvendiggjør noen vurdering av om nettverten utviste uaktsomhet gjennom mangelen på kunnskap om diverse forhold ved den ulovlige aktiviteten.

I saken *L'Oréal and others* uttrykker EU-domstolen seg likevel klart i retning av at «awareness»-vilkåret inneholder en aktsomhetsvurdering. Her uttaler EU-domstolen at vilkåret er oppfylt når tjenesteyteren har vært «aware of facts or circumstances on the basis of which a diligent economic operator should have identified the illegality in question (...)».²⁷⁶ Domstolens formulering av vilkåret skiller seg fra ordlyden i direktivet på to måter: For det første har «should have», altså «burde», kommet til. Den franske versjonen av avgjørelsen bruker her «aurait dû», som også kan oversettes til burde. Den tyske versjonen bruker i stedet «hätte»,

²⁷¹ Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 *L'Oréal and Others v. eBay*, avsnitt 162.

²⁷² Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 *L'Oréal and Others v. eBay*, avsnitt 163.

²⁷³ Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 *L'Oréal and Others v. eBay*, avsnitt 163.

²⁷⁴ Se punkt 3.1 og 3.2.

²⁷⁵ Van Eecke (2011) s. 1478.

²⁷⁶ Case C-324/09 *L'Oréal and Others v. eBay*, avsnitt 120.

som svarer bedre til «ville». Uansett synes fokuset å ha skiftet fra hva som objektivt sett kan utledes fra nettvvertens kunnskap til hva nettvverten burde innsett.

For det andre vises det til hva en «diligent» økonomisk aktør burde identifisert på bakgrunn av kunnskapen nettvverten satt inne med. Det engelske «diligence» kan oversettes til «aktsomhet» på norsk.²⁷⁷ Den franske versjonen bruker «diligent», som kan oversettes på samme måte. Den tyske versjonen bruker «sorgfältiger», som direkte kan oversettes til «forsiktig», men som antas å svare til «aktsom».²⁷⁸ Dermed settes det en standard den konkrete nettvverten skal måles opp mot.

Etter L'Oréal-saken spør «awareness»-vilkåret altså om en aktsom nettvvert, på grunnlag av kunnskapen den konkrete nettvverten hadde i det konkrete tilfellet, burde identifisert den ulovlige aktiviteten eller informasjonen. Mer presist er spørsmålet om nettvverten på bakgrunn av kunnskapen burde identifisert nok forhold ved den ulovlige aktiviteten eller informasjonen til å kunne gjøre noe med den uten å ty til generell overvåking. Dermed innebærer «awareness»-vilkåret en vurdering av nettvvertens aktsomhet, eller motsatt, hans *u*aktsomhet. Uaktsomhets-elementet ligger i vurdering nummer to: Om kunnskap om det ulovlige forholdet kunne utledes fra den kunnskapen nettvverten satt inne med.

Neste spørsmål er da hvilken grad av uaktsomhet direktivet krever for at nettvverten ikke lengger er fritatt fra erstatningsansvaret. EU-domstolen brukte i L'Oréal-saken formuleringen «diligent» økonomisk aktør.²⁷⁹ Ettersom det er tilstrekkelig at en slik alminnelig aktsom aktør burde identifisert ulovligheten tjenesteyteren ikke identifiserte, er det tilstrekkelig med avvik fra alminnelig aktsom handlemåte. Altså er det tale om et ansvar for alminnelig uaktsomhet.

En slik forståelse av hvilken uaktsomhetsgrad «awareness»-vilkåret innebærer finner man i Danmark. Der ble direktivets formulering antatt å tilsvare den alminnelige culperegelen, slik at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig for erstatningsansvar.²⁸⁰ I dansk juridisk litteratur uttales det: «Efter norsk ret er hostingvirksomheder således også ansvarsfri i lidt videre omfang end e-handelsdirektivets art 14 kræver, idet de fritages for erstatningsansvar for simpel uagtsomhed (...)».²⁸¹

²⁷⁷ Lind (2013) s. 111.

²⁷⁸ Simonnæs (1994) s. 14, hvor «aktsomhetsplikt» oversettes med «sorgfaltspflicht».

²⁷⁹ Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 120.

²⁸⁰ Nielsen (2011) s. 284.

²⁸¹ Nielsen (2011) s. 282.

Dermed blir vurderingen etter e-handelsdirektivet artikkel 14 nr. 1 a, når det gjelder erstatningsansvar, om en alminnelig aktsom nettvært, på grunnlag av kunnskapen den konkrete nettverten hadde i det konkrete tilfellet, burde identifisert nok forhold ved den ulovlige aktiviteten eller informasjonen til å kunne fjerne eller hindre tilgangen til den uten å måtte foreta generell kontroll eller overvåking av informasjonen den lagrer.

3.7.5 Skillet mellom ansvaret for straff og erstatning

Fra de to foregående punktene fremgår det at ansvarsfriheten er videre for straffeansvar enn for erstatningsansvar. For straffeansvaret godtas ikke konstruert kunnskap, altså at nettverten burde ha visst. For erstatningsansvaret er dette tilstrekkelig. Når det gjelder innholdet av den kunnskapen nettverten hadde eller burde ha hatt, altså hvilke aspekter ved det ulovlige forholdet som må være dekket, er kravet likevel det samme. Den kunnskapen nettverten hadde eller burde ha hatt må dekke nok aspekter ved den ulovlige aktiviteten til at nettverten kan eller kunne ha handlet uten generell overvåking. Forskjellen beror derfor ikke på hvor inngående kunnskap om det ulovlige forholdet som kreves før nettverten må handle. I stedet består forskjellen i hvorvidt nettverten ansvarliggjøres når den kan bebreides for ikke å ha hatt denne kunnskapen.

Selv for å bli erstatningsansvarlig må nettverten likevel ha visst noe som gjør at han burde fått denne kunnskapen. Det er her direktivbestemmelsen bruker uttrykket «awareness». I denne sammenhengen synes ikke «awareness» å bety noe annet enn «actual knowledge». Begge uttrykkene viser til hva nettverten faktisk vet. Dermed virker det som man har benyttet to ulike termer for å snakke om det samme. Synspunktet kan finne støtte i den danske gjennomføringsloven. Selv om man der tok sikte på en tilnærmet ordrett gjengivelse av direktivet,²⁸² benyttet man i formuleringen av begge vilkårene kun «kendskab».²⁸³

Forskjellen i ansvarsfrihetens rekkevidde kan ha sin forklaring i at straffe- og erstatningsansvaret ivaretar noe ulike formål. For straffen anføres ofte styring av adferd, prevensjon og beskyttelse av samfunnet som det hovedsakelige formålet.²⁸⁴ I tillegg til prevensjon anser

²⁸² Nielsen (2011) s. 261.

²⁸³ E-handelsloven § 16 [Danmark].

²⁸⁴ Eskeland (2017) s. 51–53. Andenæs (2016) s. 67.

man, for erstatningsansvaret, reparasjon for å være et sentralt formål.²⁸⁵ Spørsmålet er hvem av partene som står nærmest til å bære kostnadene ved å gjenopprette en allerede inntruffet skade. I strafferetten er spørsmålet i stedet om noen skal utsettes for det ondet straffen representerer. Dermed er det naturlig at terskelen for å ilegge straffeansvar er høyere.

Som det fremgår innledningsvis i kapittelet medfører ansvar for nettveter privat sensur av ytringer på nett. Tanken bak ansvarsfrihetsbestemmelsen er å motvirke eller begrense dette. Når ansvarsfriheten er videre for straff enn for erstatning, kan det kanskje også ses i sammenheng med tanken om straff som et større onde. Fra et slikt perspektiv er det mulig å tenke seg at straffeansvar i større grad enn erstatningsansvar ville oppfordret nettveteren til å sikre seg ved å fjerne eller hindre tilgangen til informasjon i større grad enn ønskelig. Spørsmålet er hvor godt dette stemmer for selskaper hvor straffeansvaret på samme måte som erstatningsansvaret ofte blir en økonomisk byrde.

3.7.6 Hvor hos nettveteren må kunnskapen forekomme?

Et annet spørsmål når det gjelder innholdet av vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» er hvor hos nettveteren denne kunnskapen må foreligge. En lagringstjenesteyter er ofte en juridisk person. Er det tilstrekkelig at kunnskapen kan anses å eksistere i denne juridiske personens systemer, uten å være kommet frem til noen fysisk person ansatt hos nettveteren? I så fall kan det spørres hvor det blir av forbudet mot en generell overvåkingsplikt i e-handelsdirektivet artikkel 15 i lagringstjenestenes tilfelle. Poenget her er jo nettopp at nettveteren ikke skal måtte overvåke all informasjonen som finnes på dens servere. Dermed synes det nærliggende å tolke vilkårene slik at kunnskapen må foreligge hos en fysisk person som representerer nettveteren.

En slik forståelse av vilkårene kommer til uttrykk i Generaladvokat Jääskinen sitt forslag til avgjørelse i L'Oréal-saken. Dersom informasjon ble lastet opp av eBays brukere uten at det først hadde forekommet noen inspeksjon eller kontroll fra eBay som involverte interaksjon mellom ikke-juridiske personer som representerer eBay og brukerne, mente han at «actual knowledge» eller «awareness» etter artikkel 14 ikke forelå. I et slikt tilfelle anså han at vilkårene for ansvarsfrihet ville være oppfylt.²⁸⁶

²⁸⁵ Hagstrøm (2015) s. 19.

²⁸⁶ Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 143.

Uttalelsene ble gitt i sammenheng med Jääskinens syn på hvorvidt anvendelsen av artikkel 14 er avhengig av eller begrenses gjennom avsnitt 42 av fortalen.²⁸⁷ På dette punktet delte ikke EU-domstolen Jääskinens syn. Synspunktene gjengitt i avsnittet over omhandlet likevel ikke vilkårene for anvendelse av artikkel 14, hvor EU-domstolen var uenig, men innholdet i vilkårene om «actual knowledge» og «awareness». I tillegg formulerte domstolen seg på en måte som antydte at kunnskap må foreligge hos en fysisk person i nettverten.²⁸⁸ Eksemplene domstolen ga på tilfeller hvor vilkårene var oppfylt refererte nemlig til menneskelige handlinger, for eksempel «the operator of an online marketplace uncovers (...) an illegal activity»,²⁸⁹ og «a diligent economic operator should have realised that the offers (...) were unlawful».²⁹⁰

²⁸⁷ Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 138-142.

²⁸⁸ Van Eecke (2011) s. 1475.

²⁸⁹ Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 122.

²⁹⁰ Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay, avsnitt 124. Van Eecke (2011) s. 1475.

4 «Forsett» og «grov uaktsomhet» sammenholdt med «actual knowledge» og «awareness»

4.1 Ulikheter i begrepenes rettspolitiske begrunnelser

I norsk rett kan personer bare straffes for sine handlinger når de har utvist subjektiv skyld. De to hovedformene for skyld er forsett og uaktsomhet.²⁹¹ Dette skyldkravet hviler på en forutsetning om ansvar for egne handlinger, og at den som velger å handle på en måte som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud kan bebreides.²⁹² Det er ikke kunnskapen i seg selv som gjør at gjerningspersonen kan bebreides, men at han handlet med de kunnskapene han hadde eller burde hatt.²⁹³ I erstatningsretten knyttes forsett og uaktsomhet til et ansvar for culpøse handlinger.²⁹⁴ Også her er bebreidelse et stikkord, selv om selve handlingen er det sentrale.²⁹⁵

For e-handelsdirektivets vilkår om «actual knowledge» og «awareness» er bebreidelse ikke det primære stikkordet. Formålet er ikke å holde nettvorten ansvarlig for handlinger han kan bebreides for, eller å begrense ansvaret til å gjelde for disse tilfellene. I så fall kunne man tenke seg at nettvorten ble holdt ansvarlig i flere tilfeller enn direktivbestemmelsen åpner for. En kan for eksempel se for seg at det er grunnlag for bebreidelse i tilfeller hvor nettvorten har sikker kunnskap om at det lagres ulovlig innhold på serverne. Likevel holdes han ikke ansvarlig etter direktivbestemmelsen med mindre denne kunnskapen er tilstrekkelig konkret og presis. Tanken bak direktivbestemmelsen er i stedet at nettvortens kontroll av det lagrede materialet ikke er ønskelig av hensyn til ytringsfriheten, og at rettslig ansvar for innholdet ville oppfordret til slik kontroll.

En uttalelse fra en av komitéene under arbeidet med direktivet tyder også på at vilkårene i artikkel 14 ikke er helt enkle å forene med tradisjonelle skyldkrav i medlemsstatene: «*Mutatis mutandis, the general principles of liability law are fundamentally the same in all the Member States. A distinction may be made between three different types of liability: liability based on*

²⁹¹ Eskeland (2017) s. 290. Andenæs (2016) s. 218.

²⁹² Eskeland (2017) s. 285. Andenæs (2016) s. 217.

²⁹³ Eskeland (2017) s. 285.

²⁹⁴ Hagstrøm (2015) s. 71.

²⁹⁵ Hagstrøm (2015) s. 68–71.

negligence (common law liability), liability without negligence or 'strict' liability and criminal liability based on an infringement, an offence or a crime. By providing for an exemption from even partial or conditional liability, Articles 12 to 14 become difficult to reconcile with the liability laws of most Member States. However, Community law has already established precedents of this kind and some Member States have adopted provisions exempting certain persons from liability.»²⁹⁶

Begrepenes formål og begrunnelse gir veiledning når de tolkes og anvendes. Denne grunnleggende ulikheten kan derfor skape forskjeller mellom vilkårene i e-handelsdirektivet artikkel 14 og e-handelsloven § 18. Hvilke eventuelle ulikheter det er mellom vilkåret om «forsett» og vilkåret om «actual knowledge», og mellom vilkåret om «grov uaktsomhet» og vilkåret om «awareness», er tema i de kommende punktene. Dette vil så få betydning for vurderingen av om ordlyden bidrar til å oppfylle nærmere bestemte mål for gjennomføringen.

Ettersom e-handelsloven § 18 bruker «forsett» for å angi når nettvorten ikke lenger er fritatt fra straffeansvar, og «grov uaktsomhet» når det gjelder erstatningsansvar, tas det i det følgende utgangspunkt i det strafferettslige forsettbegrepet og det erstatningsrettslige uaktsomhetsbegrepet. Fri for erstatningsansvar vil nettvorten heller ikke være ved forsett, men det er mindre interessant når man ved forsett også vil ha oppfylt vilkårene til grov uaktsomhet.

4.2 «Forsett» sammenholdt med «actual knowledge»

4.2.1 Generelt

«Forsett» innebærer at noen utfører en handling «med vitende og vilje».²⁹⁷ I definisjonen av forsett i strl. § 22 vises det til tre ulike former for forsett. Paragrafens bokstav a beskriver såkalt hensiktsforsett, at en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud blir begått «med hensikt». Bokstav b beskriver visshets- og sannsynlighetsforsett, at noen begår en slik handling «med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen». Bokstav c beskriver forsett i form av dolus eventualis, altså at den som begår den straffbare handlingen «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.

²⁹⁶ A4-0248/1999.

²⁹⁷ Mæland (2012) s. 170.

Sammenholdt med vilkåret til «actual knowledge» i e-handelsdirektivet artikkel 14, slik dette ble forstått i forrige kapittel, synes det å være en forskjell i vurderingstemaene. Hva gjelder hensiktsforsett er det gjerningsmannen eller medvirkerens motivasjon og vilje som vurderes. Gjerningspersonen ønsker å fremkalle det straffbare resultatet, enten fordi han tilstreber akkurat dette resultatet, eller fordi resultatet er nødvendig for å oppnå noe annet han ønsker.²⁹⁸ Når det foreligger hensikt, spiller sannsynligheten for at gjerningsbeskrivelsen er eller blir oppfylt mindre rolle.²⁹⁹ Når det gjelder sannsynlighetsforsettet er vurderingstemaet derimot hvor sannsynlig eller sikkert det faktiske forholdet fremstod for gjerningspersonen.³⁰⁰ Det er tilstrekkelig at gjerningspersonen anser det mer sannsynlig enn ikke at gjerningsbeskrivelsen oppfylles.³⁰¹ For *dolus eventualis* inneholder vurderingen både viljes- og bevissthetselementene.³⁰² Det er tale om en mindre grad av vilje enn hensiktsforsettet og en mindre grad av bevissthet enn sannsynlighetsforsettet, men slik at kombinasjonen av de to elementene likevel gjør gjerningspersonens handling straffverdig nok til å si at han handlet forsettlig.

Når det gjelder nettverters ansvar for informasjonen som lagres på deres servere, vil det ofte være et spørsmål om ansvar for *medvirkning* til ulovlige handlinger. Det er da mottakeren av nettvertens tjenester som er opphavet til det ulovlige innholdet og primærforbryter. Dette kan for eksempel være tilfellet hvis tjenestemottakeren kommer med rasistiske, ærekrenkende eller andre ulovlige ytringer på en nettside som lagres på nettvertens servere. Medvirkere må etter norsk rett ha forsett både om sin egen medvirkningshandling og om denne handlingens innvirkning på primærforbrytelsen.³⁰³ Det sistnevnte innebærer at forsettet må dekke de forhold ved primærforbryterens handling som gjør at den omfattes av straffebudets gjerningsbeskrivelse.³⁰⁴ Men det kreves ikke at medvirkeren kjenner til de konkrete omstendighetene ved primærforbryterens handling.³⁰⁵

Det som nå er sagt om forsettbegrepet er ikke helt treffende for vilkåret om «actual knowledge». Forrige kapittel viser at nettverten må ha tilstrekkelig informasjon til at han kan samarbeide i motarbeidelsen av det ulovlige innholdet uten å utøve en generell kontroll med lovligheten av det innholdet han lagrer. Han må ha kunnskap om nok forhold ved den ulovlige akti-

²⁹⁸ Mæland (2012) s. 170. Andenæs (2016) s. 234.

²⁹⁹ Andenæs (2016) s. 234.

³⁰⁰ Mæland (2012) s. 171. Andenæs (2016) s. 235.

³⁰¹ Straffeloven § 22 første ledd bokstav b. Andenæs (2016) s. 235–236.

³⁰² Andenæs (2016) s. 237–238.

³⁰³ Eskeland (2017) s. 230.

³⁰⁴ Eskeland (2017) s. 230.

³⁰⁵ Eskeland (2017) s. 324. Her vises det til Rt. 2008 s. 1342, hvor medvirkeren til et grovt ran ikke trengte å kjenne til omstendigheter som hvem den fornærmede var eller hva som ble borttatt. Se avsnitt 13 og 15–17 av avgjørelsen.

viteten til at dette er mulig, i tillegg til kunnskap om at aktiviteten er ulovlig. Nettvertens vilje synes ikke å ha noen plass i denne vurderingen. Hensiktsforsettet og forsett i form av *dolus eventualis* gjenfinnes derfor ikke i den vurderingen direktivet legger opp til. Når det gjelder sannsynlighetsforsettet, krever direktivet at nettverten har faktisk kunnskap om diverse forhold ved den ulovlige aktiviteten. Det er ikke tilstrekkelig at nettverten anser forholdene overveiende sannsynlig.

Fordi forsettbegrepet også omfatter hensiktsforsett, forsett i form av *dolus eventualis* og sannsynlighetsforsett i form av å anse noe overveiende sannsynlig, er forsettbegrepet i denne sammenhengen videre enn direktivets vilkår. Fordi det er tale om en ansvarsfrihetsbestemmelse, er dette et viktig poeng i vurderingen. Direktivet krever at nettverten holdes fri for straffeansvar *bortsett fra* i de tilfellene han har «actual knowledge». Gjennomføringsbestemmelsen sier på samme måte at nettverten holdes fri for ansvar *bortsett fra* i de tilfellene han har «forsett». Når forsettbegrepet rekker videre enn «actual knowledge»-vilkåret, gir det altså grunnlag for straff i tilfeller hvor direktivet krever at nettverten ikke straffes. Dermed er det en risiko for at lovgiver, ved å benytte ordet «forsett», ikke har gjennomført direktivbestemmelsen. Se nærmere om dette i kapittel 6.

Større likhet er det mellom direktivets vilkår og sannsynlighetsforsett i form av å være sikker på at en handling dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, det som ofte kalles visshetsforsett. Forekomsten av kunnskap og styrken av denne er relevante også i «actual knowledge»-vurderingen. Likevel synes ikke dette å være en uttømmende angivelse av «actual knowledge»-vurderingens komponenter. Vi er interesserte i mer enn nettvertens kunnskap om selve den ulovlige handlingen. Vi vil i tillegg vite hvilke omstendigheter rundt den ulovlige handlingen nettverten er kjent med, og om dette gjør ham i stand til å fjerne det omstridte innholdet uten generell overvåking. Til sammenligning er den alminnelige forståelsen av «forsett» i norsk rett at forsettet kun må omfatte alle ledd i straffebudets beskrivelse av den straffbare handling, inkludert de følger som nevnes eller forutsettes i straffebudet, men ikke de enkelte ledd i begivenhetsutviklingen.³⁰⁶ Som vi har sett gjelder dette også for medvirkerens kunnskap om primærforbrytelsen. En kan derfor si at det er overlapp mellom forsettbegrepet og vilkåret om «actual knowledge» på dette punktet, men at forsettbegrepet likevel ikke fanger opp «actual knowledge»-vurderingen i sin helhet.

Dermed er det også for visshetsforsettet mulig å se for seg tilfeller hvor nettverten ville anses å ha forsett etter tradisjonell norsk rett, men hvor han ville vært ansvarsfri etter direktivet. Nettverten vet for eksempel at det lagres ulovlig innhold, men har ikke tilstrekkelig informa-

³⁰⁶ Straffeloven §§ 22 og 25. Andenæs (2016) s. 228 og 229.

sjon om hvilket innhold det er snakk om eller hvor på serverne det ligger lagret til å kunne fjerne det uten generell overvåking. Samtidig vil det, når nettvorten har slik kunnskap at vilkåret om «actual knowledge» er oppfylt, også foreligge forsett. Også i denne sammenhengen rekkes forsettbegrepet altså videre.

4.2.2 Nærmere om rettsvillfarelse

I tillegg synes det å være en forskjell mellom det alminnelige forsettbegrepet og vilkåret om «actual knowledge» når det kommer til rettsuvitenhet. Det skal her handle om nettvortens kunnskap om rettsregler av betydning for lovligheten av det lagrede innholdet. Ansvarsfrihetsbestemmelsene i direktivet og den norske gjennomføringsloven gjelder generelt, og kan bli aktuelle for en rekke ulike lovbrudd. I noen tilfeller, for eksempel ved lagring av barnepornografi, er det lite aktuelt å snakke om rettsvillfarelse. For andre typer lovbrudd, som æreskrenkelser eller rasistiske ytringer, kan vurderingen av om et gitt innhold er ulovlig by på vanskelige grensdragninger. Selv om nettvorten fullt ut er kjent med det faktiske innholdet som lagres, kan uvitenhet om innholdet i rettsreglene føre til at tjenesteyteren ikke vet at innholdet er ulovlig. Dermed får det betydning i hvilken grad nettvorten kan holdes ansvarlig ved rettsuvitenhet etter direktivbestemmelsen og etter ordlyden i gjennomføringsbestemmelsen.

Vilkåret om «actual knowledge» i e-handelsdirektivet artikkel 14 synes ikke bare å vise til nettvortens kunnskap om faktiske forhold, men også til nettvortens kunnskap om aktiviteten eller innholdets ulovlighet, inkludert de rettsreglene som avgjør dette.³⁰⁷ For det første peker ordlyden i retning av en slik forståelse: «Actual knowledge of **illegal** activity or information...»³⁰⁸ (min uth.). For det andre følger dette av bestemmelsens formål. Poenget er nettopp at nettvorten ikke skal være en generell kontrollør av hvilken informasjon som slipper til på nettet. Dette formålet hadde i stor grad falt bort om nettvorten kunne holdes ansvarlig når han kjente til innholdet som var lagret, men ikke til at innholdet var ulovlig. Det ville være å oppfordre nettvorten til å gå langt i sin sensur av det lagrede innholdet.

³⁰⁷ En analyse av implementering av regelverket fra 2007 kan kanskje gi uttrykk for motsatt oppfatning. Her sies det at fordi «actual knowledge»-vilkåret kun angår kunnskap om ulovlig aktivitet, vil tjenesteyterne måtte gjøre en vurdering av hva som utgjør ulovlig informasjon for å kunne treffe avgjørelser om blokkering. Se DLA Piper (2009) s. 17. Det sies likevel ikke at nettvorten vil være ansvarlig ved manglende kunnskap om ulovligheten. I tillegg gis det like etter en redegjørelse av de negative følgene ved at nettvorten vurderer innholdets ulovlighet. Uttalelsen kan derfor tolkes som et utsagn om hva den praktiske realiteten for nettvorten er, heller enn et utsagn om hvordan «actual knowledge»-vilkåret skal forstås.

³⁰⁸ Dir 2000/31/EC art. 14.

Utgangspunktet i norsk rett er derimot at noens manglende kunnskap om at en handling er ulovlig ikke er i veien for at de anses å ha «forsett» om handlingen.³⁰⁹ Ved rettsuvitenhet kreves for straffeansvar bare at uvitenheten var uaktsom.³¹⁰ Videre er bedømmelsen av når rettsuvitenhet fører til frifinnelse streng.³¹¹ Det er for eksempel ikke tilstrekkelig at de fleste har hatt samme oppfatning av reglene som gjerningsmannen.³¹² Hovedregelen er at rettsuvitenheten ikke godtas, og at det må særlige omstendigheter til før det blir tale om frifinnelse.³¹³ Når vedkommende i tillegg utøver et yrke eller en virksomhet, slik tilfellet er for nettverten, er terskelen særlig høy for å frifinne på grunn av manglende kunnskap om reglene på dette området.³¹⁴

Hvis ordlyden i e-handelsloven om at nettverten kan straffes når han har «utvist forsett» forstås i tråd med alminnelig norsk strafferett, skal det altså mye til før nettverten frifinnes ved rettsuvitenhet. Dermed rekkes forsettbegrepet videre enn vilkåret om «actual knowledge» også på dette punktet. Med det menes at det foreligger forsett i flere tilfeller enn det foreligger «actual knowledge». Det medfører i så fall at nettverten etter norsk rett kan straffes i flere tilfeller enn etter direktivet, hvilket er problematisk når vi har med en ansvarsfrihetsbestemmelse å gjøre.

Forarbeidene viser at departementet var klar over at bruken av forsett medførte at nettverten ikke ville være fri for ansvar ved rettsuvitenhet.³¹⁵ Departementet uttalte likevel at det for nettverter «ikke er grunn til å anvende rettsvillfarelsesnormen strengt».³¹⁶ Det avgjørende måtte ifølge departementet være om nettverten aktsomt hadde vurdert informasjonen, hvor det blant annet vektlegges om vedkommende har forhørt seg med kompetente organer.³¹⁷ Problemet er at selv en mindre streng anvendelse av regelen om rettsuvitenhet vil være strengere

³⁰⁹ Straffeloven § 22 annet ledd: «Forsett foreligger selv om lovbryteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig».

³¹⁰ Straffeloven § 26: «Den som på handlingstidspunktet på grunn av uvitenhet om rettsregler er ukjent med at handlingen er ulovlig, straffes når uvitenheten er uaktsom».

³¹¹ Andenæs (2016) s. 258–259. Se derimot Eskeland (2017) s. 332, 336–337. Eskeland argumenterer for at bildet er mer sammensatt, og at vurderingen av om rettsvillfarelsen var uaktsom beror på de konkrete omstendighetene. Når vedkommende har vurdert spørsmålet og kommet til at forholdet er lovlig, er det for eksempel av betydning hvor sikker han var på denne konklusjonen, om vurderingen av lovligheten var forsvarlig og hvor nødvendig eller rimelig den ulovlige handlingen eller unnlåtelsen var.

³¹² Andenæs (2016) s. 258–59.

³¹³ Andenæs (2016) s. 258.

³¹⁴ Andenæs (2016) s. 259.

³¹⁵ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 27

³¹⁶ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 27. Se også Innst.O. nr. 46 (2003–2004) s. 5–6.

³¹⁷ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 27

enn direktivbestemmelsen. Det tiltenkte innholdet av «forsett» i e-handelsloven § 18 synes på dette punktet verken å være i tråd med alminnelig norsk strafferett eller direktivbestemmelsen.

4.3 «Grov uaktsomhet» sammenholdt med «awareness»

4.3.1 Generelt

I erstatningsretten knyttes uaktsomhet til culpanormen. Denne går ut på at skadevolderen er erstatningsansvarlig for adekvat skade voldt ved en rettsstridig handling eller unnlatelse, når denne handlingen eller unnlatelsen kan tilregnes vedkommende som forsettlig eller uaktsom.³¹⁸ Her er selve handlingen eller unnlatelsen i sentrum, ikke gjerningsmannens bevissthetsforestillinger.³¹⁹ Det er ikke en sinnstilstand vi snakker om, men opptreden som ikke når opp til den standarden man anser normal eller ønskelig.³²⁰ Tanken om subjektiv skyld er altså erstattet med den strengere og mindre personlige standarden: Hvordan burde en fornuftig person handlet i denne situasjonen?³²¹

Hvilke krav det er rimelig å stille til en persons opptreden vil likevel variere mellom ulike livsområder og ulike aktører.³²² Hva gjelder kjennskap til rettsreglene må det for eksempel kunne forventes mer av en advokat enn en rørlegger. Standarden om en omhyggelig og fornuftig mann, en bonus pater familias, må derfor spesialiseres.³²³ Heller ikke i sin spesialiserte form kan standarden tas helt på ordet, for selv alminnelig omhyggelige og fornuftige mennesker begår mindre uaktsomheter, og uønskede sedvaner kan sensureres av domstolene.³²⁴ Likevel gir den en karakteristikk av aktsomhetskravet.³²⁵

På strafferettens område gir strl. § 23 en definisjon av uaktsomhet. Selv om man i e-handelsloven § 18 har brukt «grov uaktsomhet» som vilkår for erstatningsansvar, slik at strafferettens definisjon ikke direkte kommer til anvendelse, gir definisjonen en god oppsummering av det som ble sagt ovenfor. I bestemmelsens første ledd fremgår det at en person er uaktsom når han eller hun «handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område» og «ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides». Ifølge annet ledd foreligger det grov

³¹⁸ Jørgensen (1976) s. 35. Kruse (1989) s. 30. Hagstrøm (2015) s. 68.

³¹⁹ Hagstrøm (2015) s. 135.

³²⁰ Fleming (1992) s. 102.

³²¹ Fleming (1992) s. 102.

³²² Hagstrøm (2015) s. 69.

³²³ Hagstrøm (2015) s. 68–69.

³²⁴ Hagstrøm (2015) s. 69.

³²⁵ Hagstrøm (2015) s. 69.

uaktsomhet når «handlingen er svært klanderverdig» og «det er grunnlag for sterk bebreidelse».

Som vist ovenfor innebærer «awareness»-vilkåret at en alminnelig aktsom nettvært, på grunnlag av kunnskapen den konkrete nettverten hadde i det konkrete tilfellet, burde identifisert nok forhold ved den ulovlige aktiviteten eller informasjonen til å kunne fjerne eller hindre tilgangen til den *uten* å måtte foreta generell kontroll eller overvåking av informasjonen den lagrer. Innbakt i at han «burde» identifisert forholdene ligger det et element av bebreidelse.

Denne vurderingen i e-handelsdirektivet artikkel 14 fanges opp av uaktsomhetsvurderingen. Sistnevnte vurdering spør jo nettopp om hvilke krav man kan stille til en persons opptreden i en gitt situasjon, tatt i betraktning det spesifikke livsområdet og vedkommendes stilling. På lagringstjenestenes område må derfor formålet om ikke å pålegge nettverten en kontrollfunksjon, og konkretiseringen av dette i forbudet mot en generell overvåkingsplikt, påvirke hvilke krav som skal stilles til disse tjenesteyternes opptreden. Nettverten kan altså ikke bebreides for å ikke fjerne ulovlig innhold når dette ville medført generell overvåking. Det han derimot i visse situasjoner kan bebreides for er å ikke identifisere de forholdene som ville gjort at han kunne fjerne innholdet uten å ty til generell overvåking. Dette fordi han allerede satt inne med kunnskap som gjorde at han burde identifisert de ulike forholdene ved den ulovlige aktiviteten.

På samme måte som for vilkåret om «actual knowledge», må «awareness»-vilkåret også anses å vise til kunnskap om at innholdet var ulovlig, inkludert de rettsreglene som avgjør dette.³²⁶ Vurderingen er da om en alminnelig aktsom nettvært, på bakgrunn av den kunnskapen han hadde, burde visst at den lagrede informasjonen var ulovlig. For det erstatningsrettslige uaktsomhetsansvaret gjelder det generelt at ansvaret for rettsvillfarelser er strengt.³²⁷ Men fordi det området vi befinner oss på påvirker hvilke krav som kan stilles til nettvertens opptreden, kan nok også dette aspektet ved «awareness»-vilkåret forenes med uaktsomhetsbegrepet.

Etter dette virker det ikke å være noen synlige ulikheter mellom et vilkår om uaktsomhet, med det innholdet det har i tradisjonell norsk erstatningsrett, og «awareness»-vilkåret i artikkel 14. Grunnen synes for det første å være at uaktsomhetsbegrepet er fleksibelt og varierer etter personlige omstendigheter. Uaktsomhetsvurderingen tar derfor i betraktning hvilke krav det er rimelig å stille til ulike aktører på ulike samfunnsområder. Dermed gjør den plass for EU-rettens regulering av nettvertenes ansvar. Videre kan det være en del av begrunnelsen at cul-

³²⁶ Se drøftelsen ovenfor under punkt 4.2.2.

³²⁷ Hagstrøm (2015) s. 141–142.

paregelen springer ut av en felleseuropeisk arv.³²⁸ Den stammer fra den romerske lex Aquilia, og gjenfinnes derfor i store deler av Europa.³²⁹ EU-retten skal passe i en rekke ulike rettssystemer, og den utformes uavhengig av de særlige konseptene og kategoriene som finnes i medlemsstatene. Derfor kan vi ikke forvente at den kan oversettes til noen av våre eksisterende juridiske begreper. Et konsept som derimot er felles for de fleste europeiske stater, er det mer naturlig at også gjenfinnes i EU-retten.

4.3.2 Nærmere om aktsomhetsgraden

Uavhengig av spørsmålet om det i det hele tatt var hensiktsmessig å bruke uaktsomhetsbegrepet i gjennomføringsbestemmelsen, avviker aktsomhetsgraden fra hvordan EU-domstolen har forstått direktivet. Da den norske lovgiveren ved gjennomføringen valgte å formulere vilkåret som et krav til en grad av uaktsomhet, la de seg på terskelen «grov uaktsomhet». Som vist ovenfor er det mer nærliggende å se det kravet direktivet stiller til nettvertens uaktsomhet som et krav om simpel uaktsomhet.³³⁰

Når det gjelder aktsomhetsgraden fører likevel den norske gjennomføringsloven til ansvar i færre tilfeller enn direktivbestemmelsen. Ansvarsfriheten rekker altså videre, og det er ikke i strid med minimumsdirektivet.

³²⁸ Hagstrøm (2015) s. 68.

³²⁹ Hagstrøm (2015) s. 68.

³³⁰ Se punkt 3.7.4.

5 Sideblikk til naboen: Gjennomføringen i Sverige og Danmark

5.1 Hvorfor Sverige og Danmark?

Noen rettssystemer ligger kulturelt og språklig nærmere hverandre. For Norge gjelder dette særlig våre skandinaviske naboland. Når gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 skal vurderes, er det derfor mer naturlig å sammenligne seg med disse landene. Nordisk rettslikhet er da også noe det legges vekt på ved gjennomføringen av EØS-rett.³³¹

I neste kapittel skal det vurderes om bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» ved gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 er i tråd med nærmere bestemte mål for gjennomføringen av direktiver i norsk rett. Sentralt i vurderingen står valget mellom nasjonalt innarbeidede juridiske begreper som skaper presisjon og tilpasning, og en mer ordrett gjennomføring som viser tilbake til EU-retten og utviklingen der. Først kan det da være av interesse å se hvilken tilnærming som ble valgt ved gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i våre naboland. Svensk og dansk rett har begreper som minner om våre egne uaktsomhets- og forsettbegreper. Dermed vil det være enkelt å se om direktivbestemmelsen er gjennomført ved hjelp av slike innarbeidede juridiske begreper, eller om det i stedet er valgt en mer ordrett gjengivelse av direktivets vilkår.

I Finland er ansvarsfriheten for nettverter gjennomført på en måte som i større grad skiller seg fra de skandinaviske landene. Som hovedregel stilles det krav om at en domstol eller annen kompetent myndighet har truffet en avgjørelse om at informasjonen er rettsstridig, og at nettverten har kunnskap om denne, før det kan bli tale om ansvar.³³² Etter hovedregelen oppstår derfor ikke spørsmålet om nettvertens kunnskap om selve det ulovlige forholdet, som er den delen av bestemmelsen oppgavens problemstilling knytter seg til. Fra denne hovedregelen gjøres det riktignok noen unntak, blant annet for krenkelse av opphavsrett, hvor det er innført et «notice-and-take-down»-system.³³³ Når det gjelder valget mellom en mer ordrett gjengivelse av direktivet og bruk av innarbeidede juridiske begreper, er gjennomføringen i Finland likevel i mindre grad egnet til en sammenligning med den norske. Det begrenses derfor til gjennomføringen i Sverige og Danmark.

³³¹ Se Statsministerens kontor (2001) s. 15. Om forberedelsene til gjennomføring av EØS-komiteens beslutning i norsk rett står det: «Forberedelsene omfatter også, der det er naturlig, en kartlegging av de andre nordiske landenes arbeid med gjennomføringen med sikte på å opprettholde nordisk rettslikhet. Forberedelse, og senere gjennomføring, av EØS-relevante rettsakter bør drøftes i nordiske embetskomiteer.»

³³² Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 11.

³³³ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 11.

Noen redegjørelse for det nærmere innholdet av svensk og dansk erstatnings- og strafferett vil heller ikke bli gitt. Poenget er kun å vise hvilken utforming de to landene har gitt gjennomføringsbestemmelsen i relasjon til vilkårene om «actual knowledge» og «awareness».

5.2 Gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i Danmark

I Danmark er direktivbestemmelsen gjennomført i e-handelsloven § 16. Første ledd lyder (min uthevelse):

«En tjenesteyder er ikke ansvarlig for oplagring af information eller for indholdet af den oplagrede information, når oplagringen sker på anmodning af en tjenestemodtager, der har levert informationen, og hvis tjenesteyderen

- 1) ikke har **kendskab til** den ulovlige eller skadevoldende aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har **kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår**, eller
- 2) fra det tidspunkt, hvor tjenesteyderen får et kendskab som nævnt i nr. 1, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.»³³⁴

Dansk straffe- og erstatningsrett har begreper som i stor grad svarer til de norske forsett- og uaktsomhetsbegrepene: «Forsæt» og «uagtsomhed». På samme måte som i Norge ble e-handelsdirektivet artikkel 14 i utgangspunktet forstått slik at nettverten, i de tilfellene han er fri for ansvar etter direktivet, heller ikke vil ha handlet forsettlig eller uaktsomt.³³⁵ Til tross for dette ble «forsæt» og «uagtsomhed» ikke brukt ved gjennomføringen av bestemmelsen i dansk rett. I stedet gjengis direktivbestemmelsens vilkår tilnærmet ordrett. Begrunnelsen fremgår av forarbeidene til den danske gjennomføringsloven. Det ble antatt at gjeldende rett i praksis ville føre til ansvarsfrihet for nettverten i de tilfellene direktivet krevde.³³⁶ Når det gjaldt ansvar for uaktsomhet kunne det likevel ikke utelukkes på forhånd at de gjeldende reglene i helt særlige tilfeller ville kunne føre til ansvar i større grad enn direktivet åpnet for.³³⁷ Deretter uttales det:

«Direktivets regler om formidleransvar opregner de betingelser, hvorunder en formidler kan undgå et retligt ansvar for indholdet af den transmitterede og oplagrede information. Reglerne er forholdsvis detaljerede, og i reglerne indgår tekniske udtryk, der beskriver den virksomhed,

³³⁴ E-handelsloven § 16 [Danmark]

³³⁵ LFF 2002–01–29 nr. 61 punkt 12.2.1.3.a avsnitt 5 og 6.

³³⁶ LFF 2002–01–29 nr. 61 punkt 12.2.1.3.b avsnitt 2.

³³⁷ LFF 2002–01–29 nr. 61 punkt 12.2.1.3.b avsnitt 3.

som formidleren udøver. I lyset heraf er det fundet rigtigst, at de bestemmelser, der tager sigte på at gennemføre direktivets ansvarsfrihedsregler, udformes således, at de med visse redaktionelle ændringer - lægges tæt op af direktivteksten. Herved undgås, at der rejses spørgsmål om, hvorvidt ansvarsfrihedsreglerne er korrekt implementeret.»³³⁸

Selv om den danske lovgiveren synes å ha hatt en lignende oppfattelse av direktivbestemmelsen som den norske lovgiveren hadde, innså de altså i Danmark muligheten for at nettvorten etter de eksisterende reglene kunne bli ansvarlig i større grad enn direktivet åpnet for. Ved å velge en ordlyd som lå tett opptil direktivteksten, unngikk man diskusjon om hvorvidt ansvarsfrihedsreglene var korrekt gjennomført. Den danske lovgiveren ser derfor ut til å ha ment at en slik ordlyd enklere kan tolkes i tråd med fastleggelsen av direktivbestemmelsen i EU. I Danmark synes dermed hensynet til korrekt og lojal gjennomføring av direktivbestemmelsen å ha veid tyngre enn ønsket om nasjonal tilpasning av direktivet.

5.3 Gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 i Sverige

I Sverige er e-handelsdirektivet artikkel 14 gjennomført ved §§ 18 og 19 i Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. Paragraf 18 første ledd lyder (mine uthevelser):

«En tjänsteleverantör som lagrar information som lämnats av en tjänstemottagare skall inte på grund av innehållet i informationen vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören

1. inte **känner till** att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer och, när det gäller skyldighet att ersätta skada, inte är **medveten om fakta eller omständigheter som gör det uppenbart att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer**, eller
2. så snart han får sådan kännedom eller medvetenhet utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen.»³³⁹

For erstatningsansvar og sanksjonsavgift har man altså, på samme måte som i Danmark, valgt en ordlyd som ligger nær direktivets. Denne bestemmelsen ble vedtatt til tross for at det i Sverige ble antatt at ansvarsfrihedsreglene stort sett ikke innebar noen større endringer i gjeldende rett. Der det rådet tvil om gjeldende retts overensstemmelse med direktivet, så usikkerheten ut til å være i det teoretiske planet. Et unntak gjaldt derimot for opphavsrettskrenkelsene, hvor

³³⁸ LFF 2002–01–29 nr. 61 punkt 12.2.1.3.b avsnitt 5.

³³⁹ Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster § 18 første ledd.

man så behov for å skape klarhet gjennom ansvarsfrihetsbestemmelsen i § 18. Ellers ble det sagt at gjennomføringen av direktivet først og fremst medførte en tydeliggjøring av eksisterende regler.³⁴⁰

I Sverige har frihet fra straffeansvar blitt regulert i en egen bestemmelse, som i tillegg til lagringstjenestene også omfatter rene overføringstjenester og midlertidige lagringstjenester. Bestemmelsen er inntatt i den svenske lovens § 19, som lyder (min uthevelse):

«En tjänsteleverantör som överför eller lagrar information för annan får dömas till ansvar för brott som avser innehållet i informationen endast om brottet har begåtts **uppsåtligen**.»

Det svenske «uppsåt» svarer i stor grad til det norske forsettbegrepet.³⁴¹ Ved gjennomføringen av direktivet i Sverige antok man at vilkåret om «actual knowledge», eller «kännedom» på svensk, innebar at alle «uppsåtliga» brudd falt utenfor det ansvarsfrie området.³⁴² Den svenske lovgiveren anså det i utgangspunktet ikke nødvendig med en bestemmelse om frihet fra straffeansvar. Det ble sagt at det strafferettslige ansvaret allerede var begrenset gjennom strafferettslige prinsipper og regler som gjennom rettspraksis hadde fått et ganske entydig innhold.³⁴³ Bestemmelsen ble likevel innført for å gjennomføre direktivets bestemmelser på en tydelig måte, og fjerne enhver usikkerhet som kunne tenkes å foreligge om ansvar for uaktsomhetsbrudd.³⁴⁴

Det er tidligere vist at vilkåret om «actual knowledge» i e-handelsdirektivet artikkel 14 ikke svarer til et vilkår om forsett, og at man ved å legge til grunn et krav om forsett ikke vil holde nettvorten fri for ansvar i alle de tilfeller direktivet krever.³⁴⁵ Da det norske forsettbegrepet og det svenske «uppsåt» i stor grad sammenfaller, kan det samme sies om den svenske ordlyden på dette punktet.

Av drøftelsene ovenfor fremgår det at e-handelsdirektivet artikkel 14 legger opp til et «notice and take down»-system.³⁴⁶ Ved den svenske gjennomføringen av direktivet ble det sagt at et slikt system, for ikke å være fremmed for den svenske rettsordningen, i så fall måtte utformes

³⁴⁰ Prop 2001/02:150 s. 97. Nicander (2012) s. 275.

³⁴¹ Se for eksempel Ågren (2018) s. 57–58 for en oppsummering av innholdet i det svenske uppsåtsbegrepet. Den viktigste forskjellen synes å være at kravet om positiv innvilgelse for forsett i form av *dolus eventualis* er byttet ut med et krav om likegyldighet.

³⁴² Prop 2001/02:150 s. 91.

³⁴³ Prop 2001/02:150 s. 88.

³⁴⁴ Prop 2001/02:150 s. 92. Nicander (2012) s. 274.

³⁴⁵ Se punkt 4.2.

³⁴⁶ Se punkt 3.5.

slik at det kun innebar en plikt for tjenesteyteren til å fjerne materialet, uten å stenge for at tjenesteyteren på annen måte kunne få slik kunnskap om ulovlig materiale at den kunne bli ansvarlig for innholdet. Manglende varsel, eller at de formelle kravene til et varsel ikke var oppfylt, kunne ikke innebære at tjenesteyteren alltid skulle gå fri fra ansvar. Svensk rett inneholdt ikke et slikt formalistisk element. Tvert imot skulle det ved en eventuell prøving av ansvarsspørsmålet foretas en vurdering av samtlige påberopte omstendigheter for å avgjøre om det foreligger slik «uppsåt» som resulterer i ansvar for tjenesteyteren. Det kunne derfor ikke ha noen betydning hvordan tjenesteyteren hadde fått kunnskapen.³⁴⁷ Uttalelsene tyder på at man har lagt større vekt på å bevare det eksisterende systemet i svensk rett, enn å gjennomføre de formål og betraktninger som ligger bak e-handelsdirektivet artikkel 14.

Illustrerende for at bruken av forsett eller «uppsåt» kan føre til resultater i strid med e-handelsdirektivet, er uttalelser fra hovrätten, den svenske lagmannsretten, i en avgjørelse fra 2010. Saken gjaldt straffe- og erstatningsrettslig medvirkningsansvar for opphavsrettskrenkelser gjennom fildelingstjenesten The Pirate Bay. Hva gjelder straffeansvaret tolkes den svenske gjennomføringsbestemmelsen i § 19 mer eller mindre løsrevet fra den bakenforliggende direktivbestemmelsen og EU-domstolens praksis.³⁴⁸ Domstolen fastslår at § 19 innebærer at nettvarten kun kan holdes strafferettslig ansvarlig ved «uppsåt». Dersom bruddene var «uppsåtliga», oppstod det altså ikke spørsmål om frihet fra straff etter e-handelsdirektivet.³⁴⁹

De kravene domstolen så stiller til tjenesteyterens «uppsåt» samsvarer ikke med vilkåret om «actual knowledge» i artikkel 14, slik det er forstått ovenfor. Under vurderingen for en av de tiltalte ble det sagt at tjenesteleverandøren hadde «uppsåt» om et brudd når han hadde innsikt om samtlige forhold som må foreligge for at det skal være tale om en opphavsrettskrenkelse.³⁵⁰ Den tiltalte trengte ikke å kjenne til at akkurat den musikken, de filmene og de spillene som saken gjaldt hadde vært gjenstand for fildeling.³⁵¹ Heller ikke var det nødvendig at han kjente til omstendigheter som hvem som stod bak delingen, hvor personen befant seg, i hvilket omfang de enkelte verkene ble delt eller hvor lenge fildelingen hadde pågått.³⁵²

Senere i saken, under vurderingen av erstatningsansvaret, fant domstolen riktignok at § 18 i e-handelslagen ikke kom til anvendelse.³⁵³ I likhet med det bakenforliggende direktivet om-

³⁴⁷ Prop 2001/02:150 s. 98–99.

³⁴⁸ RH 2013:27 s. 32.

³⁴⁹ RH 2013:27 s. 32.

³⁵⁰ RH 2013:27 s. 33.

³⁵¹ RH 2013:27 s. 33.

³⁵² RH 2013:27 s. 33.

³⁵³ RH 2013:27 s. 43–44.

handler bestemmelsen ansvar for innholdet som lagres.³⁵⁴ I denne saken var det derimot ikke innholdet i det lagrede materialet som ga grunnlag for ansvar, men at de funksjonene som ble tilbudt hadde fremmet brukernes opphavsrettslige krenkelser.³⁵⁵ Heller ikke for straffeansvaret var forholdet derfor omfattet av e-handelsdirektivet artikkel 14.

Selv om det i denne saken derfor ikke er tale om ansvar i strid med artikkel 14, illustrerer den svenske domstolens uttalelser at et krav om uppsåt eller forsett kan medføre resultater i strid med direktivet. Domstolen synes å legge til grunn at en nettvært kan holdes ansvarlig så lenge han kjenner til forekomsten av de faktiske forhold som inngår i beskrivelsen av en straffbar handling, selv om han ikke har informasjon som gjør ham i stand til å fjerne eller hindre det ulovlige innholdet uten å foreta en generell overvåking av alt det lagrede innholdet eller avslutte hele tjenesten. Det vil i så fall være i strid med den forståelsen av direktivet som fremgår av drøftelsene ovenfor.³⁵⁶

5.4 Oppsummert

Når det gjelder bestemmelsen om frihet fra straffeansvar, møter den svenske gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 de samme utfordringene som den norske. De svenske lovforarbeidene synes å gi uttrykk for et ønske om en gjennomføring i tråd med det eksisterende nasjonale systemet. I likhet med gjennomføringen i Norge har valget falt på et nasjonalt innarbeidet juridisk begrep, som ikke ser ut til å sammenfalle med direktivets vilkår. Uttalelsene fra Pirate Bay-saken illustrerer dette. Her la man til grunn at gjennomføringsbestemmelsen ikke vil holde nettverten fri for straff hvis det foreligger «uppsåt». Deretter ga domstolen uttrykk for en forståelse av «uppsåt» som ikke svarer til vilkåret om «actual knowledge» i e-handelsdirektivet artikkel 14.

I stedet for å vise til innarbeidede juridiske begreper i nasjonal rett, ble direktivbestemmelsen i Danmark gjennomført tilnærmet ordrett. Ordlyden til den danske gjennomføringsbestemmelsen viser dermed tilbake til direktivet, og åpner i større grad for en forståelse i tråd med

³⁵⁴ RH 2013:27 s. 43.

³⁵⁵ RH 2013:27 s. 43–44. Det ulovlige materialet ble utvekslet mellom brukerne uten å gå gjennom serverne til The Pirate Bay, se Udsen (2016) s. 291.

³⁵⁶ Se kapittel 3. Ifølge Van Eecke er det å anvende ordninger fra nasjonal rett fremfor den etablert i e-handelsdirektivet ikke noe eget for Sverige og Norge. I sin artikkel fra 2011 viste han til det han mente var en sterkt sprikende rettspraksis blant og innad i EU-landene om e-handelsdirektivet artikkel 12 til 15. Hovedårsaken til disse avvikene i praksisen trodde han kunne være at domstoler og andre rettsanvendere finner det vanskelig å fullt ut forstå ideene og formålet bak beskyttelsen av tjenesteyterne på nett. Når han analyserte enkelte avgjørelser mente han til og med det virket som om dommerne godtok svake argumenter for å se bort fra ordningen i e-handelsdirektivet, slik at de kunne anvende en mer velkjent ordning i stedet. Se Van Eecke (2011) s. 1457–1460.

den dynamiske og autonome tolkningen i EU. På denne måten kunne man ta høyde for den usikkerheten som tilsynelatende forelå om forståelsen av e-handelsdirektivet artikkel 14.

6 Bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» i den norske gjennomføringsbestemmelsen: Et klarspråkproblem?

6.1 Betydningen av det strafferettslige legalitetsprinsippet

Det strafferettslige lovkravet fremgår av Grunnloven § 96 første ledd, «ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom», og av strl. § 14, «strafferettslige reaksjoner, jf. §§ 29 og 30, kan bare ilegges med hjemmel i lov». Lovkravet innebærer for det første at straff må ha grunnlag i en bestemmelse som formelt sett er lov, altså i en bestemmelse vedtatt slik det fremgår av Grunnloven §§ 76–80.³⁵⁷ For det andre innebærer kravet at straffen må ha hjemmel i *norsk* lov.³⁵⁸ Folkerettslige forpliktelser kan ikke i seg selv være grunnlag for straff.³⁵⁹ For det tredje medfører lovkravet at lovgiver på dette området ikke ubegrenset kan delegerer kompetanse til forvaltningen.³⁶⁰ Til slutt må straffelovgivningen også tilfredsstillende visse minimumskrav til presisjonsnivået i teksten.³⁶¹

Lovkravet synes umiddelbart å være relevant i en oppgave om ordlyden til en bestemmelse som gjelder på strafferettens område. Her er det likevel bruken av uttrykkene «forsett» og «grov uaktsomhet» for å angi når nettvertens kunnskap medfører at man er utenfor ansvarsfrihetsbestemmelsen det skal handle om. Lovkravet stiller krav til bestemmelser som beskriver den atferden som er straffbar, men ikke til bestemmelser om skyldkrav.³⁶² Det strafferettslige legalitetsprinsippet kommer derfor ikke direkte til anvendelse når vi skal vurdere bruken av disse uttrykkene i e-handelsloven § 18.

Det kan likevel være verdt å merke seg hensynene bak det strafferettslige lovkravet. E-handelsloven § 18 gjelder på et område hvor man har ansett det særlig viktig at lovens ordlyd gir veiledning om rettsstilstanden. Straff er et av samfunnets største onder. Derfor er det viktig at rettsstilstanden er forutberegnelig. Hvorvidt vilkårene for ansvarsfrihet er oppfylt vil kunne være avgjørende for om straff kan ilegges eller ikke. Disse hensynene taler for at bestemmelsen, når den først er vedtatt, er utformet slik at den i størst mulig grad bidrar til å skape klarhet om rettsstilstanden.

³⁵⁷ Eskeland (2017) s. 101.

³⁵⁸ Eskeland (2017) s. 101.

³⁵⁹ Eskeland (2017) s. 101–102.

³⁶⁰ Eskeland (2017) s. 102.

³⁶¹ Eskeland (2017) s. 102.

³⁶² Eskeland (2017) s. 104.

Til slutt må det presiseres at e-handelsloven § 18, og den bakenforliggende bestemmelsen i e-handelsdirektivet artikkel 14, er bestemmelser om *frihet* fra straff. E-handelsloven § 18 og e-handelsdirektivet artikkel 14 gir ikke selv grunnlag for straff: Hvis man etter disse vurderingene ikke finner at nettvorten skal fritas fra straffeansvar, er man henvist til ellers gjeldende bestemmelser om straff i norsk rett. Det nærmere innholdet av dette regelverket faller det utenfor oppgaven å behandle. Poenget her er at det er en *innskrenkende* tolkning av anvendelsesområdet til ansvarsfrihetsbestemmelsen som vil øke området for straff. Ettersom «forsett»- og «grov uaktsomhet»-vilkårene sier når det kan gjøres unntak fra ansvarsfrihetsbestemmelsen, vil en *utvidende* tolkning av disse uttrykkene utvide området for det straffbare.

6.2 Er direktivets krav oppfylt?

E-handelsdirektivet er et minimumsdirektiv som ikke tilsikter harmonisering av den nasjonale strafferetten.³⁶³ Å unngå brudd med EØS-avtalen var derfor ikke et argument mot å velge en annen utforming enn direktivet, så lenge den norske gjennomføringen ville føre til ansvarsfrihet i alle de tilfellene direktivet bestemmer. Det tradisjonelle forsettbegrepet åpner derimot for ansvar i tilfeller hvor vilkåret til «actual knowledge» ikke gjør det. Hvis «forsett» i e-handelsloven § 18 blir tolket i tråd med det tradisjonelle begrepet, vil direktivets krav ikke være oppfylt gjennom bestemmelsen. Ettersom «grov uaktsomhet» ikke medfører erstatningsansvar i større grad enn direktivet åpner for, reiser bruken av uttrykket ikke problemer i denne sammenheng. Under dette punktet begrenses det derfor til uttrykket «forsett».

For tankens skyld kan det være hensiktsmessig å skille mellom spørsmålet om e-handelsloven § 18 skal forstås slik at det oppstår motstrid mellom intern norsk rett og våre forpliktelser etter EØS-avtalen, og spørsmålet om hvordan denne motstriden eventuelt skal løses. Det første er et spørsmål om «forsett» i e-handelsloven § 18 sammenfaller med det tradisjonelle forsettbegrepet, eller om det må tolkes slik at direktivets krav til norske myndigheter er oppfylt. Kun i det førstnevnte tilfellet oppstår det et motstridsspørsmål.

På EØS-avtalens område gjelder presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning, som innebærer at norsk rett tolkes slik at det ikke oppstår brudd med våre forpliktelser etter EØS-avtalen.³⁶⁴ Ordlyden alene hindrer sjelden slik harmoniserende tolkning.³⁶⁵ Som regel synes det å måtte foreligge andre momenter i tillegg, og i så fall er det særlig lovgiverviljen og innrettelseshensyn som kan tale for den folkerettsstridige løsningen.³⁶⁶ Slike hensyn

³⁶³ Dir 2000/31/EC fortalen punkt 8.

³⁶⁴ Arnesen (2015a) s. 64–65.

³⁶⁵ Arnesen (2015a) s. 106. Fredriksen (2011) s. 73.

³⁶⁶ Arnesen (2015a) s. 106.

gjør seg ikke gjeldende i dette tilfellet. Fordi det er tale om straffeansvar ville direktivets regel, som gir frihet fra ansvar, vært til gunst for borgeren i en tvist mot staten.³⁶⁷ Hensynet til borgernes innrettelse taler derfor ikke imot EØS-konform tolkning. Videre var det et hovedformål med bestemmelsen å dekke direktivets krav til ansvarsfrihet,³⁶⁸ slik at lovgiverviljen ikke utgjør noe sterkt moment mot EØS-konform tolkning. Dermed ville «forsett» i e-handelsloven § 18 trolig blitt tolket slik at Norges forpliktelser etter EØS-avtalen overholdes.

Selv dersom slik direktivkonform tolkning ikke hadde vært mulig, ville direktivets regel trolig vunnet frem. Direktivets regel er til gunst for borgeren i en eventuell tvist mot staten, og utgangspunktet er da at domstolene dømmer i samsvar med direktivets regel, med mindre det fra lovgiverhold klart er gitt uttrykk for at den norske regelen skal følges selv om den strider mot direktivet.³⁶⁹ Det var ikke tilfellet her.³⁷⁰ Direktivbestemmelsens gjennomslag følger også av strl. § 2, som sier at straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater.

En lagmannsrettsavgjørelse fra 2003 illustrerer dette. Spørsmålet var om Tele2 Norge kunne holdes strafferettslig ansvarlig for å uaktsomt ha tilgjengeliggjort ulovlig pornografisk materiale.³⁷¹ På tidspunktet for avgjørelsen skulle e-handelsdirektivet vært gjennomført i norsk rett, men fristen var oversittet. Lagmannsretten fant likevel at den manglende gjennomførelsen var uten betydning for saken, fordi daværende strl. § 1 annet ledd, som svarer til nåværende § 2, fastslo at straffelovgivningen gjaldt med de begrensninger som fulgte av overenskomster med fremmede stater.³⁷²

Uavhengig av om det oppstår motstrid mellom direktivforpliktelsen og norsk rett, eller om e-handelsloven § 18 blir tolket i samsvar med direktivets krav, ville regelen i direktivet altså vunnet frem. Å overholde EØS-avtalen er derfor ikke i seg selv et argument mot å bruke «for-

³⁶⁷ Motsetningsvis Rt. 2000 s. 1811.

³⁶⁸ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26.

³⁶⁹ Arnesen (2015a) s. 146.

³⁷⁰ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26.

³⁷¹ RG 2003 s. 1268.

³⁷² RG 2003 s. 1268. Når det gjaldt forståelsen av vilkåret om «actual knowledge», la lagmannsretten, i tråd med det forslaget til gjennomføring som forelå, til grunn et krav om forsett. Uttalelsene om dette har mindre betydning, da avklarende avgjørelser fra EU-domstolen har kommet i ettertid, se kapittel 3. Videre hadde aktor i saken nedlagt påstand om frifinnelse, og retten lot derfor den nærmere drøftelsen av spørsmålet ligge. Avgjørelsen nevnes derfor kun som illustrasjon på løsningen av motstridsspørsmålet mellom intern norsk rett og de folkerettslige forpliktelsene etter e-handelsdirektivet.

sett» i gjennomføringsbestemmelsen. Situasjonen blir likevel at ordlyden leder oss til det alminnelige forsettbegrepet, når regelens innhold egentlig er et annet. Når bestemmelsen tolkes i samsvar med direktivets krav, blir resultatet at ordet «forsett» i akkurat denne sammenheng kobles til et annet meningsinnhold enn det uttrykket normalt viser til. Se nærmere om disse problemstillingene nedenfor.³⁷³

6.3 Gjennomføringen i lys av visse uttalte formål

Det primære siktemålet for gjennomføringen av direktivbestemmelsen var ifølge departementet en «formålstjenlig regulering» som i hvert fall dekket direktivets krav til ansvarsfrihet, samtidig som de bakenforliggende hensyn ble ivaretatt.³⁷⁴ Departementet drøftet ulike hensyn de anså talte for eller imot ansvarsfrihet i større grad enn direktivet.

For ansvarsfrihet talte for det første hensynet til ytringsfriheten.³⁷⁵ Forholdet mellom nettverters ansvar og ytringsfrihet er det redegjort for tidligere i oppgaven.³⁷⁶ Ved siden av å tale i retning av et mindre strengt ansvar for nettvorten, taler hensynet til ytringsfriheten for at bestemmelsene om nettvortens ansvar er så klare som mulig. Dersom rettstilstanden er uklar, kan nettvorten komme til å utøve en streng sensur for å sikre seg mot ansvar.³⁷⁷ I tillegg til ytringsfriheten ble nettvortens kontraktmessige forpliktelse til tjenestemottakeren nevnt som et argument for ansvarsfrihet.³⁷⁸

Mot å innføre ansvarsfrihet i større grad enn direktivet krevde, talte for det første ønsket om å bekjempe kriminalitet og ulovlig aktivitet på internett.³⁷⁹ Svarene på høringsnotatet av 23. mars 2001 gjorde det videre klart at vidtrekkende ansvarsfrihet ville ha usikre konsekvenser.³⁸⁰ På bakgrunn av dette kom departementet til at de i utgangspunktet ikke ville gjennomføre ansvarsfrihet i større grad enn direktivet krevde.³⁸¹

³⁷³ Se punkt 6.4.

³⁷⁴ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26.

³⁷⁵ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 12, 13 og 23.

³⁷⁶ Se punkt 3.1 og 3.6.1.

³⁷⁷ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 23. Se punkt 6.4 for en drøftelse av gjennomføringsbestemmelsens «klarhet».

³⁷⁸ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 13.

³⁷⁹ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 12 og 23.

³⁸⁰ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 23.

³⁸¹ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 5 og 23. Innst.O. nr. 46 (2003–2004) s. 5.

Med utgangspunkt i denne målsettingen var det lite hensiktsmessig å benytte ordlyden «grov uaktsomhet». Som det har fremgått fører den høye uaktsomhetsgraden til at gjennomføringsbestemmelsen gir ansvarsfrihet i tilfeller hvor direktivet ikke gjør det.

6.4 Gjennomføringen i lys av målet om å veilede og informere

6.4.1 Vaghet, flertydighet eller innskrenkende tolkning?

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor er det kun det tradisjonelle forsettbegrepet som strider mot direktivets krav, og ikke uaktsomhetsbegrepet. Uaktsomhetsbegrepet er bedre i samsvar med direktivets vilkår. Derfor er det også bruken av «forsett» som i størst grad skaper problemer for gjennomføringsbestemmelsen. Under dette punktet skal vi se nærmere på hva slags utfordring bruken av «forsett» i e-handelsloven § 18 representerer. Her avgrenses det mot bruken av «grov uaktsomhet». I de neste punktene vil enkelte poenger også gjelde for bruken av «grov uaktsomhet», men også her er det hovedsakelig bruken av «forsett» som diskuteres.

Innledningsvis i oppgaven ble det redegjort for noen hindringer for vår forståelse av språk. To av problemene som ble nevnt var vaghet og flertydighet. Vaghet innebar at det til et ord svarte ett meningsinnhold, men at det var uklare grenser for hvilke ting i verden som faller innenfor dette meningsinnholdet.³⁸² Flertydighet innebar at ordet viste til to eller flere ulike meningsinnhold.³⁸³ Et spørsmål er om bruken «forsett» i e-handelsloven § 18 medfører et av disse problemene.

I dette tilfellet rekkes «forsett» tolket i tråd med den tradisjonelle forståelsen i norsk strafferett videre enn «forsett» tolket slik at kravene i e-handelsdirektivet artikkel 14 blir oppfylt. Når uttrykk kan forstås på en snever eller vid måte, kan det være vanskelig å skille mellom vaghet eller flertydighet.³⁸⁴ Det kan være tale om vaghet i form av at meningsinnholdet har en fast kjerne, men uklare grenser.³⁸⁵ Eller det kan være tale om flertydighet mellom et snevert og et vidt meningsinnhold.³⁸⁶ Det avgjørende for om vi kan snakke om flertydighet er likevel om det er mulig å identifisere to eller flere ulike meningsinnhold.³⁸⁷

³⁸² Kolflaath (2004b) s. 59.

³⁸³ Kolflaath (2004a) s. 465.

³⁸⁴ Kolflaath (2004b) s. 59–60.

³⁸⁵ Kolflaath (2004b) s. 59.

³⁸⁶ Kolflaath (2004b) s. 59.

³⁸⁷ Kolflaath (2004b) s. 60.

Selv om det under begge forståelsene vil oppstå grensespørsmål for hvilke ting i verden som omfattes, er det her mulig å identifisere to ulike meningsinnhold: Det tradisjonelle meningsinnholdet og det som følger av kravene i e-handelsdirektivet. Situasjonen som oppstår i e-handelsloven § 18 første ledd bokstav a minner derfor mer om flertydighet enn vaghet.

Dermed er det ikke sagt at «forsett» i e-handelsloven § 18 er flertydig. Hvis ordlyden er flertydig, åpner lovteksten for flere betydninger, men slik at de alle er betydninger lovteksten rent språklig kan sies å ha.³⁸⁸ Tolkingsresultatet blir dermed en presiserende tolkning sett i sammenheng med ordlyden. Hvis «forsett» tolket i tråd med e-handelsdirektivets krav ikke er en betydning «forsett» rent språklig kan sies å ha, står vi ikke overfor et tilfelle av flertydig ordlyd.

Utenfor den juridiske sfære synes ikke «forsett» å ha noen entydig alminnelig språklig forståelse.³⁸⁹ Meningsinnholdet har likevel blitt fastlagt gjennom Høyesteretts praksis og er nå definert i strl. § 22. På det juridiske området kan man derfor snakke om en alminnelig språklig forståelse, i tråd med straffelovens definisjon.³⁹⁰ Det betyr at «forsett» rent språklig ikke åpner for den forståelsen som følger av e-handelsdirektivets krav, slik at vi ikke egentlig kan snakke om flertydig ordlyd.

Det vi i så fall står overfor, når «forsett» i e-handelsloven § 18 tolkes i tråd med direktivets krav, er innskrenkende tolkning. Det er ikke et spørsmål om å velge mellom ulike meningsinnhold ordlyden åpner for. I stedet er det tale om å sette ordlyden til side, og legge til grunn en forståelse som er snevrere enn den lovteksten rent språklig viser til.³⁹¹

Situasjonen kan likevel sammenlignes med flertydighet, på den måten at vi ved tolkningen av «forsett» i e-handelsloven § 18 må velge mellom to ulike meningsinnhold. Men det problemet som oppstår her kan anses mer utfordrende for den som leser loven enn et tilfelle av flertydig ordlyd. For i stedet for å gi uttrykk for begge løsninger, gir ordlyden her klart anvisning på en annen forståelse enn den som skal legges til grunn. Tidligere i oppgaven ble det sagt at mens vaghet ofte er nødvendig, er flertydig ordlyd noe man som regel kan og bør forhindre. Det sistnevnte må også gjelde i et tilfelle av innskrenkende tolkning som det foreliggende, hvor et annet og snevrere meningsinnhold generelt må legges til grunn ved tolkningen av formule-

³⁸⁸ Kolflaath (2004b) s. 58.

³⁸⁹ Eskeland (2017) s. 123, hvor det sies at den alminnelige språklige forståelsen ga liten veiledning når man skulle tolke ordet «forsett» i straffeloven av 1902 § 40.

³⁹⁰ Eskeland (2017) s. 123.

³⁹¹ Kolflaath (2004b) s. 58.

ringen «forsett» i e-handelsloven § 18, og dette meningsinnholdet strider mot den forståelsen ordlyden viser til.

6.4.2 Presis og tilpasset eller fleksibel og EU-lojal?

Som vi så tidligere i oppgaven får den norske lovgiveren, ved gjennomføringen av EØS-direktiver i norsk rett, oppgaven med å tilpasse direktivene til det norske systemet. Samtidig må de sørge for at direktivets krav blir oppfylt. Ved utformingen av gjennomføringsbestemmelsen kan den norske lovgiveren stå overfor et valg: Man kan benytte ord som viser tilbake til de EU-rettslige begrepene, og som kan utvikles i takt med EU-retten. I dette tilfellet ville den mer direkte oversettelsen «kunnskap» vært et slikt alternativ. Eller de kan bruke ord som viser til innarbeidede juridiske begreper i norsk rett, slik man har gjort i e-handelsloven § 18.

Fra lovgivers side var det et bevisst trekk å knytte gjennomføringen av bestemmelsen til den eksisterende læren om forsett og uaktsomhet.³⁹² I motsetning til de andre artiklene om ansvarsfrihet, som ble gjennomført «tilnærmet ordrett», ble det ved implementeringen av artikkel 14 «foretatt nasjonale tilpasninger».³⁹³ Til «forsett» og «grov uaktsomhet» knytter det seg store mengder praksis og teori.³⁹⁴ Ved å benytte termene blir hele denne læren relevant for tolkningen av bestemmelsen. Dette mente departementet ville lette anvendelsen av den.³⁹⁵

Et slikt resonnement bygger likevel på en forutsetning om at innholdet man ønsker å gi bestemmelsen samsvarer med innholdet av begrepet slik det er fastlagt i tradisjonell norsk straffe- og erstatningsrett. Drøftelsene ovenfor viser at det ikke er tilfellet for bruken av «forsett» i e-handelsloven § 18.³⁹⁶ Her vil man tvert imot ende opp med at ord, som i norsk rett normalt svarer til innarbeidede juridiske begreper, kobles til et annet meningsinnhold i akkurat denne sammenheng. I stedet for å lette anvendelsen av bestemmelsen, slik departementet ønsket, synes valget av ordlyd å føre til unødvendig forvirring.

Den alternative formuleringen «kunnskap» mente flere av høringsinstansene det var «vanskelig å forholde seg til».³⁹⁷ Direktivbestemmelsen og dets kunnskapsvilkår har likevel, uavhengig av hvilken ordlyd gjennomføringsbestemmelsen gis, betydning ved fastleggelsen av den

³⁹² Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 29.

³⁹³ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 5. Innst.O.nr.46 (2003-2004) s. 3.

³⁹⁴ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 29

³⁹⁵ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 29

³⁹⁶ Se punkt 4.2.

³⁹⁷ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26.

nasjonale rettsregelen.³⁹⁸ Ved å velge andre ord har den norske lovgiveren derfor ikke reddet rettsanvenderen fra å måtte ta stilling til direktivets forståelse. Det man derimot kan ha bidratt til er å tilsløre nødvendigheten av å se på den bakenforliggende EØS-retten. Dette er også uheldig med tanke på målet om å enkelt kunne finne ut hvilke bestemmelser i norsk rett som stammer fra EU-retten.³⁹⁹

Et spørsmål i tilknytning til dette er for hvem lovgiver mente å forenkle forståelsen og anvendelsen av bestemmelsen. I tråd med det tradisjonelle klarspråkidealet kunne man tenke seg at de forsøkte å gi en ordlyd den alminnelige borger enkelt kunne forstå. Selv om «forsett» og «grov uaktsomhet» er legaldefinert på en relativt tilgjengelig måte i strl. §§ 22 og 23, er det tale om juridiske faguttrykk. Meningsinnholdet til uttrykket «kunnskap» har derimot, til tross for dets uklare grenser, en kjerne de fleste kjenner til. Bruken av de innarbeidede juridiske begrepene synes derfor først og fremst å ha vært ment å skulle hjelpe juristene. Av jurister må man derimot kunne forvente at de går til de EU-rettslige kildene for svar. Denne oppgaven har heller blitt vanskeligere som følge av forsøket på nasjonal tilpasning og juridisk presisjon.

Til dette kommer at tolkningsstilen i EU er autonom og dynamisk.⁴⁰⁰ En utvikling av direktivbestemmelsens innhold i EU-domstolen vil kunne påvirke tolkningen av den norske gjennomføringsbestemmelsen. Dette gjør seg ikke gjeldende i mindre grad på et samfunnsområde som dette, hvor en hurtig teknologisk utvikling underbygger behovet for dynamisk tolkning. Stalla-Bourdillon skrev i 2011 at det på grunn av internetts karakteristiske trekk kan være bedre å lene seg på mekanismene for utviklingen av nasjonale lover enn å avgjøre saken en gang for alle på europeisk nivå.⁴⁰¹ Dette fordi nasjonale dommere enklere kunne tilpasse lovens ordlyd til det komplekse miljøet private aktører opererer i.⁴⁰² Med et mindre fastlagt uttrykk, som «kunnskap», kunne e-handelsloven § 18 enklere utviklet seg i tråd med både EU-retten og den teknologiske utviklingen.⁴⁰³ Gjennomføringen i Danmark er et eksempel på en slik tilnærming. I stedet må direktivets krav nå tolkes inn i og justere begreper som i utgangspunktet har andre vurderingstemaer og rettspolitiske formål enn direktivbestemmelsen.

³⁹⁸ Arnesen (2015a) s. 72

³⁹⁹ Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) s. 43.

⁴⁰⁰ Arnesen (2015a) s. 32 og 35. Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health, avsnitt 19–20.

⁴⁰¹ Stalla-Bourdillon (2011) s. 59.

⁴⁰² Stalla-Bourdillon (2011) s. 59.

⁴⁰³ Se Backer (2013b) s. 183. Backer skriver om valget mellom å gjennomføre folkerettslige forpliktelser gjennom inkorporasjon og transformasjon. Om dette sier han at hvis forutsetningen er at norsk rett skal utvikle seg i samsvar med internasjonal praksis etter konvensjonen, er det et argument for inkorporasjon. Den autentiske konvensjonsteksten gir nemlig et klarere signal om at konvensjonsorganenes praksis har betydning. Systemet for gjennomføring av EØS-direktiver mener han viser at dette ikke er et avgjørende argument. Likevel kan det tale for å legge seg tettere opp til konvensjonsteksten ved den nasjonale transformasjonen enn det som ellers hadde vært naturlig.

6.4.3 En trojansk hest i norsk strafferett?

Bruken av «forsett» i e-handelsloven § 18 skaper ikke bare usikkerhet om anvendelsen av denne bestemmelsen. Når ordet i denne sammenhengen knyttes til et annet meningsinnhold, kan det skape usikkerhet om bruken av ordet ellers i norsk rett. Faren for dette er kanskje ikke så stor etter kun ett tilfelle av avvikende meningsinnhold, og med et så godt innarbeidet begrep som forsett. Likevel tilsier faren for utvasking av begreper at man er varsom med å knytte innarbeidede uttrykk til andre meningsinnhold.

I EØS-sammenheng får dette argumentet en ekstra dimensjon. Fordi EU-retten utvikler seg autonomt og deretter påvirker tolkningen av den norske gjennomføringsbestemmelsen, kan denne nye EU-rettslige tolkningen spre seg til andre deler av regelverket hvor uttrykket brukes. Dermed kan gjennomføringen av isolerte EØS-rettsakter føre til endringer i norsk rett mer generelt. Det innarbeidede uttrykket blir en slags trojansk hest, som i skjul fører EU-retten inn i det norske rettssystemet.

I tillegg er det et poeng at man er på strafferettens område. Hensynet til forutberegnelighet gjør seg gjeldende i stor grad, og det er grunn til å utvise ekstra forsiktighet med valg av ordlyd. Det er heller ikke slik at det er tale om å knytte det samme ordet til to ulike meningsinnhold på to ulike rettsområder. E-handelsloven § 18 første ledd bokstav a gir frihet fra straffeansvar, hvilket gir leseren en enda større grunn til å tro at det er snakk om det samme forsett-begrepet som ellers i norsk strafferett. I en veiledning om lov- og forskriftsarbeid fra Justisdepartementets lovavdeling advares det mot å etablere ubegrunnede forskjeller mellom regelverk på beslektede områder, av hensyn til en enhetlig, systematisk og oversiktlig oppbygging av regelverket.⁴⁰⁴ Ord og begreper bør derfor så langt det går brukes med samme betydning.⁴⁰⁵

6.5 E-handelsloven § 18 som en konsekvens av lovtekniske utfordringer ved gjennomføringen av EØS-direktiver

Når departementet legger til grunn at et krav om forsett oppfyller direktivets krav, synes de i stor grad å basere seg på direktivets ordlyd.⁴⁰⁶ E-handelsdirektivets formål og system er mindre fremtredende. Ved tolkningen av EØS-rett har derimot ikke den språklige forståelsen den samme betydningen som i norsk rett. I stedet står formåls- og sammenhengsbetraktninger,

⁴⁰⁴ Justisdepartementets lovavdeling (2000) s. 147.

⁴⁰⁵ Justisdepartementets lovavdeling (2000) s. 147–148.

⁴⁰⁶ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 29–30.

begrepsdannelser og allmenne rettsprinsipper sentralt.⁴⁰⁷ Tolkningen i EU er autonom og dynamisk. Basert på ordlyden alene kan det derfor være vanskelig å forutsi hvordan EU-domstolen senere vil forstå en direktivbestemmelse. På tidspunktet for gjennomføring av EØS-direktivet kan det da også være krevende å fastlegge hvilke krav direktivet stiller. Gjennomføringen av e-handelsdirektivet artikkel 14 bærer preg av en slik usikkerhet rundt direktivbestemmelsens innhold.

Etter å nå ha vurdert bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» i e-handelsloven § 18, synes «kunnskap» å være en bedre formulering enn «forsett». Til «kunnskap» svarer det derimot et vagere meningsinnhold, som i mindre grad har blitt fastlagt gjennom norsk rettspraksis og teori. En del av begrunnelsen for å bruke «forsett» og «grov uaktsomhet» var nettopp at det til disse svarte et innarbeidet og relativt presist meningsinnhold.⁴⁰⁸ Tidligere i oppgaven så vi derimot at presise lovtekster kan representere en utfordring i møte med den dynamiske og autonome EU-retten.⁴⁰⁹ Hvis gjennomføringsbestemmelsene er for presise øker risikoen for at direktivet ikke blir riktig gjennomført. Det virker da også å være tilfellet her.

Internrettslig synes bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» å oppfylle de fleste krav til klart lovspråk: Meningsinnholdet er ikke vagt, og selv om det er tale om juridiske faguttrykk som ikke-jurister kanskje er mindre kjent med, er uttrykkene legaldefinert i strl. §§ 22 og 23 med et språk det burde være mulig for en alminnelig borger å forstå. Bruken av forsett- og uaktsomhetsbegrepene gjør det også mulig å formidle et presist meningsinnhold uten å benytte mange ord og lange setninger,⁴¹⁰ som ville gjort bestemmelsen vanskeligere å lese. Til tross for dette blir det, når man ser på den bakenforliggende EU-retten, tydelig at bestemmelsens ordlyd gir et noe feilaktig inntrykk av rettsregelens innhold. Og det er nettopp den tilsynelatende klarspråklige utformingen som med sitt presise og fastlagte meningsinnhold bidrar til å skape dette problemet. Ved gjennomføring av dynamisk og autonom EU-rett bør man derfor kanskje være forsiktig med å tilstrebe de typiske klarspråkidealene.

Tidligere i oppgaven ble det også sagt at EU-lovgivningen utformes for å kunne passe inn i en rekke ulike rettssystemer. Samtidig som det er ønskelig å gjennomføre EØS-forpliktelse på en måte som glir inn i vårt eksisterende system, må man sørge for at direktivets krav faktisk oppfylles.⁴¹¹ Å overføre rett fra et system til et annet er ingen lett oppgave, da hvert rettssys-

⁴⁰⁷ Arnesen (2015b) s. 348. Arnesen (2015a) s. 29.

⁴⁰⁸ Ot.prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26 og 29. Se Innst.O. nr. 46 (2003–2004) s. 5.

⁴⁰⁹ Se punkt 2.3.5.

⁴¹⁰ Riis-Johannessen (2012) s. 84.

⁴¹¹ Se særlig punkt 2.4.

tem har sin særegne historie og kultur, og et rettslig språk som er uløselig knyttet til dette.⁴¹² Vi har også sett at EU-rettens dynamiske og autonome tolkning gjør denne oppgaven vanskeligere. «Kunnskap» ville i større grad vist tilbake til direktivbestemmelsen, men ble valgt bort til fordel for mer kjente og innarbeide begreper i norsk rett. I dette tilfellet synes hensynet til å tilpasse EU-retten til det nasjonale rettssystemet å ha blitt tillagt for stor vekt, til foretrekk for hensynet til å sikre korrekt gjennomføring av EØS-retten.

Ønsket om å gjennomføre e-handelsdirektivet ved hjelp av etablerte konsepter i norsk rett kan ha en forklaring i retten og juristenes natur. I boken «Lovlig språk: Om språk og stil i lover og annet regelverk» forsøker Finn-Erik Vinje å forklare hvorfor kansellistilen har overlevd særlig lenge i det juridiske språket: «Juristen er tradisjonstro og dyrker prejudikater, og når han etterlikner sine forbilder, kjenner han seg på trygg grunn. Derfor holder han seg helst til former, ord og vendinger som har stått sin prøve gjennom tidene, og hvis nøyaktige innhold og verdi han kjenner.»⁴¹³ Temaet her er ikke gammelmodige skrivestiler. Likevel er karakteristikken av juristen som et tradisjonens vesen, som søker seg til ord og konsepter han kjenner, interessant i møte med EU-retten. For også her kan juristen kjenne behovet for å plassere den fremmede retten i en av sine etablerte kategorier, og oversette uforståelig rett med ord han kjenner innholdet av.

⁴¹² Cao (2007) s. 23.

⁴¹³ Vinje (1995) s. 13.

7 Konklusjon

Vi har nå sett at vilkårene om «actual knowledge» og «awareness» i e-handelsdirektivet artikkel 14 innebærer en vurdering av hvilke handlingsalternativer nettverten får som følge av de opplysningene han har eller burde ha. Til grunn for vilkårene ligger en avveining av ulike interesser og rettigheter. Denne avveiningen har ført til et standpunkt om at nettvertene ikke på generelt grunnlag skal overvåke og kontrollere innholdet de lagrer. Ved gjennomføringen i norsk rett ble likevel den usikre direktivordlyden byttet ut med de nasjonalt innarbeidede begrepene «forsett» og «grov uaktsomhet». Bak disse begrepene ligger andre rettspolitiske begrunnelser. Ordlyden bidrar derfor til å usynliggjøre de særlige hensynene bak vilkårene om «actual knowledge» og «awareness». For det strafferettslige ansvaret vil et krav om forsett da også kunne føre til at nettverten holdes ansvarlig i større grad enn direktivet tillater.

Til tross for ordlyden vil bestemmelsen trolig måtte tolkes innskrenkende, slik at den oppfyller direktivets krav. Utformingen av gjennomføringsbestemmelsen medfører derfor ikke brudd på EØS-retten. I lys av uttalte formål for gjennomføringen var det derimot ikke hensiktsmessig å legge aktsomhetsgraden for erstatningsansvar til grov uaktsomhet, og dermed holde nettverten fri for ansvar i større grad enn direktivet krever.

Viktigst er likevel konsekvensene bruken av «forsett» har for gjennomføringsbestemmelsens evne til å veilede og informere leseren. Fastleggelsen av vilkårene i EU-retten vil fremdeles ha betydning for tolkningen av den norske gjennomføringsbestemmelsen. Fordi forsett har et kjent og innarbeidet meningsinnhold i norsk rett, gir det i liten grad signaler om å se til den bakenforliggende EU-retten. I tillegg fremstår det som en større overraskelse når termen får en noe annen forståelse i akkurat denne sammenhengen. Usikkerheten dette skaper blir ikke mindre problematisk av at vi er på strafferettens område.

Etter dette må problemstillingen, om bruken av «forsett» og «grov uaktsomhet» ved gjennomføringen av artikkel 14 oppfyller e-handelsdirektivets krav, visse uttalte nasjonale formål og målet om å veilede og informere leseren, delvis besvares benektende.

Gjennom å behandle den konkrete problemstillingen har en mer generell lovteknisk utfordring kommet til syne. Det er snakk om en ny type klarspråkproblem i møte med den autonome og dynamiske EU-retten. Dette kan kort oppsummeres slik: Innarbeidede juridiske begreper i norsk rett, som ellers ville oppfylt klarspråkidealet med presist og tilgjengelig meningsinnhold, fører til problemer på grunn av den bakenforliggende EØS-retten. Denne har fremdeles betydning for forståelsen av den nasjonale gjennomføringsbestemmelsen. I tillegg er innholdet i EØS-retten i en utvikling uavhengig av den nasjonale retten. Det kan derfor være problematisk å i stor grad tilstrebe tilpasning til nasjonal rett og presist meningsinnhold. I så fall

øker risikoen for feilaktig gjennomføring av EØS-retten, eller i hvert fall en ordlyd som skaper usikkerhet om rettstilstanden.

EØS-retten reiser ofte spørsmål knyttet til den nasjonale lovgiverens suverenitet. I oppgaven argumenteres det for en utforming av gjennomføringslovgivningen som i større grad viser tilbake til EU-retten og utviklingen der. Umiddelbart er det nærliggende å tenke at en slik tilnærming til gjennomføringen flytter makt fra den norske lovgiveren til EU. Her må det likevel bemerkes at den bakenforliggende EØS-retten uansett kommer inn ved tolkningen av bestemmelsen, og at ordlyden sjelden avskjærer en EØS-konform tolkning.⁴¹⁴ Å unngå en mer «EØS-vennlig» ordlyd virker derfor ikke å være riktig virkemiddel for å bevare den nasjonale lovgivers suverenitet.

I det store bildet har problemet også en side til fordelingen mellom den dømmende og lovgivende makt. Med en mer fleksibel og «EØS-vennlig» ordlyd, vil det nærmere meningsinnholdet måtte fastlegges av domstolene fremfor lovgiver, riktignok med hensyntaken til det rettskildematerialet som måtte foreligge i EU. Det er likevel ikke noe uvanlig eller nytt ved å bruke generelle og ubestemte ord for å gi rom for skjønnsmessige vurderinger i domstolene. Og når det på gjennomføringstidspunktet er usikkert hvilke forpliktelser direktivet medfører, er det kanskje domstolene som er best egnet til å fastlegge det nærmere innholdet av gjennomføringsbestemmelsene.

⁴¹⁴ Arnesen (2015a) s. 64–65 og 106. Fredriksen (2011) s. 73.

8 Kildeliste

8.1 Litteratur

- Andenæs (2016) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Angelopoulos (2016a) Angelopoulos, Christina. *European intermediary liability in copyright: A tort-based analysis*, Amsterdam: Faculty of Law, University of Amsterdam, 2016.
https://pure.uva.nl/ws/files/2738365/172299_Angelopoulos_thesis_complete.pdf [Sitert 27.12.2018].
- Angelopoulos (2016b) Angelopoulos, Christina og Stijn Smet. "Notice-and-fair-balance: How to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability", *Journal of Media Law* 8:2 (2016), s. 266–301,
<https://doi.org/10.1080/17577632.2016.1240957> [Sitert 18.12.2018].
- Arnesen (2015a) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Arnesen (2015b) Arnesen, Finn. «Om den babelske vending i norsk rett», *Lov og Rett* nr. 6 (2015), s. 344–362 (Sitert fra Idunn.no).
- Backer (2006) Backer, Inge Lorange. «Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre», *Jussens Venner* nr. 4 (2006), s. 248–266 (Sitert fra Idunn.no).
- Backer (2013a) Backer, Inge Lorange. *Loven: Hvordan blir den til?*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Backer (2013b) Backer, Inge Lorange. *Lov og lovgivning: Artikler og foredrag*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.

- Justisdepartementets lovavdeling (2000) Justisdepartementets lovavdeling. *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*. (2000),
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/jd/bro/2000/0003/ddd/pdfv/108138-lovteknikkboka.pdf> [Sisert 03.01.2019].
- Balstad (2002) Balstad, Just. «Digitale mellomledds ansvar for videreformidling av ytringer», *Complex 7* (2002), s. 4–109 (Sisert fra Lovdata.no).
- Bing (2008) Bing, Jon. *Ansvar for ytringer på nett: Særlig om formidlerens ansvar*, Oslo: Universitetsforlaget, 2008.
- Cao (2007) Cao, Deborah. *Translating law*, Clevedon: Multilingual Matters/Channel View Publications, 2007.
- Derlén (2009) Derlén, Mattias. *Multilingual interpretation of European Union law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.
- Dinwoodie (2017) Dinwoodie, Graeme B. «A comparative analysis of the secondary liability of online service providers», i *Secondary liability of internet service providers*, Graeme B. Dinwoodie (red.), Cham: Springer International Publishing, 2017, s. 1–72,
<https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-319-55030-5> [Sisert 07.01.2019].
- Direktoratet for forvaltning og IKT (2013) Direktoratet for forvaltning og IKT. *Kan lovspråk temmes? En undersøkelse om klart språk i lover og forskrifter*. (2013),
https://www.difi.no/sites/difino/files/difi-rapport-2013-1-kan-lovspraak-temmes_1.pdf [Sisert 04.10.2018].
- Direktoratet for forvaltning og IKT (2014) Direktoratet for forvaltning og IKT. *Et klarere lovspråk – kom i gang! Tips og inspirasjon til deg som skriver lover*. (2014),
<https://www.difi.no/sites/difino/files/et-klarere->

- [lovspraak-tips-og-inspirasjon-til-deg-som-skriver-lover_0.pdf](#) [Sisert 04.10.2018].
- DLA Piper (2009) DLA Piper. *EU study on the legal analysis of a Single Market for the information society: New rules for a new age? 6. Liability of online intermediaries.* (2009),
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/legal-analysis-single-market-information-society-smart-20070037> [Sisert 09.01.2019].
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Eskeland (2017) Eskeland, Ståle. *Strafferett*, 5. utgave ved Alf Petter Høgberg, Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2017.
- Fenger (2008) Fenger, Niels. «Gjennomførelse af direktiver og regler, der understøtter forordninger», i *Europæiseringen af dansk ret*, Birgitte Egelund Olsen og Karsten Engsig Sørensen (red.), København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2008, s. 199–224.
- Fleming (1992) Fleming, John G. *The law of torts*, 8. utgave, Sydney: The Law Book Company Limited, 1992.
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Halvard Haukeland. *EU/EØS-rett i norske domstoler.* (2011),
<http://www.europautredningen.no/wp-content/uploads/2011/04/Rap3-domstoler.pdf> [Sisert 10.01.2019].
- Frosio (2016) Frosio, Giancarlo F. «From horizontal to vertical: An intermediary liability earthquake in Europe», *Journal of Intellectual Property Law & Practice* nr. 7 (2016), s. 565–575,
<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpx061> [Sisert 09.01.2019].
- Frosio (2017) Frosio, Giancarlo F. «Reforming intermediary lia-

- bility in the platform economy: A European digital single market strategy», *Northwestern University Law Review* 122 (2017), s. 19–46, <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/reforming-intermediary-liability-platform-economy-european-digital-single-market> [Sitert 09.01.2019].
- Gisle (2017) Gisle, Jon. *Jusleksikon*, 5. utgave, Oslo: Kunnskapsforlaget, 2017.
- Guadamuz (2014) Guadamuz, Andrés. «Developments in intermediary liability», i *Research handbook on EU internet law*, Andrej Savin and Jan Trzaskowski (red.), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, s. 312–336, <https://www.elgaronline.com/view/9781782544166.00023.xml> [Sitert 07.01.2019].
- Gubba (1995) Gubba, Wilhelm. *Rechtswörterbuch Deutsch-Dänisch*, København: G.E.C Gads Forlag, 1995.
- Gunnarsson (1982) Gunnarsson, Britt-Louise. *Lagtexters begriplighet*, Lund: LiberFörlag, 1982.
- Hagstrøm (2015) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik. *Erstatningsrett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Høgberg (2015) Høgberg, Alf Petter. *I språkets bilde: Elementære logiske emner i juridisk kontekst*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Høidahl (2017) Høidahl, Henrik. *Lovspråksundersøkelse i departementene: Gjennomført for Difi*. (2017), https://www.difi.no/sites/difino/files/rapport_difi_klart_lovsprak_status_2017.pdf [Sitert 02.10.2018].
- Jørgensen (1976) Jørgensen, Stig og Jørgen Nørgaard. *Erstatningsret*, København: Juristforbundets forlag, 1976.
- Kempas (2017) Kempas Tobias. «Upphovsrättslig övervakningsplikt för mellanhänder - Ett dåligt förslag i kampen

- mot 'värdegapet' på den digitala inre marknaden», *Ny Juridik* 1:17 (2017), s. 59–78 (Sitert fra Karnov Sverige).
- Kimble (1994–1995) Kimble, Joseph. «Answering the critics of plain language», *The Scribes Journal of Legal Writing* 5 (1994–1995), s. 51–85 (Sitert fra HeinOnline.org).
- Kolflaath (2004a) Kolflaath, Eivind. «Flertydige lovtekster», *Lov og Rett* nr. 7–8 (2004), s. 464–473 (Sitert fra Idunn.no).
- Kolflaath (2004b) Kolflaath, Eivind. *Språk og argumentasjon: Med eksempler fra juss*, Bergen: Fagbokforlaget, 2004.
- Kruse (1989) Kruse, A. Vinding. *Erstatningsretten*, 5. utgave under medvirken af Jens Møller, København: Jurist- og økonomiforbundets forlag, 1989.
- Lind (2013) Lind, Åge. *Engelsk-norsk juridisk ordbok: Sivil- og strafferett*, 3. utgave, Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2013.
- Lindblom (2012) Lindblom, Ingalill. «Om lagspråk och flerspråkighet: Om de svårigheter som olika juridiska system och de många olika språken i EU innebär för översättningsarbetet», *Klart språk i Norden* (2012), s. 63–76, <https://tidsskrift.dk/index.php/ksn/issue/archive> [Sitert 06.01.2019].
- Lingua (1997) Lingua. *Fransk-norsk/norsk-fransk ordbok*, 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- Mæland (2012) Mæland, Henry John. *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen: Justian, 2012.
- Nielsen (2011) Nielsen, Ruth og Søren Sandfeld Jakobsen. *E-handelsret*, 3. utgave, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2011.
- Nicander (2012) Nicander, Hans. «Upphovsrätten och medverkansansvaret i en digital miljö», *Svensk Juristtidning (SvJT)* (2012), s. 258–270 (Sitert fra Karnov Sverige).
- Næss (1975) Næss, Arne. *En del elementære logiske emner*, 11. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 1975.
- Paunio (2013) Paunio, Elina. *Legal certainty in multilingual EU law: Language, discourse and reasoning at the Eu-*

- European Court of Justice*, Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2013.
- Penman (1993) Penman, Robyn. «Unspeakable acts and other deeds: A critique of plain legal language», *Information Design Journal* 7:2 (1993), s. 121–131 (Sitert fra John Benjamins e-Platform).
- Piris (2005) Piris, Jean-Claude. «The legal orders of the European Community and of the Member States: Peculiarities and influences in drafting», *Amicus Curiae* 58 (2005), s. 21–28, <http://journals.sas.ac.uk/amicus/issue/view/211/showToc> [Sitert 04.01.2019].
- Pommer (2012) Pommer, Sieglinde E. «Interpreting multilingual EU law: What role for legal translation?», *European Review of Private Law* 5&6 (2012), s. 1241–1254 (Sitert fra HeinOnline.org).
- Riis-Johannessen (2012) Riis-Johannessen, Inger. «Språket i regelverk – hva er god jus og hva er bare dårlig språk?», *Klart språk i Norden* nr. 13 (6) (2012), s. 77–90, <http://ojs.statsbiblioteket.dk/index.php/ksn/issue/archive> [Sitert 03.01.2019].
- Robinson (2014) Robinson, William. «Making EU legislation clearer», *European Journal of Law Reform* 16 (2014), s. 610–632 (Sitert fra HeinOnline.org).
- Schellekens (2011) Schellekens, Maurice. «Liability of internet intermediaries: A slippery slope?», *SCRIPTed* 8(2) (2011), s. 154–174, https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1359777/Schellekens_Liabilities_of_internet_intermediaries_full_text_with_url_no_permission.pdf [Sitert 07.01.2019].
- Simonnæs (1994) Simonnæs, Ingrid. *Norsk-tysk juridisk ordbok*, Bergen: Fagbokforlaget, 1994.
- Språkrådet (udatert a) Språkrådet. *Prosjektet «Klart lovspråk»*. (Udatert), <https://www.sprakradet.no/Klarsprak/om-klarsprak/om-oss/klart-lovsprak/> [Sitert 03.10.2018].
- Språkrådet (udatert b) Språkrådet. *Ver klar*. (Udatert),

<https://www.sprakradet.no/Klarsprak/skrivehjelp/Skriverad/var-klar/> [Sisert 02.10.2018].

Stalla-Bourdillon (2011)

Stalla-Bourdillon, Sophie. «Uniformity v. diversity of internet intermediaries' liability regime: Where does the ECJ stand?», *Journal of International Commercial Law and Technology* 6(1) (2011), s. 51–61 (Sisert fra HeinOnline.org).

Statsministerens kontor (2001)

Statsministerens kontor. *Om departementenes arbeid med EØS-saker.* (2001),
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/smk/bro/2002/0001/ddd/pdfv/146282-eos-saker.pdf> [Sisert 09.01.2019].

Udsen (2016)

Udsen. *IT-ret*, 3. utgave, København: Ex Tuto, 2016.

Van Eecke (2011)

Van Eecke, Patrick. «Online service providers and liability: A plea for a balanced approach», *Common Market Law Review* 48 (2011), s. 1455–1502 (Sisert fra HeinOnline.org).

Van Meerbeeck (2016)

Van Meerbeeck, Jérémie. «The principle of legal certainty in the case-law of the European Court of Justice: From certainty to trust», *European Law Review* 41(2) (2016), s. 275–288 (Sisert fra Westlaw UK).

Vatn (2015)

Vatn, Gunhild Åm, Pia Farstad Eriksen og Henning Fjørtoft (red.)/NTNU Institutt for språk og litteratur. *Klart lovspråk? Juridiske tekster i et virksomhetsperspektiv.* (2015),
[https://www.difi.no/sites/difino/files/ntnu-
rap-
port_om_lovtekster_i_et_virksomhetsperspektiv_2015_pdf.pdf](https://www.difi.no/sites/difino/files/ntnu-rapport_om_lovtekster_i_et_virksomhetsperspektiv_2015_pdf.pdf) [Sisert 02.10.2018].

Vinje (1995)

Vinje, Finn-Erik. *Lovlig språk: Om språk og stil i lover og annet regelverk*, 2. utgave, Oslo: Justisde-

partementet, 1995.
<https://www.nb.no/items/44eebc1e9e4449551e9bc84f2e9ac85d?page=4&searchText=vinje,%20finn-erik%20lovlig%20spr%C3%A5k> [Sitert 10.01.2019].

Ågren (2018)

Ågren, Jack. *Brott och straff: En grundbok i straff-
frätt*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2018.

8.2 Norske rettskilder

2003

Lov 23. mai 2003 nr. 35 lov om visse sider av elek-
tronisk handel og andre informasjonssamfunnstje-
nester (ehandelsloven).

2005

Lov 20. mai 2005 nr. 28 Lov om straff (straffelo-
ven).

NOU 1999: 26

Konvergens. Sammensmelting av tele-, data- og
mediesektorene.

NOU 1999: 27 vedlegg nr. 2

«Ytringsfrihed bør finde Sted» Forslag til ny Grunn-
lov § 100. Del II – Norges internasjonale forpliktel-
ser på ytringsfrihetens område.

NOU 2012: 2

Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU.

Ot.prp. nr. 4 (2003–2004)

Om lov om endringer i lov om visse sider av elek-
tronisk handel og andre informasjonssamfunnstje-
nester (ehandelsloven).

Innst.O. nr. 46 (2003–2004)

Innstilling frå næringskomiteen om lov om endring-
er i lov om visse sider av elektronisk handel og
andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelslo-
ven).

RG 2003 s. 1268.

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2008 s. 1342

8.3 Internasjonale rettskilder

8.3.1 Traktater og direktiver

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992.

Dir 2000/31/EC

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 [Directive on electronic commerce].

TEU

Consolidated version of the Treaty on European Union 2016 (EUT 2016/C 202/01)

8.3.2 Forarbeider, rapporter og anbefalinger

1998/0325(COD) a

Summary of legislative proposal, 18. november 1998.

<https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=63961&t=e&l=en> [Sitert 08.01.2019].

COM (1998) 586 final

Proposal for a European Parliament and Council directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, 18. november 1998.

<http://aei.pitt.edu/13258/1/13258.pdf> [Sitert 07.01.2019].

1998/0325(COD) b

Text adopted by Parliament, 2nd reading, summary, 04. mai 2000.

<https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=77503&t=e&l=en> [Sitert 25.10.2018].

COM (2016) 593 final

Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single

Market, 14. september 2016.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-con-tent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=SV> [Sitert 17.12.2018].

A4-0248/1999

Report on the proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, 23. april 1999.
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?typ e=REPORT&mode=XML&reference=A4-1999-248&language=EN> [Sitert 07.01.2019].

UN Human Rights Council A/HRC/17/27
(2011)

The UN Human Rights Council. (2011) Report of the Special Rapporteur on the promotion and protec-tion of the right to freedom of opinion and expres-sion, Frank La Rue, 16. mai 2011.
https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/do cs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf [Sitert 07.01.2019].

SWD (2016) 301 final

Commission staff working document impact as-sessment on the modernisation of EU copyright rules, 14. september 2016.
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules> [09.01.2019].

C (2018) 1177 final

Commission recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online.
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online> [Sitert 07.11.2018].

8.3.3 Rettspraksis

Den Europeiske menneskerettighetsdomstol/EMD

Axel Springer v. Germany

Case of Axel Springer AG v. Germany, application

	no. 39954/08, 7.02.2012.
Von Hannover v. Germany	Case of Von Hannover v. Germany (No. 2), Applications nos. 40660/08 and 60641/08, 7.02.2012.
Delfi v. Estonia	Case of Delfi AS v. Estonia, application no. 64569/09, 16.05.2015.
Egyesülete and Index.Hu v. Hungary	Case of Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, application no. 22947/13, 2.02.2016.
<i>EU-domstolen</i>	
Case 80/76 North Kerry Milk Products Ltd v. Minister for Agriculture and Fisheries	ECLI:EU:C:1977:39
Case 283/81 CILFIT v. Ministry of health	ECLI:EU:C:1982:335.
Case C-131/88 Commission v. Germany	ECLI:EU:C:1991:87.
Case C-103/01 Commission v. Germany	ECLI:EU:C:2003:301
Case C-1/02 Privat-Molkerei Borgmann v. Hauptzollamt Dortmund	ECLI:EU:C:2004:202
Case C-110/03 Belgium v. Commission	ECLI:EU:C:2005:223
Joined cases T-22/02 and T-23/02 Sumitomo chemical and Sumika fine chemicals v. Commission	ECLI:EU:T:2005:349
Case C-275/06 Promusicae v. Telefónica de España	ECLI:EU:C:2008:54
Case C-201/08 Plantanol v. Hauptzollamt Darmstadt	ECLI:EU:C:2009:539
Joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton	ECLI:EU:C:2010:159

Malletier and others

Case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay	ECLI:EU:C:2011:474
Case C-70/10 Scarlet Extended v. SABAM	ECLI:EU:C:2011:771
Case C-360/10 SABAM v. Netlog	ECLI:EU:C:2012:85
Case C-291/13 Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia and others	ECLI:EU:C:2014:2209
Case C-484/14 Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment	ECLI:EU:C:2016:689
Case C-521/17 Coöperatieve Vereniging SNB-REACT v. Deepak Mehta	ECLI:EU:C:2018:639
Case C-18/18 Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook	OJ C 104, 19.3.2018, s. 21–21

Avgjørelser fra Generaladvokaten

Opinion of Advocate General Poiares Maduro in joined cases C-236/08 to C-238/08 Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier and others	ECLI:EU:C:2009:569
Opinion of Advocate General Jääskinen in case C-324/09 L'Oréal and Others v. eBay	ECLI:EU:C:2010:757
Opinion of Advocate General Szpunar in case C-484/14 Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment	ECLI:EU:C:2016:170
Opinion of Advocate General Szpunar in case C-610/15 Stichting Brein v Ziggo and XS4All Internet	ECLI:EU:C:2017:99

8.4 Utenlandske rettskilder

Prop. 2001/02:150

Lag om elektronisk handel och andra informations-
samhällets tjänster, m.m.

LFF 2002–01–29 nr. 61

Forslag til lov om tjenester i informationssamfundet,
herunder visse aspekter af elektronisk handel.
Fremsat den 29. januar 2002 af økonomi- og er-
hvervsministeren (Bendt Bendtsen).

Lag om elektronisk handel och andra infor-
mationssamhällets tjänster

Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra
informationssamhällets tjänster. [Sverige].

E-handelsloven

Lov 2002-04-22 nr. 227 om tjenester i informations-
samfundet herunder visse aspekter af elektronisk
handel. (E-handelsloven) [Danmark].

RH 2013:27