



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Nettverters ansvar for ulovlig innhold

Særlig om kunnskapskravet etter artikkel 14 i Ehandelsdirektivet

John E. Nilsen

Liten masteroppgave i studieprogram Rettsvitenskap høst 2018



Innholdsfortegnelse

| | |
|---|----|
| Nettverters ansvar for ulovlig innhold | 1 |
| Nettverters ansvar for ulovlig innhold | 1 |
| 1 Innledning | 1 |
| 1.1 Problemstilling | 1 |
| 1.2 Aktualitet | 1 |
| 1.3 Begreps- og språkbruk | 3 |
| 1.3.1 Begrep | 3 |
| 1.3.2 Språk | 4 |
| 1.4 Veien videre | 4 |
| 2 Rettslige utgangspunkter | 5 |
| 2.1 Direktiv | 5 |
| 2.1.1 Nærmere om ehandelsdirektivet | 5 |
| 2.2 Den europeiske unions domstol | 7 |
| 2.2.1 Generaladvokat | 7 |
| 2.2.2 Rapporter/uttalelser | 7 |
| 2.3 Nasjonal lovgivning – Harmonisering | 8 |
| 3 Overordnet om Ehandelsdirektivet artikkel 14 | 8 |
| 3.1.1 Hva er ansvarsfrihet? | 9 |
| 3.2 «Information society service» | 9 |
| 3.3 Nærmere om «hosting» | 10 |
| 3.3.1 «Storage of information» | 10 |
| 3.3.2 Tjenestemottakeren | 11 |
| 3.4 Påbud om å fjerne/blokkere innhold. | 12 |
| 3.4.1 Forholdet mellom første- og tredje ledd i artikkel 14 | 12 |
| 3.5 Oppsummering | 16 |
| 4 Nettvertens kunnskap | 17 |
| 4.1 «Actual knowledge of illegal activity or information» | 19 |

| | | |
|-------|---|----|
| 4.1.1 | Hva innebærer dette? | 19 |
| 4.1.2 | Hva regnes som faktisk kunnskap om ulovlig innhold? | 19 |
| 4.2 | «Aware of facts or circumstances from which the illegality is apparent» | 26 |
| 4.2.1 | Hva innebærer dette? | 26 |
| 4.2.2 | Hva kan kreves av nettvertens kunnskap rundt omstendighetene? | 27 |
| 4.3 | Oppsummering | 32 |
| 5 | Forholdet mellom EU- og norsk rett | 34 |
| 5.1 | Oversikt | 34 |
| 5.2 | Ehandelsloven § 18 | 34 |
| 5.2.1 | Straffeansvaret etter ehandelsloven § 18 (1) litra a) | 35 |
| 5.2.2 | Erstatningsansvar etter ehandelsloven § 18 (1) litra b) | 38 |
| 5.3 | Oppsummering | 39 |
| 6 | Betraktninger - Hvordan er nåværende praksis? | 41 |
| | Kildeliste | 43 |

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Oppgaven omhandler nettverters ansvar for ulovlig innhold. Hovedproblemstillingen er hvordan kunnskapskravet i ehandelsdirektivet artikkel 14 skal fortolkes.

Nettverter er en gruppe tjenesteytere som leverer informasjonssamfunnstjenester. Tjenesten denne gruppen leverer er knyttet til å lagre innhold lastet opp av tjenestemottakerne på nettvertens plattform, jf. Ehandelsdirektivets artikkel 14.

Etter artikkel 14 holdes ikke nettverter ansvarlig for informasjon som lagres etter anmodning fra en tjenestemottaker, forutsatt at to sentrale vilkår er oppfylte. Det første vilkåret er at tjenesteyteren ikke har kunnskap om det ulovlige innholdet. Det andre vilkåret er knyttet til at så fort nettverten får kunnskap om det ulovlige innholdet, blir dette innholdet fjernet eller tilgangen blir sperret. Oppgaven vil ha hovedfokus på nettvertens kunnskap og vil ikke behandle fjerning av det ulovlige innholdet med unntak av hvor dette er nødvendig for å belyse ansvaret.

1.2 Aktualitet

Den europeiske unionen har en lang historie for å legge til rette for elektronisk handel. Mer enn 20 år har unionen brukt på å utvikle et sterkt og et nokså samstemt regelverk for slik handel.¹ Bakgrunnen for dette arbeidet er at unionen søker å bringe medlemstatene og deres folk nærmere hverandre for å skape økonomisk og sosial utvikling.² Utviklingen av elektronisk handel, eller ehandel som ofte brukes, har tilført et betydelig antall jobber i unionen og stimulerer økonomisk vekst samt investeringsmulighetene i innovasjon for europeiske selskap.³ Størsteparten av all ehandel foregår i dag på internett. Internett er et stort nettverk av mindre nettverk designet for å formidle og bære informasjon og innhold.⁴ Denne

¹ *Lodder/Murray, 2017*, s.1 avsnitt 1.01

² 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 forale avsnitt (1), heretter ehandelsdirektivet.

³ *Ibid.* forale avsnitt (2)

⁴ <https://snl.no/internett> - sitert 10/12-18

informasjonen formidles og lagres av ulike tjenesteytere som leverer såkalte informasjonssamfunnstjenester.⁵

Begrepet informasjonssamfunnstjenester omfatter et stort spenn av ulike tjenester som anses å være avgjørende for videre vekst av det europeiske samfunnet og europeisk økonomi. Spesielt i de to siste tiårene har vi sett utviklingen av en rekke slike tjenester som tilbyr brukergenerert innhold, eksempelvis Google, Youtube og Facebook, samt mer tradisjonell handel gjennom internett. Disse tjenestene anses som en essensiell del av den moderne handel, det sosiale liv og formidling av informasjon.

Sammen med den raske utviklingen av informasjonssamfunnstjenester har det vokst frem en rekke nye rettslige utfordringer. Disse utfordringene knytter seg til hvilket ansvar leverandørene av slike tjenester skal ha for ulovlig virksomhet på deres tjenester. I et samfunn som opererer med web 2.0, der hvem som helst kan produsere informasjon og legge dette ut på internett, vil dette kunne medføre at et stort antall ulovlig og skadende informasjon blir lastet opp.⁶

I praksis innebærer dette at aktivitet på internett kan ha virkning for en i det daglige livet. En voksende del av hverdagen foregår på internett og i 2018 er mange av samfunnets medlemmer synlige på nett. Om det være seg via Facebook eller Instagram deles mer og mer på nett. Profilen den enkelte har på nett er heller ikke lenger forbeholdt kun internett. Det er ikke utenkelig at en arbeidsgiver vil søke opp en potensiell arbeidstakers aktivitet på internett for å avgjøre hvorvidt vedkommende er rett person for jobben. Arbeidsgiveren kan da finne at søkeren har ytret seg hatefullt på nett. Eller arbeidsgiveren kan finne informasjon lagt frem av andre, som kan være usant. Det arbeidsgiveren finner vil være med på å farge arbeidsgivers syn på vedkommende, og kan være avgjørende for hvorvidt vedkommende får jobb eller ikke. Utenfor en arbeidssøker situasjon kan usann informasjon som ligger på nett ha negativ effekt for den enkelte i den forstand at vedkommende kan bli stemplet av samfunnet på en negativ måte. Et eksempel på hvordan internett kan ha innvirkning på dagliglivet er hvor en bruker laster opp innhold som har et opphavsrettslig vern uten samtykke fra opphavsmannen. Dette vil ha negative økonomiske virkninger for opphavsmannen ettersom vedkommende ikke vil få vederlaget vedkommende har krav på.

⁵ Edwards/Waelde, 2009, s. 47

⁶ Yannopoulos 2017, s.43

Å skulle klarlegge nettverters ansvar for informasjon som lastes opp vil derfor ha betydning for enkeltpersoner. Det er dermed av avgjørende betydning for å klarlegge nettvertens ansvar for informasjonen som lastes opp.⁷ I forlengelsen har det også bydd på problemer med å klassifisere nye tjenester under etablerte rettslige kategorier som formidlere, tjenester som mellomlagerer og nettverter.⁸ Utviklingen av tjenester har også ført med seg en dramatisk økning av regelverk på området, noe som har medført til en økning i forpliktelsene og ansvaret som skal ligge på tjenesteyterne.⁹ Internett og dets tjenester utvikler seg i en forrykende fart. Det skjer fremskritt over hele verden. En prosess om å gi lover og å regulere disse tar tid. Det er derfor vanskelig å skulle være foran problemstillingene som stilles, samt også å skulle se hva slags konsekvenser det kan ha for den enkelte. Det er således klart at temaet er svært aktuelt.

1.3 Begreps- og språkbruk

1.3.1 Begrep

1.3.1.1 Informasjonssamfunnstjenester

Begrepet «information society service» brukes gjennomgående i ehandelsdirektivet og er oversatt direkte til informasjonssamfunnstjeneste. Nærmere fortolkning av begrepet kommer i pkt. 2.1.1.

1.3.1.2 Tjenesteytere

Et annet begrep som anvendes gjennomgående i ehandelsdirektivet er «service providers» og er oversatt direkte «tjenesteytere». Begrepet benyttes om de som leverer en informasjonssamfunnstjeneste. Eksempler på dette kan være internettleverandører som Telenor, nettbutikker som Amazon, og plattformer for sosiale medier som Facebook.

Begrepet «nettvert» er en underkategori av den mer overordnede kategorien «tjenesteytere». Dette begrepet finnes ikke i direktivets ordlyd, men er lånt fra de norske forarbeidene til ehandelsloven¹⁰. I direktivet er en nettvert definert som «*an information society service is*

⁷ Yannopoulos 2017, s.43

⁸ Ehandelsdirektivet - artikkel 14

⁹ Yannopoulos 2017, s.46

¹⁰ Ot.prp.nr. 31 (2002-2003) – pkt. 6.2.3

provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service»¹¹. Dette kan for eksempel være Googles Google Drive-tjeneste eller YouTube, hvor brukere av tjenesten kan lagre informasjon (datafiler, videoer m.fl.) på Googles servere¹². Ettersom tjenesten «nettverten» leverer innebærer å være «vertskap» for informasjon som lagres på bestilling av tjenestemottaker, innebærer det at begrepet «nettvert» er et treffende begrep å anvende gjennomgående i oppgaven. Begrepet er også brukt gjennomgående i norske lovforarbeider.¹³

1.3.1.3 Tjenestemottaker

For å vurdere om en nettvert kan gå fri for ansvar må informasjonen lastes opp av en «tjenestemottaker». Begrepet må oversettes til den som mottar tjenesten. Den som mottar tjenesten knyttet til at vedkommende har bestilt tjenesten eller oppsøkt denne. Dette knytter seg opp til individet som benytter seg av en tjeneste.

1.3.2 Språk

Oppgaven er i all hovedsak på norsk. Likevel er majoriteten av kildene skrevet på engelsk, som et av flere offisielle språk i EU. Oppgaven bruker derfor de engelske versjonene av kildene og oversette disse der dette er nødvendig.

1.4 Veien videre

I punkt 2 gis det først en kort oversikt over sentrale juridiske rettskilder som legger grunnlaget for den videre drøftelsen av kunnskapskravet. Deretter presenteres inngangsvilkårene for å anvende ehandelsdirektivet artikkel 14 og forbudet mot pålegg til aktiv undersøkelse under punkt 3. Dette drøftes særskilt fordi det stilles enkelte vilkår for å ilegge en nettvert ansvar.

Under punkt 4 behandles kunnskapen nettvert må inneha for å ilegges ansvar. I dette punktet blir kunnskapskravene behandlet separat og under de overordnede punktene blir det behandlet hva kravet innebærer, for så behandles hvordan det har blitt fortolket, herunder hvilke momenter vil spille inn i vurderingen.

¹¹ Ehandelsdirektivet – artikkel 14 (1)

¹² Ibid. – artikkel 14 (1)

¹³ Ot.prp.nr. 31 (2002-2003) og Ot.prp.nr. 4 (2003-2004)

Avslutningsvis, under punkt 5, behandles de norske reglene for å ilegge nettverter ansvar i tillegg til en sammenligning av direktivet og de norske reglene. Dette blir etterfulgt av enkelte betraktninger av hvordan nåværende praksis er i vurdering av en nettvirts ansvar i punkt 6.

2 Rettslige utgangspunkter

Da EU-rettens regler om nettvirts ansvar er hovedtema for oppgaven, vil enkelte kilder fra EU-retten kort behandles i det følgende. Forholdet mellom EU-retten og norsk rett behandles individuelt under punkt 5.

2.1 Direktiv

2.1.1 Nærmere om ehandelsdirektivet

I direktivets fortale avsnitt (10) uttales det:

«In accordance with the principle of proportionality, the measures provided for in this Directive are strictly limited to the minimum needed to achieve the objective of the proper functioning of the internal market»

Det følger av nevnte fortale at ehandelsdirektivet er et minimumsdirektiv. Dette betyr at direktivet pålegger medlemsstatene visse minimums rettigheter de må sørge for å gjennomføre, men søker ikke å harmonisere rettstilstanden i medlemsstatene. Direktivet overlater også til statene å selv velge hvordan implementeringen skal skje. Dette gir den enkelte stat et visst spillerom på nasjonalt nivå. Ved implementering så sikres like minimumsvilkår som regulerer ehandel gjennom hele den europeiske unionen med et fleksibelt regelverk for den enkelte stat.¹⁴

Gjennomgående i direktivet er begrepet «*information society service*» benyttet. Dette begrepet er et inngangsvilkår for å anslå om typen tjeneste en står ovenfor vil falle inn under direktivets anvendelsesområde.

Med «*information society service*» skal forstås alle tjenester i bytte mot betaling, levert på avstand gjennom elektronisk utstyr for prosessering, lagring av data og som følger av

¹⁴ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (3) og (5)

bestilling fra en tjenestemottaker.¹⁵ Eksempler på slike er søkemotorer som Google og nettbutikker som Amazon. I utgangspunktet vil dermed sosiale mediatjenester som Facebook falle utenfor ovennevnte definisjon ettersom det ikke skjer et bytte av tjeneste mot betaling, det samme vil gjelde for nettaviser. Det følger imidlertid av fortalen at tjenester som ikke er betalbare likevel faller innenfor definisjonen dersom det foreligger en økonomisk aktivitet.¹⁶ Det må presiseres at selv om det i tilfeller som nettaviser ikke foreligger en direkte motytelse fra tjenestemottaker så er tjenesten å regne som en «*information society service*» med bakgrunn i at det foreligger en økonomisk aktivitet, herunder at den generer inntekt gjennom reklame.¹⁷

2.1.1.1 Hensyn

Hensynet bak direktivet er at det skal være fri flyt av varer og tjenester på tvers av landegrensene til medlemsstater. Denne frie flyten begrunnes i å fremme økonomisk og sosial vekst, herunder «*to ensure economic and social progress*».¹⁸

Et annet hensyn som gjør seg gjeldende er at ehandel og dermed tjenesteytere utgjør et stort marked. Ved å regulere markedet kan dette være arbeidsfremmende, stimulere økonomisk vekst samt konkurranse.¹⁹

Sett i lys av fortalen²⁰ så er hensikten med direktivet å skape fri flyt av elektroniske tjenester på tvers av landegrensene. Ved å delvis harmonisere regulering av ansvar og ansvarsfrihet for slike tjenester fremmes økonomisk og sosial vekst for medlemsstatene i EU da tjenesteytere har samme rettigheter på tvers av landegrensene.

¹⁵ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (17)

¹⁶ Ibid. Avsnitt (18)

¹⁷ C-291/13 *Papasavvas* Avsnitt (28)

¹⁸ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (1)

¹⁹ Ibid, - fortale avsnitt (2)

²⁰ I 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 – fortale avsnitt (8)

2.2 Den europeiske unions domstol

En viktig kilde som vil bli brukt omfattende i denne oppgave, er den domstolskapte praksisen fra den europeiske domstolen, heretter forkortet til EU-domstolen. I tillegg brukes uttalelser fra generaladvokaten hvor dette er relevant for oppgaven.

Domstolen har som funksjon å påse at medlemstatenes fortolkning av direktivene er i henhold til gjeldende rett. I praksis skjer dette i tilfeller hvor direktivene ikke er tilstrekkelig klare og det foreligger et behov for klargjøring samt fortolkning.²¹ Foruten å tolke direktiv samt andre kilder for å komme fram til en avgjørelse, lener domstolen seg på egne tidligere avgjørelser for å opprettholde en homogenitet i forståelsen av regelverket.²² Det er likevel slik at den ikke er bundet av tidligere avgjørelser og kan fravike disse da de ikke er rettskraftige for andre enn involverte parter.²³

2.2.1 Generaladvokat

Generaladvokatens rolle er å bistå Den europeiske domstolen gjennom å gi hans anbefaling til domstolen.²⁴ Anbefalingen består av en presentasjon av alt relevant faktum, tvisten og hans egen anmodning om det beste resultatet for avgjørelsen. Det er imidlertid sikker praksis at generaladvokatens anbefaling ikke binder domstolen²⁵, men det er flere tilfeller hvor anmodningen blir fulgt.

2.2.2 Rapporter/uttalelser

For å oppnå et mer helhetlig bilde kreves sekundære rettskilder. Disse sekundære rettskildene omtales gjerne som uttalelser fra kommisjonen og andre organer innenfor EU-retten.

Det følger av EU-traktaten²⁶ at «*rekommandasjoner og uttalelser skal ikke være bindende*». Dermed trenger ikke disse å bli fulgt men kan ha en viss relevans for å avklare rettsstillingen og et eventuelt behov for å endre denne.

²¹ TEUF artikkel 267

²² Se C-324/09 *Ebay* avsnitt (113) hvor fortolkningen blir videreført etter C-236/08 til C-238/08 *Google* avsnitt (114) og (120)

²³ Fredriksen/Mathisen, 2014, s. 238 flg.

²⁴ STATUTE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION – artikkel 20

²⁵ Ibid. – artikkel 20 (4)

²⁶ TEUF artikkel 288(5)

I oppgaven benyttes noen rapporter for å beskrive faktiske og rettslige forhold tilknyttet ehandelsdirektivet utarbeidet av kommisjonen.

2.3 Nasjonal lovgivning – Harmonisering

I Norge er direktivet implementert gjennom ehandelsloven.

Loven, på lik linje med direktivet, har til hensikt å regulere de ulike rettslige aspekter ved elektronisk handel og informasjonstjenester i det indre marked²⁷. Slik redegjort i pkt. 2.1.1 så er ehandelsdirektivet et minimumsdirektiv og presiserer minimumsvilkår. Den nærmere implementeringen overlates til staten selv.

3 Overordnet om Ehandelsdirektivet artikkel 14

Ansvarer som kan ilegges informasjonssamfunnstjenester reguleres av artikkel 12 til 15 i ehandelsdirektivet. I de nevnte bestemmelsene reguleres de forskjellige typene av tjenester, herunder formidling, mellomlagring og nettværter. Bestemmelsen som er gjenstand for oppgaven er ehandelsdirektivets artikkel 14.

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

²⁷ Ot.prp.nr. 31 (2002-2003) – pkt. 1

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

[...]

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.»

Bestemmelsen gjelder for nettverter. Dette blir begrunnet i at det er tale om en «*information society service [...] that consist of the storage of the information provided by a recipient*». Det følger videre av ordlyden at ansvarsfriheten knytter seg opp kun til informasjonen som lagres av tjenestemottaker. Formuleringen som er benyttet i bestemmelsen forutsetter at tjenesten det er tale om er levert av en nettvært og at tjenesten som leveres innebærer lagring av informasjon fra tjenestemottaker. Disse er å regne som inngangsvilkårene for å vurdere om nettverten kan gå ansvarsfri. Dersom ovennevnte vilkår er oppfylt så blir spørsmålet videre om nettverten hadde «*actual knowledge*» om det angivelige «*illegal activity or information*», jf. Art. 14 a) i ehandelsdirektivet. Vurderingen av «*actual knowledge*» vil bli behandlet i punkt 4.

3.1.1 Hva er ansvarsfrihet?

Bestemmelsen i artikkel 14 oppstiller et ansvarsfritak for nettverter dersom de oppfyller vilkårene i bokstav a) og b). Bestemmelsen er å forstå som et omvendt kunnskapskrav. Dette innebærer at tjenesteyteren må mangle kunnskap for hvorvidt innholdet på dens plattform er av ulovlig karakter. Dersom dette er tilfellet kan nettverten gå fri for ansvar. Dersom nettverten innehar kunnskap må vedkommende fjerne det ulovlige innholdet for å gå fri for ansvar, jf. artikkel 14 bokstav b).

3.2 «Information society service»

Slik som redegjort i pkt. 2.1.1. så kreves det at tjenesten som leveres er å regne som en «*information society service*» for at artikkel 14 skal få anvendelse.

3.3 Nærmere om «hosting»

Det følger av ehandelsdirektivets artikkel 14 at «*hosting*» er en informasjonssamfunnstjeneste levert av en tjenesteyter. For å presisere så er det tale om en nettvært. Tjenesten nettværter leverer innebærer å lagre informasjon lastet opp av tjenestemottakeren.²⁸

Hva som nærmere menes med begrepet er ikke definert i artikkelen, men et bredt spekter med tjenester vil falle inn under begrepet. Det oppstilles som vilkår at det lagres informasjon på forespørsel fra tjenestemottaker. Dermed må det antas at dersom en tjeneste skal regnes som nettvært må vedkommende tjeneste lagre informasjon på forespørsel fra tjenestemottaker. Denne informasjonen må også lagres på en mer permanent måte.²⁹ Dette blir behandlet i det følgende.

3.3.1 «Storage of information»

Ansvarsfriheten etter artikkel 14 gjelder kun for nettværter som tilbyr lagring av informasjon levert av tjenestemottaker. Hva «*storage of information*» innebærer er ikke nærmere definert i artikkelens ordlyd. Det er likevel nærliggende å tenke seg til at informasjon av forskjellig karakter lastes opp på plattformen til nettværten og lagres over tid på denne. Et eksempel på dette vil være skyteknologien hvor brukere kan laste opp informasjon, eksempelvis bilder, til oppbevaring hos nettvært.

Et spørsmål i det følgende er om det stilles noen krav for hva som vil falle inn under begrepet «*storage of information*». Og i forlengelsen om det stilles krav til type informasjon lagret.

Det følger av Google-saken at med «*storage of information*» menes «*holds in memory on its server, certain data[...]*».³⁰ Med dette menes at forutsetningen for å falle inn under begrepet er at informasjonen blir lagret i minnet på serveren til informasjonssamfunnstjenesten.

Begrepet blir ikke ytterligere definert i ovennevnte dom, men eksemplifiseres av domstolen at gjennom bruken av AdWords.³¹ Ved kjøp av AdWords-tjenesten fra Google ble det lagret informasjon om søkeord, linker og generell informasjon tilknyttet annonsen.³²

Ovennevnte eksemplifisering belyser at informasjon lagret på plattformen til nettværten kommer i forskjellige former hvor ikke bare bilder, musikk og video vil falle inn under

²⁸ Ot.prp.nr. 31 (2002-2003) – pkt. 6.2.3

²⁹ *Lodder/ Murray 2017*, s.50 avsnitt 2.129

³⁰ C-236/08 til C-238/08 *Google* avsnitt (111)

³¹ AdWords er Googles annonesystem hvor brukere kan kjøpe annonseplass koblet til spesifikke søkeord, og annonsen lagres på serverne til Google. Hentet fra <https://no.wikipedia.org/wiki/AdWords> - sitert 4/11-18.

³² C-236/08 til C-238/08 *Google* avsnitt (111)

vilkåret «*storage of information*», men også informasjon om linker og informasjon tilknyttet annonsering vil være å regne som «*information*». Å ikke utarbeide en uttømmende liste over hva som vil være å regne som «*information*» vil være i tråd med hensynet bak ehandelsdirektivet i den forstand at utvalget samt spekteret av tjenester er under stadig utvikling. Dersom det skulle blitt utarbeidet en uttømmende liste ville det kunne innebære at nye tjenester faller utenfor direktivets anvendelsesområde.

3.3.2 Tjenestemottakeren

Et vilkår som må være oppfylt for at ehandelsdirektivets artikkel 14 skal få anvendelse er at informasjonen som er lagret på nettværtens plattform er «*provided by a recipient of the service*». Dette innebærer at for å kunne vurderes som ansvarsfri må informasjonen være levert av tjenestemottakeren til lagring hos nettvært.

3.3.2.1 Web 2.0

Slik utviklingen viser så har en stor del av tjenester blitt utviklet for å tilby informasjonssamfunnstjenester tilknyttet web 2.0. Med web 2.0 menes tjenester som bygger på bruker-generert innhold, brukervennlighet og liknende.³³ Denne tjenestegruppen inkluderer blant annet YouTube, Facebook og Google. Når ehandelsdirektivet ble vedtatt var ikke slike tjenester utviklet og det må dermed kunne sies at direktivet i sin helhet ikke var utviklet med slike tjenester i tankene.³⁴ Med bakgrunn i at det nå er tjenester som opererer med bruker-generert innhold så vil det kunne by på utfordringer. Tjenestemottakere vil ha mulighet til å generere, laste opp og formidle informasjon på nettværtens plattform. Utfordringen vil dermed ligge i at det er en større mengde informasjon som lastes opp. I tillegg er det et større spekter av ulik type informasjon, samt flere nye tjenester som ikke nødvendigvis vil umiddelbart falle inn under de forskjellige kategoriene av tjenesteytere.

³³<https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1> sitert 4/11-18

³⁴ *Lodder/Murray, 2017, s.51 avsnitt 2.132*

3.4 Påbud om å fjerne/blokkere innhold.

Article 14(3):

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».

Det følger av ovennevnte ordlyd at bestemmelsen ikke påvirker mulighetene en domstol eller forvaltningsmyndighet har til å kreve at tjenesteyteren fjerner eller forhindrer en overtredelse i samsvar med medlemsstatens nasjonale rettssystem. Videre påvirker ikke bestemmelsen muligheten for medlemsstaten til å etablere prosedyrer som styrer fjerning eller hindring av tilgang til informasjonen.

Med fjerne eller blokkere innhold må det tolkes dithen at en nasjonal forvaltningsmyndighet eller en domstol ilegger nettvorten et påbud om at innholdet fjernes. Hensikten bak dette er at tjenesteyteren skal unngå ytterligere formidling av det ulovlige innholdet samt begrense eventuell skade innholdet kan gjøre.³⁵ Både fjerningen og blokkeringen har den hensikt å begrense eventuell skade samt begrense ytterligere formidling som kan føre til skade.

3.4.1 Forholdet mellom første- og tredje ledd i artikkel 14

Slik artikkel 14 første ledd er formulert så skal ikke medlemsstatene holde tjenesteyter ansvarlig i tilfeller hvor informasjon lagres på anmodning av tjenestemottaker forutsatt at vilkårene for ansvarsfrihet er oppfylt. Tredje ledd i samme bestemmelse gir nasjonale myndigheter og nasjonale domstoler anledning til å ilegge et påbud om å fjerne eller blokkere innholdet. Slik disse to leddene er formulert så vil det i praksis innebære at medlemstater ikke kan holde nettvort ansvarlig for innhold dersom øvrige vilkår er oppfylt, likevel har medlemsstaten anledning til komme med påbud om å fjerne innholdet.

For å klargjøre hvilken problematikk nettvorten kan møte må en gå gjennom hva bestemmelsens tredje ledd innebærer. Tredje ledd er utformet slik at det er det tale om

³⁵ COM(2017) 555 final s.7

«*requiring the service provider to terminate or prevent an infringement*». Dette må forstås som et påbud.

Ved første inntrykk framstår tredje ledd å sette hinder for den eventuelle ansvarsfriheten en nettvært kan nyte med forutsetningen av at vilkårene får ansvarsfriheter oppfylt. Begrunnet i at nettverten kan være av den oppfatningen av at vedkommende er i tråd med artikkel 14 (1) men likevel blir ilagt et påbud. Dette kan dermed framstå som at nettverten burde hatt kunnskap om det ulovlige innholdet for så fjernet dette og dermed resultere i at nettverten blir presset til en situasjon hvor vedkommende begynner å undersøke innhold for se eventuelt fjerne lovlig innhold for å kunne gå ansvarsfri.

Ettersom bestemmelsen forutsetter at nettverten blir pålagt å «*terminate or prevent an infringement*» så innebærer det i praksis at en nettvært blir pålagt å fjerne eller blokkere innhold. Sett hen til norsk rett så kan denne handlingen i realiteten sidestilles med midlertidig forføyning.³⁶

En naturlig forutsetning for artikkel 14(3) er at det blir varslet om innholdet. Dette vil i praksis innebære at enten fjernes innholdet eller så sperres tilgangen til dette som følger av en varsling. En midlertidig forføyning har som hensikt å forhindre en eventuell skade fra å skje.³⁷ Dette vil også være tilfellet ved en eventuell blokkering av innholdet.

Artikkel 14 første ledd oppstiller et vilkår om at nettverten må ha «*actual knowledge of illegal activity*». Det oppstilles dermed et kunnskapskrav for nettverten, og innebærer at lovligheten av innholdet må vurderes av nettverten. Det vil være nærliggende å tenke seg til at med mindre det foreligger et klart varsel fra en bruker om at innholdet er ulovlig så vil det være problematisk for nettverten å vurdere lovligheten på egenhånd, grunnet at nettverten ikke nødvendigvis innehar den tilstrekkelige juridiske kompetansen. Det vil derfor være hensiktsmessig at myndighetene vurderer lovligheten av innholdet grunnet deres kompetanse, ettersom det vil være vanskelig for nettværter å vurdere lovlighetene av informasjon uten klare retningslinjer fra myndighetene.

³⁶ Ot.prp.nr 4 (2003-2004) punkt 11.1

³⁷ Se tvl. § 34-1

Det følger av fortalen til ehandelsdirektivet at «*injunctions*», oversatt til påbud, kan regnes for å være avsagt dom på enten å fjerne innholdet eller å blokkere tilgangen til dette, av samme ordlyd følger det også at det kan ilegges et påbud om å forhindre et brudd på å skje.³⁸

Dette reiser flere spørsmål. Ettersom artikkel 14 innebærer at informasjonen lagres på en mer permanent måte, vil et påbud innebære at informasjonen fjernes eller vil påbudet innebære at det tilgangen til informasjonen sperres? For det annet, vil et påbud om å forhindre et brudd fra å skje være i tråd med forbudet mot å ilegge en nettvært «*a general obligation [...] to monitor the information which they [...] store*» jf. Ehandelsdirektivet artikkel 15? Disse spørsmålene vil i det følgende besvares.

3.4.1.1 Vil et påbud innebære at informasjonen fjernes eller vil påbudet innebære at det sperres tilgang til informasjonen?

Uavhengig av hvilken informasjon det er tale om så oppstår dette spørsmål, og som må vurderes, i den enkelte sak. I praksis så forutsetter påbudet et varsel. Dermed oppstår spørsmålet hvorvidt innholdet er lovlig eller ikke. Dersom det er sistnevnte så blir det en vurdering av om vedkommende kan bli ansvarlig. Spørsmålet tilknyttet kunnskapen vil være gjenstand for drøfting i punkt 4.

Er det tale om et bilde lagret på plattformen vil det være nærliggende å tolke bestemmelsen til at informasjonen fjernes dersom informasjonen er å regne som «*illegal*» ettersom det ikke er innhentet samtykke til å bruke bildet. Dersom det er tale om et nettsted hvor nettværtens tjeneste innebærer å tilby et domene eller server som tjenestemottaker benytter seg av, vil det oppstå enkelte øvrige problemstillinger. En eventuell problematikk oppstår i tilfeller hvor informasjonen det er varslet om viser seg å være av en lovlig karakter.³⁹ Å fjerne eller blokkere tilgangen til en lovlig nettside vil være i direkte strid med ytringsfriheten⁴⁰. Dersom en står overfor et slikt tilfelle hvor det foreligger et påbud, men i senere tid viser det seg at innholdet er lovlig bør informasjonen blokkeres for så heller fjerne blokkeringen på tidspunktet hvor det blir bevist at innholdet er lovlig enn å fjerne det permanent.⁴¹ Et underliggende problem som dog reiser i forbindelse med påbudet er å vurdere lovligheten av informasjonen.

³⁸ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (45)

³⁹ *Baistrocchi, 2003* s.124 flg.

⁴⁰ EMK artikkel 10.

⁴¹ *Baistrocchi, 2003* s. 125

Et påbud må dermed avgjøres utfra hvilken informasjon en står overfor for så vurdere hvilke tiltak skal ilegges nettvorten.

3.4.1.2 Vil et påbud om å forhindre et brudd fra å skje være i tråd med ehandelsdirektivet artikkel 15?

«*Article 15:*

- 1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles [...] 14, to monitor the information which they [...] store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity. [...]*»

Slik bestemmelsen tolkes så skal ikke en medlemsstat pålegge nettvort en generell plikt til å følge med på informasjon som lagres på dens plattform. Det skal videre ikke pålegges nettvorten en generell forpliktelse til å aktivt søke etter forhold som indikerer ulovlig aktivitet. Med ovennevnte må det tolkes til at det blir satt ned et forbud om generell overvåkning for nettvorten av informasjon lagret på dens plattform.

Det følger imidlertid av fortalen til direktivet at dette forbudet gjelder for generell overvåkning og ikke enkelt tilfeller hvor det er påkrevd⁴², eksempelvis i forbindelse med en etterforskning. Av samme fortale følger det at direktivet ikke skal være til hinder for medlemsstater å plikte nettvorter til å være aktpågivende⁴³ på en slik måte som kan forventes av dem, med hensyn til å avsløre samt forhindre visse former for ulovlig aktivitet.⁴⁴ Et spørsmål som oppstilles i forlengelsen av ovennevnte, er hva som kan forventes av nettvorten.

Det følger av Ebay-saken at et påbud ikke kan skape hindringer for lovlig bruk av tjenesten.⁴⁵ I dette må det innfortolkes at å fjerne tjenesten eller blokkere tilgangen til dette vil ikke være hensiktsmessig ettersom det vil være i strid med lovlig bruk av tjenesten. Videre følger det av saken at påbud som er effektive og proporsjonale, med hensikt om å forhindre framtidige brudd, kan ilegges nettvorter.⁴⁶ Et eksempel på dette vil være å fjerne tilgang til plattformen ved å blokkere IP-adressen til den som har begått den ulovlige handlingen dersom vedkommende kan identifiseres.⁴⁷

⁴² Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (48)

⁴³ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (49) – *dansk versjon*

⁴⁴ Ibid. avsnitt (49)

⁴⁵ C - 324/09 *Ebay* avsnitt (140)

⁴⁶ Ibid. avsnitt (141)

⁴⁷ Ibid. Avsnitt (142)

Dette innebærer dermed at artikkel 15 i direktivet vil være i tråd med et eventuelt påbud fra myndighetene, jf. Artikkel 14 (3).

Forholdet mellom direktivets artikkel 14(1) og 14(3) innebærer ikke en eventuell hindring for nettverten tilknyttet nettvertens eventuelle ansvarsfrihet. Det avgjørende er å vurdere om påbudet er proporsjonalt med den ulovlige handlingen begått.

3.5 Oppsummering

Dersom en kommer fram i en vurdering til at alle øvrige vilkår i artikkel 14 er oppfylt, herunder at tjenesten som leveres innebærer lagring av informasjon på dens plattform på anmodning fra tjenestemottaker. Må en så vurdere om det foreligger kunnskap om informasjonen hos nettverten dersom informasjonen er av en ulovlig karakter.

Dersom en kommer fram til at kunnskapen er ulovlig og at nettverten har kunnskap om denne men har ikke fjernet den, blir det et spørsmål om nettverten er ansvarlig.

Tredje ledd i artikkel 14 oppstiller en mulighet for myndigheten til å ilegge et påbud for å fjerne innhold fra nettvertens plattform. Dette vil ikke være en hindring for å la nettverten gå ansvarsfri. Dette påbudet må ses isolert fra den eventuelle ansvarsfriheten etter første ledd.

4 Nettvertens kunnskap

Ehandelsdirektivet artikkel 14 oppstiller vilkårene for ansvarsfrihet. Slik det ble redegjort for i forrige punkt så er det enkelte vilkår som må være oppfylt. I dette punktet skal det redegjøres for kunnskapskravet som oppstilles for at nettvorten skal bli ansvarlig.

Det følger av artikkel 14 (1) bokstav a):

“(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent”

Vilkårene som oppstilles er «*actual knowledge of illegal activity or information*» og «*is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent*».

Slik disse må fortolkes så er det tale om to forskjellige ansvarsgrunnlag. Det første er tilknyttet straffeansvar og privatrettslig ansvar i forbindelse med «*actual knowledge of illegal activity or information*». ⁴⁸ Det andre ansvarsgrunnlaget er tilknyttet kun erstatningsansvar i forbindelse med «*is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent*». Årsaken til hvorfor det sistnevnte gjelder kun erstatning er fordi det følger av ordlyden at «*and, as regards claims for damages*» og oversettes til krav på erstatning som følger av skade.

Slik vilkåret «*actual knowledge of illegal activity or information*» er å forstå så er det tale om «*actual knowledge of illegal activity*» eller «*actual knowledge of illegal [...] information*». Det førstnevnte kan eksemplifiseres gjennom tilfeller hvor nettvorten har faktisk kunnskap om at det er lagret opphavstridig materiale eller straffbart innhold på dens plattform. ⁴⁹ Det sistnevnte kan eksemplifiseres gjennom tilfeller hvor nettvort vet at det i en nyhetsgruppe på dens plattform blir utvekslet informasjon om hvor en kan få tak i ulovlig informasjon. ⁵⁰ Det som er gjennomgående for begge tilfellene er at det kreves «*actual knowledge*», heretter oversatt til faktisk kunnskap.

⁴⁸ *Lodder/ Murray*, 2017, s.50 avsnitt 2.129

⁴⁹ *Ibid.* avsnitt 2.129

⁵⁰ *Ibid.* avsnitt 2.129

I forbindelse med et potensielt erstatningsansvar må ikke nettverten være «*aware of facts or circumstances from which the illegality is apparent*». Slik ordlyden er å forstå så er det ikke tale om faktisk kunnskap om den ulovlige aktiviteten eller informasjonen, men om omstendigheter som gjør slik ulovlig aktivitet eller informasjon synlig.⁵¹ Dette innebærer dermed at en nettvert er fri for erstatningsansvar hvor nettverten ikke har eller får informasjon som gir han grunn til å reagere nærmere.⁵² Med å få informasjon forutsettes at nettverten på egenhånd eller gjennom varsling blir kjent med informasjon om slike omstendigheter, og dette gir nettverten grunn til å reagere nærmere. Hva som ligger nærmere i kravet vil bli behandlet i punkt 4.3.

I utgangspunktet sonderer ikke artikkel 14 mellom et medvirkningsansvar og et direkte ansvar. Det vil likevel være mest nærliggende å ta for seg et eventuelt medvirkningsansvar. Dette begrunnet i at det er tjenestemottakeren som laster opp informasjon, og nettverten lagrer denne. Dermed skal hovedansvaret i utgangspunktet ligge på tjenestemottakeren. I enkelte saker behandlet av EU-domstolen, innenfor opphavsrett, har tjenesteleverandører blitt holdt direkte ansvarlig⁵³ for handlinger som er initiert av tjenestens brukere. Nettverten som var part i disse, hadde en så aktiv rolle at det ikke var lengre tale om medvirkning men å rette et erstatningsansvar direkte mot han.

Det vil i det følgende bli behandlet «*actual knowledge of illegal activity or information*» og «*aware of facts or circumstances from which the illegality is apparent*» separat. Årsaken til dette er fordi at «*actual knowledge of illegal activity or information*» vil kunne konsumere «*aware of facts or circumstances from which the illegality is apparent*». Dette ettersom «*actual knowledge*» må regnes som en høyere terskel og dermed vil det ikke være behov å ha kjennskap rundt omstendighetene dersom du har faktisk kunnskap om det ulovlige innholdet.

⁵¹ Rognstad, 2004, s. 59

⁵² Ibid. s. 59

⁵³ C-610/15 *Ziggo* og C-160/15 *GS Media*

4.1 «Actual knowledge of illegal activity or information»

4.1.1 Hva innebærer dette?

En nettvært kan holdes ansvarsfri forutsatt at vedkommende ikke har faktisk kunnskap om ulovlig innhold på dens plattform. Begrunnelsen for dette kan leses i lys av fortalen til ehandelsdirektivet⁵⁴ og oppfordrer til et elektronisk marked uten grenser. Dersom en tjenesteyter skulle blitt holdt ansvarlig uten å inneha kunnskap om ulovlig innhold ville dette medført en vesentlig begrensning i utviklingen og dermed virket hemmende for den økonomiske og sosiale veksten på tvers av medlemsstater.

Nettverten må dermed ikke inneha kunnskap om det ulovlige innholdet for å være ansvarsfri. Spørsmålet således er hvilken kunnskap er det tale om.

Av artikkel 14 (1) bokstav a) følger det at kunnskapen det er tale om må knytte seg til at innholdet er av ulovlig karakter. Hva som legges i ulovlig karakter blir ikke nevnt, men det er naturlig å trekke konklusjon mot at innholdet er ulovlig dersom det er i strid med opphavsretten, er relatert til terror, barnepornografi og liknende, og på et generelt grunnlag er i strid med lov, både nasjonal og internasjonal. Det gjøres i så måte ingen forskjell på straffeansvar og ansvar etter sivilrettslige regler. Kravet som dermed oppstilles for nettvorten er om vedkommende har faktisk kunnskap om det ulovlige innholdet.

4.1.2 Hva regnes som faktisk kunnskap om ulovlig innhold?

Det følger av ehandelsdirektivets artikkel 15 at medlemsstater ikke kan pålegge tjenesteytere en generell plikt til å ha oppsyn over alt innhold som lagres på deres tjenester. I praksis ville en generell plikt til oppsyn bety at nettvorter måtte overvåke alt innhold som lastes opp.

Med tanke på hvor mye som lastes opp så ville dette være for ressurskrevende til å gjennomføre i praksis.⁵⁵ I tillegg vil det være problematisk av hensyn til både ytringsfrihet og personvern. Dette er grunnleggende rettigheter som må vernes i forbindelse med fjerning av innhold.⁵⁶

Dersom nettvorter skulle vært pålagt en generell plikt til å ha oppsyn med alt som lagres på nettvortens plattform for ikke å bli holdt ansvarlig, vil det tenkes at nettvorter, i frykt for å bli

⁵⁴ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (1)(2) jf. (42)

⁵⁵ <https://www.omnicoreagency.com/youtube-statistics/> - sitert 3/12-18

⁵⁶ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (46)

holdt ansvarlig velge å sensurere fortløpende og uten en god nok kontrollfunksjon. Ehandelsdirektivet har ikke til hensyn å skulle stanse lovlig, kritisk meningsutveksling på nett.

Det varsles om opphavsstridig innhold ofte⁵⁷ og dermed må det spørres hvorfor ikke tjenesteytere har utarbeidet en metode for å kontrollere innholdet på deres plattformer. Dette vil imidlertid kunne føre med seg problematikk i form av at nettvorten ikke nødvendigvis innehar kunnskapen til å vurdere lovligheten av informasjonen og dermed eventuelt fjerne innhold som viser seg å være lovlig. Dermed vil nettvorten stå overfor en «catch-22» situasjon, hvor på en side er det en bekymring fra nettvort om å være ansvarlig for innhold på dens plattform og på den andre siden være ansvarlig overfor tjenestemottakere ved å fjerne lovlig innhold.⁵⁸ Spørsmålet således er hva skal regnes som faktisk kunnskap om det ulovlige innholdet.

Slik det følger av ordlyden i ehandelsdirektivets artikkel 14 (1) a) så kreves det «*actual knowledge of illegal activity or information*». Med begrepet må det forstås faktisk kunnskap, det følger ingen definisjon på begrepet i artikkelen, men det vil imidlertid være tale om nettvortens positive kunnskap.⁵⁹

Generaladvokat Jääskinen mente i den forbindelse at vurderingen består av to momenter. For det første ville det åpenbart være tale om at tjenesteyteren må ha faktisk kunnskap og ikke en mistanke eller en antakelse om at det eksisterer ulovlig informasjonen på tjenesteyterens plattform.⁶⁰ Denne kunnskapen må knytte seg til nåtid eller fortid. Dette igjen innebærer at framtidige eventuelle brudd ikke vil falle inn under bestemmelsens ramme. Ettersom det forutsettes positiv kunnskap om at informasjon som lagres vil dette i utgangspunktet være naturlig at framtidige brudd ikke faller inn under bestemmelsens virkeområde.

Det kan derfor tyde på at nettvortens faktiske kunnskap må være noe mer konkret enn kun mistanker eller antakelser, samt at det må være tale om ulovlig informasjon som har vært eller er lagret.

⁵⁷<https://transparencyreport.google.com/copyright/overview> - sitert 3/12-18

⁵⁸ *Lodder/Murray, 2017*, s.51 avsnitt 2.131

⁵⁹ *Verbiest, 2007*, s. 36

⁶⁰ Generaladvokatens uttalelse i forbindelse med C-324/09 *Ebay* avsnitt (161) og (162)

For det annet mente generaladvokaten at faktisk kunnskap utelukker fabrikkert kunnskap, herunder antakelser om framtidige eventuelle brudd. Det er dermed ikke tilstrekkelig å ha gode grunner for å anta at det vil forekomme ulovlig informasjon.⁶¹

Generaladvokatens uttalelser i forbindelse med ovennevnte ble ikke nevnt i gjennomgangen hos EU-domstolen i Ebay-saken. Det vil imidlertid være klart at ved en forutsetning om positiv kunnskap vil en liknende vurdering som gjort av generaladvokaten være hensiktsmessig.

I utgangspunktet vil det stilles seg annerledes med tanke på framtidig kunnskap dersom samme tjenestemottaker laster opp et liknende eller samme innhold ved flere anledninger.⁶² Dermed blir spørsmålet for det første hvorvidt lovbruddet er et og samme, og for det annet hvorvidt kunnskap om dette og antakelsen for framtidig ulovlig informasjon er å anse som faktisk kunnskap.

Dersom det er samme person som laster opp samme type informasjon, eller gjennomfører samme aktivitet jf. artikkel 14 bokstav a), må det kunne tenkes at nettverten eller en ansvarlig ansatt hos nettverten blokkerer tjenestemottakerens tilgang til tjenesten for å unngå å holdes ansvarlig.⁶³ Nettverter kan være store firmaer med mange ansatte. Da er det naturlig at disse også har et ansvar om å påse at det ikke er lagret ulovlig informasjon på nettvertens plattform. Det er nærliggende å tenke seg at i tilfeller hvor en ansatt hos en nettvert vet om den ulovlige informasjonen/aktiviteten så er vilkårene oppfylt. Dersom kunnskapskravet skulle relatert seg til ledelse eller andre som ikke sitter med tjenesten på samme måte som eksempelvis en servicearbeider ville kunnskapskravets hensyn forsvunnet. Det ville da blitt for enkelt å skulle si at en nettvert ikke hadde kunnskap.

Dette innebærer at ansvarsfriheten ikke kan påberopes i tilfeller hvor tjenesteyter har blitt informert om opphavsbruddet, men den samme tjenestemottakeren fortsetter å laste opp. Dermed kan det tenkes at tjenesteyter kan bli ansvarlig for framtidige lovbrudd. Dette er dog ikke avklart gjennom EU-domstolen og må dermed vurderes i hvert enkelt tilfelle. Et eksempel på dette følger av fortalen til direktivet hvor myndighetene kan ilegge et påbud for nettverten om å forhindre framtidige lovbrudd.⁶⁴

⁶¹ Generaladvokatens uttalelse i forbindelse med C-324/09 *Ebay* avsnitt (163)

⁶² *Ibid.* avsnitt (166) og (167)

⁶³ *Ibid.* avsnitt (168)

⁶⁴ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (47)

Med tanke på at faktisk kunnskap forutsetter at nettvorten har positiv kunnskap vil det dermed være nærliggende å forholde seg til at det må foreligge faktisk kunnskap, basert på handlinger i nåtid eller i fortid.

Spørsmålet som dermed reiser seg er hvordan skal det vurderes om det foreligger faktisk kunnskap.

4.1.2.1 Hvordan skal det vurderes om det foreligger faktisk kunnskap?

Det følger av fortalen til ehandelsdirektivet at unntaket for ansvar slik det følger av direktivet kun dekker tilfeller hvor tjenesteyteren har den funksjonen for å være en del av en teknisk prosess som skal tilrettelegge for å styre samt tilgjengeliggjøring av kommunikasjon og igjen kun for å gjøre kommunikasjonen mer effektiv. Denne aktiviteten skal være av en teknisk, automatisk og passiv natur.⁶⁵ Hva som ligger i teknisk, automatisk og passiv natur følger ikke nærmere av direktivet, men suppleres med at tjenesten skal være av denne funksjonen slik at nettvorten ikke får kunnskap eller kontroll over informasjonen.⁶⁶ Det kan dermed fortolkes til at nettvorten ikke skal ha en aktiv rolle slik at vedkommende får kunnskap eller kontroll over informasjonen som lagres.

Spørsmålet således er hva som ligger i denne aktiviteten.

4.1.2.2 Aktivitet

I vurderingen av hva som ligger i aktiviteten må en se på rollen tjenesteyteren har hatt og om denne er av en nøytral karakter.⁶⁷ Denne vurderingen ble først presentert i Google-saken.⁶⁸ Hva som ligger i denne vurderingen er å se på hvorvidt nettvortens aktivitet har vært av en teknisk, automatisk og passiv rolle. En slik rolle vil dermed indikere om nettvorten har hatt kunnskap eller kontroll over ulovlig innhold på sin plattform. Således innebærer dette at en må se på hvor aktiv rolle nettvorten har hatt i prosessen. Momenter som vil spille inn er hvorvidt tjenesteyteren har vært delaktig i å utvikle eventuell informasjon, hvorvidt vedkommende har tilrettelagt for utvikling av denne og hvorvidt vedkommende har tatt betalt for utviklingen.⁶⁹

⁶⁵ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (42)

⁶⁶ Ibid. avsnitt (42)

⁶⁷ C-236/08 til C-238/08 *Google* avsnitt (114)

⁶⁸ Ibid. avsnitt (114)

⁶⁹ Ibid. avsnitt (115)-(119)

Det er på det rene at dersom nettvorten ikke har hatt en slik aktiv rolle knyttet til kunnskap og kontroll over informasjonen som er lagret må vedkommende dermed også kunne holdes ansvarsfri.

Motsatt vil tilfelle være dersom vedkommende faktisk har gjennomført ovennevnt aktivitet, og dermed hatt kunnskap og kontroll over informasjonen, vil nettvorten kunne bli ansvarlig forutsatt at informasjonen nettvorten hadde kunnskap og kontroll over er ulovlig.

Dersom nettvorten ikke har hatt en passiv rolle kan han eventuelt anses for å ha faktisk kunnskap om ulovlig informasjon. Ettersom domstolen fortolker ordlyden i fortalen tyder ikke dette på at vilkåret er domstolskapt, men heller er en fortolkning av kravet til «*actual knowledge*». Imidlertid drøfter domstolen aktiviteten til en nettvort og det kan tyde på at aktivitet som et vurderingsmoment er domstolskapt.

I hovedsak vil det avgjørende moment knytte seg til hvilken aktivitet nettvorten utøver som gir nettvorten kunnskap og kontroll over den ulovlige informasjonen lagret på nettvortens plattform.

Det er mange forskjellige typer nettvorter og dermed vil dette innebære at vurderingen av aktivitet ikke vil være lik for alle nettvorter. Selv om dette er tilfellet så må en se til nettvortens aktivitet og om denne har gitt nettvorten kunnskap og kontroll over informasjonen lagret på dens tjeneste.

Med web 2.0 er optimalisering av innhold vanlig praksis. Spørsmålet er dermed om optimalisering av innhold som lastes opp innebærer at nettvorten inntar en rolle som ikke er av «teknisk, automatisk og passiv natur».

4.1.2.3 Kan optimalisering av innhold som lastes opp innebære at nettvorten inntar en rolle som ikke er av en «teknisk, automatisk og passiv art»?

Med optimalisering av innhold må det forstås å forbedre tilgjengeligheten av innholdet. I web 2.0 sammenheng kan dette eksemplifiseres gjennom at YouTube optimaliserer innholdet overfor tjenestemottakeren gjennom å ta utgangspunkt i videoer tjenestemottakeren har sett på for så tilby vedkommende liknende videoer enten gjennom forslag på hjemmesiden eller i rullegardinfeltet. Spørsmålet blir hvorvidt denne optimaliseringen av potensielt ulovlig innhold innebærer at nettvorten inntar en aktiv rolle. Og i forlengelsen innebærer at vedkommende nettvort har kunnskap og kontroll over det ulovlige innholdet på dens plattform.

Det følger av Ebay-saken at i tilfeller hvor nettvorten tilbyr assistanse i form av optimalisering av innhold innebærer at nettvorten ikke har tatt en passiv rolle til innholdet på dens plattform. Dermed må det sies at vedkommende har hatt en aktiv rolle, herunder kunnskap om og kontroll over denne informasjonen.⁷⁰ Vedkommende i slike tilfeller kan dermed ikke holdes ansvarsfri. Spørsmålet i det følgende er dermed om dette gjelder optimalisering generelt.

I Ebay-saken tilbød informasjonssamfunnstjenesten optimalisering i form av å promotere visse produkter for salg.⁷¹ I dette tilfellet var det produkter med falske merkenavn, noe som igjen innebar at innholdet var ulovlig. I tilfeller som nevnt i Ebay-saken så vil nettvorten bli fratatt muligheten til å nyte ansvarsfriheten ettersom optimaliseringen nettvorten foretar innebærer at nettvorten ikke forholder seg passiv. Tilfellet i denne saken var at tilbudene som ble fremmet var allerede ulovlige og dermed kunne det ikke sies at Ebay hadde hatt en passiv rolle gjennom dens optimalisering.⁷²

Ut fra Ebay-saken kan det dermed utledes en rettssetning om at en nettvort gjennom optimalisering av ulovlig informasjon, lagret på nettvortens plattform, har inntatt en aktiv rolle og dermed har hatt kunnskap og kontroll over den ulovlige informasjon til å ikke gå ansvarsfri.

4.1.2.4 En endret rettsstilstand etter SNB-React?

Det følger av SNB-React saken⁷³ at forutsatt at nettvortens tjeneste er av en passiv natur, herunder at vedkommende ikke aktivt tar del i tjenesten og dermed ikke har kontroll eller kunnskap om informasjon som lastes opp, og i tillegg ikke spiller en aktiv rolle gjennom optimalisering vil vedkommende kunne gå ansvarsfri.⁷⁴ Det må presiseres at ved passiv natur menes at tjenesten som leveres er av en «*technical, automatic and passive nature*»⁷⁵. Ved tidligere saker som Google-saken⁷⁶ og Ebay-saken⁷⁷, så har kunnskapskravet til nettvorten blitt vurdert som at vedkommende gjennom en aktiv rolle har tilegnet seg «*knowledge of or control over information[...]*».⁷⁸

⁷⁰ C-324/09 *Ebay* avsnitt (116)

⁷¹ *Ibid.* avsnitt (114)

⁷² *Ibid.* avsnitt (116)

⁷³ C-521/17 *SNB-React*

⁷⁴ *Ibid.* avsnitt (50) og (52)

⁷⁵ Ehandelsdirektivets fortale avsnitt (42)

⁷⁶ C-236/08 to C-238/08 *Google* avsnitt (113), (114) og (120)

⁷⁷ C-324/09 *Ebay* avsnitt (119) og (120)

⁷⁸ C-236/08 to C-238/08 *Google* avsnitt (114) og (120)

I SNB-React kan det framstå som at ovennevnte har blitt fortolket på en annen måte. I denne saken ble det fortolket som at nettverten måtte ta en aktiv rolle, eksempelvis gjennom optimalisering i tillegg til å ha «*knowledge of or control over information*».⁷⁹

Det er noe uklart hvorvidt denne fortolkningen fra EU-domstolen innebærer en endring i rettssituasjonen eller ikke. Dersom dommen skal innebære en endring så må det i tillegg oppstilles spørsmål om det er kun er optimalisering som er å regne som aktivitet eller om andre liknende tiltak kan være å regne som aktivitet. I tillegg må det oppstilles spørsmål rundt hva optimalisering skal forstås som i sin helhet og hvor rammene for vilkåret i så fall skal gå. Videre så innebærer det en sontring fra aktiv deltakelse, herunder optimalisering som igjen vil innebære kunnskap, og aktivitet som sådan.

Dersom denne fortolkningen skal legges til grunn som gjeldende rett vil det innebære at en nettvert ikke skal kunne holdes ansvarlig dersom vedkommende kun har en aktiv rolle uten å ha kunnskap eller kontroll over informasjonen. I praksis er et eksempel på dette tilfeller hvor det skjer en automatisk optimalisering med bakgrunn i algoritmer.

I lys av ehandelsdirektivets artikkel 14 bokstav a) vil dette ikke være i overensstemmelse med tanke på at ordlyden er «*actual knowledge*» om «*illegal activity or information*». Slik bestemmelsen er formulert og som tidligere praksis⁸⁰ viser så innebærer den at kunnskap om og kontroll over ulovlig informasjon følger av aktiviteten til nettverten. Kunnskap og kontroll over informasjonen blir dermed en følge av aktiviteten.

Når EU-domstolen tilsynelatende utskiller aktivitetsvilkåret fra kunnskap og kontroll om informasjonen, i form av at det stiller krav til både aktivitet og kunnskap vil det ikke være i tråd med forståelsen av ovennevnte artikkel og dermed kunne by på problemer. Disse problemene vil kunne for det første minske anvendelsesområdet til artikkelen, dette kan eksemplifiseres gjennom et tilfelle hvor en nettvert faktisk har kunnskap og kontroll over informasjonen, men ikke har foretatt en aktiv handling av å fremme det ulovlige innholdet vil kunne gå ansvarsfri. For det annet vil det by på eventuelle fortolkningsproblemer, herunder hvilken aktivitet skal være å regne som kvalifiserende for at vedkommende nettvert skal være å anse ansvarlig.

På en annen side så vil et todelt krav til kunnskap være å foretrekke i lys av web 2.0.

Begrunnelsen bak dette kan ligge i at store plattformer som eksempelvis YouTube, hvor mer

⁷⁹ C-521/17 *SNB-React* avsnitt (52)

⁸⁰ C-236/08 til C-238/08 *Google* og C-324/09 *Ebay*

enn 1,9 milliarder påloggede brukere per måned ser over en milliard timer per døgn av opplastet innhold⁸¹, ikke har tilstrekkelige ressurser til å ha faktisk kunnskap om alle videoene. Dermed vil det kun i tilfeller hvor ovennevnte nettvært inntar en aktiv rolle gjennom optimalisering av innhold med ulovlig karakter. Og parallelt med aktiviteten får kunnskap og kontroll over den ulovlige informasjon vil innebære at nettvært først på dette tidspunktet blir potensielt ansvarlig. En kan dermed si at dersom det er intensjonen til EU-domstolen så vil dette innebære en forskyvning av den nokså etablerte rettstilstanden av hva kreves av vilkåret «*actual knowledge of illegal activity or information*» for å gå ansvarsfri.

Det uttales likevel ikke i SNB-React saken at intensjonen til EU-domstolen var å foreta en endring i den etablerte rettstilstanden. Dersom det var en hensikt fra EU-domstolen å endre vilkårene for å være ansvarsfri ville det med stor sannsynlighet kommet klarere fram av teksten. Uavhengig av om det foreligger en endring eller ikke, så må det foreligge ulovlig informasjon da det vil være unødig å vurdere kunnskapen til en nettvært under presumsjonen at det ikke foreligger ulovlig informasjon.

4.2 «Aware of facts or circumstances from which the illegality is apparent»

4.2.1 Hva innebærer dette?

Det følger av ehandelsdirektivet artikkel 14 (1) litra a) at dersom nettverten er «*not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent*» skal ikke nettvært være erstatningsansvarlig.

Slik bestemmelsen er formulert så innebærer vilkåret for et eventuelt erstatningsansvar at det er forventet at nettverten har kjennskap til omstendigheter rundt ulovlig innhold på sin plattform. Dette innebærer at det både må kunne stilles krav til hva som forventes av kjennskap hos nettverten, men også at vedkommende har en bevisst holdning til lovligheten av dette innholdet. Hva som ligger i kjennskap til omstendigheter tolkes til at det må foreligge et varsel som igjen gir nettverten kunnskap om det angivelig ulovlige innholdet på dens plattform. Dette innebærer at nettverten må vurdere lovligheten av innholdet som en følge til nettvertens kjennskap til omstendighetene. Denne fortolkningen har medført kritikk i form av

⁸¹ <https://www.youtube.com/intl/no/yt/about/press/> - sitert 7/11-18

at nettverter mener de blir presset inn i en rolle som pålegger de til å vurdere lovligheten av innhold basert på et vagt utformet varsel, for så vurdere om innholdet skal fjernes.⁸²

Det er i følge ehandelsdirektivet artikkel 14 (3) ikke tillatt å pålegge en informasjonssamfunnstjeneste å aktivt drive med oppsyn av informasjonen som lagres. Det vil dermed innebære at dersom et pålegg blir gitt må nettverten aktivt analysere innholdet på sin plattform noe som igjen vil være meget ressurskrevende.

Praksisen i dag er at mange store plattformer, eksempelvis YouTube og Facebook forholder seg passiv fram til et varsel blir gitt, eller et påbud, for så aktivt vurdere den varslede informasjonen. I en slik vurdering må det tenkes at informasjon som er klart av ulovlig karakter blir fjernet av nettverten på eget initiativ, men hvor det er forskjellige typer informasjon vil det være vanskelig å vurdere denne. Et eksempel på dette er at barnepornografi klart faller innenfor «*illegal information*», men de tilfellene som ikke er helt klare, som krenkende uttalelser, er veldig usikre og vanskelig å vurdere.

Et spørsmål som reises er hva som kan kreves av nettvertens kunnskap rundt omstendighetene.

4.2.2 Hva kan kreves av nettvertens kunnskap rundt omstendighetene?

Ordlyden til bestemmelsen trekker i likhet med kravet om «*actual knowledge*» i retning av at det må foreligge positiv kunnskap.⁸³ Det vil ikke nødvendigvis være tale om kunnskap om den ulovlige aktiviteten eller informasjonen, men om omstendigheter som gjør en ulovlig aktivitet eller informasjon synlig.⁸⁴ En tolkning av dette kan innebære at nettvert blir fri for ansvar dersom vedkommende ikke har eller får informasjon som gir ham grunn til å reagere nærmere. Hva som ligger i å reagere nærmere må sees i lys av ehandelsdirektivets artikkel 14. (1) bokstav b). Av denne følger ordlyden at «*upon obtaining such [...] awareness*» skal nettverten «*act expeditiously to remove the information*». På tidspunktet for når nettvert har tilegnet seg kunnskap om slike omstendigheter må vedkommende dermed undersøke lovligheten av informasjonen som er lagret for så «*act expeditiously*» for å fjerne innholdet. Hva menes med begrepet kommer ikke fram av ordlyden, men begrepet kan oversettes til å

⁸² Verbiest, 2007, s. 37

⁸³ Rognstad 2004, «Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett», s. 59

⁸⁴ Ibid. s. 59

handle raskt. Det innebærer dermed at vedkommende må handle raskt etter at vedkommende har fått kunnskap om den ulovlige informasjonen etter denne er vurdert.

Spørsmålet således er på hvilket tidspunkt er det å regne som at nettverten innehar kunnskapen og dermed kan fjerne innholdet. Slik bestemmelsens bokstav a) og b) er formulert så er gjenstand for å ilegge ansvar perioden fra nettverten innehar kunnskapen og til det angivelige innholdet blir tatt ned.

Det følger av Ebay-saken at det er tilstrekkelig for en nettvert å være unntatt ansvarsfriheten dersom vedkommende har vært klar over forholdene i tilfeller hvor en «*diligent economic operator*» skulle ha identifisert innholdet som ulovlig for så fjerne dette.⁸⁵ Slik utledede rettssetning er å forstå så er det tale om at nettvert må tilegne seg informasjon om at det kan foreligge ulovlig innhold på dens plattform for så vurdere denne. Dersom nettverten kommer fram til at innholdet er ulovlig så må det stilles krav til at vedkommende fjerner denne.

Det kan videre utledes fra Ebay-saken at bestemmelsen må dekke hvert tilfelle hvor nettverten kan få kjennskap til omstendighetene. Tilfeller som kan sies å være dekket er hvor en vurdering av innholdet er gjort på egenhånd, så vel som tilfeller hvor nettverten har blitt varslet om at det foreligger angivelig ulovlig innhold på dens plattform. I tilfeller hvor det gis varsel om ulovlig innhold, og det viser seg at varselet ikke er tilstrekkelig presist utformet. Skal varselet, som en generell regel, være for de nasjonale domstolene å avgjøre i lys av om nettverten har opptrådt som en «*diligent economic operator*» og ville identifisert informasjonen som ulovlig.⁸⁶ Et eventuelt ansvar kan derfor ilegges fra perioden når det kan forventes at nettvert skulle ha identifisert det angivelig ulovlige innholdet ved å opptre som en «*diligent economic operator*». Dermed skal dette tidspunktet legges til grunn for en vurdering.

Praksisen hos nettverter er at innhold først blir undersøkt når det har blitt varslet om dens angivelige lovlighet.⁸⁷ I lys av dette er spørsmålet således om hva skal regnes med opptreden som en «*diligent economic operator*».

⁸⁵ C-324/09 *Ebay* avsnitt 120

⁸⁶ C-324/09 *Ebay* avsnitt 122

⁸⁷ *Wang*, 2016 punkt 4.2.2.4

4.2.2.1 «Diligent economic operator»

Vurderingsmomentet om nettvært hadde kjennskap til omstendighetene for det ulovlige innholdet og om nettverten handlet som en «*diligent economic operator*» ble først introdusert i Ebay-saken.⁸⁸ Det har blitt slått fast som et vilkår i vurderingen om nettværtens kjennskap til omstendighetene, slik det skal belyses i det følgende.⁸⁹ Det ble ikke lagt føringer av EU-domstolen for vurdering av vilkåret, foruten om at ved opptreden som en «*diligent economic operator*» må nettverten klare å identifisere ulovligheten av innholdet.⁹⁰ I forbindelse med et varsel må det i utgangspunktet være for de nasjonale domstolene å vurdere.⁹¹

En direkte oversettelse av ordlyden innebærer at det er tale om en aktsom eller påpasselig økonomisk aktør. Aktsom eller påpasselig må forstås for å regnes som karakteristikk til en fornuftig person. I forbindelse med en nettvært er det noe uklart om det i utgangspunktet stilles noen øvrige krav, men i lys av nettværtens plattform må nettværtens ansvar som en «*diligent economic operator*» innebære en plikt til å fjerne ulovlig innhold.⁹² Dette må gjelde både det åpenbart ulovlige innholdet men også det innholdet som krever innsats i å fastslå dets lovlighet.⁹³ Spørsmålet således er hva som kan forventes av en nettvært for å opptre som en «*diligent economic operator*».

Det følger enkelte moment i vurdering om en nettvært har opptrådt som en «*diligent economic operator*» av CG v. Facebook Ireland⁹⁴ og J20 v. Facebook Ireland⁹⁵. Førstnevnte dom er fra Nord-Irlands ankedomstol hvor sistnevnte er fra Nord-Irlands høyesterett. I CG-saken kom domstolen fram til at Facebook ikke fulgte opp varsler om misbruk av informasjon slik det var forventet av de som følger av å være en «*diligent economic operator*» og dermed ble ansvarlig. I den sistnevnte dommen kom retten også fram til at Facebook Irland var ansvarlig på bakgrunn av misbruk av privat informasjon.

Faktum i CG-saken omhandlet et tilfelle hvor en tidligere straffedømt (CG) ble hengt ut på Facebook med bilde, navn, adresse samt informasjon tilknyttet hans tidligere handlinger. Uthengingen skjedde ved flere tilfeller og gjennom flere sosiale grupper på plattformen. Dette utviklet seg til trusler for CG. Det ble ved flere anledninger varslet og resulterte i at innholdet

⁸⁸ C-324/09 *Ebay* avsnitt (120)

⁸⁹ *Wang*, 2016 punkt 4.2.2.4.

⁹⁰ C-324/09 *Ebay* avsnitt (122)

⁹¹ *Ibid.* avsnitt (122)

⁹² *Riefa* 2015, s. 201

⁹³ *Ibid.* s. 201

⁹⁴ [2016] NICA 54 – CG v. Facebook Ireland

⁹⁵ [2016] NIQB 98 – J20 v. Facebook Ireland

ble tatt ned for så bli lastet opp igjen. Men det var først når CGs advokat sendte brev til Facebook i forbindelse med ny opplastning at retten mente Facebook kunne stå ansvarlig som følger av at de hadde fått kjennskap til omstendighetene.

I CG-saken var det nødvendig å identifisere det materielle i varselet i lys av den relevante ulovlige aktiviteten.⁹⁶ Med dette menes at en måtte se på om det er åpenbart hvorvidt innholdet det varsles om var å anse ulovlig. Retten foreslo også at plasseringen av innholdet på plattformen måtte spesifiseres.⁹⁷ Retten kom fram til at det burde være åpenbart for Facebook i tilfeller hvor en person trues på livet at informasjonen regnes som ulovlig og som følger av et varsel skulle informasjonen fjernes.⁹⁸ Når dette ikke var tilfellet så ble Facebook ansvarlig ettersom de ikke opptrådte som en «*diligent economic operator*».

Dette kan tyde på at det stilles en noe høyere krav til hva som kreves av en nettvært, i motsetning til en vanlig fornuftig person, i forbindelse med kjennskap til omstendighetene rundt det ulovlige innholdet. Dette kan begrunnes i at en nettvært har i utgangspunktet kontroll over en stor mengde informasjon som potensielt kan være skadelig. Og dette kan tyde på at ved å tilegne seg kjennskap til omstendigheter krever en større grad av aktsomhet. Det er i hovedsak tre måter en nettvært kan få kjennskap til omstendighetene. Enten blir nettverten varslet av myndighetene gjennom et påbud, nettverten kan undersøke informasjonen av eget initiativ eller nettverten kan få et varsel om at innholdet på hans plattform er ulovlig.⁹⁹ Sett i lys av at en nettvært må opptre som en «*diligent economic operator*» så er spørsmål således om et varsel er å regne som kjennskap om omstendighetene for ulovlig informasjon.

I J20 saken gikk J20 til søksmål mot Facebook Irland for trakasserende kommentarer og misbruk av privat informasjon på tre forskjellige sider på plattformen dens. Kommentarene inneholdt bemerkninger om hans politiske tilhørighet, forholdet til hans barn og hans barns religiøse tilhørighet. Den private informasjonen var tilknyttet hans rolle som informant for politiet. Domstolen kom fram til at kommentarene var å anse som lite fornuftige og usmakelige framfor å være undertrykkende samt uakseptable.¹⁰⁰ Men fant at informasjonen tilknyttet saksøkers barn samt beskyldninger om å være informant var å regne som privat informasjon.¹⁰¹¹⁰² Som følger av dette kom retten fram til at Facebook Irland ikke var fritatt

⁹⁶ [2016] NICA 54 – CG v. Facebook Ireland avsnitt (69)

⁹⁷ Ibid. Avsnitt (72)

⁹⁸ Ibid. avsnitt (72)

⁹⁹ *Riefa 2015*, s. 202

¹⁰⁰ [2016] NIQB 98 – J20 v. Facebook Ireland avsnitt (16)

¹⁰¹ Ibid. avsnitt (34)

¹⁰² Ibid. avsnitt (38)

for ansvar som følger av misbruk av privat informasjon på bakgrunn av at saksøkte hadde fått varsel om den faktiske ulovligheten bak informasjonen gjennom deres innebygde varslingsystem samt brev fra saksøkers advokat til saksøkte, men valgte likevel å ikke fjerne kommentarene etter varslingen.¹⁰³

Retten la vekt på at nettverten ikke kunne anføre at vedkommende har vært hindret av en teknisk feil tilknyttet varslingen av den angivelig ulovlige informasjonen¹⁰⁴. I tillegg la retten vekt på at det kan forventes av en nettvert å ha kompetanse om det relevante rettsområdet, tilknyttet trakassering og misbruk av informasjon når det foreligger et varsel som indikerer ovennevnte overtredelse. Således kan ikke nettverten forholde seg passiv til varslingene og begrunne passiviteten i at varselet ikke kan kvalifiseres under et spesifikt rettsområde.¹⁰⁵

Ved gjennomgang av de ovennevnte dommene kan det utledes at et varsel kan være tilstrekkelig for at det skal foreligge kjennskap til omstendighetene. Forutsatt at det foreligger materielle bevis fra varsleren på innholdet. Dette innebærer at nettverten må vurdere hvor klart det kommer fram at innholdet det varsles om er ulovlig samt hvor innholdet skal angivelig befinne seg på plattformen. Det stilles ikke krav om at nettvert må ha kunnskap om de relevante rettsområdene for hans virksomhet for å opptre som en «*diligent economic operator*».

Det kan dermed tyde på at det stilles skjerpede krav til nettverten i hans opptreden som en «*diligent economic operator*» ettersom vedkommende tilbyr en tjeneste som innebærer høy trafikk av informasjon. De ovennevnte dommene er imidlertid nasjonale rettsavgjørelser. Dommene kan dermed ikke anses for å ha presedens eller en prejudikatsverdi på tvers av landegrenser i EU. I dommene ble det benyttet samme framgangsmåte som EU-domstolen i forbindelse med å vurdere nettvertens ansvar. Ettersom det ikke foreligger en nærmere vurdering av hva som forventes av en «*diligent economic operator*» fra EU-domstolen så er det få rettskilder å se til. Dermed må det være mulig å se til nasjonale avgjørelser forutsatt at disse er behandlet i tråd med vurderingene fra EU-domstolen og i tråd med direktivet.

¹⁰³ Ibid. avsnitt (77)

¹⁰⁴ [2016] NIQB 98 – J20 v. Facebook Ireland – Avsnitt (71)

¹⁰⁵ Ibid. avsnitt (75)

4.3 Oppsummering

Slik det er gjort rede for så må begrepene «*actual knowledge*» og «*aware of[...]*» differensieres. Begrunnelsen bak dette er at «*aware of*»-vilkåret knytter seg utelukkende til erstatningsansvaret, mens «*actual knowledge*», eller «*faktisk kunnskap*» på norsk, knytter seg til annet straffe- eller sivilrettslig ansvar.

I vurderingen av om det foreligger «*faktisk kunnskap*» må en se på informasjon lagret på nettværtens plattform. Denne informasjonen må enten ha vært lagret ved en tidligere anledning eller være lagret på nåværende tidspunkt. Begrunnelsen bak dette er at en nettvært ikke kan holdes ansvarlig for framtidige rettsbrudd. Det blir dog problematisert hvorvidt en tjenestemottaker som laster opp samme ulovlige informasjon, med en viss kontinuitet, kan medvirke til at nettvært holdes ansvarlig for framtidige brudd, men dette er ikke avklart og må i så fall vurderes i hvert enkelt tilfelle. I vurderingen av om det foreligger «*faktisk kunnskap*» er det utarbeidet vurderingsmomenter av EU-domstolen. Disse momentene knytter seg til en nettværts aktivitet i forbindelse med den ulovlige informasjonen og dersom nettvært skal holdes ansvarsfri må nettværtens rolle være av en teknisk, passiv og automatisert natur.

I utgangspunktet vil optimalisering av ulovlig innhold innebære at en nettvært kan holdes ansvarlig. Det må sees hen til hvorvidt vedkommende nettvært i utgangspunktet er klar over at optimaliseringen av informasjon i realiteten kan være optimalisering av ulovlig informasjon. Optimalisering kan regnes som aktivitet som gir nettverten kunnskap og kontroll over den ulovlige informasjonen. Dersom det skjer en optimalisering av ulovlig informasjon må denne fjernes for å holdes ansvarsfri.

Det ble problematisert om hvorvidt en nettvært måtte ha en aktiv rolle, gjennom optimalisering, og i tillegg ha «*control over the information which is [...] stored*». Denne problematiseringen oppstod som følger av SNB-React saken. I denne ble det valgt en annen ordlyd for begrunnelsen enn fra tidligere saker. Ettersom det ikke er avklart hvorvidt det forelå en endring bør vurderingen av «*actual knowledge*» foretas etter den allerede etablerte rettstilstanden, utviklet i Google- og Ebay-saken.

I forbindelse med erstatningsansvaret så er det ikke tale om faktisk kunnskap om ulovlig aktivitet eller informasjon, men kjennskap rundt omstendigheter som gjør ulovlig aktivitet eller informasjon synlig. Dette blir trukket i retning av at det må foreligge positiv kunnskap på lik linje med den faktiske kunnskapen. Det skal ikke vurderes om kjennskapen er ulovlig, men omstendighetene rundt denne. Dette innebærer at nettverten har kunnskap om at det

foreligger ulovlig informasjon som følger av et eventuelt varsel, eller om det er overveiende sannsynlig at det foreligger ulovlig informasjon som følger av denne.

Det følger av EU-domstolen at vurderingsmomentet for om nettverten har kjennskap må bero på om vedkommende har opptrådt som en «*diligent economic operator*» for å tilegne seg kunnskapen.

Et varsel kan regnes for å gi nettverten kjennskap. Det følger av domstolspraksis fra Nord-Irland at et varsel kan være å regne som kjennskap om omstendigheter dersom varselet inneholder materielle bevis på at informasjonen er å regne som ulovlig. I vurderingen av vekten nasjonale avgjørelser, så har ikke nasjonale avgjørelser noen rettslig vekt for hvordan EU-direktivet skal tolkes.

5 Forholdet mellom EU- og norsk rett

5.1 Oversikt

Norge er i utgangspunktet ikke medlem i EU, men er bundet av EØS-avtalen til å sikre de grunnleggende rettighetene i EU mellom avtalepartene.¹⁰⁶ Dette innebærer at Norge som avtalepart må gjennomføre rettsakter som er omhandlet eller inntatt i EØS-avtalen. En av de grunnleggende friheter er fri bevegelighet av tjenester. Slik det følger av EØS-avtalen skal avtalepartene ikke innføre noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium.¹⁰⁷

Det følger av EØS-loven § 2 at i tilfeller det foreligger konflikt mellom Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og nasjonal lovgivning skal forpliktelsene etter EØS-avtalen gå foran den eventuelt motstridende bestemmelsen. Slik ovennevnte bestemmelser er å forstå i sammenheng så skal Norge påse å harmonere nasjonal lovgivning med sine forpliktelser etter EØS-avtalen.

Tilsvarende bestemmelse til ehandelsdirektivets artikkel 14 er gjennomført i ehandelslovens § 18.

5.2 Ehandelsloven § 18

Det følger av ordlyden i ehandelsloven § 18 at

«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 ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist forsett eller grov uaksomhet.»*

Slik bestemmelsen er utformet så framstår ordlyden i ehandelsloven i utgangspunktet til å være i tråd med ordlyden i ehandelsdirektivets artikkel 14. Bestemmelsens virkeområde

¹⁰⁶ EØSI, § 1 jf. EØS-avtalen art. 7

¹⁰⁷ EØS-lovens vedlegg om EØS-avtalen, artikkel 36

knytter seg til lagringstjenester levert av nettverter i tråd med ehandelsdirektivets artikkel 14 som omhandler «*hosting*» og differensierer mellom straffe- og erstatningsansvar.

I motsetning til direktivet hvor det er inntatt ordlyden «*actual knowledge*» for straffeansvaret og «*aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent*» for erstatningsansvaret er det i ehandelslovens § 18 inntatt ansvarsgrunnlaget «*forsett*» tilknyttet straffeansvar og «*forsett*» eller «*grov uaktsomhet*» tilknyttet erstatningsansvar. Det følger ikke av noen bestemmelser at ordlyden i et direktiv skal være en direkte oversettelse av ordlyden i forbindelse med implementeringen, så lenge målet med direktivet er oppnådd. Ettersom ehandelsdirektivet er et minimumsdirektiv, så er det ingenting i veien å velge en annen ordlyd enn den som følger av direktivet.

Spørsmålet er om endret ordlyd § 18 vil innebære en vesentlig realitetsforskjell i den ansvarsfriheten som kan opphøre etter artikkel 14 i ehandelsdirektivet.

Ettersom det er differensiert mellom straffeansvaret og erstatningsansvaret på ovennevnte måte i ehandelsloven § 18 (1) litra a) og litra b) blir det dermed naturlig å behandle disse separat, ved å starte med straffeansvaret.

5.2.1 Straffeansvaret etter ehandelsloven § 18 (1) litra a)

Slik ordlyden er formulert så kan en nettvært holdes ansvarsfri dersom vedkommende lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenestemottaker. Tjenesteyteren må videre ikke lagre ulovlig informasjon eller medvirke til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon ved å lagre det ulovlige innholdet forsettlig.

Bestemmelsen framstår slik at en nettvært kan holdes ansvarlig ved to tilfeller. For det første hvor nettverten forsettlig lagrer ulovlig informasjon fra en tjenestemottaker. For det annet hvor nettverten forsettlig medvirker til ulovlig lagring av informasjon. Begge typetilfellene forutsetter at informasjonen lagres på vegne av en tjenestemottaker. Det framstår som noe uklart hvorfor det sondres mellom lagring av og medvirkning til ulovlig lagring. Det er imidlertid nærliggende å tolke sondringen til å gjelde tilfeller hvor nettverten har faktisk kunnskap om at det er lagret opphavstridig materiale eller straffbart innhold på dens

plattform.¹⁰⁸ Hvor medvirkningen gjelder tilfeller hvor nettvært har faktisk kunnskap om at det i en nyhetsgruppe blir utvekslet informasjon om hvor en kan få tak i ulovlig informasjon.¹⁰⁹

Det følger av forarbeidene at typetilfellene skal forstås som at vedkommende nettvært utviser forsett ved lagring av informasjon, eller ved medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av annens informasjon.¹¹⁰ Av samme forarbeid følger det at en nettvært er underlagt ansvar dersom nettverten opptrer forsettlig i forhold til den konkrete informasjonen.

Dette blir eksemplifisert med tilfeller hvor vedkommende nettvært regnet det som sikkert eller overveiende sannsynlig at informasjonen var ulovlig.¹¹¹ Slik forarbeidet er å forstå så vil ikke nettvært være ansvarsfri dersom vedkommende har regnet det som sikkert eller overveiende sannsynlig at informasjonen var ulovlig for så ikke gjøre tiltak for å ta ned denne informasjonen. Dette innebærer at vedkommende har fått informasjon, i form av varsling eller liknende, eller har hatt en overveiende antagelse om at informasjonen gjennom varsling at informasjonen er ulovlig. Det må dog påregnes at det vil være en vurdering i hver enkelt sak. Men det som er av relevans er om nettverten har handlet forsettlig gjennom å unnlate å handle.

Vilkåret som skal vurderes er om det foreligger «faktisk kunnskap» eller, etter den norske ordlyden, hvorvidt vedkommende har handlet i forsett. Etter den generelle forsettslæren er det sentrale i forsettbegrepet at gjerningspersonen vet hva han gjør.¹¹² I strafferetten foreligger forsett når gjerningsperson har sikker kunnskap om at alle elementene i gjerningsbeskrivelsen er til stede, eller vil bli oppfylt.¹¹³ For nettvært gjør ehandelsloven § 18 et innhugg i gjeldende straffe- og erstatningsrett i forbindelse med ansvarsbegrensningen og i hovedsak medvirkningssituasjoner.¹¹⁴ Forarbeidet til ehandelsloven eksemplifiserer dette gjennom tilfeller hvor det produseres barnepornografi og medvirkning til dette har skyldkravet forsett eller uaktsomhet.¹¹⁵¹¹⁶ Bestemmelsen det blir henvist til oppstiller at en som medvirker kan straffes med bakgrunn i skyldkravet uaktsomhet eller forsett. Slik ehandelsloven § 18 oppstiller skyldkravet så er en nettvært ansvarsfri inntil han utviser forsett.¹¹⁷ Dette innebærer

¹⁰⁸ *Lodder/Murray, 2017*, s.50, avsnitt 2.129

¹⁰⁹ *Ibid.* avsnitt 2.129

¹¹⁰ Ot.prp.nr.4 (2003-2004) pkt. 13

¹¹¹ Ot.prp.nr.4 (2003-2004) pkt. 9.3.1.3.2

¹¹² *Eskeland, 2015*, s. 280

¹¹³ *Ibid.* s. 281.

¹¹⁴ Ot.prp.nr.4 (2003-2004) – punkt 9.1

¹¹⁵ *Ibid.* punkt. 9.1

¹¹⁶ Strl. § 311(2) 2.pkt

¹¹⁷ Ot.prp.nr.4 (2003-2004) – punkt 9.1

dermed et innhugg i straffe- og erstatningsretten, men kan begrunnes i at det er mer inngripende å bli dømt for en straffbarhandling enn å fjerne noe fra internett. Dette kan dermed være en forklaring på hvorfor terskelen er så høy for å ilegge nettverter ansvar.

Slik det følger av ovennevnte så må det vurderes hvorvidt nettvert har opptrådt forsettlig. I denne vurderingen inngår om vedkommende nettvert har faktisk kunnskap om lovligheten av innholdet. Dersom en tar utgangspunkt i vurderingen av lovligheten til informasjonen etter direktivets artikkel 14, må det oppstilles spørsmål om hva som kan kreves av nettvert til å vurdere lovligheten av informasjonen.

Det må presiseres at dersom en legger til grunn at nettverten er pålagt til å vurdere lovligheten selv vil det kunne innebære at lovlig innhold blir fjernet fra nettvertens plattform over en lav terskel i fare for at nettverten skal bli holdt ansvarlig. Dette vil kunne være stridig mot ytringsfriheten dersom lovlig innhold skal fjernes med denne begrunnelsen. I motsatt tilfelle så vil det være tilfeller hvor innhold også er ulovlig men blir ikke fjernet, da vil det eventuelt foreligge rettsvillfarelse fra nettverten. Rettsvillfarelse innebærer at gjerningspersonen ikke har en riktig oppfatning av handlingens lovlighet.¹¹⁸ Med dette menes at en gjerningsperson tror at handlingen er lovlig men i virkeligheten er den ulovlig.¹¹⁹

Det følger av forarbeidene at det foreligger en utvidet norm for rettsvillfarelse i ovennevnte tilfeller.¹²⁰ Begrunnelsen er at et eventuelt press for å fjerne innhold ved påstand kan bli mindre. Dette vil innebære i praksis at nettverten ikke er presset til å vurdere lovligheten til det angivelig ulovlige innholdet i større grad enn nødvendig. Det følger videre at det vil være urimelig å forvente at en nettvert vil ha kompetanse til å foreta en slik vurdering av lovligheten. Dermed må det gis større rom for feilvurderinger.¹²¹ Det må kunne kreves av en nettvert at han foretar en aktsom vurdering av informasjonen for så ta en avgjørelse. Dersom vedkommende ikke kan være å anse som kompetent på rettsområdet må det forventes at vedkommende kontakter et kompetent organ.¹²² Dette vil i utgangspunktet være i tråd med gjeldende europeisk rett i den forstand at vedkommende må oppnå faktisk kunnskap for så gjennomføre tiltak for å fjerne innholdet. Det som vil være gjenstand for et eventuelt ansvar er tidspunkt fra nettverten får faktisk kunnskap til innholdet fjernes.

¹¹⁸ Eskeland, 2015, s. 314

¹¹⁹ Ibid. s. 314

¹²⁰ Ot.prp.nr.4 (2003-2004) pkt. 9.3.1.4

¹²¹ Ibid. pkt. 9.3.1.4

¹²² Ibid. pkt. 9.3.1.4

Slik det er redegjort for i dette punkt så vil det kreves faktisk kunnskap for at vedkommende skal kunne holdes ansvarlig i strafferettslig sammenheng. Denne vurderingen gjøres i norsk rett ved å vurdere om vedkommende nettvært har opptrådt forsettlig. Selv om begrepsbruken ikke er lik med ehandelsdirektivet framstår det som at i strafferettslig kontekst er Norge i tråd med dens forpliktelser etter ehandelsdirektivet.

5.2.2 Erstatningsansvar etter ehandelsloven § 18 (1) litra b)

Slik bestemmelsen er formulert så kan en nettvært holdes ansvarlig for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist «forsett» eller «grov uaktsomhet». Etter de grunnleggende erstatningsrettslige prinsippene så er grov uaktsomhet en mildere norm enn forsett da grov uaktsomhet innebærer ikke at vedkommende har handlet bevisst. Det følger dog ikke en klar definisjon hva som skal regnes som «grov uaktsomhet» av bestemmelsen, men av norsk rettspraksis følger det at

«for at en oppførsel skal kunne karakteriseres som grovt uaktsom, må det [...] representere et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet.»¹²³

Ansvarsgrunnlaget er dermed mildere enn forsett, men likevel vil det kreves et betydelig avvik fra normalt handlingsmønster for å holdes ansvarlig, begrunnet i at uaktsomheten må være «grov». I ehandelsdirektivet er det oppstilt som vilkår at nettvært må være «*aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent*». Slik redegjort for tidligere er det tale om å ha kjennskap til forhold eller omstendigheter, hvor den ulovlige aktiviteten eller informasjonen fremgår. Slik artikkel 14 er formulert kan det virke som at det er tale om uaktsomhet fra nettverten for at vedkommende skal kunne holdes ansvarlig.¹²⁴ Ettersom ehandelsloven oppstiller en høyere terskel, enn det som tilsynelatende kan utledes fra direktivet, for å holdes ansvarlig så blir spørsmålet hvorvidt ansvaret etter ehandelsloven § 18 (1) litra b) er i tråd med ehandelsdirektivets artikkel 14 (1) litra a).

Det følger av forarbeidene til ehandelsloven at begrunnelsen for ordlydsendringen, fra «*kunnskap*» til «*grov uaktsomhet*», var at flere av høringsinstansene mente kunnskap førte med seg uklarerheter. De mente at det utfra ordlyden var vanskelig å trekke grensen mellom ansvarsfriheten for straff og ansvarsfriheten for erstatning. Det ble videre begrunnet at ved å

¹²³ Rt-1989-1318 S. 1323

¹²⁴ Rognstad, 2004, s. 59

endre begrepet ville loven differensiere mellom begrepene på lik linje med direktivet. I tillegg var «*grov uaktsomhet*» å regne som et innarbeidet begrep i norsk rett som det var knyttet mye praksis og teori til.¹²⁵

Dette innebærer dermed at siden det var knyttet mye usikkerhet til et nokså ukjent begrep i norsk rett, ble det heller anvendt et begrep som er innarbeidet for å kunne anvende teori og rettspraksis og samtidig være i tråd med direktivets ordlyd. Et spørsmål som imidlertid reiser seg er om terskelen for å ilegge ansvar for nettvært med bakgrunn i grov uaktsomhet kan sidestilles med begrepet kjennskap etter direktivet.

Det følger av ovennevnte forarbeid at krav om kjennskap tilsier at nettverten må ha fått noen indisier på at han lagrer ulovlig informasjon før ansvarsfriheten opphører.¹²⁶ Dette må forstås som at vedkommende nettvært har blitt varslet om at et innhold kan angivelig være av ulovlig karakter. Det vil heller ikke være avgjørende hvordan et eventuelt varsel er gitt, eller hvordan vedkommende nettvært har fått kunnskap om at vedkommende lagrer ulovlig informasjon, men at opplysningene er detaljerte nok til at nettverten har mulighet til å kontrollere om informasjonen er ulovlig.¹²⁷ Dette vil være i tråd med frihetene ehandelsdirektivet skal ivareta, blant annet ytringsfriheten. I tillegg vil dette være i tråd med at det må foreligge reell kunnskap om den ulovlige informasjonen og ikke bare en antakelse om at det kan være ulovlig informasjon på nettværtens plattform.

Da direktivet er et «minimumsdirektiv» er det ingenting i veien for en stat å gi større ansvarsfrihet enn det som følger av direktivet. Statene må imidlertid ikke begrense ansvarsfriheten. Selv om uaktsomhet er en lavere terskel en grov uaktsomhet, kan det dermed sies at Norge har gitt en større ansvarsfrihet enn det som følger av direktivet. Ehandelsloven § 18 vil dermed være i tråd med ehandelsdirektivets artikkel 14.

5.3 Oppsummering

Slik ordlyden er utformet i ehandelsloven § 18 så er denne i tråd med ehandelsdirektivets artikkel 14. På samme måte som direktivet så differensierer ehandelsloven § 18 vurderingsgrunnlaget for å ilegge ansvar for nettvært. Det er dog endret ordlyd i ehandelsdirektivets til «*forsett*» og «*grov uaktsomhet*». Begrunnelsen for dette var at

¹²⁵ Ot.prp.nr.4 (2003-2004) pkt. 9.3.2.3

¹²⁶ Ot.prp.nr.4 (2003-2004)

¹²⁷ Ibid. pkt. 9.3.2.3

gjennomgående i utarbeidelsen av ehandelsloven har den opprinnelige differensieringen av «*faktisk kunnskap*» og «*kunnskap*» bydd på usikkerhet og fortolkningsproblemer. Det avgjørende var å oppnå en formålstjenlig begrepsbruk som var i tråd med direktivet for regulering av nettverters ansvar. Etter redegjørelsen for ansvarsgrunnlagene framstår det som at Norge ivaretar sine forpliktelser etter ehandelsdirektivet.

6 Betraktninger - Hvordan er nåværende praksis?

Nåværende praksis for å vurdere en nettvært som ansvarsfri i utgangspunktet lik slik den var Google-saken.¹²⁸ Vurderingen etter artikkel 14 første ledd bokstav a er om nettverten har «*actual knowledge*» eller ikke, altså «faktisk kunnskap» om ulovlig innhold. For erstatning må nettverten være «*not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent*».

Praksisen tilknyttet spørsmålet om «faktisk kunnskap» innebærer om hva nettverten har av positiv kunnskap tilknyttet det ulovlige innholdet. Deretter har EU-domstolen berodd på direktivets fortale og uttalt at nettværter kun kan nyte ansvarsfrihet dersom de utelukkende har en teknisk, passiv og nøytral rolle.

Teknisk, passiv og nøytral natur innebærer er at nettverten ikke kan ta en aktiv rolle slik at nettverten får kunnskap og kontroll over informasjonen.

EU-domstolen brukte en annen formulering for vurderingen angående hvorvidt det foreligger kunnskap hos nettverten i SNB-React saken¹²⁹. Hvor tidligere aktivitet ga nettverten kunnskap og dermed gjorde nettvært ansvarlig, ble det i SNB-react gått vekk fra dette. I SNB-React saken ble det formulert slik at det må foreligge en aktivitet og i tillegg må nettverten ha kunnskap og kontroll over informasjonen for å bli ansvarlig. Selv om det ikke kommer eksplisitt fram i ovennevnte dom at EU-domstolen valgte å fravike tidligere praksis er dette tilfellet i form av formuleringene som ble brukt i dommen. For å få avklart hvorvidt EU-domstolen valgte å fravike praksisen må en vente til neste dom som foreligger fra EU-domstolen omhandlende kunnskapskravet.

I forbindelse med erstatningsansvaret så er det ikke tale om faktisk kunnskap men kjennskap rundt omstendigheter for det ulovlige innholdet. Det blir trukket i retning av at det må foreligge positiv kunnskap på lik linje med den faktiske kunnskapen. Det skal ikke vurderes om kjennskapen er ulovlig, men omstendighetene rundt denne. Av praksisen fra EU-domstolen framgår det at vurderingsmomentet for om nettverten har kjennskap må bero på om vedkommende har gjennomført tiltak som kan forventes av en «*diligent economic operator*»¹³⁰ for å tilegne seg kunnskapen. I tilfeller hvor det er gitt et varsel ble det også

¹²⁸ C-236/08 til C-238/08 *Google*

¹²⁹ C-521/17 *SNB-React* avsnitt (50) og (52)

¹³⁰ C-324/09 *Ebay* avsnitt 122

oppstilt at dersom varselet ikke er materielt tilstrekkelig vil det være opp til nasjonale domstoler å avgjøre hvorvidt det foreligger kunnskap på ovennevnte tidspunkt for varsel.

Et varsel kan regnes for å gi nettverten kjennskap. Det følger av domstolspraksis fra Nord-Irland at et varsel kan være å regne som kjennskap om omstendigheter dersom varselet inneholder materielle bevis på at informasjonen er å regne som ulovlig. I vurderingen av vekten nasjonale avgjørelser så har ikke nasjonale avgjørelser noen rettslig vekt for hvordan EU-direktivet skal tolkes men dersom lovgivningen i medlemslandet er i tråd med direktivet samt domstolspraksisen bygger på praksisen til EU-domstolen må momenter fra de nasjonale domstolene kunne anvendes.

I september 2018 ble en sak fra den høyere regionale domstol i Hamburg¹³¹ henvist til EU-domstolen. Saken omhandlet en produsent som hadde en eksklusiv lisensavtale med en artist. Sangene til artisten ble lastet opp uten samtykke på nettplattformen YouTube. Produsenten varslet YouTube og innholdet ble tatt ned i utgangspunktet. Det viste seg likevel at innholdet på ny ble lastet opp på YouTube. Produsenten gikk dermed til sak mot YouTube med påstand om at YouTube var ansvarlig for det ulovlig opplastede innholdet. For å være i tråd med EU-domstolens praksis valgte den tyske domstolen å henvise elleve spørsmål til EU-domstolen, herunder om YouTube hadde kunnskap om det ulovlige innholdet. Ovennevnte sak vil få en stor betydning for framtidig fortolkning av kunnskapsvilkåret på flere nivå. For det første vil det bli avklart hvorvidt fortolkningen fra SNB-react saken er korrekt og for det annet om web 2.0 tjenester som YouTube, kan bli ansvarlig. Ettersom mye av innholdet er bruker-generert på dens plattform. Dermed vil den henviste saken være av nokså prinsipiell betydning for nettverter som i hovedsak lagrer bruker-generert innhold og hvorvidt det kan påvises at de har kunnskap om ulovlig informasjon på deres plattform. Saken vil dog ikke være oppe før tidligst 2019.

Den sistnevnte problemstillingen belyser problematikken rundt regelverket tilknyttet nettverter i den forstand at det i stor grad blir utviklet tjenester som ikke nødvendigvis følger den tradisjonelle kvalifiseringen av tjenester. I tillegg vil det by på fortolkningsproblemer tilknyttet kunnskapskravet i den forstand at det er stor grad av bruker-generert innhold og dermed oppstår det et spørsmål tilknyttet nettverters rolle i vurderingen av et eventuelt ansvar.

¹³¹ Saks nr. I ZR 140/15

Kildeliste

Litteratur

- Lodder/Murray, 2017* Lodder, A. R. Murray, A. D. *EU Regulation of E-Commerce: A Commentary*, 2017
- Edwards/Waelde, 2009* Edwards, Lilian. Waelde, Charlotte, *Law and the internet*, third edition, 2009
- Yannopoulos, 2017* Yannopoulos, Georgios N. *The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?* 2017
- Fredriksen/Mathisen, 2014* Fredriksen, Halvard Haukeland. Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*, 2. Utgave, 2014
- Baistrocchi, 2003* Baistrocchi, Pablo. *Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce*, 2003
- Rognstad, 2004* Rognstad, Ole-Andreas. *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, 2004
- Verbiest, 2007* Verbiest, Thibault, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, 2007
- Eskeland, 2015* Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 4.utgave, 2015
- Riefa, 2015* Riefa, Christine. *Consumer Protection and Online Auction Platforms: Towards a Safer Legal Framework*, 2015
- Wang, 2016* Wang, Jie, *Regulating Hosting ISPs' Responsibilities for Copyright Infringement*, 2016

EU-direktiver

- Ehandelsdirektivet* 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

Før- og etterarbeider til EU-direktiver

COM(2017) 555 final EU-kommisjonen (2017) COM(2017) 555 final: *Tackling Illegal Content Online - Towards an enhanced responsibility of online platforms*, Brussel

Norsk lovgivning

E-hl. Lov 05.23.2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (e-hl.)

EØSl. Lov 27.11.1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde m.v. (EØSl.)

Strl. Lov 20.05.2005 nr. 28 om straff (strl.)

Tvl. Lov 17.06.2005 nr.90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvl.)

Norsk lovforarbeider

Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester

Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester

Rettspraksis

EU-domstolen

eBay Sak C-324/09 (*L'Oréal SA and others v. eBay International AG and others*) ECLI:EU:C:2011:474

Google Samlede saker C-236/08 til C-238/08 (*Google France SARL and others v. Louis Vuitton Malletier SA and others*) ECLI:EU:C:2010:159

| | |
|-------------------|---|
| <i>SNB-React</i> | Sak C-521/17 (<i>Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. v. Deepak Mehta</i>) ECLI:EU:C:2018:639 |
| <i>Papasavvas</i> | Sak C-291/13 (<i>Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etaria Ltd and others</i>) ECLI:EU:C:2014:2209 |
| <i>GS Media</i> | Sak C-160/15 (<i>GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others</i>) ECLI:EU:C:2016:644 |
| <i>Ziggo</i> | Sak C-610/15 (<i>Stichting Brein v. Ziggo BV and others</i>) ECLI:EU:C:2017:456 |

Norges Høyesterett

| | |
|----------------------|-------------------------|
| <i>Advokatdommen</i> | Rt. 1989 s. 1318 s.1323 |
|----------------------|-------------------------|

Utenlandske domstolers praksis

| | |
|----------------|---|
| <i>J20</i> | Sak No. [2016] NIQB 98 av 20.12.2016, The High Court of Justice in Northern Ireland, (<i>J20 v. Facebook Ireland Limited</i>) |
| <i>CG</i> | Sak No. [2016] NICA 54 av 21.12.2016, Her Majesty's Court of Appeal in Northern Ireland, (<i>CG v. Facebook Ireland Limited and others</i>) |
| <i>YouTube</i> | Sak I ZR 140/15 av 13.09.2018, Bundesgerichtshof, (<i>Frank Peterson v. YouTube</i>) |

Uttalelser

| | |
|-------------------------------------|---|
| <i>Uttalelse fra generaladvokat</i> | Sak C-234/09 (<i>L'Oréal SA and others v. eBay International AG and others</i>) Opinion of Advocate General Jääskinen av 09.12.2010 |
|-------------------------------------|---|

Traktater og konvensjoner

| | |
|------|--|
| TEUF | Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte, vedtatt 25. mars 1957, revidert gjennom Lisboatraktaten 13. desember 2007. |
| EMK | Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Vedtatt av Europarådet i Roma 4. november 1950. |

Vedtekter

*Vedtekten for den
europæiske unions
domstol*

Statute of the Court of Justice of the European Union,
C 83/210, av 30.03.2010

Andre kilder

Definisjon av «Internett» <https://snl.no/internett> - sitert 10/12-18

*Definisjon av
«AdWords»* <https://no.wikipedia.org/wiki/AdWords> - sitert 4/11-18

Definisjon av «Web 2.0» <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1> -sitert 4/11-18

*Statistikk om antall
opplastninger på
YouTube* <https://www.omnicoreagency.com/youtube-statistics/> - sitert
3/12-18

*Pressemelding fra
YouTube* <https://www.youtube.com/intl/no/yt/about/press/> -
sitert 7/11-18

*Transparency report fra
Google* <https://transparencyreport.google.com/copyright/overview> -
sitert 3/12-18