

Näringsdepartementet
103 33 Stockholm

Remissvar – E-handelsdirektivet (Ds 2001:13)

Med anledning av promemorians förslag till svensk implementering av E-handelsdirektivets regler om *ansvarsfrihet för s.k. tjänstelevererande mellanhänder* vill undertecknad anföra följande.

Inledning

Ansvar för olika typer av förmedlare av information på Internet har varit en kontroversiell fråga. Tillämpningen av allmänna straff- och skadeståndsrättsliga regler har i flera länder inneburit ett tämligen långtgående ansvar, t.ex. har ersättningsskyldighet ansetts föreligga oberoende av förmedlarens kännedom om det skadeståndsgrundande materialet. En sådan utveckling kan ha en hämmande inverkan på viljan att tillhandahålla tjänster som består i informationsförmedling och kan vara betänkelig ur ett yttrandefrihetsperspektiv. Skillnader mellan medlemsländerna när det gäller ansvaret kan vidare hindra en fungerande inre marknad, särskilt genom att utvecklingen av gränsöverskridande tjänster hämmas och genom att konkurrensen snedvrids (ingressen punkt 40). Det är mot denna bakgrund direktivets horisontella ansvarsfrihetsregleringen för vissa typer av tjänsteleverande mellanhänder skall ses.

Undertecknad delar promemorians uppfattning att dessa regler bör införas i en särskild lag och att reglerna om frihet från ansvar när det gäller ersättningsskyldighet och sanktionsavgift bör utformas i nära anslutning till ordalydelsen i direktivet. Beträffande två frågor – som har starka kopplingar till varandra – finns emellertid anledning att ifrågasätta promemorians förslag till svensk implementering. Det gäller dels förslaget att inte införa en uttrycklig regel om straffrättslig ansvarsfrihet när det gäller s.k. värdtjänster, dels förslaget att behålla den s.k. uppsiktsskyldigheten i 4 § lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlur. Enligt undertecknad finns det såväl rent rättsliga som rättspolitiska argument som talar emot promemorians förslag i dessa delar.

Allmänt om direktivets regleringsmodell

I syfte att skapa en fungerande inre marknad för informationssamhällets tjänster innehåller direktivet en ansvarsfrihetsreglering för vissa tjänstelevererande mellanhänder. Regleringen är inte begränsad till en viss typ av ansvar, utan gäller såväl ansvar inom straffrätten, skadeståndsrätten och den offentliga rätten. Genom den horisontella lösningen skapas en särskild förutsebarhet för tjänsteleverande mellanhänder som ofta har svårt att överblicka de material de förmedlar för andras räkning.

Straffrättslig ansvarsfrihet enligt artikel 14 i direktivet

För att en tillhandahållare av en värdtjänst skall åtnjuta straffrättslig ansvarsfrihet krävs bl.a. att han eller hon inte haft *kännedom* om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information. Regleringen i artikel 14 punkt (a) är svårläst, eftersom det inte direkt framgår om kravet på kännedom avser informationens *existens* och/eller den omständighet att den är *olaglig*. Beträffande straffrättsligt ansvar torde det dock krävas *faktisk kännedom* i båda hänseendena. Mellanhanden kan få sådan kännedom genom att han eller hon underrättas av en användare eller en myndighet. Kännedom om brottslig information kan också erhållas genom egen kontrollverksamhet. Det finns med andra ord en stark koppling mellan regler om övervakning av tjänsten och reglerna om ansvarsfrihet. I artikel 15 finns ett förbud mot allmän övervakningsskyldighet (se nedan).

Svensk rätt uppfyller inte kraven på ansvarsfrihet i artikel 14

Straffrättslig ansvarsfrihet när det gäller värdtjänster anses enligt promemorian följa redan av straffrättens krav på uppsåt och i vissa fall oaktsamhet samt av kraven som gäller för att underlåtenhet skall vara straffbar (s. 119 ff.).

Straffrättsligt ansvar för värdtjänster kan i Sverige följa dels av allmänna straffrättsliga principer om gärningsmannaskap och medverkan till brott, dels av regleringen i lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor. Begreppet elektronisk anslagstavla som används i lagen kan i allt väsentligt sägas motsvara direktivets begrepp värdtjänst.

Det ansvar enligt allmänna straffrättsliga principer som utvecklats i rättspraxis (se om denna Lindberg, Westman, *Praktisk IT-rätt*, 2 uppl. s. 95 ff.) torde som anförs i promemorian kunna förenas med direktivets ansvarsfrihetsregler. Det bör dock framhållas att denna praxis är begränsad och att det därför föreligger en viss osäkerhet på denna punkt.

När det gäller det straffrättsliga ansvaret enligt lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor kan emellertid promemorian slutsats om direktivet förenlighet med svensk rätt ifrågasättas. Ansvarsregleringen i denna lag innebär nämligen att den som försummat sin undersökningsplikt (4 §) och därmed inte kunnat fullgöra sin skyldighet att avlägsna brottsliga meddelanden (6 §), kan straffas – trots att han eller hon inte hade den faktiska kännedom om det brottsliga materialet som direktivet kräver för straffrättsligt ansvar (se prop. 1997/98:15 s. 20). På ett mer principiellt plan kan lagens regleringsmodell – dvs. skyldighet att hålla uppsikt kombinerad med skyldigheten att avlägsna brottsliga meddelanden – sägas vara den direkt motsatta till direktivets (se ovan).

Rättspolitiska argument för en ansvarsfrihetsregel även på straffrättens område

Promemorian rättspolitiska argument mot en uttrycklig straffrättslig ansvarsfrihetsregel framstår inte som övertygande. I detta sammanhang bör t.ex. noteras att den EG-rättsliga principen om direktivs *direkta effekt* – vilken torde vara tillämplig på dessa regler – innebär att bestämmelserna i direktivet, trots den föreslagna implementeringen, skulle kunna åberopas av den

tilltalade i ett brottmål, om de är förmånligare för honom eller henne än reglerna i nationell rätt. Även om direktivets bestämmelser inte skulle anses ha direkt effekt innebär principen om direktivs *indirekta effekt* att nationell rätt – inklusive bestämmelser som tillkommit tidigare än direktivet – skall tolkas i enlighet med detta. Pedagogiska skäl talar därför för att reglerna – på samma sätt som föreslås beträffande ersättningskyldighet och skyldighet att betala sanktionsavgifter – införs i den föreslagna lagen.

I promemorian framhålls vidare risken med att en uttrycklig ansvarsfrihetsregel skulle kunna bli mer långtgående än vad direktivet kräver. Mot bakgrund av den lagtekniska lösning som valts för implementeringen på de andra områdena – dvs. en i princip direkt överföring av direktivets text till den nya lagen – är det svårt att se dessa risker.

Kampen mot barnpornografi framhålls i promemorian som ett viktigt skäl att inte införa en straffrättslig ansvarsfrihetsregel. Det skulle mot bakgrund av de skärpningar av nationell rätt som gjorts på senare år framstå som betänkligt att införa en ansvarsfrihetsregel som främst skulle ta sikte på barnpornografi (s. 127). Att en ansvarsfrihetsregel främst skulle ta sikte på barnpornografi är emellertid en missuppfattning som bygger på att lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor inte beaktats (jfr. ovan). När det gäller symbolvärdet i att införa en regel som också gäller barnpornografi är det viktigt att notera att direktivet regler endast gäller vissa typer av verksamhet av teknisk, automatisk och passiv natur. Det handlar med andra ord inte om att från ansvar undanta någon som på något sätt aktivt och medvetet befattar sig med barnpornografi.

Direktivets syften att skapa *tydliga* och för den inre marknaden *enhetliga* regler om tjänstelevererande mellanhanders ansvar talar för att en uttrycklig ansvarsfrihetsregel bör införas. Även *ytttrandefrihetsaspekter* talar för tydliga och inte alltför långtgående regler om mellanhanders ansvar.

Direktivets förbud mot generell övervakningsskyldighet

I artikel 15 anges att medlemsstaterna inte får ålägga tjänsteleverantörerna ”en allmän skyldighet att övervaka den information som de överför eller lagrar, och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet”. Direktivets inställning kan vid en läsning av denna artikel tyckas klar, men i slutförhandlingarna av direktivet infördes en punkt 48 i ingressen där det anges att direktivet inte beträffande värdtjänster hindrar att medlemsstaterna ålägger tillhandahållaren att ”visa den omsorg som skäligen kan förväntas av dem och vilken preciseras i nationell rätt, för att upptäcka och förhindra vissa slags olovlig verksamhet”. Något tillspetsat kan man säga att innebörden av ingresspunkten är den rakt motsatta till (åtminstone) *andan* i artikel 15 och de ursprungliga tankarna med ansvarsfrihetsregleringen i direktivet. Denna motsättning visar tydligt att E-handelsdirektivet är en politisk kompromiss som ”hastats igenom”. Finner en domstol att det föreligger en direkt konflikt mellan en artikel och det som sägs i ingressen gäller naturligtvis artikeln. Men man kan utgå från att domstolen så långt möjligt försöker beakta bägge texterna i sin tolkning. Slutsatsen är därmed att rättsläget när det gäller övervakningsskyldigheten måste betecknas som oklart.

Är skyldigheten i 4 § lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor förenlig med direktivet?

Den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla skall ha sådan uppsikt över tjänsten som skäligen kan krävas med hänsyn till omfattningen och inriktningen av tjänsten. Vissa resonemang om skyldighetens omfattning förs i förarbetena. Bland annat anges att skyldigheten i *vissa* sammanhang kan uppfyllas genom en ”klagomur” (prop. 1997/98:15 s. 14). Uppsikts-

skyldigheten är inte direkt straffsanktionerad men får betydelse för bedömningen av om tillhandahållaren fullgjort sin skyldighet att ta bort vissa meddelanden enligt 6 §.

Promemorians analys av förhållandet mellan direktivet och svensk rätt bygger på en distinktion mellan "generell övervakning" (artikel 15) och "vissa slags olaglig verksamhet" (ingressen punkt 48). Om den svenska uppsiktsskyldigheten – som t.ex. omfattar en skyldighet att hålla uppsikt över om meddelandena utgör intrång i upphovsrätten – skulle vara godtagbar enligt direktivet kan man fråga sig vilken funktion artikel 15 fyller. I praktiken uppfattar nog de flesta tillhandahållare av elektroniska anslagstavlor – i den mån de överhuvudtaget känner till lagstiftningen – sin uppsiktsplikt som en generell övervakningsskyldighet.

Här kan noteras att det resonemang om användningen av en "klagomur" som förs i förarbetena till lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor, är i bättre harmoni med direktivet än vad ordalydelse i lagens 4 § är. Det framstår därför som lämpligt att utsträcka principen om en "klagomur" till alla elektroniska anslagstavlor, oavsett mängden meddelanden, och därutöver inte kräva något aktivt efterforskande. En skyldighet i enlighet med detta skulle lämpligen uttryckas direkt i lagtexten.

Som påpekats ovan finns det ett intimt samband mellan regler som ålägger en skyldighet att övervaka en tjänst och regler om ansvarsfrihet som är kopplade till kännedom om brottsligt eller skadeståndsgrundande material. Konsekvensen av en bevarad uppsiktsplikt är (om den efterlevs) minskade möjligheter att åberopa ansvarsfriheten för värdtjänster, vilket innebär att den intresseavvägning som ligger bakom artikel 14 i direktivet indirekt rubbas.

En tillhandahållare av värdtjänster torde med den i promemorian föreslagna lösningen medvetet kunna försumma sin uppsiktsskyldighet enligt lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor, eftersom denna skyldighet inte är direkt sanktionerad. Om han eller hon skulle åtalas enligt 6 § för försummelse att avlägsna meddelande som han *borde ha* känt till men faktiskt inte kände till torde han enligt principen om direkt effekt (av artikel 14) kunna undgå ansvar.

Hur bör implementeringen ske?

Direktivets regler om straffrättslig ansvarsfrihet och avsaknad av generell övervakningsskyldighet kan i enlighet med vad som anförs ovan införas på två sätt. Naturligtvis kan dessa båda åtgärder kombineras.

För det första kan lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor avskaffas helt. Mot en sådan lösning talar att ansvar för värdtjänster enligt allmänna straffrättsliga principer inte aktualiseras även om tillhandahållaren haft faktisk kännedom om det brottsliga materialet, men inte vidtagit någon aktiv handling annan än att inrätta en värdtjänst för lagliga ändamål (se NJA 1996 s. 79). Ur ett rättspolitiskt perspektiv behövs det med andra ord någon specialreglering som ålägger tillhandahållaren av värdtjänsten att avlägsna brottsliga meddelanden som han eller hon har faktisk kännedom om. Uppsiktsplikten bör utgå och eventuellt ersättas med ett system för s.k. notice-and-take-down (se nedan). För att skapa en mer enhetlig och konsekvent reglering av ansvaret för leverantörer av värdtjänster torde en översyn av denna lag i ljuset av direktivet vara nödvändig.

För det andra kan ansvarsfriheten i den nya lagen om elektronisk handel och informations-samhällets tjänster omfatta även straffrättslig ansvarsfrihet. Om denna åtgärd vidtas samtidigt som lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor behålls oförändrad blir regleringen av värdtjänster visserligen komplex, men samtidigt undviks diskrepanser med EG-rätten. Som

påpekats ovan bör uppsiktsskyldigheten i 4 § lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor omvandlas till en skyldighet att inrätta ett system för att ta emot klagomål ("klagomur").

Ett system för notice-and-take-down

I USA har en reglering som påminner mycket om direktivets sedan ett par år funnits i den amerikanska upphovsrättslagstiftningen. En viktig skillnad är dock att de amerikanska reglerna innehåller ett s.k. *notice-and-take-down-förfarande* som exklusivt reglerar skyldigheten att agera i samband med att tjänsteleverantören erhåller meddelanden om att information som förmedlas via tjänsten utgör intrång. Tillhandahållaren undgår ansvar om han eller hon, efter att ha fått en underrättelse som uppfyller vissa särskilt specificerade formella krav, omedelbart blockerar tillgång till den aktuella informationen. Som komplement finns ett s.k. *put-back-förfarande*, som innebär att den person vars material tagits bort kan protestera mot detta. Tillhandahållaren måste då göra materialet tillgängligt igen. Slutligen måste tillhandahållaren återigen avlägsna materialet om den som lämnade den ursprungliga underrättelsen *väcker talan i domstol* och kräver förbud mot fortsatt spridande.

Dessa regler ger mellanhänderna större rättssäkerhet och en trygghet i sin hantering av klagomål. Därmed skulle yttrandefrihetsintressena också bättre tillgodoses. Ett stort problem idag är nämligen att mellanhänderna, t.ex. tillhandahållare av ett webbhotell, väljer att ta det säkra före det osäkra och avlägsna meddelanden som någon påstår vara brottsliga eller skadeståndsgrundande.

Direktivet lämnar till medlemsstaterna att avgöra om ett notice-and-take-down-förfarande skall inrättas eller ej. Från EU:s sida finns en förhoppning om att olika typer av (europeiska) självregleringsprocesser för denna verksamhet skall skapas. Självreglering är naturligtvis bra, men det är svårt att se hur en sådan ordning skall kunna skapa samma juridiska förutsebarhet som krävs för att mellanhänder skall våga stå upp för yttrandefriheten i känsliga situationer. En lösning – vars förenlighet med artikel 14 punkt 1 (b) kan diskuteras – vore att ange att en leverantör av värdtjänster undgår ansvar inte bara om han eller hon avlägsnar eller gör materialet oåtkomligt utan även när han eller hon agerar i enlighet med erkända självregleringsprocesser.

Daniel Westman
Doktorand
Instituttet för rättsinformatik vid Stockholms universitet