



eBay -

aktiv megler eller passiv vert?

Internettbaserte salgs- og auksjonsplattformers sivilrettslige ansvar ved omsetning av rettstridige produkter, etter internasjonal praksis.

Av Dag Braaten Thoresen

Veileder: Professor dr. juris Jon Bing

Stor masteroppgave i rettsvitenskap (60 sp)

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Våren 2009

1 INNLEDNING	4
1.1 PRESENTASJON AV TEMA	4
1.2 OVERORDNEDE HENSYN	7
1.2.1 Argumenter for ansvar for nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer	7
1.2.2 Argumenter mot ansvar for nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer	8
1.3 RETTSKILDESITUASJONEN	8
1.4 METODISK TILNÆRMING	9
2 INTERNETTBASERTE SALGS- OG AUKSJONSPLATTFORMER: ANSVARET SOM MELLOMMANN	10
2.1 INNLEDNING	10
2.2 INTERNETTBASERTE SALGS- OG AUKSJONSPLATTFORMER: ANSVARET ETTER VAREMERKERETTSLIGE REGLER.....	12
2.2.1 Utgangspunkt.....	12
2.2.2 Har salgs- og auksjonsplattformen gjennom sin virksomhet brukt det aktuelle varemerket?	15
2.2.2.1 Hermés vs. eBay.....	16
2.2.2.2 Internet Versteigerung I, II og III.....	20
2.2.3 Er det aktuelle varemerket brukt i næringsvirksomhet?	22
2.2.3.1 Internet Versteigerung I, II og III.....	24
2.2.3.2 Hermés vs. eBay.....	24
2.2.4 Skyldvurderingen ved varemerkerettslige krenkelser i relasjon til nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer	26
2.2.4.1 Hermés vs. eBay	28
2.2.4.2 Internet Versteigerung I, II og III.....	33
2.2.4.3 Varemerkerettslig ansvar på grunnlag av årsaksbaserte regler?	35
2.2.4.4 Salgs- og auksjonsplattformens forpliktelser	38
2.3 INTERNETTBASERTE SALGS- OG AUKSJONSPLATTFORMER: ANSVARET ETTER ERSTATNINGSRETTSLIGE REGLER.....	41
2.3.1 Innledning	41
2.3.2 LVMH vs. eBay.....	42
2.3.2.1 Hva er aktsomhetsnormen for nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer?	44
2.3.2.2 Har salgs- og auksjonsplattformen vært tilstrekkelig aktsom?	48
2.3.2.3 Kravet til skade / økonomisk tap.....	52
3. INTERNETTBASERTE SALGS- OG AUKSJONSPLATTFORMER: ANSVARFRITAKET ETTER E-HANDELSDIREKTIVET	54
3.2 INNLEDNING	54
3.3 REGULERER E-HANDELSDIREKTIVET NETTBASERTE SALGS- OG AUKSJONSPLATTFORMER?.....	55
3.3.1 Utgangspunkt.....	55

3.3.2	<i>Kravet til at tjenesten normalt må ytes mot vederlag</i>	56
3.3.3	<i>Kravet til at tjenesten må ytes over avstand</i>	58
3.3.4	<i>Kravet til at tjenesten må ytes ved bruk av elektroniske midler</i>	58
3.3.5	<i>Kravet til at tjenesten ytes etter individuell anmodning fra mottaker</i>	59
3.4	KOMMER ANSVARSFRITAKET FOR LAGRINGSTJENESTER I E-HANDELSDIREKTIVETS ARTIKKEL 14 TIL ANVENDELSE?	61
3.4.1	<i>Utgangspunkt</i>	61
3.4.2	<i>Internet Versteigerung I, II og III</i>	65
3.4.3	<i>De franske avgjørelsene</i>	69
3.4.3.1	<i>Hermès International vs. eBay</i>	70
3.4.3.2	<i>LVMH vs. eBay</i>	72
3.4.4	<i>Lancôme vs. eBay</i>	76
3.3.4.1	<i>Spørsmålet om erstatning og kompensasjon</i>	79
3.3.4.2	<i>Salgs- og auksjonsplattformens forpliktelser ved midletidig forføyning</i>	85
3.3.4.3	<i>Har salgs- og auksjonstjenestens oppfylt sin handlingsplikt</i>	92
4.	AVSLUTTNING	95
4.1	OPPSUMERING OG KONKLUSJON	95
5.	KILDER	96
5.1	LITTERATUR	96
5.2	LOVGIVNING	96
5.3	RETTSPRAKSIS	97
5.4	ARTIKLER	98
5.5	KONVENSJONER, DIREKTIVER, RÅDSFORORDNINGER OG UTTALELSER	99

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Tema for denne avhandlingen er internettbaserte salgs- og auksjonsplattformers sivilrettslige ansvar ved omsetning av rettstridige produkter, etter internasjonal praksis. Med rettstridige produkter siktes det her til fysiske gjenstander som er produsert som etterligninger (piratkopier) av kjente merkevarer, og som søkes omsatt i strid med merkehavernes varemerkerettslige rettigheter.

Selv om piratkopiering av andre markedsaktørers varer har eksistert i lang tid, har det siden 1970 tallet vært en dramatisk økning i produksjon og omsetning av slike produkter. Særlig har de senere års utvikling innenfor teknologi og globalisert handel har vært en vesentlig akselererende faktor, og piratkopiering påvirker nå en rekke forskjellige industrier, som for eksempel bilindustrien, legemiddelindustrien og ikke minst luksusvareindustrien, som i de senere år har fått erfare at deres produkter har vært gjenstand for massiv kopiering. Ved grensene inn til det Europeiske marked ble det i 2004 beslaglagt så mye som 103 millioner piratkopierte varer, noe som representerte en økning på hele 1000% i forhold til antall beslaglagte varer i 1998.¹ Og i følge en studie utført på vegne av OECD var det på verdensbasis i 2005 en omsetning av piratkopierte varer på hele 200 milliarder US dollar.²

Som en av hovedaktørene ved den økte globaliseringen har internett utviklet seg til å bli en ekstremt populær markeds plass for salg og omsetning av piratkopierte varer. Dette skyldes trolig internetts globale karakter og den mulighet det gir for en mer anonym distribusjon av ulovlige varer enn i den fysiske verden. Det er derfor ikke overraskende når den internasjonale varemerkeorganisasjonen INTA uttaler at nettbaserte salgs- og

¹ Se European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on a Customs response to latest trends in counterfeiting and piracy*, COM 2005 479 final, 3, 19.

² Se www.oecd.org/sti/counterfeiting [22.04.2009].

auksjonstjenester, et av internetts mest populære fenomener, har blitt "... *a new distribution channel for counterfeit goods, and the more popular one at that.*"³

Den kanskje mest kjente og suksessrike av alle nettbaserte salgs- og auksjonstjenester er eBay. Denne auksjonsgiganten har på verdensbasis mer enn 233 million registrerte brukere og rapportere for tredje kvartal 2008 en nettoinntekt på hele 2,12 milliarder US dollar.⁴

For mange fremsto det ikke som noen overraskelse når kosmetikkprodusenten Lancôme i sitt søksmål mot eBay viste til at over 83% av Lancômes produkter som var kjøpt via den belgiske nettsiden til eBay var forfalskninger.⁵ Og i de tilsvarende søksmålene mot eBay fremsatt av det franske luksusvarekonglomeratet LVMH, ble det konkludert med at hele 90% av produktene som ble solgt via eBays franske nettjeneste var forfalskninger.⁶

Sett i forhold til denne statistikken, og ikke minst i forhold til de imponerende inntektstall enkelte nettbaserte salgs- og auksjonstjenester opererer med, har det de senere årene vært et økt fokus på spørsmålet om hvorvidt slike aktører kan stilles til ansvar for den omsetning av rettstridige produkter som foregår via deres nettsider. Siden det overveldende antall transaksjoner ville gjøre det tilnærmet umulig å forfølge hver enkelt selger rettslig, fremstår ideen om å stille selve auksjonstjenesten til ansvar som fornuftig. De få rettighetshavere som har prøvd seg på dette har imidlertid stått overfor en særlig juridisk utfordring; ikke bare mangler de fleste land lovgivning som særskilt regulerer en slik situasjon, de fåtalls lovhjemler som eksisterer fremstår også som vage i relasjon til dette spørsmålet. Følgelig fremstår de få rettsavgjørelsene som direkte adresserer denne problemstillingen som både inkonsekvente og forholdsvis ubegrunnede. Det vil derfor være tilsvarende viktig at både lovgiver, så vel som den enkelte domstol fastsetter

³ Se International Trademark Association, *Green Paper on Consumer Protection*, 15 Januar, 2002.

⁴ Disse tallene er tilgjengelige på <http://investor.ebay.com> [22.04.2009].

⁵ Se avgjørelsen i *Lancôme Parfumes et Beaute & Cie vs. eBay International AG, eBay Europe S.A.R.L. and eBay Belgium*, Tribunal of First Instance Uege, Roll number A/07/06032, July 31, 2008.

⁶ Se avgjørelsene fra Commercial Court of Paris, June 30, 2008: *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, *Christian Dior Couture v. eBay*, RG. No. 2006077807 og *Dior, Guerlain, Givenchy og Kenzo v. eBay*, RG. No. 2006065217.

nærmere i hvilken utstrekning slike aktører kan bli holdt ansvarlig for den omsetningen av rettstridige produkter som deres tjeneste genererer.

Ettersom de fleste tilfeller av forfalskninger omfatter kjente merkevarer, vil det i relasjon til omsetning av rettstridige produkter være krenkelsers av varemerkerettslige rettigheter som fremstår som mest sentralt. I en globalisert økonomi er kjente varemerker svært viktige og verdifulle for innehaverne ved at de reflekterer produktenes originalitet og verdi. De vil også være viktige for forbrukernes tillit og garanti, og på denne måten *”serve as a beacon for consumer trust.”*⁷ Særlig gjelder dette i forhold til den økende utviklingen innenfor digitalisert handel og det enorme markedet av varer som tilbys over internettet. Ettersom forbrukere som regel er avskjært fra å kontrollere varen før den både er betalt og levert, blir varemerket ofte den eneste formen for kvalitetsgaranti ved slik type avstandsbasert handel. I denne sammenheng er varemerkets juridiske beskyttelse ved slike tilfeller spesielt viktig, og hovedbegrunnelsen for avhandlingens fokus på spørsmålet om nettbaserte salgs- og auksjonsplattformers ansvar ved krenkelse av varemerkerettslige rettigheter. Et slikt ansvar er en forutsetning for at rettighetshaverne skal kunne håndheve sine varemerkerettigheter på en effektiv måte, og for at omsetningen av rettstridige produkter skal begrenses og reduseres.

”Jeg vil i avhandlingen analysere de få rettsavgjørelsene som har tatt stilling til disse spørsmål. På denne måten vil jeg forsøke ikke bare å belyse noen sentrale momenter som domstolene har funnet å være relevante, men også å presentere de til dels svært sterke motstridende interesser som oppstår i et slikt juridisk problemkompleks.

⁷ Se H. Rösler, *Anti-Counterfeiting in Online Auctions from the Perspective of Consumers’ Interests*, IIC 2006 Hefte 6, side 782.

1.2 Overordnede hensyn

1.2.1 Argumenter for ansvar for nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer

Det er en rekke faktorer som taler for at nettbaserte salgs- og auksjonstjenester bør bære noe av ansvaret for den omsetningsvirksomheten av rettstridige varer som tjenesten genererer. Ser man for eksempel på eBay, så profiterer de direkte på det salget som gjennomføres over nettsiden. Ikke bare vil tjenesten generere inntekter gjennom en fast annonseavgift for hver enkelt annonse som opplastes på deres nettsider, men også gjennom en prosentbasert avgift av hvert enkelt salg som gjennomføres, inkludert de tilfeller hvor produktet som omsettes er i strid med varemerkehavers rettigheter. Videre kan det påpekes at de i relasjon til den annonseinformasjonen som lastes opp og lagres på dere nettsider, er det blitt demonstrert at de i alle fall har en viss mulighet til å overvåke og kontrollere denne gjennom tekniske søkefilter og implementering av prosedyrer for rettighetshavere.⁸

Ved å pålegge salgs- og auksjonsplattformer et ansvar oppnås i tillegg en preventiv effekt ved at de får et insentiv til å motvirke at rettstridige produkter tilbys og omsettes over deres nettsider. Salgs- og auksjonsplattformen vil kunne implementere tekniske verktøy for søk og filtrering av nøkkelord, og senere pulverisere eventuelle kostnader over på brukerne av tjenesten.

Omsetning av slike produkter er også klart skadelig for rettighetshaverne; ikke bare står deres varemerker i fare for å bli mindre ettertraktet, men det er også kostbart og tidkrevende for rettighetshavere å drive overvåking og rapportering av annonser hvor etterligninger av deres produkter tilbys for salg.

⁸ Se for eksempel eBay sitt *Verified Rights Owner program*, (VeRO), <http://pages.ebay.com/vero/intro/index.html> [28.04.09].

1.2.2 Argumenter mot ansvar for nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer

Blant argumenter som taler mot å pålegge slike aktører et ansvar for brukernes handlinger kan det for det første fremheves at identifikasjonen av rettstridige produkter ofte krever inngående kjennskap til produktet, noe som den enkelte rettighetshaver klart har den beste forutsetningen for. I tillegg vil det være kostbart for auksjonsplattformen å overvåke og kontrollere all annonseinformasjon som ligger på deres nettsider. Ved å pålegge auksjonsplattformen et ansvar vil derfor kostnadene ved å bruke slike tjenester øke ved at disse blir fordelt på plattformens brukere i form av økte salgavgifter og lignende. Videre kan det tenkes at mindre aktører ikke er i stand til å tjene inn slike overvåkningskostnader, noe som igjen vil innebære mindre konkurranse ettersom de mindre aktører som leverer nettbaserte salgs- og auksjonstjenester presses ut. Strenge standarder for ansvar kan tenkes å begrense utviklingen av ny teknologi innenfor nettbasert handelsvirksomhet, samt underminere lovlig bruk og samfunnsmessige fordeler. Ikke minst er det et poeng at det først og fremst er brukerne av tjenesten som omsetter produktene, og følgelig har det primære ansvaret for denne rettstridige virksomheten.

1.3 Rettskildesituasjonen

I mangel av relevante norske rettskilder vil jeg ved fremstillingen i vesentlig grad benytte meg av internasjonale rettskilder. Dette innebærer at det i avhandlingen ikke vil bli redegjort for den norske rettstilstanden i relasjon til de nevnte problemstillinger, men nærmere bestemt den utviklingen som har skjedd internasjonalt, og de standpunkt som de enkelte lands domstoler har gitt uttrykk for ved vurderingen av et slikt mellommannsansvar for nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer.

Selv om de enkelte lands lovgivning er forskjellig i større eller mindre grad, finnes det også en del likheter som er velegnede for sammenligning og vurdering. Jeg vil derfor

søke å presentere, sammenligne og vurdere de enkelte lands nasjonale rettsregler og rettspraksis for på denne måten å påpeke de forskjeller og eventuelle likheter som skiller seg ut ved deres vurdering av hvilket mellommannsansvar nettbaserte salg- og auksjonsplattformer har i tilfeller hvor plattformen brukes til omsetning av rettstridige produkter. I relasjon til fransk, tysk og belgisk lovgivning og rettspraksis vil jeg benytte offisielle engelske oversettelser.

1.4 Metodisk tilnærming

I avhandlingens del 2 vedrørende spørsmålet om hvorvidt nettbaserte salg- og auksjonsplattformer kan pålegges et sivilrettslig ansvar, har jeg valgt å disponere ut i fra rettslige problemstillinger med utgangspunkt i varemerkerettslig konvensjonstekst. I forlengelsen av dette vil jeg presentere og vurdere de enkelte lands nasjonale bestemmelser og rettspraksis. På denne måten søker jeg å problematisere, analysere og sammenligne de begrunnelser som kommer til uttrykk ved de enkelte avgjørelser. Med sivilrettslig ansvar menes her både erstatningsrettslig skyldansvar, samt de muligheter domstolene har for å pålegge saksøkte visse forpliktelser gjennom instituttet midlertidig forføyning og lignende.

I avhandlingens del 3 vedrørende spørsmålet om *ansvarsfrihet* vil imidlertid EU-direktivet om elektronisk handel stå sentralt. Jeg behandler først spørsmålet om hvorvidt nettbaserte salg- og auksjonsplattformer reguleres av direktivets bestemmelser. Deretter ser jeg nærmere på hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, ansvarsfritaket i direktivets artikkel 14 avskjærer det sivilrettslige ansvar som nettbaserte salg- og auksjonstjenester eventuelt kan tenkes å ha. I den sistnevnte vurdering vil jeg først analysere to avgjørelser som hver for seg tar stilling til spørsmålet om henholdsvis erstatningsrettslig skyldansvar og spørsmålet om midlertidig forføyning. Deretter vil jeg analysere en tredje avgjørelse og foreta en komparativ vurdering mellom denne og de to førstnevnte.

2 Internettbaserte salgs- og auksjonsplattformer: ansvaret som mellommann

2.1 Innledning

Som motreaksjon til de siste årenes dramatiske utvikling innenfor salg og omsetning av rettstridige produkter på nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer har enkelte særlige utsatte selskaper og produsenter tatt rettslige skritt overfor noen av disse aktøren, blant annet med krav om opphør av, og erstatning for medvirkning til slik rettstridig handel. Nedenfor vil jeg se nærmere på hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad slike nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer *kan bli ansvarlig* på bakgrunn av at brukerne av tjenesten benytter denne til salg og omsetning av rettstridige produkter.

Det finnes ingen klar definisjon eller allment akseptert beskrivelse av internettbaserte salgs- og auksjonsplattformer. Følgelig vil begrepet måtte ses på som et generisk uttrykk for en variasjon av forskjellige former for elektroniske transaksjoner.⁹ Den mest vanlige plattformmodellen som blant annet brukes av eBay kan klassifiseres som en langtidsauksjon. En slik langtidsauksjon kjennetegnes ved at den har en på forhånd fastsatt tidsskala, hvor eventuelle interessenter kan komme med bud eller kjøpe varen til fastpris innenfor en bestemt tidsperiode. Det er ingen auksjonarius som kontrollerer budrunden, og den personen som har det høyeste budet før tidsfristen utløper eller eventuelt kjøper varen til fastpris vinner muligheten til å kjøpe varen.

Auksjonstjenesten fungerer på følgende måte: først vil en annonse utformes ved at selgeren automatisk laster opp en annonse via sin egen datamaskin som gjerne inneholder et bilde og en nærmere beskrivelse av det produktet han ønsker å tilby, på tjenermaskinen til den nettbaserte salgs- og auksjonsplattformen. Deretter blir annonsen lagret på tjenermaskinen som stilles til disposisjon for selgeren mot et vederlag, og deretter gjort

⁹ Se J-M Niemann, *Online Auctions- Germany: Online Auctions under German Regulatory and Contract Law*, Computer Law & Security Report, Bind 17, Nummer 6, November 2001.

tilgjengelig på auksjonsplattformens nettside som publiserer denne på Internettet. På denne måten vil eventuelle kjøpere som sluttbruker få tilgang til annonsen ved at den lastes ned fra tjenermaskinen via Internettet og sluttbrukerens egen datamaskin.

I den videre fremstillingen vil jeg først se nærmere på mellommannsansvaret for slike aktører vurdert etter varemerkerettslige regler, og i den relasjon presentere de avgjørelser som direkte har tatt stilling til dette spørsmålet (2.2). Deretter vil jeg presentere en avgjørelse som har vurdert ansvaret på bakgrunn av erstatningsrettslige regler (2.3).

2.2 Internettbaserte salgs- og auksjonsplattformer: ansvaret etter varemerkerettslige regler

2.2.1 Utgangspunkt

Opprinnelig var den rettslige betydningen av begrepet ”varemerke” begrenset til det ordet indikerer; et merke til å sette på en vare. Selv om varemerkene også ble brukt på annen måte i markedsføringen ble det lenge holdt fast ved at de måtte kunne fylle denne opprinnelige funksjonen ved at de måtte være ”merker”, og at de måtte være flate. Sett i lys av den internasjonale utviklingen det har vært i relasjon til søknader om registrering av alt i fra tredimensjonale merker til varemerker som bare kan oppfattes med andre sanser enn synet, som for eksempel hørsel eller luktesans, har ordet ”varemerke” i dag en videre rettslig betydning enn opprinnelig antatt.¹⁰

På tilsvarende vis har det også vært en utvikling i relasjon til varemerkebrukens formål. Som påpekt av Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik var det utvilsomme utgangspunkt da varemerkeloven av 1961 ble gitt at hensikten med varemerkebruk var å markere produktenes kommersielle opprinnelse, men at den ”... senere utvikling har medført at dette ikke lenger gir hele sannheten.”¹¹

Som illustrasjon på denne utviklingen kan det vises til uttalelser i EU-domstolens avgjørelse fra 2002 vedrørende varemerket Arsenal.¹² Her påpekes riktig nok det klare utgangspunkt om at varemerkets funksjon er ”at garantere den identiske oprindelse af varen eller tjenesteydelsen, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer tjenesteydelser med en anden oprindelse.”¹³ Sett ut i fra rettighetshavers ståsted vil denne individualiserende funksjon være avgjørende

¹⁰ Se blant annet avgjørelsen fra OHIM i R 156/98 *Smell of Fresh Cut Grass* 31 IIC, side 308 (1999).

¹¹ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Oversikt over norsk varemerkerett*, Annen utgave – Revidert versjon, Universitetsforlaget 1997, side 23.

¹² European Court of Justice, *Arsenal Football Club*, C-206/1, Sml. 2002 s. I-10273.

¹³ Se European Court of Justice, *Arsenal Football Club*, C-206/1, Sml. 2002 s. I-10273, premiss 48.

ettersom de ”sættes i stand til på grundlag af kvaliteten af deres produkter eller tjenesteydelser at opbygge en fast kundekreds, hvilket kun er mulig, såfremt der findes særlige kendetegn, ved hjælp af hvilke de kan identificeres.”¹⁴ Ser man det fra forbrukernes ståsted, er imidlertid varemerkets garantifunksjon av størst betydning da varemerket nødvendigvis skal ”udgøre en garanti for, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet.”¹⁵

Undertiden kan imidlertid et varemerke også anses å ha fått en selvstendig kommersiell verdi, gjerne omtalt som varemerkets *egenverdi*.¹⁶ Den *image* eller *goodwill* som knytter seg til endel særlig kjente varemerker, ofte som følge av meget betydelige markedsføringsinnsatser, vil også være berettiget til beskyttelse, også overfor utnyttelse som i større grad tar sikte på å nyttiggjøre seg varemerkets egenverdi enn dets verdi som angivelse på opprinnelse. Nettopp en slik form for utnyttelse var det Arsenal-saken gjaldt. Saksøkte sto her tiltalt for krenkelse av rettighetshavers varemerke ut i fra det forhold at han hadde solgt uautoriserte supporterartikler som var påtrykt logoen til fotballklubben Arsenal. For å unngå å skape tvil om produktenes kommersielle opprinnelse hadde selgeren ved salgsstedet satt opp et skilt med beskjed om at produktene han solgte var uoffisielle supporterartikler som ikke var produsert med autorisasjon av fotballklubben. Men selv om selgeren hadde søkt å unngå at kundene skulle få en slik misvisende oppfatning i relasjon til produktenes opprinnelse, ble virksomheten ansett å krenke varemerkeretten. EU-domstolen understreket at for å sikre varemerkets vesentlige funksjon vil rettighetshaver også måtte vernes mot ”konkurrenter, som måtte ønske at **misbruge mærkets stilling og omdømme** til at sælge produkter, der retsstridigt er forsynet med dette mærke.”¹⁷

¹⁴ ECJ, *Arsenal Football Club*, C-206/1, Sml. 2002 s. I-10273, premiss 47.

¹⁵ Se ECJ, *Arsenal Football Club*, C-206/1, Sml. 2002 s. I-10273, premiss 48.

¹⁶ For mer om dette se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Oversikt over norsk varemerkerett*, Annen utgave – revidert versjon, Universitetsforlaget 1997, side 23-25.

¹⁷ Se ECJ, *Arsenal Football Club*, C-206/1, Sml. 2002 s. I-10273, premiss 50.

Når en merkevare rettmessig blir solgt under et bestemt varemerke vil kjøperen som regel få rett til å selge den videre under det samme varemerket. Ved slike tilfeller tales det gjerne om at varemerkeretten *konsumeres* ved det første salget, og følgelig kan ikke merkehaveren gjøre sin rett gjeldende, enten overfor bruk av merket på de tidligere solgte eksemplarene eller ved promotering av disse i annonser og lignende. Det er nettopp dette som er tilfelle ved det annenhånds salg og omsetning av merkevarer som foregår over nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer: når merkevaren først er ervervet av kjøperen fra produsenten, som regel gjennom en autorisert forhandler, står kjøperen i utgangspunktet fritt til både å annonsere og omsette sitt eksemplar, for eksempel gjennom annonsering på salgs- og auksjonsplattformen til eBay.

Tar man i betraktning den utviklingen som har vært innen global nettbasert handelsvirksomhet og de muligheter dette gir for omfattende handel av rettstridige produkter, kan det vanskelig argumenteres for at dette *ikke* kan sies å ha hatt en negativ og skadelig effekt på enkelte særlige populære og utsatte merkevarers egenverdi. Ikke bare vil omfattende kopiering og distribusjon av kopier av en merkevare *i seg selv* være skadelig grunnet den forvekslingsfare og skepsis som oppstår for forbrukere ved en eventuell kjøpsituasjon, men vil også kunne medføre at varemerket ”slites ut” etter hvert som de kopierte produktene plutselig blir ”allmannseie”, noe som igjen vil føre til at originalene blir mindre attraktive. Det er derfor ikke uten grunn når det av Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, i relasjon til beskyttelsen av varemerkers egenverdi, påpekes at den ”*varemerkerettslige tenkning og rettsanvendelse må se de nye realitetene i øynene, og kan måtte erkjenne at det faller nytt lys inn over enkelte problemer og reiser spørsmål om mer nyanserte tolkninger.*”¹⁸

World Trade Organisation’s avtale om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (heretter omtalt som TRIPS-avtalen)¹⁹ er i stor grad basert på eksisterende internasjonale konvensjoner. Det sentrale i denne avtalen er imidlertid at den oppstiller visse

¹⁸ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Oversikt over norsk varemerkerett*, Annen utgave – Revidert versjon, Universitetsforlaget 1997, side 24.

¹⁹ Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights.

minimumskrav til det vern av immaterielle rettigheter som medlemsstatene plikter å innarbeide i sin lovgivning. Som nevnt ovenfor under punkt 1.4 vil jeg ved den videre fremstillingen ta utgangspunkt i noen sentrale rettslige problemstillinger som kan utledes av konvensjonens bestemmelser, og som alle vil være avgjørende for spørsmålet hvorvidt nettbaserte salgs- og auksjonstjenester kan pålegges et sivilrettslig ansvar på bakgrunn av varemerkerettslige regler.

2.2.2 Har salgs- og auksjonsplattformen gjennom sin virksomhet *brukt* det aktuelle varemerket?

For at en benyttelse av en annens varemerke skal kunne rammes av varemerkerettslige regler er det en forutsetning at varemerket på en eller annen måte *brukes* av den som benytter det. Dette kravet til bruk kan blant annet utledes av TRIPS-avtalen hvor ” *[t]he owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner’s consent from **using** in the course of trade identical or similar signs for goods or services ...* ”²⁰ Rettstridig bruk er således betinget av at innehaverens varemerke brukes ved avhendelsen av en vare. Dette gjelder nødvendigvis ikke bare bruk av varemerket på selve varen, men kan undertiden også omfatte bruk av varemerket på varens innpakning, i reklameøyemed eller på forretningsdokumenter.²¹ Følgelig vil begrepet ”*bruk*” være av sentral betydning ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en krenkelse.

Ved omsetning av rettighetskrenkende produkter i en tradisjonell auksjons- eller salgssituasjon, kan det klart argumenteres for at en auksjonarius eller megler aktivt bruker det aktuelle varemerket ved salg og promotering av varen. For det første vil varemerket komme til syne på selve produktet eller dets innpakning når produktet fysisk blir overdratt fra selger til auksjonarius og deretter til kjøper. For det andre kan det tenkes

²⁰ Se TRIPS Agreement, annex 1c, Article 16 (1), (min utheving).

²¹ Se for eksempel COUNCIL REGULATION (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, Article 9 (2)(a).

at varemerket fremtrer i auksjonshusets katalog enten i form av tekst eller bilde, noe som også vil innebære en *bruk* av merket.

Men hvordan stiller dette seg i situasjoner hvor varemerket vitterlig brukes av selgeren som ledd i hans annonsevirkosomhet? I motsetning til en auksjonarius eller en annen fysisk salgsagent eller megler vil en nettbasert salgs- og auksjonsplattform verken være aktivt involvert ved utforming og opplasting av annonsen. Heller ikke vil de være involvert i selve budrunden eller ved salget og den påfølgende leveringen av den varen som tilbys på deres nettsider. Salgs- og auksjonsplattformen har heller ikke besittelsen av produktet ettersom disse blir levert direkte fra selger til kjøper, og følgelig foreligger det naturligvis heller ingen mulighet for plattformen til å inspisere og kontrollere produktet.

Som vi skal se har kravet til bruk av et varemerke i relasjon til nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer vært tolket forskjellig av henholdsvis franske og tyske domstoler. Avgjørelsene nevnt nedenfor er de første og eneste fra europeiske domstolers rettspraksis som tar stilling til dette spørsmålet. Og selv om sakene ble prosedert ut i fra et litt forskjellig faktum fremstår problemstillingen som noenlunde lik. Jeg vil først behandle den franske avgjørelsen.

2.2.2.1 Hermés vs. eBay

Tilsvarende til den overnevnte TRIPS-avtalen vil det også etter den franske åndsverksloven være ulovlig å foreta "*reproduction, use or affixing of a mark, ... for goods or services that are identical to those designated in the registration*", med mindre det foreligger samtykke fra rettighetshaver.²²

²² Se Article L. 713-2 of the French Intellectual property code.

Avgjørelsen i *Hermés International vs. Cindy Feitz, Ebay France and Ebay International AG*²³ gjaldt primært spørsmålet om ansvar for salg og omsetning av falske Hermés ”Birkin Bag” damevesker gjennom bruk av auksjonsplattformen til eBay.

Rettighetshaver, Hermés International anla først søksmål mot selgeren av veskene, Mrs. Cindy Feitz med begjæring om opphør av salget samt krav om erstatning. Et par måneder senere ble henholdsvis eBay France, SA og det sveitsiske søsterselskapet eBay International AG begjært solidarisk ansvarlig med påstand om at auksjonsplattformen ikke bare la til rette for slik handel, men også at de tok del i denne ulovlige omsetningen. Sakene ble senere kumulert. Et av spørsmålene da domstolen måtte ta stilling til var da hvorvidt auksjonsplattformen etter omstendighetene måtte anses å rettstridig ha brukt et varemerke i tilfeller hvor selgeren av produktet fremsto som den egentlige *brukeren* av varemerket.

Etter å ha foretatt en gjennomgang og analyse av den spesifikke forretningsmodellen til eBay, hvor det blant annet redegjøres for den tekniske arkitekturen, designet og benyttet av auksjonstjenesten ved promoteringen av annonser opplastet av selgere, vises det til at eBay tilbyr et verktøy som gjør det mulig for selgere å nå et marked og omsette rettstridige varer.²⁴ For det første påpekes det at potensielle kjøpere ved enkelthet gis tilgang til forskjellige annonser på eBay, enten ved å søke gjennom de forskjellige kategorier og underkategorier av varefortegnelser på deres hjemmeside, eller ved å søke gjennom bruk av nøkkelord for på denne måten å identifisere de vareslag man er interessert i. Videre nevnes det at eBay også velger ut og prioriterer selgernes annonser ved å fremheve enkelte særlig populære varekategorier på hovedsiden, herunder fremheve enkelte annonser med begrenset gjenværende tidsstatus.²⁵

Etter rettens oppfatning innebærer det at eBay selv organiserer og kontrollerer hvordan varene skal fremstå på deres sider, og på denne måten konstruerer *fungerende regler* og *salgsfremmende arkitektur* i bytte mot godtgjørelse, at auksjonsplattformen må anses som

²³ Troyes Court of First Instance, RG. No. 06/02604, June 4, 2008.

²⁴ Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBay*, RG. No. 06/02604, side 15.

²⁵ Med hovedsiden menes den siden som først vises når brukere av auksjonsplattformen går inn på internettssiden www.ebay.com [22.04.09].

*redaktør av en nettbasert kommunikasjonstjeneste som spesialiserer seg på formidling av varer.*²⁶

Retten nevner ikke eksplisitt *på hvilken måte* disse fungerende reglene og denne salgsfremmende arkitekturen utløser et slikt ansvarsregime, men slik jeg ser det er argumentasjonen begrunnet ut i fra den teknisk sett profittbaserte og proaktive forretningsmodellen som eBay har utviklet og benytter seg av. Det kan imidlertid synes som om retten innfortolker og argumenterer for at varemerker *brukes* på følgende måte:

Ved opplasting av selve annonsen blir varemerket innlemmet på deres nettsider, enten i form av bilde, tekst eller begge deler ved at de mottar informasjon om produktet fra selgeren. Deretter behandles denne informasjonen slik at den blir lett tilgjengelig for potensielle kjøpere, enten ved søk gjennom nøkkelord eller gjennom teknisk arkitektur hvor selgernes annonser blir kategorisert inn i enkelte bestemte varegrupper. Når denne informasjonen så er lagret på auksjonsplattformens servere vil det bli sendt en e-post inneholdende annonsens bilde og tekst til selgeren som bekreftelse på at annonsen er godkjent.

Når potensielle kjøpere så melder sin interesse ved at de legger inn et bud på den aktuelle gjenstanden vil eBay sende en tilsvarende e-post til selger med informasjon om at et slikt bud er foretatt. Underveis i auksjonsprosessen vil eBay så sende lignende e-poster til intressenter som deltar i auksjonen med påminnelse om å legge inn nytt bud når deres bud ikke lenger er det høyeste. Når auksjonen så avsluttes vil eBay både sende e-post til selger om at gjenstanden er solgt, og samtidig informere aktuelle budgivere om hvorvidt de har fått tilslaget eller ei. Deretter vil eBay forfatte en faktura som inneholder den aktuelle informasjonen som selgeren så kan velge å sende til kjøperen sammen med gjenstanden. Følgelig vil annonseinformasjonens potensielt rettstridige karakter bli sendt ut til en forholdsvis stor krets av personer, noe som igjen klart vil kunne sies å bidra til ytterligere promotering og økt omsetning av rettstridige produkter.

²⁶ Hvilke forpliktelser dette ansvarsgrunnlaget utløser er nærmere drøftet nedenfor under punkt 2.2.4.1.

Ved å kategorisere merkevarer under bestemte hoved- og underkategorier samt å gjøre produktenes varemerker identifiserbare gjennom søk på nøkkelord, vil eBay tilby en handelsplattform som teknisk sett ikke bare innebærer at de enkelte produkter gjøres svært lett tilgjengelige for eventuelle kjøpere, men også på tilsvarende måte lettere å omsette for selgere, og som igjen fører til økt omsetning for handelspartene.

Sammenligner vi denne situasjonen med mer tradisjonelle salgs- og auksjonssituasjoner hvor mellommannsrollen innebærer en *fysisk sett aktiv bruk av referanser* med økt omsetning og kommisjonssalær som formål, ser vi at auksjonstjenestens rolle som mellommann innebærer tilsvarende, men *teknisk sett aktiv bruk av referanser* med utsikt til økt omsetning og kommisjonssalær. Særlig fremtredende blir dette i tilfeller som her hvor eBay i tillegg bruker selgernes annonser aktivt i markedsføringsøyemed blant annet ved å promotere annonsene på auksjonstjenestens hovedside. Følgelig kan det argumenteres for at eBay – i motsetning til en fysisk mellommann som *direkte* kan sies å bruke et varemerke ved sin virksomhet – *indirekte* vil bruke varemerket ved sin virksomhet.

Et ytterligere moment som kan nevnes i relasjon til rettens påstand om *salgsfremmende arkitektur* er auksjonsplattformens utstrakte bruk av såkalt ”annonsegalleri” på sine sider. Som ytterligere stimulans til økt omsetning bruker eBay som nevnt selgernes annonser aktivt. Disse benyttes ikke bare ved at enkeltannonser velges ut og promoterer særskilt på hovedsiden for eksempel på bakgrunn av den enkelte annonses gjenværende tidsstatus, men også gjennom et annonsegalleri hvor *flere annonser fra samme selger* eller *annonser med tilsvarende produkter fra andre selgere* automatisk dukker opp på siden når potensielle kjøpere foretar søk etter et spesielt produkt.²⁷ På denne måten vil auksjonstjenestens ”tekniske karakter” være et svært potent og effektivt omsetningsverktøy, uavhengig av hvorvidt de produktene som tilbys og omsettes er i strid med den enkelte merkehavers varemerkerettslige rettigheter.

²⁷ Forfatteren registrerer at eBay ikke lenger i like stor grad ukritisk promoter produkter ved bruk av ”annonsegalleri”, det vil si tilfeller hvor selgernes annonser aktivt blir brukt i markedsføringsøyemed på auksjonstjenestens startside, se www.ebay.com [18.04.09].

Selv om denne informasjonsflyten i stor grad er automatisert, kan det overnevnte gi grunnlag for å argumentere for at eBay kan sies å inneha en viss kunnskap vedrørende den annonsevirkosomheten som foregår på deres nettsider. I relasjon til kravet om *bruk* kan det derfor virke som om retten tolker dette kravet forholdsvis vidt til også å omfatte auksjonstjenestens behandling og salgsfremmende promotering av den informasjon som den enkelte annonse inneholder i form av annonsetekst og bilde. Følgelig vil nettbaserte salgs- og auksjonstjenester også kunne anses som bruker av det enkelte varemerke i strid med merkehavers rettigheter ved tilfeller hvor den varen som annonseres er en etterligning.

Sett i lys av denne aktive og profittfremmende foretningsmodellen hvor retten til en viss grad identifiserer eBay med selgernes informasjon som de behandler, anses derfor auksjonstjenesten ikke bare som en tilbyder av en vertstjeneste²⁸ for lagring av informasjon opplastet av den enkelte selger, men også som *redaktør av en nettbasert kommunikasjonstjeneste*. I følge retten innebærer dette ansvarsgrunnlaget at de må kunne påkrevs å aktivt sørge for at auksjonsplattformen ikke blir brukt til ulovlige aktiviteter, herunder rettstridig *bruk* av et varemerke.²⁹

I motsetning til franske domstoler har tyske domstoler et litt mer restriktivt syn på hvorvidt forretningsmodellen til eBay innebærer *bruk* av et varemerke, ved tilfeller hvor selgere tilbyr rettstridige produkter over auksjonsplattformen.

2.2.2.2 Internet Versteigerung I, II og III

Tilsvarende de franske varemerkerettslige regler er det også etter tysk varemerkelov et forbud mot "... *using in the course of trade, ... any sign which is identical with the trade*

²⁸ Hvorvidt eBay og tilsvarende auksjonsplattformer omfattes av ansvarsfritaket for vertstjenester etter Article 14 i Directive 2000/31/EC vil bli drøftet senere i del 3 av oppgaven.

²⁹ Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBbay*, RG. No. 06/02604, side 15.

mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is protected.”³⁰ Dette omfatter ikke bare ”*offering the goods, putting them on the marked or stocking them for these purposes*”³¹, men også ”**using** the sign on business papers or in advertising.”³²

Ved avgjørelsen i *Internet Versteigerung III*³³ bekreftet Den tyske høyesteretten³⁴ tidligere rettspraksis vedrørende rettighetshaveres rettsstilling i tilfeller hvor selgere benytter auksjonsplattformer til handel med rettighetskrenkende produkter. Begge de to avgjørelsene i *Internet Versteigerung I*³⁵ og *Internet Versteigerung II*³⁶ involverte den kjente sveitsiske urfabrikkanten Rolex, som anla søksmål mot auksjonsplattformene til henholdsvis ricardo.de og eBay. Det må for ordens skyld nevnes at begge de to nevnte auksjonsplattformene har en teknisk sett tilnærmet lik forretningsmodell, og løsningen som domstolen fattet i den første avgjørelsen ble senere bekreftet i den andre avgjørelsen.

Som følge av åpenlys omsetning av et betydelig antall falske armbåndsur gikk Rolex til søksmål basert på tysk varemerkelovgivning mot de nevnte auksjonsplattformene, med krav om at omsetningen skulle opphøre. I sistnevnte søksmål la Rolex ned påstand om at eBay skulle ”... *cease and desist from marketing [varemerket til Rolex]... when supplying watches ... and using them or permitting them to be used [på auksjonsplattformen]... if and insofar as the bid reveals that the goods offered are not from the business owned by [Rolex]...*”³⁷

Til forskjell fra den franske domstolen kom de tyske dommerne frem til at auksjonsplattformene *ikke selv* kunne sies å ha brukt det aktuelle varemerket gjennom sine aktiviteter og forretningsdrift. Uansett om auksjonsplattformen ble benyttet av selgere til omsetning og handel med rettighetskrenkende produkter var det ikke

³⁰ Se German Trademark Act, Section 14 (2) nr. 1, (min utheving).

³¹ Se German Trademark Act, Section 14 (3) nr. 2.

³² Se German Trademark Act, Section 14 (3) nr. 5, (min utheving).

³³ Se BGH, *Internet Versteigerung III*, I ZR 73/05.

³⁴ Bundesgerichtshof; Tysklands høyeste rettsinstans for sivile saker.

³⁵ Se BGH, *Internet Versteigerung I*, I ZR 304/01.

³⁶ Se BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

³⁷ Se BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

plattformen som sådan, men selgerne som gjennom annonsering o.l. som selv måtte anses å rettstridig ha *brukt* det aktuelle varemerket.

I motsetning til den overnevnte franske avgjørelsen kan det derfor virke som om kravet til *bruk* etter den tyske varemerkeloven ble tolket forholdsvis strengt, ettersom auksjonsplattformens behandling av selgernes potensielle rettstridige annonseinformasjon ikke var omfattet.

Et sentralt hensyn bak varemerkerettslige regler er å beskytte den økonomiske interesse som varemerke representerer, og følgelig vil ikke enhver bruk av en annens varemerke medføre rettighetskrenkelse. Nedenfor vil jeg derfor se nærmere på et annet sentralt vilkår, nemlig kravet om at den aktuelle bruken må ha foregått i relasjon til *næringsvirksomhet*.

2.2.3 Er det aktuelle varemerket brukt i næringsvirksomhet?

Kravet om at en eventuell krenkelse forutsetter bruk i relasjon til næringsvirksomhet, kan utledes av TRIPS-avtalen. Her heter det at ”*[t]he owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner’s consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services ...*”³⁸ Et slikt krav innebærer først og fremst at bestemmelsen ikke rammer bruk av en annens varemerke så lenge denne bruken skjer innenfor en privat kontekst. Følgelig vil det være umulig for rettighetshaverne å støtte seg til varemerkelovgivningen, med mindre den rettstridige bruken skjer i forbindelse med en eller annen form for næringsvirksomhet.

Hva innebærer så kravet til at bruken må ha foregått ”*in the course of trade*”, i relasjon til omsetning av rettstridige produkter over nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer. Og er dette kravet praktisert som et strengt eller mildt krav.

³⁸ Se TRIPS Agreement, annex 1c, Article 16(1), (min utheving).

Et av spørsmålene EU-domstolen i den tidligere nevnte Arsenal-saken måtte ta stilling til var hvorvidt det å plassere fotballklubbens offisielle logo på ikke-offisielle supporterprodukter var å anse som krenkelse av klubbens varemerke, selv når det ble gitt klart uttrykk for at disse ikke var produsert under lisens. Selgeren argumenterte for at logoen ikke var plassert på produktene som en indikasjon på at disse var produsert under lisens, men som *”a badge of support for, or loyalty or affiliation to the proprietor of the trade mark”*. EU-domstolen lot seg ikke imponere av selgerens argumentasjon og uttalte at uansett hvilken hensikt selgeren måtte ha: hvis en logo som ligner på et registrert varemerke er benyttet *”in the context of commercial activity with a view to economic advantage and not as a private matter”*, er det å anse som *”use in the course of trade.”*³⁹ Disse uttalelsene er åpenbart fordelaktige for den rettsbeskyttelse rettighetshaver oppnår gjennom varemerkelovgivningen, da de medfører en forholdsvis lav terskel for hvilke handlinger som kan anses å falle under næringsbegrepet.

Men hvordan vil dette vilkåret kunne anvendes på nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer. Det kan vel neppe legges til grunn at alle brukerne av auksjonstjenesten handler innenfor en kommersiell ramme med utsikt til økonomisk vinning. Selv om et produkt tilbys for salg til et større antall personer, medfører imidlertid ikke dette at den private sfære automatisk blir forlatt.⁴⁰ Man kan tenke seg følgende tilfelle: en kvinne bestemmer seg for å selge en falsk håndveske hun fikk i julepresang av en tidligere kjæreste, av den enkle grunn at vesken gir henne dårlige minner. Selv om hun benytter seg av en salgskanal som kan anses som kommersielt orientert, kan hun neppe sies å ha solgt vesken *”with a view to economic advantage”*.

Spørsmålet blir da hvilke handlinger som kan så sies å omfattes av næringsbegrepet. Som et utgangspunkt vil det nok i de tilfeller hvor en tilbyder eller selger av et produkt *opptrer* kommersielt, kunne argumenteres for at opptredenen i seg selv er en indikasjon på at bruken foregår ved næringsvirksomhet.

³⁹ Se Arsenal Football Club Plc. vs. Reed, (No.2) [2002].

⁴⁰ BGH, Internet Versteigerung II, I ZR 35/04 [19.04.2007].

2.2.3.1 Internet Versteigerung I, II og III

Også den tyske varemerkeloven oppstiller et krav om at det aktuelle varemerket må ha vært brukt ”... *in the course of trade*, ... *in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is protected.*”⁴¹

Uttalelser i tysk rettspraksis gir konkrete eksempler på når kommersiell opptreden ved salg og omsetning av varer gjennom nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer anses å foreligge, finner vi uttalelser om i tysk rettspraksis. Et av spørsmålene retten tok stilling til i avgjørelsen i *Internet Versteigerung I*⁴² var om hvorvidt de omstridte salgene av fremsto som kommersielt orienterte, eller om brukerne handlet innenfor den private sfære når de tilbød disse produktene for salg.

Ifølge retten måtte det i tilfeller hvor en selger *gjentatte ganger tilbydde produkter av lik eller ulik karakter*, eller tilfeller hvor produktene *nylig er anskaffet av selgeren selv og på denne måten fremsto som ubrukte*, være forhold som talte for at selgeren handler innenfor en kommersiell ramme. Tilsvarende kunne også presumeres i tilfeller *hvor selgeren har fått hyppige tilbakemeldinger gjennom ”feedback” systemet* fra tidligere kjøpere, da slike gjentatte tilbakemeldinger gjenspeiler selgerens aktivitet med tanke på antall omsatte varer. Ved slike tilfeller var det antatt at selgerne handlet innenfor en kommersiell ramme og at de derfor var tilstrekkelig identifiserbar for auksjonsplattformen.⁴³

2.2.3.2 Hermés vs. eBay

Kravet til at bruken må ha foregått i næringsvirksomhet kan også utledes av den franske varemerkelovens ordlyd. Etter den franske varemerkeloven er det ulovlig å foreta *”reproduction, use or affixing of a mark, ... for goods or services that are identical to*

⁴¹ Se German Trademark Act, Section 14 (2) nr. 1, (min utheving).

⁴² BGH, Internet Versteigerung I, I ZR 304/01, March 11, 2004.

⁴³ Se BGH, Internet Versteigerung I, I ZR 304/01, March 11, 2004, premiss 43 flg.

those designated in the registration”, med mindre det foreligger samtykke fra rettighetshaver.⁴⁴

Ved den nevnte avgjørelsen i *Hermés International vs. Cindy Feitz, Ebay France and Ebay International AG*⁴⁵ ble momentet om salgskommisjon tillagt vekt. Ettersom den forretningstekniske modellen til eBay i stor grad var økonomisk betinget ut i fra at auksjonsplattformen oppnådde en økonomisk vinning for hvert salg som ble gjennomført ved bruk av deres tjeneste, og på denne måten hadde en økonomisk interesse i at handelen ble gjennomført, ble de ansett å bruke det aktuelle varemerket innenfor en næringsbasert ramme med utsikt til økonomisk gevinst.

I motsetning til den franske avgjørelsen vil forståelsen av næringsbegrepet etter tysk rettspraksis nødvendigvis få konsekvenser for rettighetshavere som opplever at etterligninger av deres produkter omsettes på salgs- og auksjonsplattformer. Selv om det blir vanskelig å rettslige forfølge selgere som i en begrenset utstrekning tilbyr slike produkter fra tid til annen, kan rettighetshaverne i større grad søke å gå etter de store og mer organiserte tilbydere av disse produktene.

Men selv om en slik løsning ved første øyekast kan fremstå som fornuftig, vil begrensningen uansett neppe være av særlig betydning sett med rettighetshavers øyne. For det første vil det nok i de fleste tilfeller være økonomisk uforsvarlig å innlede en kostbar rettslig prosess mot den enkelte selger som i begrenset grad tilbyr slike produkter. For det andre er det nok heller ikke problemfritt å ta rettslige skritt overfor de mer profesjonelle selgerne som benytter nettbaserte salgs- og auksjonstjenester som en arena for sin ulovlige forretningsdrift. Mange av disse selgerne er svært teknologisk tilpassningsdyktige og opererer som regel under falske navn, gjerne fra fjerne land hvor rettslig beskyttelse oftere kan være unntaket enn hovedregelen. En ytterligere hindring for eventuell rettslig forfølgelse av selgere som omsetter rettstridige produkter kan også tenkes i tilfeller hvor auksjonsplattformen har en restriktiv informasjonspolitikk

⁴⁴ Se Article L. 713-2 of the French Intellectual property code.

⁴⁵ Troyes Court of First Instance, RG. No. 06/02604, June 4, 2008.

vedrørende utlevering av personlige opplysninger. Følgelig ville det helt klart ikke bare være mer hensiktsmessig, men og dessuten mye mer effektivt om man kunne ta rettslige skritt direkte mot selve tilbyderer av auksjonsplattformen. Nedenfor vil jeg derfor drøfte den siste og mest sentrale betingelsen ved vurderingen av ansvar etter varemerkelovgivningen, nemlig forutsetningen om at auksjonsplattformen må oppfylle lovens skyldkrav.

2.2.4 Skyldvurderingen ved varemerkerettslige krenkelser i relasjon til nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer

I relasjon til spørsmålet om håndhevelse av varemerkerettslige rettigheter, kan det ut i fra TRIPS-avtalen utledes følgende om erstatningsplikt på subjektivt grunnlag: *”The judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person’s intellectual property right by an infringer who **knowingly**, or **with reasonable grounds to know**, engaged in infringing activity.”*⁴⁶

Det er nærliggende å forstå bestemmelsen som en henvisning til culpabasert erstatning for økonomisk tap. Grovt sagt vil et slikt ansvar kunne sies å forutsette enten en forsettelig handling eller et uaktsomt valg mellom flere handlingsalternativer. Dette innebærer at man ved skyldvurderingen i relasjon til omsetning av rettighetskrenkende produkter ved tradisjonelle salgs- og auksjonssituasjoner, nødvendigvis vil måtte ta utgangspunkt i mellommannens konkrete handlinger, herunder hans eventuelle muligheter for å handle annerledes.

Ved salg og omsetning på nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer vil imidlertid plattformens forretningsmodell og tekniske natur gjøre det vanskelig å påpeke en konkret

⁴⁶ Se TRIPS Agreement, annex 1c, Article 45 (1), (min utheving).

forsettelig eller uaktsom handling, eller alternative handlingsmuligheter. Ved at slike tjenester innebærer en utstrakt bruk av elektronisk automatisering, hvor annonseinformasjonen behandles i store mengder og i stor hastighet, vil det være vanskelig å påpeke en konkret forsettelig eller uaktsom handling, eller eventuelle aktsomme handlingsalternativer. Følgelig vil det ved vurderingen kunne tenkes oppstå en viss objektivisering av culpaansvaret, hvor fokus i ansvarsvurderingen vil måtte flyttes fra mellommannens konkrete handling eller handlingsalternativer, og over til en mer generell forsvarlighetsvurdering.

Under avsnittet om ansvar i brukeravtalen til eBay heter det; *“... we are not involved in the actual transaction between buyers and sellers. **We have no control over and do not guarantee the quality, safety or legality of items advertised, the truth or accuracy of users’ content or listings, the ability of sellers to sell items, the ability of buyers to pay for items, or that a buyer or seller will actually complete a transaction.**”*⁴⁷ Bakgrunnen for dette er naturligvis det enorme antall av annonser som blir lagt ut på deres nettsider, kombinert den automatiserte prosessen hvor brukerne av auksjonstjenesten laster annonsen direkte opp på nettsidene uten forhåndsgodkjenning. En slik automatisert teknisk arkitektur er meget kostnadseffektivt, og en av hovedgrunnene til eBay’s kommersielle suksess.

Men hva om salgs- og auksjonsplattformen blir benyttet av kriminelle elementer som en arena for handel med rettighetskrenkende og andre ulovlige produkter. Burde plattformen i slike tilfeller anses berettiget til å kunne fraskrive seg enhver kunnskap om slike transaksjoner under påskudd av den automatiserte prosessen og det store antall annonser som opplastes på deres sider. I den sammenheng kan det nevnes at eBay har implementert egne prosedyrer og tekniske verktøy for identifisering av annonser som inneholder rettighetskrenkende produkter, noe som indikerer at auksjonsplattformen selv i alle fall til en viss grad erkjenner den rettstridige omsetningskulturen som foregår på deres nettsider.⁴⁸ Nedenfor vil jeg se nærmere på hvordan henholdsvis franske og tyske

⁴⁷ Se <http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html> [13.02.09].

⁴⁸ Se for eksempel eBay sitt VeRO program: <http://pages.ebay.com/vero/intro/index.html> [17.02.09].

domstoler har tatt stilling til skyldspørsmålet, i relasjon til nettbaserte salg- og auksjonsplattformer.

2.2.4.1 Hermés vs. eBay

I Frankrike er prinsippet om god tro i kontraktsrettslige forhold lovfestet, og kommer til uttrykk i artikkel 1134 i den franske *Code Civil*.⁴⁹ Etter den samme lovens artikkel 1135 heter det at “[a]greements are binding not only as to what is therein expressed, but also as to all the consequences which equity, usage or statute give to the obligation according to its nature.” Disse overnevnte bestemmelsene innebærer at prinsippet om god tro og lojalitet kommer til anvendelse ved utformingen av en kontrakt, og at kontraktspartene ved kontraktens oppfyllelse må handle i god tro og oppfylle denne lojalte sett hen til kontraktens natur. I relasjon til lojalitetsplikten vil denne variere ut i fra alt etter hvilken forpliktelse kontrakten pålegger den enkelte part. På dette punktet differensieres det mellom to forskjellige typer av profesjonell forpliktelse, nærmere formulert som *obligation de résultat* og *obligation de moyens*.

Den første typen forpliktelse – *obligation de résultat* – gir, som ordlyden indikerer, en anvisning på oppfyllelse av et bestemt og tilfredstillende resultat. For eksempel vil et bilverksted eller en transportør være forpliktet ut i fra et slikt synspunkt. Deres oppfyllelse av avtalen vil være betinget av om bilen er teknisk godkjent og i kjørbar stand, eller om vareleveransene ble levert på den angitte adresse til riktig tid. Hvorvidt mekanikeren eller transportøren aldri så mye har *forsøkt* å gjøre et tilfredstillende arbeid vil her være av mindre betydning.

Ved den andre typen forpliktelse – *obligation de moyens* – vil imidlertid utgangspunkt måtte tas i den forpliktede parts handlemåte. Et klassisk eksempel vil her være legen som

⁴⁹ For offisiell engelsk oversettelse av *Code Civil* se; http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm [24.04.09].

utfører en operasjon. Etter som det naturligvis vil være vanskelig for en lege å garantere et perfekt resultat i enhver operasjon han foretar seg, vil et eventuelt ansvar være begrenset til tilfeller hvor legen ved sin gjerning faglig sett kan sies å ikke ha oppfylt sine forpliktelser.

I avgjørelsen *Hermés International vs. Cindy Feitz, Ebay France and Ebay International AG*⁵⁰ tok retten utgangspunkt i eBay's brukervilkår slik denne fremsto på deres nettsider. Det vises her til avtalens klausuler hvor selgere og kjøpere forplikter seg til å overholde brukervilkårene ved benyttelse av tjenesten, hvor det også fremgår at det ikke er tillatt å omsette og markedsføre rettstridige produkter på auksjonsplattformens nettsider.

Med henvisning til salgs- og auksjonsplattformens *tekniske arkitektur*⁵¹ refererer retten til auksjonstjenestens brukervilkår hvor det fremgår at eBay *"hosts the content of ads put on line by sellers, does not perform any control of quality, safety or legality of listed objects, truthfulness or exactness of the ads, put on line, capacity of sellers to sell such goods or services, or the capacity to pay for them and does not guarantee that the seller or auctioneer will conclude the transaction."* I følge rettens begrunnelse viser dette at eBay *"exercise an intermediation activity for auctions, performed on distance using electronic means, permitting individuals or professionals to sell or buy goods or services on line."*⁵² Og ettersom auksjonsplattformen selv kontrollerer hvordan annonsene presenteres på deres nettsider, samt mottar salgskommisjon for å drifte denne mellommannsaktiviteten, må eBay anses som *redaktør av en nettbasert kommunikasjonstjeneste som spesialiserer seg på formidling av varer.*⁵³

Domstolens begrunnelse er nyskapende rett. Den franske domstolen konstruerer her et nytt ansvarsregime for *redaktører av nettbaserte kommunikasjonstjenester.* Et

⁵⁰ Troyes Court of First Instance, RG. No. 06/02604, June 4, 2008.

⁵¹ Rettens vurdering av eBay's tekniske arkitektur er nærmere drøftet ovenfor under punkt 2.2.2.1.

⁵² Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBbay*, RG. No. 06/02604, side 14.

⁵³ Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBbay*, RG. No. 06/02604, side 15.

ansvarsgrunnlag som ikke direkte fremgår av fransk lovgivning, verken etter loven om tillit i den digitale økonomi, eller loven om pressefrihet.⁵⁴

Det presiseres imidlertid at selv om eBay kontrollerer og redaksjonelt sett bestemmer hvordan varene skal presenteres på deres sider, kan de ikke anses å inneha et tradisjonelt ansvar som redaktør eller utgiver ettersom innholdet i annonsene er utformet og opplastet av selgerne selv.⁵⁵

Dette innebærer at eBay, i kraft av deres rolle som *redaktør av en nettbasert kommunikasjonsjeneste* ikke er forpliktet til å påse at alle varer som omsettes på auksjonsplattformens nettsider er lovlige.⁵⁶ Imidlertid er de derimot forpliktet til å *lojalt* oppfylle sine forpliktelser etter brukeravtalen ved arbeidet med at plattformen ikke blir benyttet til ulovlige aktiviteter, herunder omsetning rettstridige produkter. Med utgangspunkt i dette hittil ukjente ansvarsgrunnlaget legger retten opp til en vurdering av hvorvidt eBay ved sin innsats og arbeid har vært *lojal nok* ved oppfyllelsen av sine forpliktelser for å bekjempe omsetningsaktiviteten av rettstridige produkter på deres nettsider.

Som utgangspunkt begynner retten med en redegjørelse av de mottiltak eBay har satt på plass for bekjempelse av denne ulovlige virksomheten. Her fremgår det blant annet at eBay ikke bare har opprettet programmer⁵⁷ som gjør det mulig for både rettighetshavere så vel som kjøpere og selgere å rapportere annonser som antas å inneholde ulovlige produkter, men også diverse forum⁵⁸ hvor brukerne av plattformen kan utveksle

⁵⁴ Se henholdsvis Act of June 21, 2004-575, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN), og Act of July 29, 1881 *of freedom of the press*.

⁵⁵ Se Act of July 29, 1881 *of freedom of the press*, som sanksjonerer rettskrenkelser begått gjennom bruk av media eller annen publikasjon, inkludert *audiovisuell kommunikasjon*. Etter Act of September 30, 1986 *on freedom of communication* er "audiovisuell kommunikasjon" definert som *enhver offentliggjøring ved bruk av telekommunikasjon, av symboler, skrift, bilder og lyd unntatt privat korrespondanse*, og følgelig vil Internett være omfattet. Tilgjengelig på http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm [23.04.09].

⁵⁶ Etter mitt syn viser retten her til overvåkningsforbudet i artikkel 6.1.7 i loven av June 21, 2004-575 (LCEN), som gjennomfører Article 15 i Directive 2000/31/EC.

⁵⁷ Se Verified Rights Owner program: <http://pages.ebay.com/vero/intro/index.html> og Community Monitoring program: <http://pages.ebay.com/help/policies/replica-counterfeit.html> [19.02.09].

⁵⁸ Se eBay sitt Answer Center: <http://pages.ebay.com/community/answercenter/index.html> [19.02.09].

produktkunnskap seg imellom, noe som igjen gjør det lettere for dem å identifisere denne typen annonser. I tillegg til disse programmene, som riktig nok i stor grad overlater overvåkingen av annonsene til den enkelte rettighetshaver samt brukerne av tjenesten, har eBay også implementert tekniske verktøy for søk av enkelte utvalgte nøkkelord som ofte benyttes i annonser hvor rettstridige produkter tilbys.⁵⁹ Men selv om retten erkjenner at eBay har implementert fungerende regler og verktøy for å bekjempe og forebygge denne ulovlige omsetningen, og at de i sin rolle som *redaktør av en nettbasert kommunikasjonsjeneste* heller ikke kan pålegges forpliktelser tilsvarende en fysisk auksjonarius eller tilsvarende mellommann, fremstår disse mottiltakene for retten som mangelfulle.

For det første påpekes det at de tekniske verktøy for søk av nøkkelord fremstår utilstrekkelig.⁶⁰ Ikke bare fordi søkemotorens nytteverdi i utgangspunktet er begrenset til tilfeller hvor selgere bevisst promoterer sine produkter som forfalskninger, men også fordi retten finner det bevist at uredlige selgere i den senere tid, ved enkelhet har innrettet seg etter denne begrensningen ved å promotere sine produkter som ekte varer.⁶¹

For det andre anses auksjonsplattformen – i sin rolle som *redaktør av en nettbasert kommunikasjonsjeneste* – i utilstrekkelig grad å ha imøtegått sine forpliktelser i relasjon til utforming og kontroll av auksjonstjenestens brukerinformasjon.⁶² Det legges til grunn at eBay som utgangspunkt må anses forpliktet til å be selgere om å utfylle sine annonser med fullstendig og korrekt informasjon vedrørende de produkter som ønskes solgt. Dette innebærer blant annet utforming av regler som pålegger selgerne å inkludere i annonsen spesifikk informasjon ut i fra den enkelte salgsvare, som for eksempel produktreferanse, serienummer, ekthetsbevis og lignende. En slik praksis ville ikke bare sikre presis og fullstendig informasjon til eventuelle kjøpere, men også bidra til å oppnå en optimal effekt av VeRO programmet ettersom annonser med uriktig og ufullstendig informasjon,

⁵⁹ Dette tilsvarer de tekniske mottiltak eBay ble pålagt å implementere ved avgjørelsen i BGH, Internet Vertsteigerung II, I ZR 35/04.

⁶⁰ Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBbay*, RG. No. 06/02604, side 16.

⁶¹ Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBbay*, RG. No. 06/02604, side 16.

⁶² Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBbay*, RG. No. 06/02604, side 16.

eller manglende respons fra selger ved forespørsel om slik informasjon, ville trigget oppmerksomheten til potensielle rettighetshavere.⁶³

Retten tar også til orde for at eBay har en særlig opplysningsplikt vedrørende de konsekvenser salg og omsetning av rettighetskrenkende produkter kan medføre for selgere og kjøpere ved bruk av plattformen, og at denne opplysningsplikten ikke i tilstrekkelig grad er oppfylt. Det etterlyses blant annet mer utfyllende og klare advarsler om eventuelle sivile og strafferettslige følger salg av rettighetskrenkende produkter måtte medføre for selgere og kjøpere, gjerne i form av en egen informasjonsside og ikke slik som nå hvor denne informasjonen er ”gjemt bort” blant de øvrige brukervilkår på deres sider.⁶⁴

Videre nevnes også den mulighet auksjonsplattformen har for å innhente informasjon fra den enkelte rettighetshaver vedrørende metoder for kontroll av produktets ekthet og lignende. Ikke bare ville en slik praksis medføre at eventuelle kjøpere i størst mulig grad er i stand til å skille ekte produkter fra forfalskninger, men ville også virke preventivt på eventuelle selgere av rettstridige produkter. Som ytterligere moment i relasjon til opplysningsplikten nevnes de manglende muligheter eventuelle uheldige kjøpere har til å identifisere selgerne av rettstridige produkter.⁶⁵

I følge retten har ikke eBay lojalt oppfylt sin *obligation de moyen* ved sitt arbeid for å forhindre salg og omsetning av rettstridige produkter i den perioden Mrs. Cindy Feitz opererte på deres plattform. Dette innebærer at auksjonsplattformen, i relasjon til deres forpliktelse som *redaktør av en nettbasert kommunikasjonstjeneste*, anses ansvarlig

⁶³ Se Verified Rights Owner program: <http://pages.ebay.com/vero/intro/index.html>. [20.03.09]. Hvorvidt eBay sitt VeRO program ut i fra et erstatningsrettslig synspunkt er *effektivt nok* for å hindre omsetning av rettstridige produkter på auksjonsplattformen, er inngående drøftet nedenfor i punkt 2.3.2.2.

⁶⁴ Forfatteren registrerer at eBay nå i større grad i brukeravtalen fremhever ulovligheten av å omsette rettstridige produkter på salgs- og auksjonsplattformen. Se <http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html> [20.03.09].

⁶⁵ Selgere på eBay har riktig nok mulighet for å bli ID verifisert, se <http://pages.ebay.com/help/account/id-verify.html> [20.03.09]. Men denne ordningen er imidlertid basert på frivillighet, og var heller ikke tilgjengelig i den aktuelle perioden som var omfattet av søksmålet.

overfor Hermés ”for not fulfilling their obligation of monitoring absence of illegal use of its site in the sense of Section L.713-2 of the Intellectual property Code.”⁶⁶

Sett i forhold til den status varemerket *Hermés* representerer, den åpenbare rettstridige bruken av varemerket, samt det betydelige volumet av varer som var omsatt på auksjonstjenestens nettsider, ble saksøker tilkjent €20.000 i erstatning. Videre ble Mrs. Feitz (men ikke eBay) ved midlertidig forføyning pålagt å frastå fra å selge forfalskede eksemplarer av Hermés produkter, samt at eBay ble pålagt å publisere rettens avgjørelse i fire magasiner og på nettsiden www.ebay.fr for en periode på tre måneder.

Avslutningsvis kan det nevnes at ettersom retten konstruerer et nytt ansvarsregime for redaktører av nettbaserte kommunikasjonstjenester for formidling av varer, samt det moment at det dereier seg om en førsteinstansavgjørelse, taler for å anse avgjørelsens prejudikatsrettslige verdi og rekkevidde som noe uklar.

2.2.4.2 Internet Versteigerung I, II og III

Etter den tyske varemerkeloven fremgår det at ”[a]ny person who undertakes such infringing action **intentionally** or **negligently** shall be liable for compensation to the proprietor of the trade mark for damage suffered therefrom.”⁶⁷

Som nevnt ovenfor under punkt 2.2.2.2 ved avgjørelsene i *Internet Versteigerung I*⁶⁸ og *Internet Versteigerung II*⁶⁹ ble det imidlertid lagt til grunn at salgs- og auksjonsplattformene *ikke selv* kunne sies å ha brukt det aktuelle varemerket gjennom sine aktiviteter og forretningsdrift. Til tross for at de tyske reglene om medvirkning ikke var implementert i den tyske varemerkelovgivningen, var det neste spørsmålet som

⁶⁶ Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBbay*, RG. No. 06/02604, side 17.

⁶⁷ Se German Trademark Act, Section 14 (6), (min utheving).

⁶⁸ BGH, *Internet Versteigerung I*, I ZR 304/01.

⁶⁹ BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

domstolen tok stilling til hvorvidt en nettbasert salgs- og auksjonsplattform kunne anses ansvarlig på en slik bakgrunn, nærmere bestemt reglene om *Mittäterschaft*:

*”(1) If more than one person has caused damage by a jointly committed tort, then each of them is responsible for the damage. The same applies if it cannot be established which of several persons involved caused the damage by his act.
(2) Instigators and accessories are equivalent to joint tortfeasors.”⁷⁰*

Men heller ikke på dette grunnlaget klarte saksøker å nå frem med sin argumentasjon, og i motsetning til den franske domstolen virker det som om den tyske hadde en litt annen innfallsvinkel i vurderingen av auksjonsplattformens operative involvering i selgernes annonsevirkosomhet. Et av spørsmålene som retten innledningsvis tok stilling til var hvorvidt de omstridte annonsene som ble opplastet av selgere under prosessen ved registreringen *direkte* kom til syne på plattformens nettsider, eller hvorvidt disse annonsene ble behandlet og godkjent av auksjonsplattformen *før* de ble offentliggjort på auksjonsplattformens nettsider.⁷¹

Dette spørsmålet skulle vise seg å være sentralt, da en eventuell forhåndsgodkjenning av annonsene i motsetning til en automatisert prosess ville tilsi at auksjonsplattformen hadde en vesentlig mer *presis kunnskap* om hvorvidt den enkelte annonse inneholdt produkter som krenket rettighetshavers varemerke. Det ble imidlertid konstatert at opplastingen av annonsene foregikk ved en automatisert prosess uten krav om forhåndsgodkjenning fra plattformens side. Og ettersom auksjonsplattformen ikke kunne sies å ha presis kunnskap vedrørende den enkelte annonses rettstridighet mente retten at de heller ikke oppfylte den tyske varemerkelovens skyldkrav.⁷²

⁷⁰ Se Section 830 of the German Civil Code, *Mittäter und Beteiligte*.

⁷¹ Se BGH, Internet Versteigerung III, I ZR 73/05, premiss 5 flg.

⁷² Se BGH, Internet Versteigerung I: *”Auch eine Tätigkeit als Teilnehmerin an der Markenverletzung der Anbieter scheidet aus, weil die hier allein in Betracht zu ziehende Gehilfenstellung zumindest einen bedingten Vorsatz voraussetzt der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschliessen muss.”*

Dette spørsmålet ble avgjørende ved skyldvurderingen ettersom denne direkte opplastingsprosessen innebar at auksjonsplattformen ikke hadde *spesifikk kunnskap* om hvorvidt den enkelte annonse potensielt inneholdt produkter som krenket rettighetshavers varemerkerett, og følgelig kunne ikke auksjonsplattformen ilegges ansvar basert på tysk varemerkelovgivning.

Slik jeg ser det vektlegger de tyske domstolene i stor grad det ikke ubetydelige antall annonser og den automatiserte prosessen for opplastning av disse direkte på plattformen. På denne måten å utelukkes det at auksjonsplattformen har spesifikk kunnskap og manglende intensiv for aktsomme handlingsalternativer i relasjon den enkelte annonses rettstridige innhold. Derimot synes den franske avgjørelsen å trekke i retning av en mer helhetlig vurdering ut i fra auksjonsplattformens mer generelle kunnskap om at slik rettstridig annonsevirkosomhet eksisterer på deres sider. eBay sine samlende aktiviteter, og da særlig deres involvering og salgsfremmende metoder ved bruk av auksjonstjenestens tekniske arkitektur, blir i større grad fremhevet i den franske avgjørelsen som et argument for at plattformen ikke kan fraskrive seg enhver kunnskap om hva som foregår på deres nettsider, selv om det unektelig er snakk om et betydelig antall annonser som både utformes og opplastes direkte av den enkelte selger.

2.2.4.3 Varemerkerettslig ansvar på grunnlag av årsaksbaserte regler?

Selv om auksjonsplattformene etter tysk rett ikke kunne anses ansvarlig på varemerkerettslig grunnlag på grunn av manglende kunnskap om den enkelte annonses rettstridighet, var imidlertid tysklands høyeste sivile domstol – sett i lys av den omfattende handelen med rettighetskrenkende produkter som foregikk på saksøktes plattform – villig til å plassere noe ansvar på auksjonsplattformen.

Etter å ha referert saken tilbake til appelldomstolen i Düsseldorf for ytterligere evaluering bekreftet BGH senere den løsningen som appelldomstolen la til grunn. Denne løsningen

innebar en innfortolkning av et sivilrettslig prinsipp ved tilfeller av lovbrudd, nærmere bestemt det tyske sivilrettslige konseptet *Störerhaftung*.⁷³

Ifølge dette rettslige konseptet kan den som ved en passiv, men bevisst og årsaksmessig bidrar til at en rettslig beskyttet interesse på en eller annen måte blir krenket bli ansett som ansvarlig (Störer) for denne innblandingens dersom vedkommende *unnlater* å handle for å forhindre fortsatt krenkelse. Hvis en auksjonsplattform blir benyttet ved handel med rettstridige produkter, og plattformen blir gjort oppmerksom på dette, kan rettighetshavere gå til domstolen med krav om midlertidig forføyning. Reelt sett innebærer dette at det for auksjonsplattformen vil oppstå en viss overvåkningsplikt, eller plikt til å implementere tekniske mottiltak, for å forhindre fortsatt omsetning av rettstridige produkter av lik eller tilsvarende art.

Selv om tysk varemerkelovgivning ikke direkte regulerte ansvar for ”mellommenn” ved krenkelse av varemerker ved innblanding, kom BGH til at slikt ansvar kunne innfortolkes av de nasjonale domstoler med støtte i EFs forordning 40/94 *om fellesskapsvaremerker*.⁷⁴ Etter forordningens artikkel 98 (1) er utgangspunktet i tilfeller ”[w]here a Community trade mark court **finds that the defendant has infringed or threatened to infringe a Community trade mark**, it shall, ... issue an order prohibiting the defendant from proceeding with the acts which infringed or would infringe the Community trade mark.”⁷⁵

Det ble som nevnt konkludert med at auksjonsplattformen ikke selv kunne anses å ha krenket det aktuelle varemerket, blant annet på grunn av manglende grad av skyld. Men etter forordningens artikkel 98 (2) ”[i]n all other respects the Community trade mark court shall **apply the law of the Member State to which the acts of infringement or**

⁷³ Section 1004 BGB, *Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch* (1): Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

⁷⁴ Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark.

⁷⁵ Se Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, Article 98(1).

*threatened infringement where committed, including the private international law.*⁷⁶

Følgelig var det mulig å innfortolke det tyske årsaksbaserte ansvarsgrunnlaget i det foreliggende tilfellet.

Som ytterligere støtte for sitt syn viste retten til Europaparlamentets direktiv om håndhevelse av immaterielle rettigheter, hvor det uttrykkes at *"[m]ember States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right."*⁷⁷ Til slutt ble det uttalt at det i relasjon til fastsettelsen av det nærmere innholdet i et eventuelt rettslig pålegg vil tyske domstoler måtte konsultere håndhevelsesdirektivet direkte ettersom fristen for implementering av dette direktivet i tysk rett løp ut 29.04.2006.

Etter mitt syn fremstår de tyske avgjørelsene som velbegrunnet og velbalansert. Det kan tenkes gode grunner for å pålegge nettbaserte auksjonsplattformer et visst ansvar i tilfeller hvor plattformen blir brukt til omsetning av rettstridige produkter. Ikke bare har tilbyderen av plattformen tilrettelagt for en potensielt svært effektiv omsetning av slike produkter, men dikterer også de enkelte salgsprosedyrer og kontraktbetingelser, samt mottar kommisjon og således har en direkte økonomisk gevinst ved eventuelle salg av rettstridige produkter.

Imidlertid kan det utvilsomt også anføres motargumenter mot å plassere et slikt ansvar på auksjonsplattformer. For det første er jo det selgeren selv som både anskaffer og videreselger de rettstridige produktene, og som også oppretter og utformer den enkelte annonses innhold. Videre kan det stilles spørsmålstegn ved hvorvidt et eventuelt ansvar for varemerkekrenkelse bør baseres på rene årsaksforhold, og ikke rettsregler som krever bevisste og hensiktsbaserte handlinger i relasjon til det enkelte tilfelle. Nedenfor vil jeg se nærmere på hvilke forpliktelser eBay ved den midlertidige forføyningen ble pålagt.

⁷⁶ Se Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, Article 98(2).

⁷⁷ Se Directive 2004/48/EC, artikkel 11, tredje setning.

2.2.4.4 Salgs- og auksjonsplattformens forpliktelser

Etter at eBay hadde blitt funnet ansvarlig på det overnevnte grunnlag måtte den tyske domstolen ta stilling til saksøkers påstand. Urfabrikkanten Rolex, krevde for det første at auksjonsplattformene umiddelbart ble pålagt å fjerne salgs- og auksjonsannonser som åpenbart kunne sies å inneholde rettstridige produkter, nærmere bestemt annonser hvor urene ble beskrevet med ord som for eksempel *"false"*, *"replica"*, *"copy"*, *"counterfeit"*, *"reproduction"* og lignende. Videre krevde saksøker at eventuelle annonser hvor nye Rolex ur ble tilbudt til en utropspris under 800 € også måtte fjernes fra plattformens nettsider ettersom slike annonser, ifølge saksøker, var en indikasjon på at uret som ble tilbudt var forfalsket.

Den tyske domstolen tok saksøkers krav til følge og påla auksjonsplattformene visse forpliktelser. Ikke bare ble plattformen pålagt å umiddelbart fjerne alle annonser hvor produktene *åpenbart og tydelig* fremsto som krenkende av rettighetshavers aktuelle varemerkerettigheter, men de ble også ansett å ha en plikt til foreta *visse mottiltak* for å forhindre omsetning av tilsvarende produkter i fremtiden.⁷⁸

I relasjon til kravet om å fjerne annonser som klart kunne sies å inneholde rettstridige produkter på bakgrunn av annonsenes ordlyd, fant retten at *auksjonsplattformene var forpliktet til å implementere tekniske verktøy for søk etter nærmere bestemte nøkkelord*. Også selv om det senere skulle vise seg at et slikt søkeverktøy resulterte i at enkelte lovlige annonser ble feilaktig identifisert som ulovlige og fjernet, var dette i følge retten ikke tilstrekkelig for å begrunne manglende implementering av slike tekniske mottiltak.

Det ble videre presisert at i tilfeller hvor det er tvil om hvorvidt annonsen inneholder et rettstridig produkt må auksjonsplattformen gjennomgå disse annonsene manuelt, og eventuelt søke råd hos eventuelle rettighetshavere. På den annen side ble auksjonsplattformene kun pålagt å implementere overkommelige søkerutiner ved hjelp av

⁷⁸ Dette omfattet så vel primære som subsidiære varemerkerettigheter: BGH, Internet Versteigerung III, I ZR 73/05, premiss 54.

tekniske verktøy, og således ikke ansett pliktig til å manuelt eller visuelt overvåke alle annonsene for på denne måten å identifisere eventuelle annonser med rettstridige produkter.

Når det gjaldt saksøkers krav om at alle nye Rolex ur som ble tilbudt til en utropspris lavere enn 800 € uttalte retten at dette under visse omstendigheter *kunne* være en indikasjon på at den aktuelle annonsen inneholder et rettstridig produkt. Dette spørsmålet var ikke lett å ta stilling til ettersom mange selgere av autentiske produkter unnlot å fastsette en minimumspris for sine varer noe som igjen medførte at disse annonsene automatisk fikk en utropspris på 1 €. Følgelig kunne det ikke ukritisk legges til grunn at alle slike annonser inneholdt rettstridige produkter.⁷⁹

Den rettslige løsningen som BGH la til grunn innebærer at det i tilfeller hvor rettighetshaver gir melding til auksjonsplattformen om at selger X åpenbart og tydelig tilbyr rettighetskrenkende produkter på plattformen, har auksjonsplattformen ikke bare en plikt til å umiddelbart fjerne den aktuelle annonsen, men også en plikt til å overvåke denne enkeltselgerens annonsevirkosomhet for slik å sørge for at han ikke tilbyr tilsvarende produkter i andre eller eventuelle fremtidige annonser. Men hvilken praktisk betydning vil en slik plikt innebære for eventuelle rettighetshavere og den enkelte auksjonsplattform.

Ved de første tilfeller hvor selger utrykkelig promoterer sine produkter som forfalskninger vil auksjonsplattformen på en forholdsvis enkel måte være i stand til å oppfylle sine plikter da vurderingen av hvorvidt produktet er rettstridig som oftest vil fremgå direkte av annonsens ordlyd og produktets nærmere beskrivelse. Etter å ha mottatt melding om den aktuelle annonsen vil plattformen derfor ha gode indikasjoner for å umiddelbart fjerne annonsen fra auksjonssidene. Imidlertid kan det tenkes å oppstå

⁷⁹ De nærmere detaljene vedrørende dette spørsmålet ble referert tilbake til appelldomstolen som måtte ta stilling til hvorvidt bruk av en usedvanlig lav startpris i annonsen innebar tilstrekkelig grunnlag for å anse auksjonsgjenstanden som rettstridig (urapportert).

grensetilfeller hvor rettighetshavere og auksjonsplattformen er uenige ved vurderingen av hvorvidt en enkelt annonse gjelder et rettstridig produkt eller ikke.

Når det gjelder plikt til å foreta visse mottiltak for å forhindre slike åpenbart rettstridige annonser er auksjonsplattformen også i en god posisjon til å oppfylle sin plikt. Ved implementering av tekniske verktøy for søk av enkelte nøkkelord vil auksjonsplattformen ha et verktøy som fanger opp de fleste annonser hvor produktene klart fremstår som rettstridige, og som både er effektivt og økonomisk sett forsvarlig.

I tilfeller hvor selgeren velger å promotere en forfalskning som ekte vare vil denne vurderingen unektelig by på større problemer ettersom klarlegging av produktets eventuelle rettstridighet forutsetter en grundigere vurdering av annonsen som helhet. Etter omstendighetene kan en uforholdsmessig lav utropspris riktignok være en indikator på av varen som tilbys er en forfalskning. Men det som typisk kjennetegner et auksjonssalg er jo nettopp å fange kjøpers interesse ved å tilby den aktuelle varen til en fordelaktig utropspris, og dersom en slik salgsmetode kan medføre at det oppstår en overvåkningsplikt vil auksjonsplattformen utvilsomt stå overfor en omfattende overvåkningspraksis. Imidlertid kan det være gode grunner for auksjonstjenesten å reagere i tilfeller hvor varen tilbys til en uforholdsmessig lav fastpris, det vil si i tilfeller hvor selgeren velger bort auksjonsformatet til fordel for fastprisformatet. Videre vil auksjonsplattformens eventuelle overvåkningsplikt av den enkelte selgers annonser kunne tenkes å ha begrenset effekt i tilfeller hvor profesjonelle selgere til stadighet skifter identitet og oppretter nye medlemsprofiler.

Til tross for at innholdet i en midlertidig forføyning kan ha en noe uklar rekkevidde, vil et slik ansvar, sett fra rettighetshavers ståsted være et skritt i riktig retning. Selv om eventuelle rettighetshavere som opplever at forfalskninger av deres produkter omsettes på auksjonsplattformer etter tysk rett ikke kan true med et erstatningssøksmål, og at de som utgangspunkt sitter med overvåkningsbyrden selv, har de unektelig et brukbart ”ris bak speilet”, i alle fall for de mer åpenbart rettstridige annonser.

2.3 Internettbaserte salgs- og auksjonsplattformer: ansvaret etter erstatningsrettslige regler

2.3.1 Innledning

En auksjonsplattform kan som utgangspunkt også bli ansvarlig på erstatningsrettslig grunnlag i tilfeller hvor selgere bruker plattformen til salg og omsetning av rettighetskrenkende produkter. Sett i fra rettighetshavers ståsted kan søksmål å erstatningsrettslig grunnlag være fordelaktig. Til forskjell fra et søksmål basert på varemerkerettslige regler hvor oppmerksomheten i stor grad vil være rettet mot selgernes annonsevirkosomhet, og hvorvidt auksjonsplattformen i større eller mindre grad kan sies å ha bidratt ved denne ulovlige virkosomheten, vil et søksmål basert på erstatningsrettslige regler kunne tenkes å medføre et økt fokus mot selve *måten saksøkte driver salgs- og auksjonsplattformen på*.

Etter norsk rett er det alminnelig antatt at den som har opptrådt *uaktsomt* eller *uforsvarlig*, blir erstatningspliktig overfor skadelidte for det tap som er påført ham. Dette ansvaret som gjerne kalles *culpa-ansvaret* eller *ansvar etter skyldregelen* er i stor grad ulovfestet, men kommer også til uttrykk i enkelte lovbestemmelser. For at det skal bli tale om erstatningsansvar etter norske regler må tre krav være oppfylt; skadevolderen må ha opptrådt *uaktsomt* eller *forsettelig*, det må ha oppstått et *økonomisk tap* for skadelidte, og det må være *årsakssammenheng* mellom skadevolderens handlinger og det økonomiske tap skadelidte har. Imidlertid må det påpekes at det vanlige culpaansvaret etter norsk rett gjelder først og fremst skade på ting eller personer, og spørsmålet om hvorvidt såkalt ”rent formuestap” alene kan kreves erstattet etter norsk rett, er omstridt.⁸⁰

Etter fransk rett er skyldansvaret ved erstatningsrettslige forhold lovfestet i den forholdsvis vide bestemmelsen i artikkel 1382 i den franske Code Civil.⁸¹ Her uttrykkes det at ”[a]ny act, whatever of man, which causes damages to another, obliges the one by

⁸⁰ Se Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 4 utgave 1999 Oslo, side 52 flg.

⁸¹ For offisiell engelsk oversettelse av *Code Civil* se; http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm [24.04.09].

*whose fault it occurred, to compensate it.*⁸² Etter sikker rett er bestemmelsens sentrale vurderingsmoment hvorvidt den erstatningsbetingende handlingen representerer en overtredelse av den adferd man etter de konkrete forhold anses forpliktet til, for å unngå skade eller økonomisk tap, herunder rent formuestap. Etter artikkel 1383 er skadevolder ikke bare ” *liable for the damage he causes ... by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence.* ”⁸³ Dette innebærer at både forsettelige handlinger, så vel som den uaktsomme eller uforsiktige skadevoldende adferd vil kunne utløse et erstatningsansvar.

Nedenfor vil jeg presentere to franske avgjørelser som på det nåværende tidspunkt er de eneste som tar stilling til hvorvidt en nettbasert salgs- og auksjonsplattform kan bli ansvarlig for brukernes rettstridiga annonsevirkosomhet på bakgrunn av erstatningsrettslige regler.

2.3.2 LVMH vs. eBay

Den 30 juni 2008 utstedte *The Paris Commercial Court* tre separate avgjørelser hvor alle gjaldt søksmål anlagt mot den nettbaserte auksjonsplattformen eBay, av forskjellige selskaper underlagt det Franske luksurvarekonglomeratet *LVMH*⁸⁴. De to første søksmålene var frembrakt av henholdsvis *Louis Vuitton Malletier* og *Christian Dior Couture* hvor det ble lagt ned krav om erstatning for at eBay i perioden 2001 til 2006 ikke hadde gjort nok for å forhindre rettstridig salg og omsetning av blant annet falske håndvesker, klær og diverse konfeksjons- og kosmetikkprodukter på auksjonsplattformen.

Det tredje søksmålet gjaldt også salg og omsetning av diverse kosmetikk- og parfymeprodukter av merkene *Dior*, *Guerlain*, *Givenchy* og *Kenzo*. Men i motsetning til

⁸² Se Article 1382 of the French Civil Code.

⁸³ Se Article 1383 of the French Civil Code.

⁸⁴ Louis Vuitton Mœt Hennesy, www.lvmh.com [22.03.09].

de to første var hovedargumentet i dette søksmålet at salg og omsetning av produkter som bar rettighetshavers varemerke – uavhengig av hvorvidt disse produktene var ekte eller ikke – var ulovlig ettersom omsetningen foregikk utenfor rettighetshavers selektive distribusjonskanaler og ikke gjennom autoriserte forhandlere. Dette siste argumentet er sentralt vedrørende problematikken angående distribusjon og salg av eksklusive vareartikler og et viktig verktøy ved forvaltningen av det enkelte varemerkets image og status. Ved bruk av autoriserte forhandlernettsverk er den enkelte rettighetshaver ikke bare i en bedre posisjon til å utøve større kontroll med hvem som representerer deres produkter eller hvilket marked deres produkter søkes markedsført, men også hvordan produktene blir markedsført gjennom vindusutstillinger, annonser og lignende. Ved vurderingen vil imidlertid bare de to førstnevnte avgjørelsene være gjenstand for vurdering.

Ved avgjørelsene i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*⁸⁵ og *Christian Dior Couture v. eBay*⁸⁶ måtte domstolen ta stilling til hvorvidt salgs- og auksjonsplattformen til eBay, gjennom måten plattformen ble drevet på, hadde opptrådt uaktsomt sett i lys av den omfattende omsetningen det hadde vært av rettstridige produkter over deres nettsider.

Etter å ha vurdert og konkludert med at det essensielle ved forretningsmodellen til eBay totalt sett er formidling av varer mellom selger og kjøper, og at de derfor må anses å inneha en meglerrolle som er uforenelig med omsetning av ulovlige produkter, rettet domstolene fokus på *måten* plattformen ble drevet på.

Retten⁸⁷ starter med å påpeke at eBay gjennom sin nettbaserte auksjonsvirksomhet ikke bare har fostret frem, men også forsterket salget og omsetningen av denne typen rettighetskrenkende produkter.⁸⁸ Ettersom deres elektroniske handelsplattform som utgangspunkt er et svært velegnet verktøy til bruk ved denne typen ulovlig handel, og

⁸⁵ Commercial Court of Paris, RG. No. 2006077799, June 30, 2008.

⁸⁶ Commercial Court of Paris, RG. No. 2006077807, June 30, 2008.

⁸⁷ Selv om de to avgjørelsene inneholder litt forskjellige ord og uttrykk som for eksempel "*brokering service*" og "*commission service*" fremstår skyldvurderingen som lik i både oppbygning og begrunnelse, og jeg finner det derfor hensiktsmessig å i den relasjon behandle de samlet.

⁸⁸ Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 11.

som nødvendigvis medfører en generelt sett stor risiko for spredning av rettighetskrenkende produkter, anses plattformens involvering som essensielt for salget og omsetningen av slike produkter, noe som etter omstendighetene kan utløse et erstatningsrettslig ansvar.

Slik jeg ser det legger retten her opp til en aktsomhetsdrøftelse. Etter å kort ha identifisert en *årsakssammenheng* mellom saksøktes nettbaserte auksjonsvirksomhet, og omsetning av varer som strider mot merkehavers varemerkerettslige rettigheter, antydes det at eBay gjennom sin involvering i handelen kan medføre at det påløper *ansvar* som følge av auksjonsplattformens potensielle skadeevne.⁸⁹

2.3.2.1 Hva er aktsomhetsnormen for nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer?

Både i Frankrike og i andre europeiske land har det ved culpavurderingen tradisjonelt vært tatt utgangspunkt i en figur som ble utviklet i romerretten: den gode familiefar nærmere formulert som *bonus pater familias*. Denne konstruksjonen, som i det foreliggende tilfelle vil innebære en objektivisering av auksjonsplattformens aktsomhetsstandard er lovfestet i den franske Code Civil: “[a]n **obligation** to watch over the preservation of a thing, ... **compels the one who is responsible to give it all the care of a prudent administrator.**”⁹⁰

Som utgangspunkt for aktsomhetsdrøftelsen starter retten med å påpeke at eBay som tilbyder av nettbaserte auksjonstjenester er *forpliktet til å aktivt påse at deres foretningsvirksomhet ikke forårsaker ulovlige handlinger*, herunder salg og omsetning av rettighetskrenkende produkter i strid med saksøkernes varemerkerettslige interesser.⁹¹

⁸⁹ Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 12.

⁹⁰ Se Article 1137 of the French Civil Code.

⁹¹ Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 11.

I den relasjon vises det blant annet til at eBay har forsømt sin forpliktelse til å aktivt kontrollere og påse at selgere som regelmessig utfører et stort antall transaksjoner ved bruk av auksjonsplattformen er registrert hos ansvarlige myndighetsorgan.⁹² Som for vårt tilfelle er det franske offentlige handels- og selskapsregisteret eller tilsvarende franske myndighetsorgan.⁹³

Etter mitt syn virker det som om retten tar til orde for en bestemt aktsomhetsnorm for tilbydere av nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer hvor profesjonelle aktører opptrer. Ikke bare vises det til den generelle risiko for spredning av rettstridige produkter en slik handelsplattform kan medføre, men også den utviklingen som har vært innen internettbasert handelsvirksomhet, og hvor eBay som en ledende aktør gjennom sin profittsøkende forretningsmodell har bidratt til og forsterket denne utviklingen. I den relasjon kan det påpekes at eBay, fra sin spede begynnelse, har utviklet seg fra å være en forbruker-til-forbruker (C2C) markeds plass for salg og byttevirksomhet av brukte gjenstander, til en arena hvor små og mellomstore bedrifter har mulighet til å markedsføre og selge nye produkter direkte til forbrukere (B2C). Gjennom sin tekniske profesjonalisering og utvikling av sitt foretningskonsept kan eBay absolutt sies å ha bidratt til denne utviklingen.

Et eksempel på slike profittsøkende salgskonsepter er tjenesten ”eBay Stores”⁹⁴ som eBay beskriver som ”... *the best way to help dedicated sellers maximize their business on eBay and the Internet. You’ll get powerful and easy-to-use tools that enable you to build your own brand and encourage buyers to buy more.*”⁹⁵ I lys av handlingsplikten oppstilt av de franske domstolene vil denne plikten i forhold til omsetningen av rettstridige produkter kunne tenkes å skjerpes i tilfeller hvor auksjonsplattformen utvikler verktøy for økt handel og omsetning, og på denne måten legger til rette for profesjonelle aktører.

⁹² Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 12.

⁹³ *Chambre des Métiers*, er et offentlig Fransk organ for registrering av virksomheter tilsvarende det norske Brønnøysundsregisteret.

⁹⁴ Se <http://pages.ebay.com/help/sell/stores.html> [11.03.09].

⁹⁵ Se <http://pages.ebay.com/help/sell/questions/ebay-store.html> [11.03.09].

For eksempel kan plattformen gjennom utvikling og implementering av verktøy for registreringsordninger og lignende, sørge for at de profesjonelle selgerne kan følges opp av det enkelte lands myndigheter på en tilfredstillende måte. Slik jeg ser det virker det som om retten her skjerper kravet til forsvarlig handlemåte ut i fra den funksjon auksjonsplattformen potensielt har som omsetningsverktøy for profesjonelle selgere, og da særlig i relasjon til de forholdsmessige kontrolltiltak eBay med har mulighet for å iverksette i form tekniske verktøy og krav om registrering og identifisering av enkelte særlige profesjonaliserte grupper av selgere.

Etter å ha drøftet auksjonsplattformens manglende rutiner og kontrolltiltak for registrering av profesjonelle selgere viser retten mer konkret til den omstridte annonsevirkomheten som har foregått på saksøktes plattform.⁹⁶ Det påpekes at de aktuelle produktenes rettstridige natur er åpenbart synbare ut i fra annonsetekster som for eksempel "*a fine imitation of a famous Louis Vuitton design*", "*Dior Haute-couture replica*" eller "*fake Christian Dior Butterfly clutch bag*", eller simpeltent ut i fra produktenes priser, eller på bakgrunn av at produktene tilbys i store mengder av en og samme selger. I relasjon til det siste erkjente eBay at det ved slike annonser objektivt sett kunne konkluderes med at de aktuelle produktene var rettstridige. Ettersom eBay hadde unnlatt å føre tilsyn med denne typen annonser hadde de, ifølge retten ikke utvist den aktsomhet som må kreves for nettbaserte auksjonsplattformer som tillater slik annonsevirkomhet.⁹⁷

Slik jeg ser det vil det være gode grunner for en auksjonsplattform til å være ekstra varsom i forhold til annonser hvor samme selger tilbyr en bestemt type ubrukte produkter i store kvantum til under markedspris. Anerkjente produsenter av visse typer populære og eksklusive varer vil i stor grad føre en streng kontroll med sin verdikjede som igjen innebærer at den enkelte vare kun tilbys i et begrenset antall ved bestemte autoriserte utsalgssteder. Den eneste mulige lovlige måten for å få tak i et vareparti av

⁹⁶ Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 12.

⁹⁷ Som tidligere nevnt under punkt 2.3.2 tilbyr eBay et eget auksjonsformat spesielt tilpasset avhendelse av likeartede partivarer, se <http://pages.ebay.com/help/sell/multiple.html> [11.03.09].

slike ubrukte eksklusive produkter ville da være å reise rundt til den enkelte autoriserte forhandler og kjøpe de der. Følgelig vil det fremstå som svært usannsynlig at selger oppnår økonomisk gevinst når produktene senere blir omsatt på en auksjonsplattform til under markedspris, med mindre det da er snakk om produktkopier eller produkter som er ervervet på ulovlig vis.

Som ytterligere moment i aktsomhetsvurderingen fremhever retten den manglende vilje eBay viste i relasjon til å foreta hensiktsmessige og effektive mottiltak for bekjempelse av salg og omsetning av rettstridige produkter på deres plattform.⁹⁸ Som eksempel på slike effektive mottiltak nevnes blant annet *muligheten auksjonsplattformen har til å forlange kjøpekvittering eller ekthetsbevis* i tilfeller hvor produktets ekthet er usikkert, sanksjonere eventuelle selgere som omsetter rettstridige produkter ved *endelig å stenge deres brukerkonto* samt å *umiddelbart fjerne ulovlige annonser etter å ha mottatt melding fra rettighetshaver*, i dette tilfellet de aktuelle saksøkernes juridiske avdelinger som har ansvaret for bekjempelse av piratkopiering av selskapenes produkter.

For meg virker det som om retten igjen refererer til de manglende preventive (og etter rettens syn effektive) kontrolltiltak som auksjonsplattformen burde ha foretatt for å begrense handelen med rettstridige produkter. Men hvor effektivt er for eksempel eBay sitt Verified Rights Owner (VeRO) program for bekjempelse av denne omsetningen, og hvilke eventuelle mottiltak vil man med rimelighet kunne kreve under slike omstendigheter av en auksjonsplattform tilsvarende til eBay?

Ifølge auksjonsplattformens informasjonsside er "... [c]ounterfeits, unauthorized replicas, unauthorized items (such as counterfeit watches, handbags, or other accessories) or unauthorized (such as copies of software programs, video games, music albums, movies, television programs, or photographs) (...) not permitted on Ebay. (...) Violations of this policy **may result** in a range of actions, including: Listing cancellation, Limits on

⁹⁸ Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 12.

*account privileges, Account suspension, Forfeit of eBay fees on cancelled listings (or) Loss of PowerSeller status”.*⁹⁹

Følgelig vil en selger som annonserer rettstridige produkter på eBay ikke automatisk bli suspendert, men *vil kunne risikere* å bli sanksjonert i en eller annen form. Ved tilfeller hvor sanksjonen kun innebærer en annullering av annonsen må dette anses å ha en forholdsvis begrenset effekt ettersom selger da med enkelthet bare kan utforme og opplaste en ny tilsvarende annonse. Ved tap av selgerstatus eller endelig suspensjon av brukerkontoen vil dette kunne tenkes å ha større innvirkning på selgerens videre muligheter for salg av sine rettstridige produkter, i alle fall ved tilfeller hvor selger i utgangspunktet er en ”seriøs” aktør med et opparbeidet rykte og høy selgerstatus på auksjonsplattformen. Når det gjelder alternativet økonomisk sanksjon i form av en avgift for kansellerte annonser fremstår dette som lite skjønnsomt sett fra rettighetshavers side. I praksis vil jo dette innebære at auksjonsplattformen indirekte får en økonomisk gevinst *etter* at rettighetshaver har nedlagt ressurser for å identifisere og rapportere den aktuelle annonsen til auksjonsplattformen. Nedenfor vil jeg derfor som ledd i drøftelsen av aktsomhetsvurderingen se litt nærmere på eBay sitt VeRO program, herunder vurdere dets effektivitet verktøy og måle det opp mot behovet for ytterligere krav om tiltak fra auksjonsplattformens side.

2.3.2.2 Har salgs- og auksjonsplattformen vært tilstrekkelig aktsom?

Som mottiltak for bekjempelse av den utstrakte omsetningen av rettstridige produkter som foregikk ved bruk av deres auksjonstjeneste opprettet eBay sitt VeRO¹⁰⁰ program i 2006. Kort sagt gir dette programmet en enkel og tilsynelatende effektiv mulighet for rettighetshavere til å søke, identifisere og rapportere annonser med produkter som antas å krenke deres rettigheter, hvorpå eBay på etter å ha mottatt melding besørger at de

⁹⁹ Se <http://pages.ebay.com/help/policies/replica-counterfeit.html>, (min utheving), [22.03.09].

¹⁰⁰ Se Verified Rights Owner program: <http://pages.ebay.com/vero/intro/index.html> [22.03.09].

aktuelle annonsene blir fjernet fra nettsidene. Enhver juridisk person som innehar en immateriell rettighet får mulighet til å benytte dette programmet, og rettighetshavere som deltar omfatter alt i fra selskaper som utvikler datamaskinprogrammer til rockeband og luksusvarefabrikanter. Etter å ha oppdaget en annonse med innhold som strider mot deres rettighet vil den enkelte deltaker ha mulighet for å melde fra til eBay, enten i form av et skjema som fylles ut og fakses direkte til auksjonsplattformen eller gjennom et elektronisk rapporteringssystem.

Selv om VeRO-programmet har bidratt til en reduksjon i omsetningen av rettstridige produkter på auksjonsplattformen, i alle fall de annonsene hvor det *klart* fremgår at produktene er rettstridige, har enkelte aktører hevdet at programmet også har sine klare begrensninger. Særlig har det vært pekt på programmets reaktive natur og at byrden for identifisering og rapportering av rettstridig aktivitet er tillagt den enkelte rettighetshaver. Ved tilfeller hvor rettighetshavere har rapportert slik aktivitet har eBay også vært kritisert for å ha ventet for lenge med å fjerne de aktuelle annonsene. I følge et uavhengig selskap som hadde i oppdrag å overvåke eBay sine sider ble det anslått at det i gjennomsnitt tok 11 timer fra auksjonsplattformen hadde mottatt rapport fra rettighetshaver til de hadde fått fjernet annonsen fra sidene. Videre ble det hevdet at til tross for at annonsene ble fjernet ved hjelp av VeRO programmet fortsatte de aktuelle selgerne med sin rettstridige aktivitet, enten som følge av at eBay ikke hadde stengt deres brukerkontoer med endelig virkning (til tross for at enkelte hadde fått så mange som 10 til 15 VeRO advarsler), eller fordi selgerne hadde returnert under et annet navn men fremdeles med samme betalings- eller kontaktinformasjon.¹⁰¹ Videre er det hevdet at selgere av rettstridige produkter har innrettet seg og tilpasset sin virksomhet for å unngå at deres annonser fanges opp av VeRO programmet. Blant annet har det vært en økt tendens til at selgerne av slike produkter har opplastet sine annonser i løpet av helgene da det i denne tidsperioden er mindre sannsynlighet for at eventuelle rettighetshavere er på jobb og arbeider med

¹⁰¹ Se SJberwin, *eBay: The Case Against Its Apparent Apathy*, anticounterfeiting newsletter, winter 2006.

overvåkning og rapportering av rettstridig annonsevirkosomhet som foretas på auksjonsplattformens sider.¹⁰²

Selv om eBay riktig nok har vært ledende innefor sitt område når det gjelder implementering av mottiltak for å begrense den stadige økende omsetningen av rettstridige produkter, viser de ovennevnte innvendingene at det fortsatt eksisterer en ikke ubetydelig handels- og omsetningskultur av slike produkter på auksjonsplattformen. Ut i fra et slikt synspunkt kan det som utgangspunkt neppe anses urimelig å oppstille et krav om at kjøpekvitteing eller ekthetsbevis for enkelte typer produkter som er særlig utsatt for kopiering skal fremvises, spesielt i situasjoner hvor det er snakk om salg av nye og ubrukte eksemplarer hvor produktets ektet fremstår som usikkert. Imidlertid vil en slik praksis også medføre enkelte ufordelaktige begrensninger for eBay og andre tilsvarende auksjonsplattformer: i tillegg til å innebære økte kostnader gjennom overvåkning og samordning med den enkelte rettighetshaver, vil et slikt krav også kunne true den suksessfulle og kostnadseffektive foretningsmodellen som utelukkende baserer seg på automatisert opplastning av den enkelte annonse uten forhåndsgodkjenning fra auksjonsplattformen.

Når det gjelder forslaget om å opprette registreringsordninger for enkelte grupper av profesjonelle selgere som klart opererer utenfor den private sfære, vil dette, i alle fall ut i fra et nasjonalt perspektiv kunne tenkes å være gjennomførbart. Selv om en slik obligatorisk registreringsordning muligens ville føre til en viss nedgang i antall næringsdrivende som ville benyttet eBay som en ytterligere salgskanal for sin foretningsvirkosomhet, og derfor være økonomisk sett ufordelaktig sett ut i fra auksjonsplattformens synspunkt, ville det utvilsomt gjøre det vanskeligere for eventuelle selgere som ønsker å skjule sin næringsvirkosomhet bak en falsk identitet.

Sett i lys av at mange selgere av rettstridige produkter opererer ut i fra fjerne land hvor registreringsordninger og rettslig beskyttelse oftere er unntaket enn hovedregelen, vil et

¹⁰² Se SJberwin, *Anti-counterfeiting in the electronic age: The more things change the more things stay the same*, anticounterfeiting briefing, autumn 2006.

obligatorisk krav om registrering hos de nasjonale kompetente myndigheter ut i fra et internasjonalt perspektiv i beste fall ha en begrenset effekt. Ser man det derimot ut i fra forholdene slik de forelå i den ovenfor nevnte avgjørelsen i *Hermés International vs. Cindy Feitz, Ebay France and Ebay International AG*¹⁰³ kan en slik registreringsordning fremstå som et relevant alternativ for å ”luke ut” eventuelle useriøse selgere fra en bestemt nettbasert salgs- eller auksjonstjeneste. Her var faktum at medtiltalte Mrs. Feitz hadde ervervet et visst antall piratkopierte vesker på en annen og mer useriøs nettside med den hensikt å videreselge disse med fortjeneste, noe hun også gjorde ved å tilby de for salg på det franske markedet gjennom bruk av eBay. Ikke bare viser dette hvor forholdsvis enkelt det er å opptre i næringsvirksomhet på bekostning av eventuelle rettighetshavere, men også hvor ”usynlig” man er (eller i alle fall tror man er) når man opptrer i næring ved bruk av nettbaserte handelstjenester som for eksempel eBay. Et krav om registreringsordninger for enkelte særlige aktive selgere vil kunne bidra til mindre handel av rettstridige produkter gjennom nettbaserte salgs- eller auksjonsplattformer, og vil formodentlig ha en viss preventiv effekt overfor personer med en næringsvirksomhet tilsvarende Mrs. Feitz.

En ytterligere og supplerende alternativ til et krav om obligatoriske registreringsordninger for næringsdrivende som opptrer aktivt på eBay, kan være å pålegge auksjonsplattformen å føre en større grad av kontroll over de auksjonsformat som er særlig populære hos selgere av rettstridige produkter. Ta for eksempel den tyske auksjonsmodellen¹⁰⁴ hvor selgere gis muligheten til å arrangere auksjonssalg av flere likeartede produkter i en enkelt auksjon. Et krav om forhåndsgodkjenning fra auksjonsplattformen før denne typen auksjonssalg blir gjort tilgjengelig på plattformens sider vil kunne medføre en vesentlig begrensning av muligheten for å omsette rettstridige produkter hvor spredningsfaren er størst, nemlig ved salg av partivarer.

Som siste punkt i aktsomhetsvurderingen viser retten til de tiltak som eBay gjennomførte i 2006 for bekjempelse av salg og omsetning av rettstridige produkter, herunder

¹⁰³ Troyes Court of First Instance, RG. No. 06/02604, June 4, 2008.

¹⁰⁴ <http://pages.ebay.com/help/sell/multiple.html> [23.03.09].

implementeringen av VeRO programmet.¹⁰⁵ I følge retten var gjennomføringen av disse tiltakene et ytterligere moment som bekreftelse på auksjonsplattformens tidlige uaktsomme holdning i forhold til ulovlige annonsevirkosomhet som foregikk ved bruk av deres auksjonstjeneste. Det påpekes også at eBay er uberettiget til å be eventuelle rettighetshavere som måtte være berørt av auksjonstjenestens virksomhet om å bidra økonomisk i arbeidet med å salg og omsetning av rettstridige produkter.

2.3.2.3 Kravet til skade / økonomisk tap

Det siste vilkåret som må oppfylles for at auksjonsplattformen skal kunne pålegges et erstatningsrettslig ansvar er at det må ha oppstått skade i form av et *økonomisk tap* for eventuelle rettighetshavere.

Ved de ovenfor drøftede avgjørelsene i henholdsvis *Louis Vuitton Malletier* og *Christian Dior Couture* ble det av saksøkerne fremsatt krav om erstatning på tre forskjellige typer grunnlag. Dette omfattet for det første krav om erstatning for *tapte lisensinntekter*, krav om erstatning for selskapenes *tap av omdømme*, samt krav om *oppreisning*. Ved erstatningsutmålingen støttet retten seg på en rapport som var levert av den velrenoverte takst- og finanseksperter *Mr. Maurice Nussembaum* på oppdrag av de saksøkende selskaper underlagt *LVMH* gruppen.¹⁰⁶ Denne rapporten, som var basert på auksjonsplattformens egne tall og statistikker, tok hensyn til alle salg som var blitt gjennomført av de saksøkende selskapers merkevarer i perioden juni 2001 til juni 2006 uten hensyn til hvor selgerne og kjøperne geografisk sett var lokalisert, og hvilke av eBay sine datterselskaper i de respektive land som var involvert. Rapporten konkludert med at nesten 90% av de gjennomførte salgstransaksjonene involverte piratkopierte merkevarer, noe som ifølge retten var tilstrekkelig for å konstatere at de saksøkte selskaper var påført skade i form av et økonomisk tap.

¹⁰⁵ Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 12.

¹⁰⁶ Se avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG. No. 2006077799, side 13.

Selv om rapporten som retten la til grunn riktig nok var *basert på* eBay sine egne statistiske data, var denne utarbeidet *ex parte*, utelukkende på oppdrag fra de saksøkende selskaper. Til tross for saksøktens protest ble rapporten lagt til grunn ved erstatningsutmålingen. eBay har anket avgjørelsene.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Se eBay Inc. Form 10-Q s. 33, (23 oktober 2008).

3. Internettbaserte salgs- og auksjonsplattformer: ansvarsfritaket etter e-handelsdirektivet

3.2 Innledning

Som følge av den raske utviklingen innenfor internettbasert elektronisk handels- og informasjonsvirksomhet og det påfølgende behov for å stimulere, regulere og sikre fri bevegelighet av slike tjenester innenfor det europeiske fellesskap, ble direktivet om elektronisk handel¹⁰⁸ (heretter omtalt som e-handelsdirektivet) vedtatt av europeiske myndigheter sommeren 2000. Selv om e-handelsdirektivet primært tar sikte på å sikre fri bevegelighet for informasjonssamfunnstjenester mellom medlemsstatene kan det legges til grunn at direktivets bestemmelser også omfatter medlemsstatene etter EØS avtalen.¹⁰⁹

E-handelsdirektivet regulerer kun *ansvarsfrihet* for enkelte typer av tjenester, og gir ikke anvisning på *når* en tjenesteyter av en informasjonssamfunnstjeneste kan holdes ansvarlig for den informasjon tjenesten genererer. Hvorvidt en tjenesteyter kan ilegges ansvar vil avhenge av det enkelte lands nasjonale rett. E-handelsdirektivet gir i artiklene 12-14 anvisning på når en tjenestetilbyder av en informasjonssamfunnstjeneste etter nærmere angitte vilkår skal være ansvarsfri for innholdet i den informasjonen tjenesten genererer.

Ved den videre fremstillingen vil jeg først vurdere hvorvidt salgs- og auksjonsplattformer tilsvarende eBay reguleres av e-handelsdirektivet (3.3), før jeg ser nærmere på hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad ansvarsfritaket for lagringstjenester etter e-handelsdirektivets artikkel 14 omfatter slike tjenester (3.4). I relasjon til det sistnevnte vil jeg benytte de relevante internasjonale avgjørelser som foreligger for å analysere og sammenligne de enkelte domstolars vurderinger av problemstillingene.

¹⁰⁸ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2000/31/EF av 8. Juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked (E-handelsdirektivet), OJ L 178/1 av 17 Juli 2000.

¹⁰⁹ Som ledd i EØS-samarbeidet vedtok EØS-komiteen ved beslutning 2000/91 (27.10.2000) å endre EØS-avtalens vedlegg XI, og EØS-avtalen omfatter nå også e-handelsdirektivet.

3.3 Regulerer e-handelsdirektivet nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer?

3.3.1 Utgangspunkt

Etter e-handelsdirektivet artikkel 1(1) er direktivets virkefelt definert som *”information society services”* eller *informasjonssamfunnstjenester*.¹¹⁰ På nærmere angitte vilkår vil en *”service provider”* eller *tjenesteyter* av slike tjenester være ansvarsfri for den informasjon som tjenesten genererer, jf. artikkel 2(b). Ved den videre fremstillingen legges det til grunn at begrepet *tjenesteyter* definert i artikkel 2(b) som utgangspunkt kan omfatte tilbydere av nettbaserte auksjonstjenester, og at en *”recipient of the service”* eller *tjenestemottaker* definert i artikkel 2(d) omfatter de kjøpere og selgere som benytter seg av slike tjenester. Selv om jeg nedenfor vil benytte meg av norske uttrykk, vil vurderingen primært være knyttet opp mot e-handelsdirektivet. Imidlertid vil forarbeidene til den norske e-handelsloven som gjennomfører direktivet i norsk rett trekkes frem ved behov. Det første spørsmålet blir da hvorvidt tjenesten som tilbys av nettbaserte salgs- og auksjonstjenester tilsvarende eBay faller inn under definisjonen av informasjonssamfunnstjenester slik dette er forstått i e-handelsdirektivet.

E-handelsdirektivet definerer hva som er en informasjonssamfunnstjeneste gjennom artikkel 2(a), som igjen viser til at begrepet skal ha samme innhold som i artikkel 1(2) i Directive 98/34/EC¹¹¹, slik det lyder etter endringen gjennom Directive 98/48/EC¹¹². Definisjonen er relativt omfattende og inkluderer som utgangspunkt *”... any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of a service.”*¹¹³ Som vi ser oppstiller definisjonen fire

¹¹⁰ Definisjonen er forholdsvis vid og vil som utgangspunkt kunne tenkes å omfatte en rekke nettbaserte tjenester, jf. Jon Christian Thaulow, *Etableringsprinsippet*, CompLex 3/03, Institutt for rettsinformatikk, Oslo 2003:33-53, side 33 flg.

¹¹¹ Se Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 *laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations*.

¹¹² Se Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 *amending Directive 98/34/EC*.

¹¹³ Se Directive 2000/31/EC, Article 2(a), (min utheving).

kumulative vilkår som må være oppfylt for at en tjeneste kan anses å være en informasjonssamfunnstjeneste;

- Tjenesten må normalt ytes mot vederlag
- Tjenesten må ytes over avstand
- Tjenesten må formidles ved bruk av elektroniske midler
- Tjenesten må ytes på individuell forespørsel fra mottakeren av tjenesten

Det neste spørsmålet blir da hvorvidt nettbaserte salgs- og auksjonstjenesten tilsvarende eBay vil oppfylle disse fire kumulative vilkår, og følgelig kan klassifiseres som en informasjonssamfunnstjeneste.

3.3.2 Kravet til at tjenesten normalt må ytes mot vederlag

Directive 98/48/EC gir for det første anvisning på ”... *any service normally provided for remuneration ...*”¹¹⁴ Avgrensninger mot ytelser som ikke er tjenester innebærer først og fremst at fysiske varer faller utenfor definisjonen. Videre vil ordlyden etter en naturlig forståelse klart omfatte tilfeller hvor tjenesteyter krever en eller annen form for godtgjørelse fra tjenestemottakerne ved levering av tjenesten.

Som det antydes i brukeravtalen til eBay er auksjonstjenesten ”... *a venue which allows anyone to offer, sell, and buy just about anything, at any time, from anywhere, in a variety of pricing formats and venues, such as stores, fixed price formats and auction-style formats.*”¹¹⁵ Dette innebærer at auksjonstjenesten gjør det mulig for eventuelle tjenestemottakere å tilby, selge og kjøpe de varer som til enhver tid tilbys på auksjonsplattformens sider.

¹¹⁴ Se Directive 98/48/EC, Article 2(a).

¹¹⁵ Se <http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html> [17.03.2009].

For mottakere av auksjonstjenesten som ønsker å selge sine varer vil auksjonsplattformen stille til rådighet den programvare som er nødvendig for at tjenestemottakeren kan opplaste vareinformasjon på plattformens sider, enten i form av tekst og/eller bilde, og som igjen vil gjøre det mulig for tjenestemottakeren å gjennomføre salget av varene, enten ved auksjonsformat eller ved bruk av fast pris formatet. Som motytelse må slike tjenestemottakere betale en godtgjørelse til auksjonsplattformen. Denne totale godtgjørelsen innebærer for det første en annonseavgift som vil bli beregnet ut i fra hvilken kategori varen hører inn under. Når så salget eventuelt blir gjennomført vil det påløpe en avgift i form av kommisjon tilsvarende tradisjonelle auksjonssalg. Til slutt kan selgeren bli avkrevd en tilleggsavgift i tilfeller hvor annonsen har blitt oppdatert ved bruk av ekstra bilde, fremheving av tekst, mm.¹¹⁶

Ved tilfeller hvor tjenestemottakeren ønsker å benytte auksjonstjenesten til å delta i selgernes auksjoner, kjøpe varer til fastpris eller simpeltent til å orientere seg i markedet for slik å finne markedspris på en bestemt vare vil situasjonen stille seg annerledes. I slike situasjoner vil ikke tjenesten ytes mot vederlag og følgelig kan det reises spørsmål hvorvidt dette medfører at auksjonstjenesten til eBay faller utenfor klassifikasjonen av ”information society services”.

Som nevnt kreves det bare at tjenesten er ”... *normally provided for remuneration ...*”, og følgelig vil ordlyden ”*normally*” være en indikasjon på at definisjonen i Directive 98/48/EC ikke nødvendigvis utelukker enhver tjeneste som *ikke* leveres mot krav om godtgjørelse fra tjenestemottakerne. Ytterligere veiledning finner vi i e-handelsdirektivet hvor det i fortalens punkt 18 uttrykkes at ”[i]nformation society services span a wide range of economic activities which take place online ...; information society services are not solely restricted to services giving rise to online contracting but also, **in so far as they represent an economic activity, extend to services which are not remunerated by those who receive them**, such as those offering online information or commercial communications, or those providing tools allowing for search, access or retrieval of

¹¹⁶ Se <http://pages.ebay.com/help/sell/questions/what-fees.html> [17.03.2009].

*data; information society services also include services consisting of the transmission of information via a communication network, in providing access to a communication network or in hosting information provided by a recipient of the service ...*¹¹⁷

For å bli omfattet av e-handelsdirektivet i relasjon til dette kravet vil det følgelig ikke være nødvendig at eBay mottar godtgjørelse direkte fra eventuelle tjenestemottakere, all den tid tjenesten representerer *"an economic activity"*. For eksempel vil det kunne anses tilstrekkelig at auksjonstjenesten ene og alene finansieres gjennom salg av annonseplass til tredjeparter, slik tilfellet er ved den nettbaserte auksjonstjenesten Yahoo!Auctions.¹¹⁸

3.3.3 Kravet til at tjenesten må ytes over avstand

Kravet om at tjenesten må ytes *"at a distance"* gir anvisning på at tjenesten leveres over avstand uten samtidig tilstedeværelse av tjenesteyter og mottaker av tjenesten, jf. Directive 98/48/EC, Article 1(2)(a). Det avgjørende vil da være hvorvidt det foreligger en fysisk tilstedeværelse mellom partene når tjenesten leveres, uavhengig av om tjenesten involverer bruk av elektroniske midler.¹¹⁹ eBay sin auksjonstjeneste er utelukkende Internett-basert. I motsetning til tradisjonelle auksjonssituasjoner vil derfor ikke auksjonstjenesten være betinget av tjenesteyters tilstedeværelse, og følgelig må kravet til at tjenesten må ytes over avstand anses oppfylt.

3.3.4 Kravet til at tjenesten må ytes ved bruk av elektroniske midler

Videre kreves det at tjenesten ytes *"by electronic means"*. Etter en naturlig forståelse vil dette som utgangspunkt kunne omfatte alle tilfeller hvor en tjeneste ytes ved bruk av

¹¹⁷ Se Directive 2000/31/EC, Rectail 18.

¹¹⁸ Se <http://auctions.yahoo.com> [17.03.2009].

¹¹⁹ Se Directive 98/48/EC, Annex V.

elektroniske midler, men ifølge Directive 98/48/EC Article 1(2)(a) har uttrykket en mer avgrenset betydning, og omfatter kun tilfeller hvor "... *the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by ... electromagnetic means*". Dette innebærer at tjenester som på en eller annen måte har et materielt innhold ikke kan anses å ytes "*by electronic means*". Som eksempel på elektroniske tjenester som faller utenfor kravet vises det i direktivets vedlegg til minibankautomater.¹²⁰ Ved slike tilfeller vil tjenesten riktig nok ytes elektronisk ved at tjenestemottaker får tilgang til sin bankkonto gjennom bruk av minibankautomaten. Men ettersom tjenesteyter returnerer tjenesten i form av kontanter vil tjenesten ha et materielt innhold, og følgelig ikke ytes utelukkende ved bruk av elektroniske midler.

I motsetning til tradisjonelle auksjonssituasjoner vil nettbaserte auksjonstjenester tilsvarende eBay ikke ha et materielt tilsnitt (for eksempel vil varene bli sendt direkte mellom kjøper og selger). Slike auksjonstjenester ytes utelukkende "*by electronic means*" ved at tjenestemottaker gjennom sin datamaskin får tilgang til den programvare som gjør det mulig å foreta kjøp, delta på andre personers auksjoner samt utforme og opplaste egne annonser. Følgelig vil slike auksjonstjenester falle innenfor kravet til at tjenesten må ytes ved bruk av elektronisk utstyr.

3.3.5 Kravet til at tjenesten ytes etter individuell anmodning fra mottaker

Det siste kravet etter definisjonen av "information society services" er at tjenesten ytes "*at the individual request of a recipient*". Tjenester som faller utenfor dette kravet er ifølge direktivets vedlegg "[s]ervices provided by transmitting data without individual demand for simultaneous reception by an unlimited number of individual receivers (point

¹²⁰ Se Directive 98/48/EC, Annex V, sec. 2(a).

to multipoint transmission)".¹²¹ Dette omfatter tjenester som for eksempel fjernsynssendinger, tekst-tv eller kringkasting over radio, og er typiske eksempler på tjenester som samtidig kan mottas av et ubegrenset antall personer uten at det foreligger en konkret og individuell anmodning fra mottaker. Eksempler på nettbaserte tjenester som tilbys etter individuell anmodning fra mottaker finner vi uttalelser om i håndboken til Directive 98/48/EC, og vil blant annet omfatte "... *employment agencies, marriage bureaux, **auctioneers**, etc.*"¹²² Følgelig vil nettbaserte auksjonstjenester omfattes i tilfeller hvor slike utelukkende tilbys på individuell og konkret anmodning fra auksjonstjenestens mottakere.

Salgs- og auksjonstjenesten til eBay må anses som en slik tjeneste. Ikke bare vil tjenesten utelukkende tilbys til de mottakere som gjennomfører en registreringsprosess etter en individuell og konkret anmodning, men eventuelle søkeresultat vil også variere ut i fra den enkelte mottakers anmodning og ønsker. Følgelig må tjenesten anses å oppfylle dette siste kravet, noe som innebærer at auksjonstjenesten til eBay som utgangspunkt kan anses regulert av e-handelsdirektivet. Det neste spørsmålet blir da hvorvidt ansvarsfritaket etter e-handelsdirektivets artikkel 14 kommer til anvendelse.

¹²¹ Se Directive 98/48/EC, Annex V, sec. 3.

¹²² Se Vade-mecum to Directive 98/48/EC, *Standards and Technical Regulations Committee*, Doc. S-42/98-EN, sec. 1.2.2 (c).

3.4 Kommer ansvarsfritaket for lagringstjenester i e-handelsdirektivets artikkel 14 til anvendelse?

3.4.1 Utgangspunkt

Som nevnt ovenfor regulerer e-handelsdirektivet ansvarsfrihet etter nærmere fastsatte betingelser for tjenesteytere av tre forskjellige typer informasjonssamfunnstjenester. Den første av disse er ”*mere conduit*” eller *ren formidling* og omfatter tilfeller hvor tjenesten utelukkende tjener det formål å foreta ren overføring av informasjon i et kommunikasjonsnettverk.¹²³ Den neste tjenesten er definert som ”*caching*” eller *mellomlagring*.¹²⁴ Dette omfatter tjenester som også består i å overføre informasjon i et kommunikasjonsnettverk, men som av tekniske grunner automatisk og midlertidig blir lagret på tjenestemaskinen i den hensikt å gjøre overføringen av informasjonen mer effektiv.¹²⁵ Sist men ikke minst regulerer e-handelsdirektivet ansvarsfritak for tjenesteytere som leverer tjenester definert som ”*hosting*” eller *vertstjeneste*.¹²⁶ Denne definisjonen gir anvisning på *visse* lagringstjenester hvor tjenesteyter *lagrer informasjon på oppfordring fra tjenestemottakeren*, og etter nærmere fastsatte vilkår skal enkelte av disse tjenesteyterne være ansvarsfri for den informasjon som lagres på deres servere.

E-handelsdirektivets artikkel 14:

”Hosting

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:*

¹²³ Se Directive 2000/31/EC, Article 12.

¹²⁴ Se Directive 2000/31/EC, Article 13.

¹²⁵ Se Jon Bing, *Ansvar for ytringer på nett*, Universitetsforlaget, Oslo 2008, s. 219 flg.

¹²⁶ Se Directive 2000/31/EC, Article 14.

- (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**
- (b) **the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.**
2. **Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.**
3. **This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.**¹²⁷

Som vi ser gir ordlyden i artikkel 14(1) anvisning på tjenester som “**consists of ... storage of information provided by a recipient of the service**”. Spørsmålet man da kan stille seg er hvorvidt den tjenesten som leveres av nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer omfattes av denne definisjonen. Er ansvarsbegrensningen ment å komme til anvendelse ved de tilfeller hvor en tjenesteyter *kun* lagrer informasjon uten å tilby andre tjenester, eller er ansvarsbegrensningen også ment å omfatte tilfeller hvor tjenesteyteren lagrer informasjon *i tillegg* til andre tjenester? Eventuelt, omfatter ansvarsbegrensningen *kun* den informasjonen som lastes opp av den enkelte tjenestemottaker?

Tolker vi ordlyden i artikkel 14(1) bokstavelig kan det synes som om det gis anvisning på det første alternativet. Imidlertid har EU-kommisjonen i deres rapport om anvendelsen av e-handelsdirektivet på det interne marked utvidet denne definisjonen. I følge EU-kommisjonen vil “[t]he **limitations on liability in the Directive apply to certain clearly delimited activities carried out by internet intermediaries, rather than to categories of**

¹²⁷ Se Directive 2000/31/EC, Article 14, (min utheving).

service providers or types of information.”¹²⁸ Ikke bare vil EU-kommisjonens uttalelser innebære at ansvarsfritaket som utgangspunkt kan omfatte en forholdsvis vid kategori av nettbaserte mellommannstjenester, men uttalelsene vil som utgangspunkt også være av høy rettskildemessig verdi og vil derfor måtte tillegges vekt ved tolkningen av e-handelsdirektivets bestemmelser.¹²⁹

Et slikt ansvarsfritak for tilbydere av nettbaserte lagringstjenester har av enkelte blitt kritisert, og vært sett på som en komfortabel løsning for å undra slike aktører fra det som ellers ville være å anse som et vanlig juridisk ansvar. Imidlertid er ansvarsfritaket ikke absolutt, men avhengig av at enkelte vilkår er oppfylt.

Det første vilkåret er at tjenestetilbyderen – i relasjon til et eventuelt sivilrettslig ansvar – er ”... ***not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent*** ...”¹³⁰ I relasjon til problemstillingen omsetning av rettstridige produkter på nettbaserte salgs- og auksjonstjenester vil vilkåret gi anvisning på at salgs- og auksjonsplattformen ikke har *kjennskap til fakta eller forhold som klart viser at annonseinformasjonen er ulovlig*. Ved gjennomføringen av e-handelsdirektivet i norsk rett fremsto dette vurderingskriteriet som noe uklart, og i tråd med Justisdepartementets anbefaling ble begrepet *grov uaktsomhet* innført som vurderingskriterium for ansvarsfrihet erstatningsrettslig ansvar.¹³¹

Videre legger e-handelsdirektivet klare begrensninger på tjenestetilbydernes overvåkningsforpliktelser. Etter direktivets artikkel 15 skal medlemsstatene ”... ***not impose a general obligation on providers, ... to monitor the information which they ... store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.***”¹³²

¹²⁸ Se European Commission, First Report on the Application of Directive 2000/31/EC, 21 November 2003, (min utheving).

¹²⁹ Se Wellens og Borchard, *Soft Law in the European Community* (1989) s. 267 flg.

¹³⁰ Se Directive 2000/31/EC, Article 14(1)(a), (min utheving).

¹³¹ Se Ot.prp.nr.4 (2003-2004). Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven), side 29 og 30.

¹³² Se Directive 2000/31/EC, Article 15(1), (min utheving).

I relasjon til nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer kan det etter mitt syn argumenteres for at bestemmelsene i artikkel 14(1)(a) og artikkel 15(1) fremstår som noe selvmotsigende og overbeskyttende. Ved at plattformen ikke overvåker sin annonsevirkosomhet vil den nødvendigvis heller ikke være i posisjon til å skaffe seg kjennskap, for eksempel ved bruk av tekniske filter for søk av grunnleggende nøkkelord som for eksempel "fake", "replica" og "counterfeit". Dette innebærer at overvåkningsbyrden utelukkende overføres til den enkelte rettighetshaver, noe som både er tidskrevende og ikke minst kostbart.

Det andre ikke-kumulative vilkåret for ansvarsfrihet er at tjenestetilbyderen, "... upon obtaining such ... **awareness**, acts expeditiously to remove or to disable access to the information."¹³³ For nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer innebærer dette at det for plattformen, etter å ha fått slik kjennskap vedrørende annonser med rettstridig innhold, vil oppstå en handlingsplikt for raskt å fjerne eller sperre tilgangen til denne informasjonen. Etter norsk rett vil handlingsplikten i forhold til erstatningsansvar inntre når grov uaktsomhet foreligger.¹³⁴ Følgelig vil auksjonsplattformen anses fri fra erstatningsansvar dersom det uten ugrunnet opphold treffes nødvendige tiltak for å fjerne eller stanse tilgangen til de aktuelle annonsene, etter at skyldkravet foreligger.

Videre ser vi at ansvarsfritaket kun gjelder strafferettslig og *erstatningsrettslig ansvar*, og at nasjonale domstolars mulighet for beslutning om midlertidig forføyning er opprettholdt i artikkel 14(3): "... shall not affect the possibility for a court or a administrative authority, **in accordance with Member States' legal systems**, of requiring the service provider to terminate or **prevent** an infringement."¹³⁵ Men hvis en auksjonsplattform skal kunne pålegges å *forebygge* rettstridig annonsevirkosomhet vil dette for plattformen nødvendigvis innebære forpliktelser som strekker seg ut over den overnevnte handlingsplikten.

¹³³ Se Directive 2000/31/EC, Article 14(1)(b).

¹³⁴ Se Ot.prp.nr.4 (2003-2004). Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven), side 31.

¹³⁵ Se Directive 2000/31/EC, Article 14(3), (min utheving).

Ved arbeidet med gjennomføringen av e-handelsdirektivet i norsk rett mente Økokrim som høringsinstans at det var behov for en avklaring med hensyn til hvilke kontrollplikter tjenestetilbydere bør kunne pålegges.¹³⁶ Deres syn var at ansvarsfriheten bare burde tilgodeses tilbydere som som lojalt utøvet en skikkelig drift. Ettersom e-handelsdirektivet åpnet for undersøkelsesplikt i spesielle tilfeller, og videre at e-handelsdirektivet i fortalens punkt 48 inneholdt et insentiv for medlemsstatene til å implementere regelverk for å sikre at tjenesteyter viser aktpågivnhet, mente Økokrim at ansvarsfriheten ikke burde gjelde i de tilfeller hvor rettstridig informasjon kunne vært oppdaget ved bruk av teknisk utstyr. Imidlertid fastholdt Justisdepartementets prinsippet i e-handelsdirektivet artikkel 15 om at tjenesteytere ikke har en generell plikt til å overvåke den informasjonen som lagres for andre, og følgelig vil ikke tjenesteytere etter norsk rett være forpliktet til å installere teknisk utstyr som søkefilter for søk av bestemte nøkkelord.¹³⁷

Men kan det tenkes at en salgs- og auksjonsplattform allikevel vil kunne pålegges en viss overvåkningsplikt uten å komme i konflikt med artikkel 15. Nedenfor vil jeg presentere og analysere noen internasjonale avgjørelser som på det nåværende tidspunkt er de eneste som har tatt stilling til disse overnevnte spørsmålene i relasjon til nettbaserte salgs- og auksjonsplattformer og ansvarsavskjæringen etter e-handelsdirektivet.

3.4.2 Internet Versteigerung I, II og III

Til likhet med den norske prosessen ble e-handelsdirektivet i tysk rett implementert i to omganger. Først ved den tyske lov *om teletjenester*¹³⁸ i 2002, som deretter ble erstattet av lov *om telemediatjenester*¹³⁹ i 2007 som fullt ut implementerte Directive 2000/31/EC i

¹³⁶ Se Ot.prp.nr.4 (2003-2004). Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven), side 33.

¹³⁷ Se Ot.prp.nr.4 (2003-2004). Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven), side 34.

¹³⁸ Se *the German Act on the Utilisation of Teleservices*, Teledienstegesetz – TDG.

¹³⁹ Se *the German Telemedia Act*, Telemediengesetz – TMG.

tysk rett. Den sistnevnte lov om telemediatjenester §§ 7(2) og 10 hjemler de samme ansvarsfritakene for vertstjenester som e-handelsdirektivets artikkel 14 gir uttrykk for.

Som nevnt omfattet de tyske avgjørelsene i *Internet Versteigerung I*¹⁴⁰ og *Internet Versteigerung II*¹⁴¹ den kjente urfabrikant Rolex og de to nettbaserte salgs- og auksjonstjenestene til henholdsvis Ricardo og eBay. Som følge av den omfattende og åpenlyse omsetningen av piratkopierte Rolex ur som foregikk på de to auksjonsplattformene ble det anlagt søksmål med krav om at plattformen skulle "... *cease and desist from marketing [Rolex sitt varemerke] ... when supplying watches ... and using them or permitting them to be used [på auksjonsplattformen] ... if and insofar as the bid reveals that the goods offered are not from the business owned by [Rolex] ...*"¹⁴²

De tyske domstolene konkluderte med at de overnevnte salgs- og auksjonstjenestenes involvering ved omsetningen ikke var tilstrekkelig for å konstatere ansvar på varemerkerettslig grunnlag, blant annet på grunn av den automatiserte prosessen hvor selgerne opplaster annonsene direkte på salgs- og auksjonstjenestens sider uten forhåndsgodkjenning.

Den endelige løsningen som senere ble bekreftet av BGH ved avgjørelsen i *Internet Versteigerung III*¹⁴³, var imidlertid å innfortolke det sivilrettslige konseptet om *lovbrudd* (Störerhaftung).¹⁴⁴ Dette rettslige konseptet innebærer som nevnt at den som ved en passiv, men bevisst og årsaksmessig bidrar til at en rettslig beskyttet interesse på en eller annen måte blir krenket, vil bli å anse som ansvarlig (Störer) dersom vedkommende *unnlater* å handle for å forhindre fortsatt krenkelse. Følgelig kan en nettbasert salgs- og auksjonstjeneste tilsvarende eBay bli å anse som ansvarlig for selgernes rettstridige omsetningsvirksomhet, med mindre de iverksetter tiltak for å forebygge at rettstridige

¹⁴⁰ BGH, *Internet Versteigerung I*, I ZR 304/01.

¹⁴¹ BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

¹⁴² Se BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

¹⁴³ BGH, *Internet Versteigerung III*, I ZR 73/05.

¹⁴⁴ Section 1004 BGB, *Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch* (1): Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

produkter (som for eksempel falske Rolex ur) blir tilbudt og omsatt etter de har blitt informert om at slik virksomhet foregår ved bruk av deres tjeneste. Som nevnt innebærer dette ikke bare at det oppstår en plikt til umiddelbart å fjerne den aktuelle annonsen etter at auksjonstjenesten har fått beskjed, men *også en viss plikt til å overvåke denne aktuelle selgerens spesifikke annonsevirkosomhet samt å iverksette nærmere bestemte mottiltak* for på denne måten sørge for at det ikke tilbys tilsvarende rettstridige produkter i andre eller eventuelle fremtidige annonser.

Ifølge BGH var domstolens tilgjengelige tvangsmiddel midlertidig forføyning både i overensstemmelse med førstnevnte lov om teletjenester så vel som sistnevnte lov om telemediatjenester. I premiss 38 i *Internet Versteigerung I* uttales det om dette at;

”Whether the Plaintiff are entitled to an injunction claim must be evaluated under the laws in force at the time of the ruling. In its first judgement on the Second Appeal, the Civil Chamber has ruled that the liability privilege under Secs. 8, 11, TDG 2001 cannot be applied to injunction claims without restriction (BGHZ 158, 236, 246ff – Internet Auction I). The Telemedia Act (TMG) of 26 February 2007 which entered into force on 1 March 2007 (Fed. Gaz. 1 p. 179) has not changed the situation. (BGHZ 172, 119 Tz 17f Internet Auction II).”¹⁴⁵

Det at det ved midlertidig forføyning, i motsetning til et erstatningsrettslig ansvar, ikke forutsetter at tjenestetilbyder oppfyller kravet til kjennskap i relasjon til den rettstridige annonsen, mente BGH kunne utledes av ordlyden i e-handelsdirektivets artikkel 14 (3); *”... 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 ...”*¹⁴⁶

¹⁴⁵Se BGH, Internet Versteigerung III, I ZR 73/05, premiss 38, (min utheving).

¹⁴⁶ Se Directive 2000/31/EC, Article 14(3).

En midlertidig forføyning vil reelt sett kunne innebære at auksjonstplattformen, i alle fall til en viss grad må overvåke den annonsevirkosomhet som foregår på deres sider, uavhengig av hvorvidt de har positiv kjennskap til annonsers eventuelle rettstridighet.

Men hva med kravet i e-handelsdirektivets artikkel 15 (1) om at "*[m]ember States shall not impose a general obligation on providers, ... to monitor the information which they ... store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.*" Svaret må være at forbudet mot å pålegge tjenesteytere en generell overvåkningsplikt ble av BGH tolket i lys av fortalen til e-handelsdirektivet punkt 48: "*... does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.*"¹⁴⁷

Medlemstatene vil her gis muligheten til å pålegge tjenestetilbydere en aktsomhetsplikt i tråd med nasjonale bestemmelser med sikte på å avdekke og forhindre visse typer ulovlig virksomheter. Følgelig kan det synes som om det er en iboende motsetning mellom artikkel 15 (1) og punkt 48 i fortalen.

Forbudet mot en generell overvåkningsplikt i artikkel 15 er i stor grad er begrunnet ut i fra hensynet til yringsfriheten. Det faktum at tilbydere av for eksempel nettbaserte diskusjonsforum o.l. ikke skal kunne pålegges forpliktelser for å avdekke og forhindre opplasting og videreformidling av ulovlig og krenkende informasjon vil derfor ha sin hovedforankring i hensynet til yringsfriheten. Men ettersom nettbaserte salgs- og auksjonsplattformers tjeneste først og fremst innebærer programvare for salg og omsetning av fysiske gjenstander, kan det tenkes at overvåkningsforbudet i artikkel 15 ved slike tilfeller ikke står like sterkt.

For til tross for forbudet i artikkel 15 ble auksjonplattformen av BGH i *Internet Versteigerung I* pålagt å iverksette tiltak som fremsto som "*... technically possible and*

¹⁴⁷ Se Directive 2000/31/EC, Rectail 48.

reasonable.”¹⁴⁸ Imidlertid vil nok dette neppe kunne anses å innebære en generell plikt til å overvåke alt av informasjon som lagres på salgs- og auksjonstjenestens sider, noe som også ble påpekt av BGH i *Internet Versteigerung II* den andre avgjørelsen mot eBay. Her heter det at ”*no unreasonable duties to monitor are to be entailed on [an online intermediary] which could challenge his whole business modell.*”¹⁴⁹ Dette forbudet medførte at salgs- og auksjonstjenestenes overvåkningsplikt av fremtidig annonsevirkosomhet ble begrenset til annonser hvor produktene *åpenbart og tydelig* fremsto som krenkende, som for eksempel tilfeller hvor de aktuelle varene ble beskrevet i sammenheng med ord som for eksempel ”*fake*”, ”*replica*” og ”*counterfeit*”. Videre nevnte BGH muligheten for at en uforholdsmessig lav startpris kan være en indikasjon på at varen som tilbys er en forfalskning.¹⁵⁰

Etter mitt syn fremstår de overnevnte tyske avgjørelsene som hensiktsmessige. Ikke minst vil den løsningen som BGH her kommer frem til være fornuftig sett ut i fra den alternative immunitet nettbaserte salgs- og auksjonstjenester kan tenkes å ha etter e-handelsdirektivets artikkel 14 (1). Imidlertid må det påpekes at auksjonstjenestene her kun pålegges plikter i relasjon til annonser hvor produktene åpenbart og tydelig fremstår som rettstridige. Følgelig vil muligheten for at uærlige selgere i fremtiden omgår auksjonstjenestens søkefilter ved å annonsere rettstridige varer som ekte være til stede. Spennende blir det uansett å se om dette vil ha den tilsiktede effekt å få redusert det omfattende salg og omsetning det har vært av rettstridige produkter på nettbaserte salgs- og auksjonstjenester tilsvarende eBay. For øvrig må det nevnes at ettersom avgjørelsene er truffet av tysklands høyeste domstol for sivile saker (BGH) for på denne måten å avklare situasjonen etter tysk rett, vil de ha prejudikatsrettslige verdi.

3.4.3 De franske avgjørelsene

¹⁴⁸ Se BGH, *Internet Versteigerung I*, I ZR 304/01.

¹⁴⁹ Se BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

¹⁵⁰ Dette er nærmere drøftet under punktet *salgs- og auksjonstjenestens forpliktelser* ovenfor.

I Frankrike ble e-handelsdirektivets inkorporert i nasjonal lovgivning ved *Law for confidence in the digital economy, of the Act dated June 21, 2004* (LCEN), hvor lovens artikkel 6.1.2 gjennomfører e-handelsdirektivets artikkel 14.¹⁵¹

3.4.3.1 Hermés International vs. eBay

Avgjørelsen i *Hermés International vs. Cindy Feitz, Ebay France and Ebay International AG*¹⁵² gjaldt som nevnt spørsmålet om ansvar for salg og omsetning av blant annet falske Hermés ”Birkin Bag” damevesker gjennom bruk av salgs- og auksjonstjenesten til eBay. Et spørsmål domstolen innledningsvis måtte ta stilling til var hvorvidt tjenesten til eBay var omfattet av ansvarsfritaket for vertstjenester etter LCEN artikkel 6.1.2. Retten starter med å ta utgangspunkt i ordlyden i artikkel 6.1.2 og 6.1.7, hvor sistnevnte gjennomfører artikkel 15 i e-handelsdirektivet, for deretter å gi en redegjørelse og analyse av auksjonstjenestens virksomhet.¹⁵³

I den forbindelse vises det til de generelle brukervilkår på nettsidene til eBay hvor det fremgår at tjenesten tilbys til enhver person, under forutsetning om registrering og levering av personlige opplysninger, som deretter kan opplaste salgsannonser i henhold til et nærmere fastsatt auksjons- eller salgssystem. Det påpekes at enhver selger, etter å ha samtykket i å respektere tjenestens brukervilkår, på denne måten gis tilgang til et annonseformat som krever en nærmere beskrivelse av salgsobjektet, objektets pris samt en angivelse av annonsens tidsmessige synlighet. Annonsetilbudet kan således inneholde tekst og bilde for deretter å kunne bli lastet ned av potensielle kjøpere.

I forlengelsen av dette viser så retten til den mulighet potensielle kjøpere har for å laste ned enkeltannonser ved bruk av forskjellige typer av hoved- og underkategorier for

¹⁵¹ Se Article 6.1.2 of LCEN, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, law of June 21, 2004-575, (min utheving).

¹⁵² Troyes Court of First Instance, RG. No. 06/02604, June 4, 2008.

¹⁵³ Se *Hermés vs. Cindy Feitz and eBay*, RG. No. 06/02604, side 14.

bestemte typer av vareslag, eller ved søk gjennom bruk av nøkkelord som fritt kan velges av den enkelte selger ved utformingen av annonsen. Det påpekes videre at eventuelle kjøpere på tilsvarende vis må akseptere auksjonstjenestens brukervilkår før de legger frem bud, som ved aksept fra selgeren vil innebære at det oppstår en rettslig sett gyldig avtale mellom partene.¹⁵⁴

Etter å ha foretatt sin analyse av auksjonstjenestens rolle konkluderer retten med at eBay *"... exercises an intermediation activity for auctions, performed on distance using electronic means, permitting individuals or professionals to sell or buy goods or services on-line."*¹⁵⁵ Ifølge rettens argumentasjon, ettersom eBay selv organiserer og kontrollerer hvordan varene skal fremstå på deres sider og på denne måten tilbyr fungerende regler og salgsfremmende arkitektur i bytte mot godtgjørelse, må eBay anses som redaktør av en nettbasert kommunikasjonstjeneste som spesialiserer seg på formidling av varer.¹⁵⁶

Retten nevner imidlertid ikke eksplisitt på hvilken måte auksjonstjenestens fungerende regler og salgsfremmende arkitektur utløser et slikt ansvarsregime, men konkluderer med at *"in the management of on-line commerce service, the EBAY companies assume two different roles: hosting and service author."*¹⁵⁷

Etter mitt syn fremhever og vektlegger retten det moment at eBay tilbyr noe mer enn bare en passiv vertstjeneste for opplastning av informasjon, nemlig en avstandsbasert, elektronisk auksjons- og meglertjeneste som gjør det mulig for privatpersoner og profesjonelle selgere å omsette varer. Videre legges det vekt på at kjøpere finner relevante annonser enten ved å søke gjennom forskjellige kategorier eller underkategorier av tilbud, eller søk ved bruk av nøkkelord etter gjenstander de er interessert i. Retten vektlegger også det moment at eBay prioriterer enkelte typer annonser ved at de velger å fremheve enkelte kategorier av gjenstander ut i fra deres gjenværende tidsstatus. Auksjonstjenestens virksomhet anses derfor som tosidig; leverandør av vertstjeneste for

¹⁵⁴ Se for øvrig drøftelsene ovenfor under punktene 2.2.2.1 og 2.2.4.1.

¹⁵⁵ Se *Hermés International vs. Ebay*, RG. No. 06/02604, June 4, 2008, side 14.

¹⁵⁶ Dette ansvarsregime er nærmere drøftet ovenfor under punkt 2.2.2.1.

¹⁵⁷ Se *Hermés International vs. Ebay*, RG. No. 06/02604, June 4, 2008, side 15, (min utheving).

opplasting av informasjon, men også redaktør av en nettbasert tjeneste for formidling av varer.

Retten konstruerer her et nytt ”ansvarsregime” for *redaktører av nettbaserte kommunikasjonstjenester*, et ansvarsgrunnlag som ikke direkte fremgår av franske lovgivning.¹⁵⁸ Noe som innebærer at eBay ikke omfattes av ansvarsfritaket for vertstjenester etter nasjonal lovgivning som implementerer e-handelsdirektivets bestemmelser.

3.4.3.2 LVMH vs. eBay

Noe mer veiledning finner vi i premissene til avgjørelsene fra *The Paris Commercial Court*, som ut i fra et lignende synspunkt konkluderte med at auksjonstjenesten til eBay ikke var omfattet av ansvarsfritaket for tilbydere av vertstjenester.

Som nevnt ovenfor under punkt 2.3.2 hadde tre forskjellige selskaper underlagt det Franske luksusvarekonglomeratet *LVMH*¹⁵⁹ gått til sak mot eBay.

De to første søksmålene var frembrakt av henholdsvis *Louis Vuitton Malletier*¹⁶⁰ og *Christian Dior Couture*¹⁶¹ hvor det blant annet ble hevdet at auksjonstjenesten hadde et erstatningsrettslig ansvar ettersom de ikke i tilstrekkelig grad hadde forhindret salg og omsetning av rettstridige produkter over auksjonsplattformen.

Imidlertid måtte alle tre domstolene innledningsvis ta stilling til det samme spørsmålet: om hvorvidt auksjonstjenesten til eBay var omfattet av ansvarsfritaket for vertstjenester etter LCEN article 6.1.2. Selv om alle tre avgjørelsene er tilnærmet lik både i resultat og

¹⁵⁸ Se henholdsvis Act of June 21, 2004-575, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN), og Act of July 29, 1881 *of freedom of the press*.

¹⁵⁹ Louis Vuitton Mœt Hennesy, www.lvmh.com [01.04.2009].

¹⁶⁰ Commercial Court of Paris, RG. No. 2006077799, June 30, 2008.

¹⁶¹ Commercial Court of Paris, RG. No. 2006077807, June 30, 2008.

begrunnelse kan det forekomme enkelte små nyanseskjeller i ordlyden. Jeg vil derfor ved drøftelsen forholde meg til, og benytte den offisielle engelske oversettelsen av avgjørelsen i *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG No. 2006077799:

Som utgangspunkt for sin argumentasjon begynner retten med å påpeke at *"... the respondent companies cannot benefit from the status of technical intermediaries according to the meaning of Article 6 of the Act dated June 21, 2004 on confidence in the digital economy, since they engage in paid commercial activities in relation to the sale of products through bidding and do not, therefore, restrict their business to that of a hoster of Internet sites, which would allow eBay to benefit from the provisions applicable to hosters alone."*¹⁶²

Som begrunnelse påpeker retten at det essensielle ved auksjonstjenesten til eBay er å fungere som en intermediær formidler mellom selgere og kjøpere ved omsetning av varer. Det vises til at auksjonstjenesten har utviklet meget effektiv programvare for på denne måten å bidra til at selgere kan forbedre sin markedsføring og øke sin omsetning ved å benytte seg av en rekke tekniske verktøy og utstrakt hjelp fra auksjonstjenesten i form av informasjon og opplysningsvirksomhet.

Som eksempel vises det til medlemstjenesten *sales manager*¹⁶³. Her gis private selgere av store varevolum, så vel som små og mellomstore bedrifter tilgang til software som gjør de i stand til å administrere en betydelig og utstrakt annonsevirkosomhet på en forholdsvis enkel måte. Blant annet vil en rekke salgs- og administrasjonsoppgaver kunne bli automatisert, som for eksempel re-annonsering av usolgte varer, oppdatering av vareinventar, mulighet for nedlastning og oversikt over salgs- og aktivitetsrapporter og lignende.

Videre vises det i premissene til medlemstjenesten eBay store som ifølge auksjonstjenesten selv er *"a special part of eBay where individual sellers can display all*

¹⁶² Se *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG No. 2006077799, side 10 og 11.

¹⁶³ Se <http://pages.ebay.com/help/sell/sm-smpro-ov.html> [01.04.2009].

of the items they have for sale and tell more about their business through their own customized pages."¹⁶⁴ Kort fortalt er denne abonnementstjenesten en omfattende e-handels løsning som innebærer at selgere ikke bare får prioritert tilgang til auksjonstjenestens mest aktive kjøpere på verdensbasis, men også muligheten til å skape en egen "butikk i butikken" for på denne måten å markedsføre sin bedrift, sine produkter og sine foretningmessige visjoner på en effektiv og kostnadmessig sett rimelig måte.

Retten nevner videre medlemstjenesten *power seller*¹⁶⁵ som tilbys til de av auksjonstjenestens selgere som fremstår som særlig fremgangsrike på bakgrunn av vareomsetning og kundetilfredshet. Et medlemskap her innebærer at selgeren får fordeler blant annet i form av avansert salgsoplæring, tilgang på salgsfremmende markedsføringsverktøy, prioritert kundestøtte og lignende. Videre gir medlemskapet selgeren adgang til en potensielt svært fordelaktig varekilde, nemlig *eBay's Reseller Marketplace*¹⁶⁶. Denne varekilden er en markeds plass hvor blant annet fabrikanter, varegrossister og konkursbo frembyr overskuddsvarer og andre partivarer til auksjonstjenestens prioriterte medlemmer for videresalg.

Ifølge retten viser det overnevnte – i tillegg til auksjonstjenestens utstrakte bruk av kommersielle påminnelser gjennom e-mail¹⁶⁷ – at eBay "*is ... a mandatory player in sales taking place on its sites and plays a very active role ... in order to increase the number of transactions generating commissions for its benefit.*"¹⁶⁸

Sett ut i fra partenes forelagte bevismidler finner retten at eBay som en ledende aktør innenfor elektronisk handelsvirksomhet utfører en høyteknologisk salgs- og meglertjeneste, medfører at *rollen som vertstjeneste og megler må anses som udelelig*.¹⁶⁹ Som ytterligere begrunnelse vises det til at *auksjonstjenesten tilbyr en lagringstjeneste*

¹⁶⁴ Se <http://pages.ebay.com/help/sell/questions/ebay-store.html> [01.04.2009].

¹⁶⁵ Se <http://pages.ebay.com/help/sell/sell-powersellers.html> [01.04.2009].

¹⁶⁶ Se <http://reseller.ebay.com/ns/home.html> [01.04.2009].

¹⁶⁷ Dette momentet er nærmere redegjort for ovenfor i punkt 2.2.2.1 i relasjon til avgjørelsen i *Hermès International vs. Cindy Feitz, Ebay France and Ebay International AG*, RG. No. 06/02604, June 4, 2008.

¹⁶⁸ Se *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG No. 2006077799, side 11.

¹⁶⁹ Se *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG No. 2006077799, side 11.

for lagring av annonser utelukkende med det formål å fungere som en megler eller mellommann mellom selgere og kjøpere, for på denne måten å øke antall varetransaksjoner som igjen genererer inntekter i form av salgskommisjon til fordel for auksjonstjenesten.

Det faktum at det vesentlige ved auksjonstjenesten til eBay er å fungere som en megler viser ifølge retten at de *tilbyr en tjeneste som av natur ikke innebærer manglende kunnskap og kontroll med den informasjon som overføres på deres internettsider.* Ettersom ansvarsfritaket for lagringstjenester ikke kommer til anvendelse i tilfeller hvor *”the recipient of the service acts under the control or the authority of the hoster”* vil eBay i deres egenskap som megler i likhet med enhver kommersiell aktør være gjenstand for ansvarsvurdering ut i fra vanlige sivilrettslig regler.¹⁷⁰

Slik jeg ser det legger retten avgjørende vekt på at det essensielle ved tjenesteytelsen til eBay totalt sett er formidling av varer mellom selger og kjøper. Det trekkes paralleller mellom den automatiserte tjenesten hvor tjenestemottaker opplaster tekst og bilde til salgssannonsen, og de øvrige tjenestene som tilbys. Selv om alle disse tjenestene innebærer forskjellige former for aktivitet fra tjenesteyteren vil rollen som passiv vert og aktiv megler anses udelelig ettersom eBay legger til rette for lagring av annonser utelukkende med økonomisk formål ved at auksjonstjenesten oppnår provisjon av hvert enkelt salg gjennom salgskommisjon.

Som ytterligere støtte for sin argumentasjon vises det til e-handelsdirektivets unntak for ansvar i tilfeller hvor tjenestemottakeren handler under tjenesteyterens myndighet eller kontroll.¹⁷¹ Sett ut i fra at auksjonstjenestens primære rolle er å fungere som en megler og mellommann ved transaksjonene og i lys av alle de salgsfremmende tjenestene hvor eBay aktivt involverer seg, kan det i følge retten vanskelig argumenteres for at

¹⁷⁰ Se *Louis Vuitton Malletier v. eBay*, RG No. 2006077799, side 11.

¹⁷¹ Se Directive 2000/31/EC, Article 14 (2).

auksjonstjenestens virksomhet ikke innebærer i alle fall en viss kunnskap og kontroll med den informasjonen som fremgår på auksjonstjenestens nettsider. Avgjørelsen er anket.¹⁷²

3.4.4 Lancôme vs. eBay

Article 14 of Directive 2000/31/EC ble inkorporert i Belgia gjennom *law on electronic commerce, Article 20*, og har følgende ordlyd:

*”Art. 20, §1: in the case of supply of an information society service **consisting in storing information provided by a recipient of the service**, the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service as long as;*

*1) it does not have actual knowledge of the activity or of the illegal information or as regards civil action for redress, it is **not aware of facts or circumstances that reveal the illegal nature of the activity or of the information**; or*

2) it acts promptly, as soon as it receives such knowledge, in order to withdraw the information or make it impossible to have access to it, and it acts to the best of its knowledge in accordance with the procedure set out in §3.

§2 The 1st § does not apply when the recipient of the service acts with the authority or control of the service provider

§3 When the service provider is actually aware of an illegal activity or information, it immediately informs the Prosecutor of the same, who will take the necessary measures in accordance with article 39bis of the Criminal Investigation Code ...”¹⁷³

¹⁷² Se eBay Inc. Form 10-Q s. 33, (23 oktober 2008).

¹⁷³ Se Law of 11 March 2003 *on electronic commerce*, article 20, (min utheving).

Den siste i rekken av avgjørelser som tar stilling til spørsmålet om ansvarsfrihet etter Directive 2000/31/EC Article 14, i relasjon til nettbaserte salgs- og auksjonstjenester, har sin opprinnelse fra Belgia. Den 31 Juli 2008 falt det dom i saken *Lancôme Parfumes et Beaute & Cie vs. eBay International AG, eBay Europe S.A.R.L. and eBay Belgium*.¹⁷⁴

Saksøkeren Lancôme, et Fransk selskap underlagt kosmetikkfabrikanten L'Oréal hadde gjennom en offentlig myndighetsperson kjøpt et hundretalls Lancôme parfymeflasker via den belgiske nettsiden til eBay for på denne måten å kontrollere hvorvidt parfymeflaskene var piratproduserte produkter. Etter å ha analysert disse flaskene viste det seg at i overkant av 83% av produktene var forfalskninger, noe som heller ikke ble bestridt av auksjonstjenesten.

Parfymeprodusenten henvendte seg deretter til eBay med krav om at auksjonstjenesten foretok de nødvendige tiltak for å motvirke handelen med slike produkter. Men omsetningen av produktene fortsatte, og som følge av auksjonstjenestens manglende og ineffektive mottiltak bestemte L'Oréal seg for på vegne av sitt datterselskap å saksøke eBay i Belgia.

Det ble i søksmålet lagt ned to krav; for det første krav om at auksjonstjenesten forhindret annonsering av produkter med saksøkers varemerke som på nærmere angitte vilkår kunne presumeres å være piratprodukter¹⁷⁵, og for det andre krav om erstatning og kompensasjon for den tidligere annonsering og omsetning av slike produkter som har funnet sted ved bruk av auksjonstjenesten.

¹⁷⁴ Tribunal of First Instance Uege, Roll number A/07/06032, July 31, 2008.

¹⁷⁵ **Dette omfattet fem spesifikke annonsetilfeller:** (1) hvor produktet og selgeren var lokalisert utenfor den Europeiske Union, med mindre det forelå dokumentasjon for at produktet allerede var innført. (2) hvor selgeren innenfor en måned har tilbudt solgt tre eller flere likeartede produkter, eller tidligere har tilbudt rettsstridige produkter for salg. (3) hvor produktet som tilbys omtales i sammenheng med ordene "copy", "reproduction" eller "smell-alike". (4) hvor produktet er en "tester", er brukt eller selges uten original innpakning. (5) hvor selgeren må anses som "profesjonell" og som innefor de siste tre måneder har tilbudt tre likeartede produkter i samme annonse uten at saksøkers varemerke, produktets identitet og dokumentasjon for betalt moms er visualisert på en klar og tydelig måte.

Saksøkte bestred begge kravene og viste til at de som tilbyder av en *vertstjeneste* for det første ikke var forpliktet til å overvåke sine egne annonsesider for på denne måten å analysere hvorvidt de omstridte produktene var forfalskninger. Videre ble det hevdet at deres status som sådan innebar at de i relasjon til sivilrettslige regler om erstatning og kompensasjon var ansvarsfri i forhold til selve innholdet i de annonsene som selgere hadde opplastet på nettsidene til eBay.

Det sentrale spørsmålet slik saken fremsto og som retten måtte ta stilling til var derfor hvorvidt eBay, som salgs- og auksjonstjeneste var omfattet av ansvarsfritaket for *vertstjenester* etter e-handelsdirektivet artikkel 14, herunder hvorvidt de kunne pålegges en viss overvåkningsplikt for enkelte typer av rettstridige annonser sett i lys av forbudet mot en generell overvåkningsplikt etter e-handelsdirektivets artikkel 15.

Etter å vist til ordlyden i overskriften til avsnitt 4 i e-handelsdirektivet hvor det heter ”[L]iability of *intermediary service providers*” påpeker retten at det ikke er den enkelte tjenesteyters lagringstjeneste som eventuelt er gjenstand for ansvarsfrihet, men nærmere bestemte *typer av tjenester* som leveres av slike tjenesteytere.¹⁷⁶

Som støtte for et slikt synspunkt vises det til uttalelser i EU-kommisjonens rapport om anvendelsen av e-handelsdirektivet på det interne marked. Her fremgår det at ”[t]he *limitations on liability in the Directive apply to certain clearly delimited activities carried out by internet intermediaries, rather than to categories of service providers or types of information.*”¹⁷⁷

Det påpekes at Belgia lojalt har implementert e-handelsdirektivet i nasjonal rett, og ifølge nasjonal lovgivning er lagringstjenester og tjenestemottakere juridisk definert henholdsvis som tjenester som innebærer ”*storing information provided by a recipient of*

¹⁷⁶ Se avgjørelsen i *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 6.

¹⁷⁷ European Commission, First Report on the Application of Directive 2000/31/EC, 21 November 2003.

*the service*¹⁷⁸, og *any individual or legal entity which, ... uses an information society service, in particular to seek information or make it accessible.*¹⁷⁹

3.3.4.1 Spørsmålet om erstatning og kompensasjon

Som utgangspunkt for *spørsmålet om erstatning og kompensasjon* for den tidligere annonsevirkosomhet som har foregått ved omsetning og salg av rettstridig produkter ved bruk av salgs- og auksjonsplattformen til eBay, viser retten til partenes påstander.¹⁸⁰

Med henvisning til e-handelsdirektivets prinsipper hevder eBay at det er åpenbart at deres salgs- og auksjonstjeneste lagrer annonser utformet og opplastet av deres medlemmer som ønsker å selge varer og produkter, og at dette er tilstrekkelig i relasjon til den foreliggende lovgivning vedrørende lagringstjenester for annonser. Videre bestrider de ikke det faktum at de i tillegg til å være en *strictu sensu* lagringstjeneste tilbyr informasjon, veiledning og en rekke andre tjenester til så vel selgere som kjøpere, og at de gjennom sin programvare rangerer enkelte annonser, tilbyr tilsvarende produkter fra andre eller samme selger, og at de også redigerer den annonseprofilering og de brukervilkår slik dette fremstår på deres nettsider. eBay anfører videre at de i relasjon til alle tilleggstjenester og diverse aktiviteter erkjenner å være fullt ut ansvarlig etter sivilrettslige regler, men at de i forhold til selve innholdet i den enkelte annonse som opplastes på deres nettsider, og som de hevder å ikke ha redaksjonell kontroll over, må anses å være ansvarsfri i samsvar med statusen som vertstjeneste for lagring av informasjon.

Derimot hevdes det fra saksøkers side (i likhet med de overnevnte avgjørelsene i *LVMH vs. eBay*)¹⁸¹ at selv om en del av auksjonstjenestens aktiviteter kan anses som

¹⁷⁸ Se Law of 11 March 2003 on electronic commerce, article 20, § 1.

¹⁷⁹ Se Law of 11 March 2003 on electronic commerce, article 2, § 5.

¹⁸⁰ Se avgjørelsen i *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 6.

vertstjeneste for lagring av informasjon, må man ta hensyn til alle de tjenester og aktiviteter som omfatter selve lagringstjenesten for på denne måten å kunne anvende sivilrettslige regler på de aktiviteter som ikke er enkle lagringstjenester. Videre ville det ikke bare være i strid med de hensyn som ligger til grunn for e-handelsdirektivet, men også svært kunstig om en aktør ved å tilby tjenester som i vesentlig grad går utenfor det området lovgivningen er ment å beskytte, og som har en direkte økonomisk interesse i den informasjon som lastes opp på deres tjenermaskin skulle nyte godt av statusen som vertstjeneste for lagring av den samme informasjonen.

I relasjon til partenes påstander påpekes det at det *i den foreliggende sak* bare er de av auksjonstjenestens lagrede annonser, og ikke de øvrige tilleggstjenester og aktiviteter, teknisk arkitektur, brukervilkår eller annen informasjon som fremgår på nettsidene som er omtvistet eller gjenstand for kritikk fra saksøkers side. Dette innebærer at de øvrige tjenestene i den foreliggende sak ikke vil kunne anses å nyte godt av det ansvarsfritaket som e-handelsdirektivet gjennom belgisk lov gir uttrykk for.

Retten erkjenner riktig nok at det ved utformingen av e-handelsdirektivet ikke var mulig å forutse den teknologiske utviklingen som har funnet sted og at utgangspunktet ved utarbeidelsen ansvarsfritaket for de tjenester som e-handelsdirektivet gir anvisning på, var at disse ville tilbys av operatører som kun leverte de aktuelle tjenestene enkeltvis.¹⁸²

Imidlertid har det senere vist seg at enkelte nettbaserte tjenester, som her kan bestå av flere sammensatte tjenester hvor tjenesteyter tilbyr både en lagringstjeneste og øvrige tilleggstjenester og aktiviteter i nær tilknytning til denne. Som illustrasjon på denne utviklingen viser retten til velformulert juridisk doktrine:

*In the environment of Web 2.0 services, it is however frequent to see, **on the same screen page, information published (or created) by the service-provider, and***

¹⁸¹ Se de ovenfor nevnte avgjørelsene under punkt 4.4.2 fra *The Commercial Court of Paris*, RG. No. 2006077799, RG. No. 2006077807, RG. No. 2006065217, June 30, 2008.

¹⁸² Se avgjørelsen i *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Ueje, Nr. A/07/06032, side 6.

other information supplied by the users. Although the service-provider necessarily assumes editorial responsibility as regards the former, it is not necessarily the case with the latter, which it is usually only hosting. We can cite in this respect, the case of on-line bidding sites such as eBay, which are indeed publishers of an intermediation service assuming as such responsibility for the graphic and commercial environment of the presentation of adverts, but are at the same time, hosts of the information contained in the adverts properly speaking. We observe therefore that certain Internet sites are of a composite nature, which it is perfectly arbitrary to want to reduce to a single qualification.

*In this case, the judge should give a **mixed qualification** and he should apply, in a distributive manner, the special regime in Article 6 of the law of 22 June 2004¹⁸³ when the litigious contents appear as being actually hosted by the party whose liability is sought, and the regime of common law responsibility, for the information of which the latter is the publisher or author. This method, which consists of analysing the technical role specifically played by the intermediary vis-à-vis each item of information considered separately rather than seeking to globally categorise its Internet site conforms much more to the letter of the text and the analysis of the European Commission which reiterated, in its report published in 2003, that the notion of storage was not reserved for categories of operators or types of information.*¹⁸⁴

Med henvisning til EU-kommisjonens uttalelser vedrørende anvendelsen av e-handelsdirektivet på det interne marked¹⁸⁵ gjentar retten sitt synspunkt.¹⁸⁶ Det avgjørende i relasjon til e-handelsdirektivets ansvarsregulering vil derfor ikke være hvorvidt tilbyders tjeneste faller innenfor enkelte kategorier av lagringstjenester eller hvilken type informasjon som lagres, men kun et spørsmål om tjenestetilbyderen tilbyr en tjeneste med

¹⁸³ Forfatteren refererer til den franske loven som gjennomfører e-handelsdirektivets artikkel 14.

¹⁸⁴ S. Proust, "Critical arguments against the current direction taken by case law in the face of the development of Web 2.0", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 30, August-September 2007, side 29 flg.

¹⁸⁵ European Commission, First Report on the Application of Directive 2000/31/EC, 21 November 2003.

¹⁸⁶ Se avgjørelsen i *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 8.

de karakteristika som omfattes av direktivets definisjon etter artikkel 14. Følgelig vil en nettbasert salgs- og auksjonstjeneste – ved å påvise at tjenesten som tilbys omfattes av denne definisjonen – være ansvarsfri for den informasjonen som lagres på vegne av tjenestemottaker, uavhengig av hvorvidt den enkelte tjenestetilbyder i tillegg til lagringstjenesten tilbyr andre tjenester eller aktiviteter.

Til støtte for sitt synspunkt viser retten imidlertid til saksøkers egen bevisførsel, nærmere bestemt et utdrag fra en informasjonsrapport som i sin tid ble fremlagt av den Franske nasjonalforsamlingens finanskommisjon i forbindelse med deres lovgivningsarbeid. I dommen siteres det fra rapportens side 44 som starter med å påpeke at:

”The case of bidding sites

*Such a development is particularly necessary in terms of bidding sites. Today, although they are transaction sites, **bidding sites have host status, with the same limits of liability as the others** (...).”¹⁸⁷*

før retten viser til rapportens side 45 hvor det følgende er oppsummert;

”PROPOSALS

1) To legislate in order to adapt the law to the diversification of the host activity taking into account, for example, specificities of the activity as host of collaborative sites or bidding sites.”¹⁸⁸

Som ytterligere støtte for et slikt synspunkt vises det til EU-kommisjonens uttalelser i forbindelse med et parlamentarisk spørsmål vedrørende ulovlig salg og omsetning ved bruk av nettbaserte salgs- og auksjonstjenester. I dommen siteres det fra EU-kommisjonens svar gitt den 8 September 2006 hvor det påpekes at de:

¹⁸⁷ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 8, (min utheving).

¹⁸⁸ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 8.

”... did not consider it necessary, at this stage, to impose on operators of bidding sites any obligations in addition to those already authorised by Community law.”¹⁸⁹

Ut i fra det overnevnte konkluderer retten med at det *i relasjon til den enkelte salgsannonse* som opplastes av selgere på salgs- og auksjonstjenestens sider, *må eBay anses som en tjenestetilbyder av en lagringstjeneste* omfattet av e-handelsdirektivets ansvarsfritak slik dette kommer til uttrykk i artikkel 14.

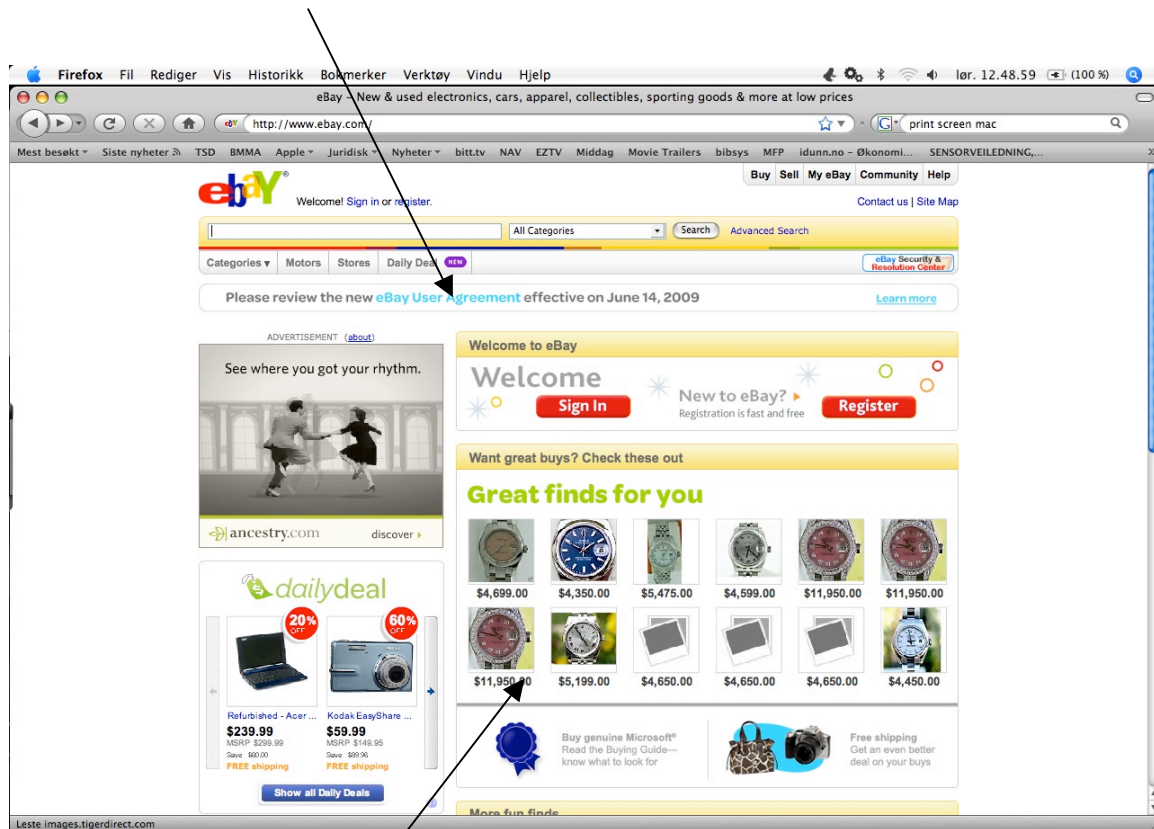
Slik jeg ser det innebærer dette et vesentlig annet syn enn det de franske domstolene konkluderte med i forhold til hvordan forretningsmodellen til eBay tolkes i relasjon til e-handelsdirektivets bestemmelse i artikkel 14 om ansvarsfrihet for tjenestetilbydere av lagringstjenester. Istedenfor å vurdere auksjonsplattformens tjenester samlet sett, velger retten å differensiere mellom selve lagringstjenesten og de øvrige tjenester og aktiviteter som tilbys av eBay uavhengig av hvorvidt eventuelle tilleggstjenester eller inntekter er direkte knyttet opp mot selve lagringstjenesten.

På denne måten foretar retten en kategorisering av alle de tjenester som auksjonsplattformen tilbyr med fokus på hva den enkelte tjeneste teknisk sett konkret innebærer, uavhengig av hvorvidt den informasjon som genereres av auksjonsplattformens enkelte tjenester fremgår på samme nettside.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 8, (min utheving).

¹⁹⁰ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 8.

Som forklart anses eBay fullt ut rettslig ansvarlig for den informasjon som auksjonsplattformen selv utformer, som for eksempel auksjonstjenestens brukervilkår.



Imidlertid vil den informasjon som fremgår av den enkelte annonse, og som eBay ikke selv redaksjonelt sett utformer omfattes av ansvarsfritaket for vertstjenester etter artikkel 14 i e-handelsdirektivet.

Et slik synspunkt mener retten det ikke bare finnes grunnlag for ut i fra en ordlydsfortolkning av e-handelsdirektivets artikkel 14, men også ut i fra uttalelser i EU-kommisjonens rapport om anvendelsen av e-handelsdirektivet på det interne marked.¹⁹¹ Videre finner retten støtte for sin begrunnelse i en juridisk artikkel som fremstår som

¹⁹¹ European Commission, First Report on the Application of Directive 2000/31/EC, 21 November 2003.

meget instruktiv.¹⁹² Som ytterligere moment vises det til at det verken på nasjonalt eller europeisk nivå foreligger lovgivning som tar sikte på regulering av et slikt ansvar for nettbaserte salgs- og auksjonstjenester, ut over det som allerede fremgår av EU-rettslige regler.¹⁹³

Rettsteknisk kan en slik løsning fremstå som fordelaktig. Domstolene kan her skille ut den informasjonen som lastes opp av tjenestemottaker fra den øvrige informasjon som lastes opp av tjenesteyteren selv, for på denne måten å unngå å måtte vurdere tjenestene totalt sett. Imidlertid kan det tenkes at løsningen strider mot de forutsetninger som forelå på det tidspunkt e-handelsdirektivet ble utarbeidet ettersom ansvarsfritaket opprinnelig var ment å omfatte operatører som kun leverte de aktuelle tjenestene enkeltvis.

3.3.4.2 Salgs- og auksjonsplattformens forpliktelser ved midletidig forføyning

Når en tjenesteyter av en lagringstjeneste på bakgrunn av ansvarsfritaket i artikkel 14 anses ansvarsfri i relasjon til erstatningsrettslige sanksjoner, blir det neste spørsmålet hvorvidt tjenesteyteren kan pålegges andre former for forpliktelser.

Som utgangspunkt ved drøftelsen av *hvorvidt eBay kan pålegges en plikt til å forhindre at visse typer av annonser* med produkter som fremstår som rettstridige var synlige på deres nettsider, viser retten til belgisk lovgivning og bestemmelsen som gjennomfører e-handelsdirektivets artikkel 15.¹⁹⁴ Det påpekes at eBay *ikke* har en generell overvåkningsplikt over informasjonen de lagrer på vegne av tjenestemottakere. Heller ikke må de anses å være forpliktet til å aktivt søke etter fakta eller forhold som kan tyde på at tjenestemottaker laster opp slik ulovlig informasjon.

¹⁹² S. Proust, "Critical arguments against the current direction taken by case law in the face of the development of Web 2.0", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 30, August-September 2007, side 29 flg.

¹⁹³ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 8.

¹⁹⁴ Se Law of 11 March 2003 *on electronic commerce*, article 21(1).

Det vises til at dersom retten ved en midlertidig forføyning påla auksjonstjenesten å hindre offentligjøring av annonser som inneholdt produkter med saksøkers varemerke som på nærmere angitte vilkår kunne presumeres å være piratprodukter, ville dette i realiteten innebære at eBay ble forpliktet til å aktivt søke etter fakta eller forhold som kunne tyde på at informasjonen var ulovlig. Ifølge retten ville en slik praksis være i strid med både e-handelsdirektivets prinsipper så vel som den belgiske lovens bestemmelser.¹⁹⁵

Riktig nok er rettens begrunnelse helt i samsvar med direktivets ordlyd; *"shall not impose a general obligation (...) actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity."*¹⁹⁶ Imidlertid kan det nevnes at dette tolkningsresultatet ikke er sammenfallende med resultatet i de overnevnte tyske avgjørelsene i *Internet Versteigerung I*¹⁹⁷, *Internet Versteigerung II*¹⁹⁸, og *Internet Versteigerung III*¹⁹⁹.

Som ovenfor nevnt under punkt 3.4.2 mente BGH at ansvarsfritaket ikke omfattet instituttet midlertidig forføyning i relasjon til annonser med produkter som *klart fremsto som rettstridige*. Ifølge BGH kunne dette utledes av e-handelsdirektivets ordlyd; *"... 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 ..."*²⁰⁰

Slik jeg ser det kan det her problematiseres hvorvidt det er den belgiske eller den tyske domstolen som gjennom sitt tolkningsresultat legger seg nærmest opp mot ordlyden i e-handelsdirektivets artikkel 14(3).

På den ene siden kan riktig nok den belgiske domstolens tolkningsresultat klart forsvares ettersom ordlyden gir anvisning på muligheten medlemsstatene har for å kreve at

¹⁹⁵ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 9.

¹⁹⁶ Se Directive 2000/31/EC, Article 15(1).

¹⁹⁷ BGH, *Internet Versteigerung I*, I ZR 304/01.

¹⁹⁸ BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

¹⁹⁹ BGH, *Internet Versteigerung III*, I ZR 73/05.

²⁰⁰ Se Directive 2000/31/EC, Article 14(3).

tjenestetilbyderen bringer enkeltkrenkelser til opphør, jf. "... *terminate or prevent an infringement* ..." ²⁰¹. Følgelig vil bestemmelsens vilkår anses oppfylt i tilfeller hvor for eksempel en *varemerkehaver selv overvåker* tjenesteyterens lagrede informasjon, for så å sende melding til en domstol som deretter – ved et rettslig pålegg – krever at tjenesteyter fjerner den omstridte informasjonen.

På den annen side vil derimot BGH sitt tolkningsresultat også kunne forsvares ut i fra e-handelsdirektivets ordlyd. Ser man det ut i fra synspunktet om at domstolen – i samsvar med medlemsstatenes rettsorden – skal kunne pålegge tjenestetilbyderen å *forebygge* rettighetskrenkelser, vil en slik praksis nødvendigvis innebære at tjenestetilbyderen indirekte vil bli pålagt en viss overvåkningsplikt, jf. "... *terminate or prevent an infringement* ..." ²⁰² Ved tilfeller hvor tjenesteyter *i utstrakt grad* lagrer informasjon som *åpenbart er i strid* med merkehavers rettigheter vil nok BGH sitt tolkningsresultat kunne forsvares både sett ut i fra fortalens punkt 47: "... *does not concern monitoring obligations in a specific case* ..." ²⁰³, samt ut i fra rimelighetshensyn.

Retten viser deretter til saksøkers subsidiære anførsler. ²⁰⁴ For det første anføres det at selv om retten skulle komme til at enkelte av saksøktes tjenester var omfattet av e-handelsdirektivets bestemmelse om ansvarsfritak, så ville dette regelsettet *kun være anvendelig på selve lagringstjenesten*, og følgelig ville alle øvrige tilleggstjenester og aktiviteter være gjenstand for ansvarsvurdering etter sivilrettslige regler i relasjon til eventuelle varemerkerettslige krenkelser.

Som motsvar viser retten til sine tidligere begrunnelser hvor det konkluderes med at det ved spørsmålet om anvendelsen av e-handelsdirektivets bestemmelser om ansvarsfritak i den foreliggende sak, *kun* er selgernes enkelte annonser som er omtvistet og kritisert av saksøker. ²⁰⁵ Ettersom retten differensierer mellom selve lagringstjenesten og

²⁰¹ Se Directive 2000/31/EC, Article 14(3), (min utheving).

²⁰² Se Directive 2000/31/EC, Article 14(3), (min utheving).

²⁰³ Se Directive 2000/31/EC, Recital 47.

²⁰⁴ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 9.

²⁰⁵ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 9.

auksjonstjenestens øvrige tjenester og aktiviteter, vil de sistnevnte tjenestene ikke være gjenstand for rettens vurdering.

Etter mitt syn viser dette den uheldige siden ved at retten differensierer mellom selve lagringstjenesten og øvrige tilleggstjenester og aktiviteter. Selv om løsningen er rettsteknisk fordelaktig fanger den ikke opp de tilfeller hvor tjenesteyter aktivt bruker tjenestemottakernes informasjon ved markedsføring, promotering og lignende. Følgelig kan det tenkes at løsningen ikke er helt i samsvar med de forutsetninger som forelå ved utformingen av e-handelsdirektivets bestemmelser, og som begrunner den ansvarsfrihet som e-handelsdirektivet gir uttrykk for.

Retten viser deretter til saksøkers atter subsidiære anførsel om at eBay som vertstjeneste ikke har oppfylt sine forpliktelser som de etter belgisk rett²⁰⁶ er pålagt, og at de derfor må anses ansvarlig etter sivilrettslige regler.²⁰⁷ Med henvisning til fortalen i e-handelsdirektivets punkt 48 mener saksøker at auksjonstjenesten ikke har vist den varsomhet som med rimelighet må kunne ventes av dem, og som er nærmere angitt i den nasjonale lovgivning med sikte på å avdekke og forhindre visse typer ulovlig virksomhet.²⁰⁸

Som motsvar påpeker retten at fortalen i e-handelsdirektivets punkt 48 ikke har den betydning saksøker hevder.²⁰⁹ Ifølge retten kan ikke en innledende tekst i fortalen føre til at de klare hovedbetingelser som kommer til uttrykk i e-handelsdirektivets artikkel 15 reduseres til en nullitet. Videre påpekes det at fortalen punkt 48 ikke er av generell karakter, og i realiteten kun refererer til den muligheten medlemsstatene har for å implementere regler som pålegger tjenestetilbyder overvåkningsplikt. Og ettersom slike regler på det nåværende tidspunkt ikke er implementert i belgisk rett finner domstolen at fortalens tekst er lite relevant.

²⁰⁶ Se Law of 11 March 2003 on *electronic commerce*, article 21(1), jf. Directive 2000/31/EC, Article 15.

²⁰⁷ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 9.

²⁰⁸ Se Directive 2000/31/EC, Recital 48.

²⁰⁹ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 9.

Som nevnt synes det å være en iboende motsetning mellom e-handelsdirektivets artikkel 15 og punkt 48 i fortalet. Riktig nok gir bestemmelsen i artikkel 15 (1) uttrykk for at en tjenesteyter ikke skal pålegges ”*a general obligation ... actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.*”²¹⁰ Mens ordlyden i fortalets punkt 47 uttrykker at dette generelle åvervåkningsforbudet ”... *does not concern monitoring obligations in a specific case ...*”²¹¹

Slik jeg ser det synes derfor e-handelsdirektivet å åpne for at en tjenesteyter i særskilte tilfeller *kan* pålegges en viss overvåkningsplikt for enkelte typer av annonser.

I relasjon til den foreliggende belgiske avgjørelsen kan det midlertid erkjennes at en midlertidig forføyning med de forpliktelser som saksøker legger ned påstand om, nok må anses å falle utenfor ordlyden ”*a specific case*”. Tenker vi oss videre situasjonen hvis auksjonsplattformen ble pålagt ytterligere og tilsvarende rettslige forføyninger, ville nok overvåkningsplikten fort kunne bli av generell art.

Til støtte for sitt synspunkt om at en tjenesteyter under visse omstendigheter kan bli pålagt en viss undersøkelsesplikt, viser saksøker videre til rettspraksis fra Paris County Court (3rd Chamber), 13 July 2007. I dommen siteres det direkte fra den franske avgjørelsens premisser:

*”Considering that although the law does not impose on technical service-providers a general obligation to seek facts or circumstances coming under illegal activities, this limit does not have to be applied when the said activities are **generated or induced** by the service-provider itself.”*²¹²

Retten mener imidlertid at avgjørelsen *ikke* er overførbar på den foreliggende sak.²¹³ Som begrunnelse vises det til at eBay ikke selv verken har *generert* eller *fremkallet* de

²¹⁰ Se Directive 2000/31/EC, Article 15(1).

²¹¹ Se Directive 2000/31/EC, Recital 47.

²¹² Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 10, (min utheving).

²¹³ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 10.

omstridte annonsene, noe som nødvendigvis ville vært i strid med rettens tidligere begrunnelser vedrørende betydningen av e-handelsdirektivets artikkel 15.

Til ytterligere støtte for sitt synspunkt om at en tjenesteyter under visse omstendigheter kan bli pålagt en viss undersøkelsesplikt, viser saksøker til Benelux-konvensjonen om immaterielle rettigheter (CBPI). Konvensjonens artikkel 2.22 (6) er ny og har følgende ordlyd:

*”The court may, at the request of the owner of the trademark, issue an **injunction** for the cessation of services against intermediaries whose services are used by a third party to infringe its trademark right.”²¹⁴*

Imidlertid responderer retten med at det kun er *individualiserte annonser* som Benelux-konvensjonens artikkel 2.22 (6) gir anvisning på, og følgelig hjemler den ingen adgang for at en domstol skal å kunne pålegge en tjenesteyter *på et generelt grunnlag å fjerne visse typer av annonser med et nærmere bestemt innhold*. Som begrunnelse viser retten til at dette ville være i strid med e-handelsdirektivet ettersom det ville føre til en uthuling av forbudet mot å pålegge tjenesteytere en generell overvåkningsplikt etter bestemmelsen i artikkel 15. Videre anføres det at et slikt resultat også være i strid med Benelux-konvensjonens artikkel 2.22 (6).

Benelux-konvensjonens artikkel 2.22 (6) gjennomfører Europaparlamentets Direktiv om håndhevelse av immaterielle rettigheter, hvor direktivets artikkel 11 har følgende ordlyd:

”Member states shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right.”²¹⁵

²¹⁴ Se *Benelux Convention on Intellectual Property*, BX003EN, 01/12/2006, Article 2.22 (6).

²¹⁵ Se Directive 2004/48/EC, artikkel 11, tredje setning.

Følgelig vil den belgiske domstolens begrunnelser ikke være sammenfallende med de tyske domstolens begrunnelser i avgjørelsene *Internet Versteigerung I*²¹⁶ og *Internet Versteigerung II*²¹⁷, senere bekreftet i avgjørelsen *Internet Versteigerung III*²¹⁸.

Her kom BGH frem til at en domstol under visse forutsetninger, men på generelt grunnlag skal kunne ha anledning til å pålegge en viss overvåkningsplikt. Ifølge BGH kunne en slik løsning utledes av e-handelsdirektivets ordlyd; "... *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* ..."²¹⁹

Som støtteargument for deres synspunkt ble det blant annet vist til nettopp artikkel 11 i uropaparlamentets direktiv om håndhevelse av immaterielle rettigheter. Det som imidlertid BGH ikke fant relevant, men som den belgiske domstolen fant relevant og la vekt på var bestemmelsen i det samme direktivets artikkel 2 nummer 3(a):

*"This Directive shall not affect the Community provisions governing the substantive law on intellectual property, (...) Directive 2000/31/EC, in general, and Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC in particular."*²²⁰

Slik jeg ser det tillegger den belgiske domstolen artikkel 15 og forbudet mot å pålegge tjenesteytere en generell overvåkningsplikt nok en gang avgjørende vekt. Samtidig avfeier retten betydningen av Benelux-konvensjonens artikkel 2.22 (6) med henvisning til artikkel 2 nummer 3 (a) i direktivet om håndhevelse av immaterielle rettigheter, hvor det riktig nok klart fremgår at håndhevelsesdirektivets bestemmelser *ikke* skal påvirke tolkningen av e-handelsdirektivets artikler generelt, og *særlig* gjelder dette i relasjon til artiklene 12 til 15. Ifølge retten vil derfor saksøkte *kun* ha et ansvar for å fjerne spesifikke

²¹⁶ BGH, *Internet Versteigerung I*, I ZR 304/01.

²¹⁷ BGH, *Internet Versteigerung II*, I ZR 35/04.

²¹⁸ BGH, *Internet Versteigerung III*, I ZR 73/05.

²¹⁹ Se Directive 2000/31/EC, Article 14(3).

²²⁰ Se Directive 2004/48/EC, artikkel 2, nummer 3 (a), (min utheving).

enkeltannonser etter å ha mottatt beskjed, og følgelig kan det ikke pålegges forpliktelser i form av å måtte iverksette tiltak for å forebygge at rettstridige annonser på nytt inntreffer.

3.3.4.3 Har salgs- og auksjonstjenestens oppfylt sin handlingsplikt

Det neste spørsmålet som den belgiske domstolen da må ta stilling til er hvorvidt saksøkte har oppfylt sin handlingsplikt i relasjon til å fjerne rettstridige annonser etter å ha mottatt beskjed fra rettighetshaver, nærmere bestemt saksøker. Retten starter med å ta utgangspunkt i ordlyden i den belgiske bestemmelsen som gjennomfører e-handelsdirektivets artikkel 14 (1). Ifølge retten vil en tjenesteyter av en lagringstjeneste være sivilrettslig sett ansvarsfri under forutsetning av at bestemmelsens to vilkår er oppfylt;

- *”that it is **not aware of any facts or circumstances suggesting the illegal nature of the activity or of the information**, or, if it is aware of these,*
- *that it acts promptly, as from when it is aware thereof, to remove the information or to render access thereto impossible”²²¹*

Etter mitt syn tolker retten bestemmelsens første vilkår dit hen at ordlyden gir anvisning på at tjenesteyteren må ha positiv og spesifikk kunnskap vedrørende den enkelte annonses rettstridighet før handlingsplikten utløses. Noe som i følge retten oppnås ved at merkehaveren gjør tjenesteyter oppmerksom på den enkelte annonse gjennom korrespondanse.

Retten bestrider deretter saksøkers påstand om at saksøkte ikke har oppfylt sin handlingsplikt etter bestemmelsens andre vilkår.²²² Som begrunnelse vises det til

²²¹ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 11, (min utheving).

²²² Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 8.

korrespondanse mellom partene. Her fremgår det at eBay ikke fjerner eller hindrer tilgang til annonser automatisk uten å få bekreftet grunnlaget for merkehavers klage, noe som i følge retten fremstår som en legitim praksis. I følge retten vil derfor handlingsplikten ikke utløses før tjenesteyter har mottatt en nærmere redegjørelse fra merkehaver med *begrunnelse for hvorfor* den aktuelle annonsen er i strid med merkehavers rettigheter.

Slik jeg ser det vil et slikt krav til korrespondansepraksis umiddelbart fremstå som noe urimelig sett ut i fra rettighetshavers ståsted. Rettighetshaver blir her indirekte pålagt en utstrakt overvåknings- og analysepraksis basert på et krav til individuell identifisering, analysing og rapportering av hver enkelt annonse. Hvorvidt en slik praksis kan forsvares ut i fra ordlyden ”... *upon obtaining such ... awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information*”²²³ fremstår også som noe tvilsomt.

Imidlertid kan det tenkes at en slik praksis kan forsvares ut i fra rimelighetshensyn. Sett i forhold til de tekniske verktøy eBay har utviklet for søk og identifisering av rettstridige annonser ved hjelp av nøkkelord, kan det tenkes tilfeller hvor rettighetshavere utvikler tilsvarende verktøy. Men i steden for søk av bestemte nøkkelord kalibreres søkemotoren til å identifisere rettighetshavers varemerkenavn, som deretter automatisk sender en melding til auksjonstjenesten om at den aktuelle annonsen inneholder et rettstridig produkt uavhengig av hvorvidt dette medfører riktighet. Følgelig ville en slik praksis innebære at eBay neppe ville være i stand til å oppfylle handlingsplikten ettersom byrden ved identifisering og analysing av den enkelte annonse indirekte ville blitt overført til auksjonstjenesten.

Som ytterligere støtte for sin begrunnelse for at saksøkte kun har et ansvar for å fjerne spesifikke enkeltannonser etter å ha mottatt beskjed fra rettighetshaver, vises det til forarbeider fra lovgivningsarbeidet ved implementeringen av e-handelsdirektivet i belgisk rett hvor det følgende fremgår:

²²³ Se Directive 2000/31/EC, Article 14, 1(b).

”No other positive obligation is imposed on the provider of host services, neither a general obligation of monitoring or an obligation to take a minimum amount of samples or any obligation to set in place security or filtering procedures, or any specific obligation of advice ...”²²⁴

Ifølge retten innebærer dette at de nasjonale regler som implementerer e-handelsdirektivets bestemmelser utelukker muligheten for at en tjenesteyter av en lagringstjeneste kan pålegges plikter som ville innebære overvåkning eller andre tilsvarende proaktive tiltak.²²⁵ Imidlertid avslutter retten med å ta stilling til saksøkers påstand om at en tjenestetilbyder, i kraft av fortalen i e-handelsdirektivets punkt 40 kan pålegges visse plikter av teknisk karakter:

*”... the provisions of this Directive relating to liability **should not preclude the development and effective operation, by the different parties, of technical systems of protection and identification and of technical surveillance instruments made possible by digital technology within the limits laid down by Directives 95/46/EC and 97/66/EC.**”²²⁶*

Men i følge retten illustrerer og beviser eBay at de i tilstrekkelig grad har implementert slike tekniske mottiltak, og at disse verken fremstår som ineffektive eller utilstrekkelige men derimot adekvat. Videre viser retten til korrespondanse mellom partene datert 11 Juni 2007. Det siteres ikke fra brevet som ble sendt fra saksøkte til saksøker Lancôme, men retten påpeker at eBay i brevet gir uttrykk for et ønske om å samarbeide med saksøker i kampen mot salg og omsetning av produkter som krenker saksøkers varemerkerettigheter. På bakgrunn av dette kan derfor auksjonstjenesten ikke anses å ha opptrådt uaktsom i relasjon til de forpliktelser som utledes av fortalen i e-handelsdirektivets punkt 40.²²⁷

²²⁴ Se *Parliamentary work on the law on electronic commerce*, Chamber of Representatives, Doc. 502100/0001, side 48, (min utheving).

²²⁵ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 11.

²²⁶ Se Directive 2000/31/EC, Recital 40, (min utheving).

²²⁷ Se *Lancôme vs. eBay*, Tribunal of First Instance Uege, Nr. A/07/06032, side 12.

4. Avsluttning

4.1 Oppsummering og konklusjon

Den endelige konklusjonen på spørsmålet vedrørende nettbaserte salgs- og auksjonsplattformers ansvar ved omsetning av rettstridige produkter fremstår et internasjonalt perspektiv fremdeles som noe usikker. Dette spørsmålet er for tiden ikke bare gjenstand for intens debatt og delte meninger, men også svært forskjellig bedømmelse av de enkelte lands domstoler. Sett ut i fra den voldsomme økningen i salg og omsetning av silke produkter, samt de imponerende omsetningstall enkelte nettbaserte handelsplattformer opererer med, vil klare standarder for ansvar for slike aktører måtte ses på som et obligatorisk steg på veien mot å begrense og bekjempe den økende omsetningen som har vært av slike produkter.

Videre bør vekselspillet i relasjonen mellom varemerkerettslige regler og salgs- og auksjonsplattformer måtte vurderes nærmere, både når det gjelder kravet til bruk, og i forhold til kravet om at bruken må ha foregått i næringsvirksomhet. For til tross for et noen lunde likt utgangspunkt foreligger det her forholdsvis store forskjeller mellom avgjørelsene fra henholdsvis tyske og franske domstoler.

Store forskjeller er det også i relasjon til spørsmålet vedrørende ansvarsfritaket for vertstjenester ved tolkningen av e-handelsdirektivets bestemmelser. Selv om det ved utformingen av e-handelsdirektivet ikke var mulig å forutse den teknologiske utviklingen som senere har funnet sted, og at utgangspunktet ved utarbeidelsen ansvarsfritaket for enkelte typer tjenester var at disse ville tilbys av operatører som kun leverte de aktuelle tjenestene enkeltvis, bør imidlertid denne utviklingen ikke hindre en noenlunde lik praktisering av e-handelsdirektivets bestemmelser i det enkelte medlemsland.

5. Kilder

5.1 Litteratur

Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Oversikt over norsk varemerkerett*, Annen utgave – Revidert versjon, Universitetsforlaget, Oslo 1997.

Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 4 utgave Oslo 1997.

Jon Christian Thaulow, *Etableringsprinsippet*, CompLex 3/03, Institutt for rettsinformatikk, Oslo 2003:33-53.

Jon Bing, *Ansvar for ytringer på nett*, Universitetsforlaget, Oslo 2008.

5.2 Lovgivning

Act of July 29, 1881 of freedom of the press.

Belgian Law of 11 March 2003 on electronic commerce.

French Intellectual property code.

French Civil Code.

Act of June 21, 2004-575, Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

German Trademark Act.

German Civil Code, Mittäter und Beteiligte.

German Act on the Utilisation of Teleservices, Teledienstegesetz – TDG.

German Telemedia Act, Telemediengesetz – TMG.

German BGB, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.

5.3 Rechtspraxis

BGH, Internet Versteigerung I, I ZR 304/01, March 11 2004.

BGH, Internet Versteigerung II, I ZR 35/04, April 19 2007.

BGH, Internet Versteigerung III, I ZR 73/05, April 30 2008.

Christian Dior Couture v. eBay, Commercial Court of Paris, RG. No. 2006077807, June 30 2008.

Dior, Guerlain, Givenchy og Kenzo v. eBay, Commercial Court of Paris, RG. No. 2006065217, June 30 2008.

Hermès vs. Cindy Feitz and eBay, Troyes Court of First Instance, RG. No. 06/02604, June 4 2008.

Louis Vuitton Malletier v. eBay, Commercial Court of Paris, RG. No. 2006077799, June 30 2008.

Lancôme Parfumes et Beaute & Cie vs. eBay International AG, eBay Europe S.A.R.L. and eBay Belgium, Tribunal of First Instance Uege, Roll number A/07/06032, July 31 2008.

OHIM: R 156/98 *Smell of Fresh Cut Grass* 31 IIC, 1999.

ECJ: *Arsenal Football Club*, C-206/1, Sml. 2002 s. I-10273.

5.4 Artikler

European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on a Customs response to latest trends in counterfeiting and piracy*, COM 2005 479 final, 3, 19.

H. Rösler, *Anti-Counterfeiting in Online Auctions from the Perspective of Consumers' Interests*, IIC 2006 Hefte 6.

International Trademark Association, *Green Paper on Consumer Protection*, 15 Januar, 2002.

J-M Niemann, *Online Auctions- Germany: Online Auctions under German Regulatory and Contract Law*, Computer Law & Security Report, Bind 17, Nummer 6, November 2001.

SJberwin, *eBay: The Case Against Its Apparent Apathy*, anticounterfeiting newsletter, winter 2006.

SJberwin, *Anti-counterfeiting in the electronic age: The more things change the more things stay the same*, anticounterfeiting briefing, autumn 2006.

S. Proust, *"Critical arguments against the current direction taken by case law in the face of the development of Web 2.0"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 30, August-September 2007.

5.5 Konvensjoner, direktiver, rådsforordninger og uttalelser

Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, (TRIPS).

Benelux Convention on Intellectual Property, BX003EN, 01/12/2006.

Vade-mecum to Directive 98/48/EC, *Standards and Technical Regulations Committee*, Doc. S-42/98-EN.

Directive 2004/48/EC.

Directive 2000/31/EC.

Directive 98/48/EC.

Directive 98/34/EC.

European Commission: *First Report on the Application of Directive 2000/31/EC*, 21 November 2003.

COUNCIL REGULATION (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, Article 9 (2)(a).

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