

Innehåll

1	Promemorians huvudsakliga innehåll	7
2	Promemorians lagförslag	9
2.1	Förslag till lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster	9
2.2	Förslag till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450).....	16
2.3	Förslag till lag om ändring i konsumentkreditlagen (1992:830).....	17
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument	18
3	Ärendet	21
4	Bakgrund och utgångspunkter	23
4.1	Vad avses med informationssamhällets tjänster och elektronisk handel?	23
4.2	Tekniken – överföring av information via nät	24
4.2.1	Allmänt	24
4.2.2	Mellanhänder och andra Internettjänster	26

4.3	Praktiska tillämpningar	28
4.3.1	Handel mellan näringsidkare och mellan näringsidkare och myndigheter	28
4.3.2	Konsumenthandel	29
4.3.3	Marknadsutveckling	31
4.4	Nya juridiska frågor?	32
4.5	Nuvarande reglering	34
4.5.1	Yttrandefriheten	34
4.5.2	Avtalsrätt	37
4.5.3	Marknadsrätt	39
4.5.4	Straffrätt	46
4.5.5	Skadeståndsrätt	48
4.5.6	Immaterialrätt	49
4.5.7	Jurisdiktions- och lagvalsregler	58
5	Direktivet om elektronisk handel	61
5.1	Allmänt	61
5.2	Tillämpningsområde	62
5.3	Definitioner	63
5.4	Ursprungslandsprincipen	66
5.5	Förbud mot förhandstillstånd	68
5.6	Informationskrav	68
5.7	Kommersiella meddelanden	70
5.8	Avtal som ingås elektroniskt	71
5.9	Mellanhänders ansvar	72
5.10	Förbud mot allmän övervakningsskyldighet	76
5.11	Tvistlösning	77
5.12	Samarbete	78

5.13	Genomförande och översyn	78
6	Genomförande av direktivet	79
6.1	En ny lag	80
6.2	Lagens innehåll och tillämpningsområde	83
6.3	Definitioner	85
6.4	Ursprungslandsprincipen	86
6.4.1	Allmänt om ursprungslandsprincipen	86
6.4.2	Genomförandet av ursprungslandsprincipen	92
6.5	Informationskrav m.m.	95
6.5.1	Allmän information och information vid marknadsföring	95
6.5.2	Beställning	98
6.6	Påföljder	99
6.7	Formkrav på avtal	103
6.7.1	Formkrav som bör behållas	103
6.7.2	Avtal om konsumentkredit	106
6.7.3	Avtal om finansiella instrument	113
6.8	Ansvarsfrågor	114
6.8.1	Allmänt	114
6.8.2	Straffrättsligt ansvar	116
6.8.3	Skadeståndsrättsligt ansvar	128
6.8.4	Sanktionsavgifter m.m.	133
6.8.5	Slutsatser	135
6.9	Särskilda förfaranderegler för när information skall avlägsnas eller göras oåtkomlig	136
6.10	Förbudet mot krav på generell övervakning	139
6.11	Uppförandekoder	140
6.12	Utomrättslig tvistlösning	142

6.13	Talan inför domstol.....	144
6.14	Kontaktpunkter.....	146
7	Kostnader, ikraftträdande och konsekvenser för småföretag.....	151
8	Författningskommentar	155
8.1	Förslaget till lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster	155
8.2	Förslaget till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450)	175
8.3	Förslaget till lag om ändring i konsumentkreditlagen (1992:830)	176
8.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument	177
Bilaga	Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel").....	179

1 Promemorians huvudsakliga innehåll

Promemorian innehåller förslag som syftar till att genomföra ett EG-direktiv om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den gemensamma marknaden (e-handelsdirektivet).

Med informationssamhällets tjänster avses – förenklat uttryckt – varje aktivitet som sker online, med någon ekonomisk innebörd.

Direktivet föreslås till största delen bli genomfört genom en ny lag, lagen om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

I promemorian föreslås att den nya lagen skall ange att en tjänsteleverantör etablerad i något annat land inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), vars informationssamhällets tjänst uppfyller de krav som ställs där, fritt får tillhandahålla tjänsten i Sverige. Bestämmelsen föreslås bli för- enad med vissa närmare angivna undantag. Tjänsteleverantörernas etableringsort föreslås vara där de har sitt fasta driftställe.

Därutöver föreslås att lagen skall stadga att svensk rätt skall gälla för de informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av i Sverige etablerade tjänsteleverantörer, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot andra stater inom EES. Av detta följer att det territoriella tillämpningsområdet för vissa offentligrättsliga lagar, såsom marknadsföringslagen (1995:450), ändras. Lagförslaget innebär dock inte att några nya regler införs på den internationella privaträttens område.

I lagförslaget finns bestämmelser om information som tjänsteleverantörer måste lämna och om krav på att leveran-

törerna skall tillhandahålla vissa tekniska hjälpmedel och lämna bekräftelse vid beställningar.

Den nya lagen skall vidare innehålla bestämmelser om viss ansvarsfrihet för tjänsteleverantörer som fungerar som mellanhänder, dvs. som bara överför eller lagrar information som lämnats av andra. Sådana leverantörer skall under vissa förutsättningar inte på grund av innehållet i informationen kunna åläggas att ersätta skada eller betala sanktionsavgift.

Vidare föreslås att det i marknadsföringslagen skall införas en bestämmelse om skyldighet för näringsidkare att kontrollera och respektera sådana register där den som inte önskar få marknadsföring genom e-post kan registrera sig.

I promemorian föreslås också att de formkrav som återfinns i konsumentkreditlagen (1992:380) och lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument ändras så att det blir möjligt att på elektronisk väg ingå konsumentkreditavtal och avtal om att förfoga över finansiella instrument.

Enligt direktivet skall lagstiftning som genomför det träda i kraft före den 17 januari 2002.

2 Promemorians lagförslag

2.1 Förslag till lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster

Härigenom föreskrivs¹ följande.

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag innehåller regler om informationssamhällets tjänster och om påbörjande och utövande av verksamhet som rör sådana tjänster.

2 § I lagen avses med

informationssamhällets tjänster: tjänster som utförs vanligtvis mot ersättning, på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare,

tjänsteleverantör: en fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon informationssamhällets tjänst,

etableringsort: den ort där tjänsteleverantören har sitt fasta driftställe,

tjänstemottagare: en fysisk eller juridisk person som använder någon informationssamhällets tjänst,

det samordnade regelområdet: det regelområde som omfattar krav på informationssamhällets tjänster och på tjänsteleveran-

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel"), EGT L 178, 17.7.2000, s. 1, Celex 32000L0031.

törer i fråga om etablering och utövande av verksamhet som rör sådana tjänster,

reglerad yrkesverksamhet: yrkesverksamhet som enligt lag eller förordning kräver auktorisation, legitimation eller liknande,

EES: Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

3 § Lagen är inte tillämplig på frågor som rör beskattning, behandling av personuppgifter eller karteller. Lagen är inte heller tillämplig på sådan verksamhet som omfattar

1. notarietjänst eller likvärdiga yrken, i den mån verksamheten har ett direkt och särskilt samband med myndighetsutövning,

2. företrädande som ombud och försvar av klient inför domstol, eller

3. hasardspel där penningvärden satsas.

4 § Bestämmelserna i 6–9 §§ är inte tillämpliga på

1. tillåtligheten av marknadsföring genom icke begärd e-post,

2. utgivning av elektroniska pengar av institut på vilka staterna inom EES tillämpar ett av de undantag som anges i artikel 8.1 i rådets direktiv 2000/46/EG av den 18 september 2000 om rätten att starta och driva affärsverksamhet i institut för elektroniska pengar samt om tillsyn av sådan verksamhet²,

3. marknadsföring av fondandelar enligt artikel 44.2 i rådets direktiv 85/611/EG av den 20 december 1985 om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag)³,

4. frågor om tillämplig lag för försäkringsavtal av de slag som avses i lagen (1993:645) om tillämplig lag för vissa försäkringsavtal,

5. frågor om särskilda krav av de slag som avses i 2 a kap. försäkringsrörelselagen (1982:713) på verksamhet i ett annat land inom EES,

² EGT L 275, 27.10.2000, s. 39, Celex 32000L0046.

³ EGT L 375, 31.12.1985, s. 3, Celex 31985L0611, senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/64/EG (EGT L 290, 17.11.2000, s. 27, Celex 32000L0064).

6. frågor om särskilda krav på obligatoriska skadeförsäkringar,
7. avtalsförpliktelser vid konsumentavtal,
8. upphovsrätt och närstående rättigheter, skydd för kretsmönster för halvledarprodukter och industriellt rättsskydd, och
9. giltighet för avtal som skapar eller överför rättigheter i fast egendom.

5 § Bestämmelserna i 6–9 §§ påverkar inte parter frihet att välja tillämplig lag på sitt avtal.

Fri rörlighet för informationssamhällets tjänster

6 § En tjänsteleverantör med etableringsort i en annan stat inom EES, vars tjänst uppfyller de krav som ställs där inom det samordnade regelområdet, har rätt att tillhandahålla tjänsten till tjänstemottagare i Sverige.

7 § En åtgärd som begränsar den fria rörligheten för en sådan tjänst som avses i 6 § får vidtas endast om det är nödvändigt för att skydda

1. allmän ordning och säkerhet,
2. folkhälsan, eller
3. konsumenter.

En sådan åtgärd måste vara riktad mot en bestämd tjänst som skadar eller utgör en allvarlig risk för att skada något av dessa skyddsintressen. Åtgärden måste stå i rimlig proportion till det intresse som skall skyddas.

8 § Innan en sådan åtgärd som avses i 7 § får vidtas måste den stat där tjänsteleverantören har sin etableringsort ha uppmanats att vidta åtgärder. Den staten och Europeiska gemenskapernas kommission måste även ha underrättats om att åtgärden kommer att vidtas.

I brådskande fall får åtgärden i stället utan dröjsmål anmälas till den aktuella staten och kommissionen, med uppgift om varför saken anses brådskande.

Första och andra styckena gäller inte i samband med domstolsförfaranden och brottsutredningar.

Ursprungslandsprincip

9 § Inom det samordnade regelområdet skall svensk rätt gälla för de informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med etableringsort i Sverige, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot tjänstemottagare i någon annan stat inom EES.

Allmänna informationskrav

10 § En tjänsteleverantör skall i samband med tjänsten ge information om sitt namn, sin geografiska adress och e-postadress samt i förekommande fall

1. organisationsnummer,
2. registreringsnummer för mervärdesskatt, och
3. behörig tillståndsmyndighet.

Om en tjänsteleverantör bedriver reglerad yrkesverksamhet skall informationen även omfatta uppgift om

1. yrkestitel och den stat där denna erhållits,
2. den yrkesorganisation eller liknande där tjänsteleverantören är registrerad, och

3 de bestämmelser som är tillämpliga på yrkesverksamheten och sättet att få tillgång till dem.

Informationen skall finnas tillgänglig på ett enkelt, direkt och stadigvarande sätt.

11 § Om en tjänsteleverantör anger priser skall dessa anges klart och otvetydigt. Om skatt och leveranskostnader tillkommer skall detta anges särskilt.

Krav i samband med beställning

12 § En tjänsteleverantör skall innan en beställning görs tillhandahålla lämpliga och effektiva tekniska hjälpmedel som gör det möjligt för tjänstemottagare att upptäcka och rätta till eventuella inmatningsfel.

13 § En tjänsteleverantör skall innan en beställning görs på ett klart och otvetydigt sätt informera tjänstemottagare om följande:

1. Hjälpmedlen enligt 12 § och de tekniska steg som måste vidtas för att ingå avtal,
2. vilka språk avtal kan ingås på,
3. om avtal arkiveras och om de hålls tillgängliga för tjänstemottagare, samt
4. de yrkesetiska regler eller liknande som tjänsteleverantören har åtagit sig att följa och sättet att få tillgång till dem på elektronisk väg.

En tjänsteleverantör skall utan onödigt dröjsmål på elektronisk väg bekräfta mottagandet av en beställning.

14 § 12 och 13 §§ gäller inte utanför konsumentförhållanden, om parterna har kommit överens om något annat, eller om avtal ingås enbart genom utväxling av e-post eller motsvarande personliga meddelanden.

15 § Avtalsvillkor skall göras tillgängliga för tjänstemottagare på ett sätt som gör det möjligt att spara och återskapa dem.

16 § Beställningar och bekräftelser skall anses mottagna när de kommit adressaten till handa. Det gäller dock inte utanför konsumentförhållanden, om parterna har kommit överens om något annat.

Ansvarsfrihet för mellanhänder

17 § En tjänsteleverantör som överför information som har lämnats av en tjänstemottagare i ett kommunikationsnät, eller som tillhandahåller tillgång till ett sådant nät, skall inte på grund av innehållet i informationen vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören inte

1. initierar överföringen,
2. väljer ut mottagaren av informationen, eller
3. väljer ut eller ändrar informationen.

Överföringen och tillhandahållandet enligt första stycket omfattar även sådan automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring av information som sker endast för att utföra överföringen, under förutsättning att informationen inte lagras längre än vad som rimligen krävs för överföringen.

18 § En tjänsteleverantör som överför information som har lämnats av en tjänstemottagare i ett kommunikationsnät skall, för sådan automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring som sker endast för att effektivisera vidare överföring till andra tjänstemottagare, inte på grund av innehållet i informationen vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören

1. inte ändrar informationen,
2. uppfyller gällande villkor för tillgång till informationen,
3. följer inom branschen vedertagna regler för uppdatering av informationen,
4. inte ingriper i sådan inom branschen vedertagen teknik som används för att få uppgifter om användningen av informationen, och
5. utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen, så snart leverantören får kännedom om att den information som ursprungligen överfördes avlägsnats eller gjorts oåtkomlig, eller om att en domstol eller myndighet har beslutat att så skall ske.

19 § En tjänsteleverantör som lagrar information som lämnats av en tjänstemottagare skall inte på grund av innehållet i in-

formationen vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören

1. inte känner till att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer och, beträffande skyldighet att ersätta skada, inte är medveten om fakta eller omständigheter som gör det uppenbart att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer, eller

2. så snart han får sådan kännedom eller medvetenhet utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen.

Vad som sägs i första stycket gäller inte om den tjänstemotagare som lämnat informationen handlar under tjänsteleverantörens ledning eller överinseende.

Denna lag träder i kraft den 16 januari 2002.

2.2 Förslag till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450)

Härigenom föreskrivs¹ att 13 a § marknadsföringslagen (1995:450) skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

13 a §²

En näringsidkare får vid marknadsföring till en fysisk person använda telefax eller sådana uppringningsautomater eller andra liknande automatiska system för individuell kommunikation som inte betjänas av någon enskild, bara om den fysiska personen har samtyckt till det på förhand.

Näringsidkaren får använda andra metoder för individuell kommunikation på distans om inte den fysiska personen tydligt motsatt sig att metoden används.

En näringsidkare som använder e-post vid icke begärd marknadsföring till fysiska personer skall respektera och regelbundet kontrollera register där personer som inte önskar få sådan marknadsföring med e-post kan registrera sig.

Denna lag träder i kraft den 16 januari 2002.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel"), EGT L 178, 17.7.2000, s. 1, Celex 32000L0031.

² Senaste lydelse 2000:129.

2.3 Förslag till lag om ändring i konsumentkreditlagen (1992:830)

Härigenom föreskrivs¹ att 9 § konsumentkreditlagen (1992:830) skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

9 §

Ett avtal om kredit skall ingås skriftligen *och* undertecknas av konsumenten. *Denne* skall få en kopia av avtalet.

Ett avtal om kredit skall ingås skriftligen. *Avtalet skall därvid* undertecknas av konsumenten *eller signeras av denne med en kvalificerad elektronisk signatur. Konsumenten* skall få en kopia av avtalet.

Ett kreditavtal som inte har ingåtts skriftligen är ändå giltigt utom i fråga om villkor som är till nackdel för konsumenten. Vid bedömning av om ett villkor är till nackdel för konsumenten skall en jämförelse göras med vad som gäller om villkoret inte tillämpas.

Vad som sägs i denna paragraf gäller inte för engångskrediter när kredittiden är högst 45 dagar och hela kreditbeloppet skall betalas på en gång. Det gäller inte heller för krediter som avser ett belopp som uppgår till högst 1 500 kronor.

Denna lag träder i kraft den 16 januari 2002.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel"), EGT L 178, 17.7.2000, s. 1, Celex 32000L0031.

2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument

Härigenom föreskrivs¹ att 3 kap. 1 § lagen (1991:980) om finansiella instrument² skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

1 §

Om ett företag som står under tillsyn av Finansinspektionen vill ingå avtal med ägaren till ett finansiellt instrument om att företaget skall ha rätt att förfoga över det finansiella instrumentet för egen räkning, skall avtalet slutas skriftligen i en handling som upprättats särskilt för ändamålet. Detsamma gäller om företaget medverkar till ett sådant avtal mellan andra parter. Det förfogande som avses skall anges noggrant.

Om ett företag som står under tillsyn av Finansinspektionen vill ingå avtal med ägaren till ett finansiellt instrument om att företaget skall ha rätt att förfoga över det finansiella instrumentet för egen räkning, skall avtalet slutas skriftligen i en *för ändamålet särskilt upprättad handling eller i någon annan läsbar och varaktig form som är tillgänglig för parterna*. Detsamma gäller om företaget medverkar till ett sådant avtal mellan andra parter. Det förfogande som avses skall anges noggrant.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel"), EGT L 178, 17.7.2000, s. 1, Celex 32000L0031.

² Lagen omtryckt 1992:558.

Denna lag träder i kraft den 16 januari 2002.

3 Ärendet

Den 8 juni 2000 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel"), det s.k. e-handelsdirektivet. Direktivet innehåller bestämmelser om informationssamhällets tjänster och om de tjänsteleverantörer som tillhandahåller sådana tjänster. Direktivet trädde i kraft den 17 juli 2000 och skall vara genomfört i medlemsstaterna före den 17 januari 2002. Direktivet bifogas som *bilaga*.

Under förhandlingarna om direktivet skedde samråd med en av Näringsdepartementet tillkallad referensgrupp bestående av företrädare för Kommerskollegium, Statskontoret, Post- och telestyrelsen, Finansinspektionen, IT-kommissionen, Svenska Kommunförbundet, Sveriges Industriförbund, Konsumentverket, Telia, Bankföreningen, International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), Konstnärliga och litterära yrkesutövares samarbetsnämnd (KLYS) och Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation (SAMI).

Inför antagandet av direktivet var detta föremål för behandling i riksdagens EU-nämnd bl.a. den 3 december 1999 inför inre marknadsrådet den 7 december samma år.

Regeringen gav den 2 mars 2000 i uppdrag åt enhetschefen på Näringsdepartementets enhet för IT, forskning och utveckling (ITFoU) att tillsätta en interdepartemental arbetsgrupp som skulle ta fram ett förslag till hur e-handelsdirektivet skall genomföras i Sverige. En sådan arbetsgrupp har också tillsatts, bestående av representanter från Närings-, Justitie- och Finans-

departementen. Denna promemoria utgör resultatet av gruppens arbete. Under arbetets gång har synpunkter inhämtats från bl.a. Konsumentverket och organisationer för näringslivet och rättighetsinnehavare. Promemorian har även föregåtts av samråd med berörda departement i övriga nordiska länder.

4 Bakgrund och utgångspunkter

4.1 Vad avses med informationssamhällets tjänster och elektronisk handel?

Elektronisk handel (e-handel) har under senare år vuxit fram som ett av de potentiellt mest betydelsefulla användningsområdena för den moderna informations- och kommunikationstekniken. Handeln över Internet skapar nya affärsmöjligheter och bidrar till lägre administrationskostnader. Varor och tjänster kan köpas, säljas och marknadsföras på nya sätt, med nya affärsmodeller och på nya marknader. Företag och privatpersoner ges omedelbar tillgång till en stor del av världsmarknaden.

Det finns dock inte någon klar eller allmängiltig definition av begreppet elektronisk handel. OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) har menat att den engelska motsvarigheten till begreppet e-handel, "e-commerce", passar bäst som paraplybegrepp för att täcka in alla former av affärsaktiviteter som sker elektroniskt. I regeringens skrivelse 1997/98:190 Elektronisk handel anges att begreppet elektronisk handel bör ges en vid definition där alla situationer av utväxlande av affärsinformation via olika former av telekommunikation ingrips. Denna definition har vidhållits vid senare tillfällen, t.ex. i regeringens proposition 1999/2000:86 Ett informationssamhälle för alla, med den skillnaden att begreppet telekommunikation bytts ut mot elektronisk kommunikation. EITO, European Information Technology Observatory, har tagit fram en liknande definition av e-handel. Fritt översatt lyder denna "kom-

mersiell aktivitet över elektroniska nätverk, ofta över Internet, som leder till köp eller försäljning av varor eller tjänster”. Förhållandevis breda definitioner som dessa har fördelen av att kunna hantera den snabba tekniska utvecklingen och det faktum att den elektroniska handeln ständigt ändrar karaktär. I och med att e-handelslösningar i allt högre utsträckning integreras i företagens affärssystem och blir en del av företagets totala utbud, blir gränsen mellan traditionell handel och elektronisk handel mer och mer diffus för att kanske helt suddas ut.

Trots dessa breda definitioner som tagits fram på olika håll verkar det i dagligt tal vara vanligare att tala om elektronisk handel i en något snävare bemärkelse, dvs. om själva handeln av varor och tjänster över Internet. I denna promemoria används fortsättningsvis elektronisk handel i denna snävare betydelse. Det vidare begreppet informationssamhällets tjänster, som används i bl.a. e-handelsdirektivet, inbegriper dock även övriga tjänster som är kopplade till handeln av varor och tjänster. I begreppet informationssamhällets tjänster ingår därför, förutom själva handeln, en mängd olika tjänster såsom informationstjänster, finansiella tjänster, fastighetsmäklartjänster, webbhotell och sökmotorer (se vidare avsnitt 5.3). En viktig förutsättning för att en tjänst skall innefattas av informationssamhällets tjänster är att tjänsten tillhandahålls online. Tjänster som tillhandahålls online, t.ex. försäljning av CD-skivor via Internet, utgör en informationssamhällets tjänst även om själva leveransen sker offline. Sådana leveranser av varor omfattas dock inte av begreppet informationssamhällets tjänster.

4.2 Tekniken – överföring av information via nät

4.2.1 Allmänt

Som redan nämnts är den gemensamma nämnaren för informationssamhällets tjänster att de tillhandahålls över någon form av nät. Det finns både öppna och slutna sådana och det nu största och viktigaste öppna nätet är Internet. Även om det är möjligt

att Internet i framtiden kommer att ersättas av något annat, är det idag det helt dominerande nätverket för informationssamhällets tjänster. Det är kommunikationsprotokollet IP (Internet Protocol) som utgör den minsta gemensamma nämnaren för all kommunikation på Internet. Detta protokoll, eller gemensamma ”språk”, används av datorerna för att kunna utbyta information. Det finns ett antal tjänster på Internet som använder olika ”applikationsprotokoll” för olika tillämpningar. De vanligaste tillämpningarna idag är e-post och www (World Wide Web), som använder SMTP/POP (Simple Mail Transfer Protokol/Post Office Protocol) respektive HTTP (Hyper Text Transfer Protocol). Det börjar även utvecklas en form av användarnätverk i nätverken, där en användare direkt kan söka och hämta filer hos andra användare i nätverket utan att någon Internetleverantör är inblandad.

Den som från sin dator exempelvis vill besöka en webbplats eller skicka ett e-postmeddelande kopplar upp sig mot Internet genom den Internetleverantör (ofta benämnd Internet Service Provider, ISP) som han eller hon är ansluten till. Internetleverantören tillhandahåller främst tillgången till Internet, medan den fysiska anslutningen ofta sker via befintliga kopparkablar eller via radiosändare. Själva förbindelserna mellan datorer, såsom kablar, radiosändare och satelliter, ägs och kontrolleras av olika telekommunikationsföretag runt om i världen. På Internet finns vidare funktioner för överföring av information och trafikväxling. Dirigering av trafiken genom näten sker i datorer som brukar kallas routrar, som har adressuppgifter för att styra informationen rätt väg genom nätet. De meddelanden som skall överföras (informationen från webbplatsen eller e-postmeddelandet) skickas sedan från router till router över Internet tills de når slutdestinationen. Internetoperatörerna har förutom routrarna även serverdatorer för olika tillämpningar, t.ex. e-post, där data mellanlagras inför överföringar. En server betjänar andra datorer (s.k. klienter), genom att tillhandahålla och sammanställa informationen.

Att meddelanden hittar rätt beror på att varje anslutning till en dator på Internet har en egen IP-adress. Det finns stora

servrar med kataloger över vilken webbadress (Uniform Resource Locator, URL) eller e-postserver som har en viss IP-adress. Innan ett meddelande skickas iväg har det delats upp i ”paket”, vilket gör att de olika delarna kan överföras snabbare var för sig. Detta betyder att olika delar av ett och samma e-postmeddelande kan passera olika routrar i världen på sin väg till en viss destination. När de olika paketen når slutdestinationen sätts de ihop till ett helt meddelande igen som blir läsbart för mottagaren.

Utvecklingen går snabbt. Medan det för några år sedan bara var universiteten och teleoperatörerna som tillhandahöll servrar för överföring av information, kan idag den vanlige Internetanvändarens dator förvandlas till en Internetserver genom att användaren ansluter sig till en sådan tjänst som möjliggör detta.

I mobil e-handel (även kallad m-handel), som är en ny form av e-handel, utförs transaktionerna från mobila terminaler, t.ex. mobiltelefoner eller handdatorer. Ofta sker sådan handel idag genom att köparen kommunicerar direkt med säljarens server, vilket betyder att informationen inte förmedlas via Internet utan via GSM-nätet eller andra telenät. Eftersom kommunikationen sker direkt kan säkerheten i systemet bli högre. Mobiltelefonen har också visat sig vara väl lämpad för elektroniska signatursystem, så att parterna kan identifiera sig och vara säkra på att de kommunicerar med rätt personer.

4.2.2 Mellanhänder och andra Internettjänster

Leverantörer av Internettjänster av olika slag spelar en allt viktigare roll för utvecklingen av informationssamhället. Det får antas att vi ännu bara har sett början på en lång utveckling där befintliga tjänster kommer att utvecklas och helt nya tjänster uppstå. Ett exempel på Internettjänster som får en allt viktigare roll är *sökmotorer*, som t.ex. AltaVista, Euroseek och Yahoo. På grund av den oöverskådliga mängden information som finns på Internet har sökmotorer blivit oundgängliga för att hitta den information som söks. Med sina många besökare utgör sök-

motorerna också attraktiva annonsplatser för den som vill göra reklam för sina varor och tjänster. Det har även kommit fram tjänster för prisjämförelser, där t.ex. en konsument ges möjlighet att ta reda på vilken näringsidkare som tillhandahåller en viss vara eller tjänst till bästa pris. Andra Internettjänster består av att agera som ett slags mellanhand i relationen mellan informationslämnare och informationsmottagare. Nedan beskrivs några för direktivet särskilt relevanta typer av sådana mellanhänder.

S.k. *mere conduit* (enbart vidarebefordran) torde, förutom tillhandahållande av själva ledningarna eller motsvarande (t.ex. koptiskabel, optisk kabel eller satellitöverföring), kunna innefatta tillhandahållande av datorer hos Internetleverantörer, webb- eller e-postservrar, serverprogramvara och routrar. Som tidigare nämnts förmedlas information i paket över nätet, varför t.ex. ett e-postmeddelande kan fördelas i olika paket som passerar olika routrar och servrar på sin väg till slutdestinationen. Den information som transporteras över Internet kommer därför, i delar eller i sin helhet, att automatiskt mellanlagras på andra s.k. serverdatorer och routrar över Internet. Sådan mellanlagring är nödvändig för att överföringen skall kunna genomföras.

Cachning innebär tillfällig mellanlagring och kan användas i olika sammanhang. Det finns i princip tre olika typer av cachning, nämligen servercachning, klientcachning och minnescachning. De båda sistnämnda formerna sker i den egna datorn och är av mindre betydelse i sammanhanget. Vid klientcachning sparas den s.k. webbläsaren (ett datorprogram för hämtning och visning av information via www) de senast öppnade sidorna på användarens hårddisk (sekundärminnet), för att snabbt kunna hämta dem när användaren trycker på "tillbaka-knappen". Minnescachning innebär att sidor lagras i primärminnet (RAM) i stället för på hårddisken. Dessa båda typer av cachning kallas ibland tillsammans för browser-cachning.

Av större intresse är servercachning, eller proxycachning, som innebär att en tjänsteleverantör lagrar sidor och material på sina lokala servrar (proxyservrar). Det fungerar – förenklat beskrivet – så att populära webbsidor som har många besökare lagras på en

server närmare kunden. På det sättet skapas flera kopior av samma webbsida, s.k. cachekopior. De som besöker webbsidan behöver då inte samtidigt styras till den ursprungliga sidans server, utan kan i stället styras till de cachekopior som ligger närmast. Detta minskar belastningen på nätet och det går fortare att ladda ner informationen. Internet upplevs då som snabbare och effektivare, vilket också är syftet med tjänsten. Under förutsättning bl.a. att uppdatering av informationen sker i samma takt på cachekopian som på den ursprungliga sidan märker användaren ingen skillnad på de olika sidorna. Ofta regleras cachningen genom ett avtal mellan innehavaren av ursprungssidan och den som cachar, vilket kan innehålla olika slags villkor om hur cachningen ska gå till.

Det finns även *värdtjänster* av olika slag, t.ex. webbhotell, elektroniska anslagstavlor och chatttjänster. Webbhotell är en tjänst som innebär uthyrning av lagringsutrymme. Den som vill lägga ut en webbsida på Internet, men inte har en egen webbserver med permanent Internetuppkoppling, kan hyra ett sådant lagringsutrymme. Sådana tjänster tillhandahålls både av många teleoperatörer och av portaler (webbsidor med ingångar till ett stort utbud av tjänster), som t.ex. Netscape, Spray och Yahoo. En elektronisk anslagstavla (Bulletin Board System, BBS) är en Internettjänst som fungerar ungefär som det låter. Den som kopplar upp sig mot en sådan kan ta del av meddelanden som andra lagt in eller lägga in egna meddelanden eller filer. På det sättet kan man t.ex. byta datorprogram, bilder och musikfiler eller föra skriftliga dialoger i realtid över Internet (chatta).

4.3 Praktiska tillämpningar

4.3.1 Handel mellan näringsidkare och mellan näringsidkare och myndigheter

Det är vanligt att skilja mellan elektronisk handel mellan näringsidkare (business to business, B2B) och handel med konsumenter (business to consumer, B2C). Medan e-handel till

konsumenterna ofta sker utan att det finns någon tidigare etablerad relation mellan handlaren och konsumenten är situationen i regel den motsatta i handeln mellan näringsidkare. I den senare situationen kan företagen t.ex. genom extranät, dvs. ett företagsintranät som tillåter viss åtkomst utifrån, låta sina affärspartners sköta beställningar eller betalningar. Ofta spås denna utveckling komma att utgöra det största området för den elektroniska handeln. Genom att automatisera order- och betalningsprocesser kan stora effektivitets- och kostnadsvinster göras.

För de fasta lösningarna, där näringsidkarna på förhand kommit överens om ramarna för den kommande löpande upphandlingen, finns sedan länge EDI (Electronic Data Interchange) som bygger på den s.k. EDIFACT-standard. EDI-transaktionerna går inte över Internet utan via fasta uppkopplingar mellan parternas datasystem. Det pågår även ett arbete för att ta fram mer öppna standarder, såsom OBI (Open Buying on the Internet) som skall fungera även över Internet.

Även den offentliga sektorn förväntas kunna göra stora vinster genom att i allt större utsträckning gå över till elektronisk upphandling (se t.ex. övervägandena i regeringens proposition 1999/2000:128 Offentlig upphandling i informationssamhället). Ofta talar man i detta sammanhang om "B2A", dvs. business to administration.

4.3.2 Konsumenthandel

Effekter för konsumenter

När det i massmedia talas och skrivs om e-handel är det oftast konsumenthandeln som avses. Det går idag att köpa bilar, livsmedel, böcker, skivor och andra varor över Internet. Det är även möjligt att beställa resor eller utföra bankärenden. Fördelarna för konsumenterna är främst möjligheten att göra prisjämförelser mellan olika leverantörer samt det faktum att det går att få tag på varor som kanske inte finns i butikerna på

hemorten. Precis som med postorder erbjuder näthandeln också en möjlighet att göra inköpen när det passar köparen oberoende av särskilda öppettider.

När det gäller prisjämförelser och utbud erbjuder den nya tekniken konsumenterna en möjlighet att använda sig av s.k. intelligenta agenter och andra sökverktyg för att hitta information om t.ex. varor och priser. Det har vidare börjat skapas mötesplatser i form av s.k. virtual communities, portaler och andra elektroniska marknadsplatser, dit kunder kan vända sig för att hitta information om varor och tjänster samlade under ett tak. Ofta erbjuder dessa marknadsplatser även möjlighet att diskutera med andra kunder om de varor och tjänster som bjuds ut. De anslutna företagen kan också lämna erbjudanden och information till besökarna på marknadsplatsen.

Från konsumentskyddssynpunkt kan e-handel i viss mån vara förenad med större osäkerhet än traditionell handel. Med hänsyn till e-handels ofta gränsöverskridande karaktär kan det t.ex. vara svårare att veta vem som ligger bakom den webbplats som konsumenten besöker, vilka villkor som gäller och om betalning för köpta varor och tjänster kan ske på ett betryggande sätt.

Effekter för näringsidkare

För näringsidkare medför e-handeln till konsumenter framför allt möjligheter att utan större kostnader marknadsföra sig mot en global kundkrets utan att den fysiska belägenheten är avgörande. Genom att via en webbplats erbjuda sina varor till försäljning kan ett företag i glesbygd konkurrera på samma villkor som företag i tätort och företag i små länder kan nå en stor internationell kundkrets. Det kan naturligtvis även innebära en hårdnande konkurrens för redan etablerade företag, som får rivaler som tidigare opererat på andra nationella marknader.

Vidare kan mottagande av kundorder, fakturering och betalning göras elektroniskt, vilket genom minskad manuell hantering kan spara stora kostnader för företagen. En annan viktig funktion för många näringsidkare är möjligheten till s.k.

efterförsäljning till kunderna. Det kan handla om leverans av varor och kundsupport online samt om uppföljning och utveckling av kundrelationer. Genom den information som kunderna lämnar ifrån sig, både medvetet och omedvetet, har näringsidkarna fått helt nya möjligheter att följa upp kundbeteenden och anpassa sin marknadsföring och kundkontakt efter dessa.

De ändrade förutsättningarna för kundkontakter och leverans som en övergång från traditionell handel till e-handel medför kan många gånger kräva en översyn av företagets struktur och organisation.

4.3.3 Marknadsutveckling

Enligt en undersökning av tio länder gjord av ECaTT (Electronic Commerce and Telework Trends¹) har Sverige det högsta antalet hushåll som utnyttjar Internet för att handla varor eller sköta banktjänster. År 1999 hade en fjärdedel av de svenska hushållen någon gång handlat över Internet och siffran förutspås öka till över hälften av alla hushåll under 2001. Vidare visar undersökningen att över 70 procent av de svenska företagen kommer att erbjuda information via Internet 2001. För de flesta branscher utgör marknadsföring och andra s.k. front office-funktioner den största delen av informationssamhällets tjänster.

Störst utbredning har Internetetableringen bland sådana tjänsteleverantörer som kan leverera sina tjänster direkt över nätet, t.ex. banker och finansinstitut, resebyråer samt leverantörer av produkter som kan levereras digitalt, såsom programvara, musik och film. Finansinspektionen gjorde i april 2000 prognosen att antalet privata bankkunder med Internetanslutning den 1 januari 2001 skulle vara närmare en halv miljon², vilket också torde stämma. Detta skulle utgöra 31 procent av det

¹ Ett program delfinansierat av EG-kommissionen genom de s.k. ESPRIT- och ACTS-programmen.

² Se Finansinspektionens rapport 2000:3, Internet och finansiella tjänster från den 14 april 2000.

totala antalet bankkunder. Antalet kunder som bedriver handel med värdepapper över nätet beräknades enligt samma rapport dubblas under år 2000 från 245 000 till närmare 500 000.

Detaljhandeln lämpar sig i vissa avseenden mindre väl för elektronisk handel då de flesta varorna ändå måste levereras fysiskt med t.ex. post, vilket inte bara kan ta tid utan även medföra ökade kostnader för kunderna. Långa uppkopplingstider och minneskrävande tjänster gör också att det ofta inte är tillräckligt attraktivt att beställa varor och tjänster på nätet för den som inte har tillgång till bredbandsuppkoppling. I takt med att bredband (dvs. hög överföringskapacitet av tele- och datakommunikation) blir vanligare är det sannolikt att de elektroniska tjänsterna kommer att få större utbredning. Även om andelen handel av sådana tjänster som måste levereras fysiskt till kunderna under 1999 låg under fem procent, räknar EcaTT med att den siffran kommer att öka till cirka trettio procent under 2001.

Den mobila e-handeln befinner sig fortfarande på utvecklingsstadiet. Infrastrukturen och bandbredden för sådan handel är därför ännu inte särskilt väl utbyggd. Det troliga är att den mobila e-handeln inledningsvis kommer att domineras av köp för mindre belopp.

4.4 Nya juridiska frågor?

För ett par år sedan var det en utbredd föreställning att Internet var ett "laglöst land", där inga rättsregler var tillämpliga. Idag verkar de flesta vara överens om att de regler som gäller för samhället i övrigt gäller även på Internet. Det är med andra ord fel att säga att Internet är laglöst. Däremot medför den nya tekniken att vissa juridiska problem ökar i omfattning eller ställs på sin spets och att nya juridiska problem uppstår.

En faktor som bidrar till att Internet ibland kan uppfattas som laglöst är att tekniken till sin natur är så obunden av nationella gränser. Det kan t.ex. vara svårt för en köpare som vill klaga på en inköpt vara eller tjänst att veta var en näringsidkare som agerar på Internet fysiskt befinner sig. Det är också ofta svårt för

honom eller henne att veta vilket lands myndigheter och domstolar som är behöriga och vilket lands lag som skall gälla när det är två eller flera länder inblandade. På det civilrättsliga området regleras frågorna om behörig domstol och tillämplig lag av ett antal internationella konventioner. Inom marknadsrätten finns dock inte några konventioner att stödja sig på. I stället får varje land utifrån sina egna principer avgöra vilket lands lagstiftning de skall tillämpa. Med hänsyn till att olika länder tillämpar olika principer kan det vid marknadsföring med internationell anknytning råda osäkerhet om vilket lands lagstiftning som är tillämplig.

En ytterligare faktor som kan bidra till osäkerheten är att det kan vara svårt att bevisa vem som gjort vad på Internet. En e-postadress eller en webbplats behöver inte avslöja särskilt mycket om vem som döljer sig bakom den. För att minska risken för att den som företagit en transaktion senare nekar till detta kan elektroniska signaturer vara en lösning. Elektroniska signaturer används bl.a. av de som utnyttjar bankernas Internet-tjänster, men i övrigt är användningen fortfarande ganska begränsad. Bruket kan dock förväntas öka i takt med att tekniken och tjänsterna utvecklas.

Ett annat problem i sammanhanget är hur den personliga integriteten skall skyddas när personuppgifter och annan integritetskänslig information riskerar att spridas ut över Internet. Eftersom det går att följa en persons förehavanden på nätet är det t.ex. möjligt att samla information om dennes köpvanor och beteendemönster. Alla uppgifter framstår kanske inte som känsliga sedda var för sig, men kan vara det om de sammanställs och bearbetas. Det är även möjligt att avlyssna trafiken på Internet och därigenom ta del av andras affärskommunikation.

Med hjälp av kryptografi är det möjligt att omöjliggöra eller åtminstone försvåra obehörig insyn och avlyssning av den information som Internetanvändare överför. Än så länge har dock en bred användning av kryptografi inte kommit till stånd. Detta beror bl.a. på att de produkter som finns på marknaden ofta inte är kompatibla med varandra, att lämplig infrastruktur inte finns på plats och att antalet kryptoprodukter på marknaden är be-

gränsat. Kryptografiska produkter är s.k. dual use-produkter, vilket innebär att de kan ha både en civil och en militär användning. De är därför belagda med exportrestriktioner i många länder, däribland Sverige. I Sverige är dock den helt övervägande delen av exporten av kryptoprodukter fri från krav på exportlicens.

Ytterligare frågor som uppkommer i samband med utbredningen av informationssamhällets tjänster är hur och var beskattningen skall ske och hur gränsen skall dras för vad som är varor och vad som är tjänster. Dessa frågor är inte minst problematiska i fråga om produkter som levereras digitalt, dvs. direkt via nätet.

De möjligheter som den digitala världen erbjuder till kopiering och överföring av information leder också till svåra frågor om hur överföring av brottsligt material skall hanteras och hur de immateriella rättigheterna skall kunna skyddas. Särskild uppmärksamhet har riktats mot frågan om vilket ansvar mellanhänder skall ha när de i sin verksamhet befattar sig med material som är olagligt.

4.5 Nuvarande reglering

4.5.1 Yttrandefriheten

Rätten att sprida information, t.ex. politisk propaganda, samhällsinformation och religiösa budskap, regleras i tryckfrihetsförordningen (TF) och i yttrandefrihetsgrundlagen (YGL). TF reglerar rätten att yttra sig och sprida information genom framför allt tryckta skrifter. YGL reglerar samma rätt avseende vissa andra medier, såsom radio, tv, film, ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar. Termen tekniska upptagningar infördes genom en lagändring den 1 januari 1999 och omfattar bl.a. datordisketter och datorspel (prop. 1997/98:43 s. 154 f)

YGL är tillämplig bl.a. på radio- och TV-sändningar samt på vissa andra sändningar som sker med hjälp av elektromagnetiska vågor. I lagtexten används uttrycket radioprogram som sam-

manfattande beteckning på de olika typer av sändningar som nu avses. Gemensamt för dem alla är att de sker med hjälp av elektromagnetiska vågor. Enligt huvudregeln skall sändningarna vara riktade till allmänheten och avsedda att tas emot med tekniska hjälpmedel för att omfattas av grundlagsskyddet (1 kap. 6 §). Med uttrycket riktade till allmänheten menas att den sändande utan särskild begäran från mottagaren riktar sändningen till vem som helst som önskar ta emot den (prop. 1986/87:151 s. 164 f.). E-post och telefax som sänds till en så stor och obestämd krets att de kan anses riktade till allmänheten (t.ex. s.k. spamning) kan bli att betrakta som sändning av radioprogram.

Gemensamt för de sändningar som enligt huvudregeln omfattas av YGL är alltså att de startas av sändaren och inte på beställning av mottagaren. Det innebär att sådan informationsförmedling som sker genom att den som önskar ta del av informationen själv tar kontakt med informationsförmedlaren och begär viss information inte omfattas av YGL:s huvudregel. Enligt denna omfattas alltså inte interaktiva medier, dvs. sådana där både sändare och mottagare kan påverka sändningen, av YGL. Viss användning av sådana medier skyddas dock genom den s.k. databasregeln (1 kap. 9 §). Enligt databasregeln är YGL tillämplig när tidningsredaktioner, nyhetsbyråer och andra medieföretag på särskild begäran tillhandahåller allmänheten upplysningar direkt ur ett register med upptagningar för automatisk databehandling, under förutsättning att mottagaren inte kan ändra i innehållet i registret. Databasregeln är ett undantag från huvudregeln om vilka sändningar som omfattas av YGL, eftersom den omfattar sådana sändningar som startas och aktiveras av mottagaren.

Internet kan som bekant användas på olika sätt och för olika ändamål. Olika användningar måste från grundlagsskyddssynpunkt ses och bedömas för sig. Om innehållet i en tryckt periodisk skrift helt eller delvis återges även på Internet kan den vara grundlagsskyddad enligt den s.k. bilageregeln i 1 kap. 7 § andra stycket TF. Elektroniska tidningar som publiceras på nätet kan alltså under vissa förutsättningar skyddas av antingen databasregeln eller bilageregeln. Om sändningar av ljudradio sker i real-

tid över Internet kan de vara grundlagsskyddade enligt YGL:s huvudregel.

Den parlamentariskt sammansatta Mediekommittén (Ju 1994:13) föreslog i sitt betänkande Grundlagsskydd för nya medier (SOU 1997:49) att tillämpningsområdet för databasregeln skulle utvidgas. Utvidgningen skulle innebära att YGL blev tillämplig även på ”ny” kommunikation med hjälp av elektromagnetiska vågor. Enligt förslaget skulle grundlagsskyddet enligt databasregeln gälla, inte bara för massmedieföretag, utan för alla som på motsvarande sätt tillhandahåller allmänheten upplysningar genom en databas. Skyddet för andra än massmedieföretag skulle emellertid vara frivilligt. Bara den som ansökt om och erhållit ett särskilt utgivningsbevis skulle omfattas av grundlagsskyddet. Regeringen gick inte vidare med Mediekommitténs förslag. Som skäl angavs att det var svårt att överblicka vilka nya former av kommunikation som skulle kunna komma att omfattas av förslaget. Tiden ansågs inte mogen för en utvidgning av databasregeln (prop. 1997/98:43 s. 114).

En ny parlamentarisk kommitté, som antagit namnet Mediegrundlagsutredningen (Ju 1999:01), har tillsatts med uppdrag att analysera behovet av och förutsättningarna för en mer teknikoberoende grundlagsreglering av yttrandefriheten. En av de frågor som kommittén skall utreda är YGL:s tillämplighet på kommunikation med hjälp av elektromagnetiska vågor, dvs. samma fråga som föranledde Mediekommittén att föreslå en utvidgning av databasregeln. Mediegrundlagsutredningen förväntas lägga sitt betänkande under våren 2001.

En tryck- och yttrandefrihetsrättslig grundsats är den om det s.k. *ensamansvaret*. Ensamansvaret innebär att endast en person är straffrättsligt ansvarig för innehållet i en grundlagsskyddad framställning och att det i förväg är angivet i lag vem denne är. Ansvaret skall i första hand bäras av en särskilt utsedd utgivare. Om en utgivare inte kan göras ansvarig, t.ex. om någon sådan inte har utsetts, är det i stället någon annan enligt en i lagen angiven ansvarskedja som är ansvarig. Enligt YGL är det t.ex. den som bedriver sändningsverksamheten som i så fall är ansvarig (6 kap. 2 § YGL).

Det huvudsakliga syftet med denna ansvarsreglering är att så långt som möjligt förebygga att utredningar om yttrandefrihetsbrott skall kräva ingående undersökningar om förhållandena på massmedieredaktioner och liknande (prop. 1948:230 s. 92). Regleringen syftar också till att brott som består av missbruk av yttrandefriheten genom grundlagsskyddade medier skall kunna beivras snabbt och effektivt. Ensamansvaret brukar betraktas som en förutsättning för att en vidsträckt yttrandefrihet skall kunna upprätthållas.

Om YGL:s tillämpningsområde skulle utvidgas på det sätt som Mediekommittén föreslog, med möjlighet att utse ansvarig utgivare för vissa webbsidor, skulle det innebära att ingen annan än den ansvarige utgivaren, eller den som kommer efter i ansvarskedjan, skulle kunna hållas ansvarig för innehållet på dessa sidor.

4.5.2 Avtalsrätt

Någon särskild lagstiftning om avtal som ingås på elektronisk väg finns inte i Sverige. Den allmänna lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område (avtalslagen) gäller dock även för sådana avtal. I svensk rätt är som huvudregel alla slags avtal bindande, oavsett om de ingåtts skriftligen eller muntligen. I det vardagliga privat- och affärslivet finns det väldigt få lagregler om att avtalet måste ingås skriftligen och vara undertecknat. I vissa fall krävs dock uttryckligen att avtalet ingås skriftligen och med underskrift av parterna. Ett avtal om köp av fast egendom skall t.ex. enligt 4 kap. 1 § jordabalken alltid upprättas skriftligen och undertecknas av köparen och säljaren för att vara giltigt. För att ansökan om lagfart inte skall förklaras vilande krävs även att avtalet bevittnas (20 kap. 7 § jordabalken). Ett annat exempel är avtal som gäller konsumentkrediter, som enligt 9 § konsumentkreditlagen (1992:830) måste ingås skriftligen och undertecknas av konsumenten för att villkor som är till nackdel för konsumenten skall vara giltiga. På familjerättens område

måste ett äktenskapsförord vara underskrivet av parterna för att vara giltigt (7 kap. 3 § äktenskapsbalken).

Så länge det inte finns något uttryckligt krav på att avtalet skall ingås på något viss sätt är det alltså helt upp till parterna att avgöra i vilken form ett avtal skall ingås. Från bevissynpunkt är det dock naturligtvis att föredra att avtalet och dess villkor på ett eller annat sätt finns nedtecknat och bevarat.

Frågan huruvida ett avtal som ingås elektroniskt är att betrakta som ett "skriftligt" avtal eller inte har varit föremål för diskussion i olika sammanhang och kan knappast besvaras generellt. Å ena sidan kan med begreppet skriftligt avses det som sker på traditionellt sätt med papper och penna, men å andra sidan kan med begreppet avses allt som inte sker muntligt (se avsnitt 6.7 om formkrav). Eftersom det för bara några år sedan knappast var aktuellt att utföra några rättshandlingar på elektronisk väg kan man utgå ifrån att det i de flesta fall där begreppet skriftligt används inte har gjorts några närmare överväganden om vad som avses.

Som exempel på när begreppet skriftligen har ansetts innefatta elektroniska medel kan nämnas 12 § lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer (prop. 1999/2000:117 s. 74). Vid införandet av lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen) ansågs begreppet skriftligen inte utesluta på elektronisk väg ingångna överenskommelser (prop. 1999/2000:84 s. 41). Mot denna bakgrund finns det skäl att anse att även en användning av elektroniska medel uppfyller kravet på skriftlig överenskommelse i 3 kap. 5 § tredje stycket lagen (1991:981) om värdepappersrörelse.

I avtalslagen regleras hur avtal sluts i svensk rätt (1 kap.). Det anges bl.a. när anbud och s.k. accept skall anses mottagna och vad som gäller om en accept lämnas för sent. I avtalslagen finns även bestämmelser om fullmakt (2 kap.) och om rättshandlingars ogiltighet (3 kap.).

Utöver avtalslagens allmänna bestämmelser om hur avtal kommer till stånd finns andra lagar som kan ha betydelse för vilka avtalsvillkor som är kan göras gällande och hur olika avtals-

villkor skall tolkas. Som exempel kan nämnas köplagen (1990:931), lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl., konsumentköplagen (1990:932), konsumenttjänstlagen (1985:716) och konsumentkreditlagen (1992:830). I lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden finns regler om avtalstolkning. Dessa lagar gäller, liksom avtalslagen, oberoende av på vilket sätt avtalet ingås. Det finns alltså inte några särskilda bestämmelser för avtal som ingås elektroniskt.

Distansavtalslagen trädde i kraft den 1 juni 2000 och ersatte hemförsäljningslagen (1981:1361). Genom distansavtalslagen genomfördes EG-direktivet 1997/7/EG om konsumentskydd vid distansavtal. Distansavtalslagen gäller för avtal varigenom en näringsidkare överlåter eller upplåter lös egendom till eller utför tjänster åt en konsument, om avtalet ingås inom ramen för ett av näringsidkaren organiserat system för att träffa avtal på distans och kommunikationen uteslutande sker på distans (distansavtal). Om övriga förutsättningar är uppfyllda gäller lagen t.ex. vid avtal som träffas via Internet. Lagen innehåller dock ett antal begränsningar vad gäller dess tillämpningsområde och en rad undantag vad gäller vissa bestämmelserns tillämplighet. I lagen finns bestämmelser om vilken information som näringsidkaren skall lämna till konsumenten vid marknadsföring och när ett avtal ingås. Lagen innehåller även bestämmelser om näringsidkarens fullgörande av avtalet och om konsumentens skydd mot lagvals-klausuler.

4.5.3 Marknadsrätt

Allmänt om marknadsrätten

Marknadsrätten är det system av rättsregler som drar upp rättsliga gränser för företagens handlande på marknaden i fråga om etablering, konkurrens, marknadsföring, prissättning, produktutformning, avtalsvillkor m.m. Utmärkande för marknadsrättsliga regler är att de förbjuder eller påbjuder ett visst beteende

från näringsidkarnas sida. Marknadsrätten räknas därför i allt väsentligt till den offentliga rätten, dvs. den del av lagstiftningen som behandlar förhållandet mellan det allmänna och enskilda. Marknadsrättsliga regler skiljer sig därigenom från privaträttsliga (civilrättsliga) regler, som rör förhållandet mellan enskilda. I marknadsrättslig lagstiftning kan dock finnas privaträttsliga inslag. Som exempel kan nämnas ett par bestämmelser i marknadsföringslagen som rör enskildas rätt till skadestånd (29–30 §§).

De mest centrala lagarna inom marknadsrätten är marknadsföringslagen (1995:450) och konkurrenslagen (1993:20). Därutöver kan nämnas bestämmelser i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (avtalsvillkorslagarna).

Med begreppet marknadsföring avses enligt 3 § marknadsföringslagen (MFL) ”reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter”. Det är alltså ett mycket vitt begrepp som omfattar en mängd olika företeelser. Som exempel kan nämnas att det mesta som ligger på ett företags webbsida, såsom företagspresentationer, beskrivningar och bilder av produkter, prislister och beställningsformulär torde falla under marknadsföringslagstiftningen.

Marknadsföringslagen är i princip tillämplig på all marknadsföring av alla typer av produkter. Därutöver finns bestämmelser om marknadsföring i en mängd olika lagar, dels sådana som rör vissa aspekter av marknadsföringen, såsom prisinformationslagen (1991:601), produktsäkerhetslagen (1988:1604), lagen (1978:800) om namn och bild i reklam samt distansavtalslagen (se avsnitt 4.5.2), dels sådana som rör vissa produkter. Som exempel på lagar av det senare slaget kan nämnas alkohollagen (1994:1738), tobakslagen (1993:581), läkemedelslagen (1992:859) och lotterilagen (1994:1000). Marknadsföringslagen är dock tillämplig även i de fall det finns en speciallag på området. I vissa av speciallagarna finns särskilda bestämmelser som kopplar lagarnas marknadsföringsregler till marknadsföringslagens sanktionssystem.

Ett långtgående och nära samarbete inom Norden har inneburit att den nordiska marknadsföringslagstiftningen är mycket likartad. Inom EU ställs vissa grundkrav på medlemsländernas marknadsföring, bl.a. genom EG-direktiven om vilseledande och jämförande reklam (84/450/EEG med ändringar genom 97/55/EG) och det s.k. TV-direktivet om gränsöverskridande TV-sändningar (89/552/EEG med ändringar genom 97/36/EG). Det finns också EG-direktiv som rör marknadsföring av särskilda produkter, t.ex. direktivet 92/28/EEG om marknadsföring av humanläkemedel, och ett antal EG-förordningar, bl.a. om vilseledande ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel (2081/92). Utanför de harmoniserade områdena är dock medlemsländernas marknadsföringslagstiftning långt ifrån enhetlig.

Det territoriella tillämpningsområdet

Svensk marknadsföringslagstiftning anses vara tillämplig på marknadsföring som har "effekt" på den svenska marknaden, även om marknadsföringen härrör från utlandet. Lagstiftningen tillämpas följaktligen enligt den s.k. effektlandsprincipen. Även om uttrycket effekt ofta används i sammanhanget är det kanske mindre väl lämpat när det handlar om marknadsföring via Internet o.d. Marknadsföringen kan ju nås från samtliga medlemsstater, liksom från världen utanför, och kan i den meningen sägas ha effekt i alla länder. I stället är det mer relevant att fråga sig om marknadsföringen särskilt "riktar sig" mot den svenska marknaden eller inte.

Vid t.ex. direktadresserad och individuell marknadsföring via e-post torde det utan större problem kunna bedömas om marknadsföringen är riktad mot den svenska marknaden eller inte. I andra fall, såsom vid marknadsföring på en webbplats, kan bl.a. de språk, valutor och andra nationella kännetecken som används vara av betydelse för bedömningen. Frågan får avgöras utifrån en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet (se vidare SOU 1999:106, Konsumenterna och IT, s. 126 f).

Tillämpningen av effektlandsprincipen följer inte av uttryckliga stadganden i de olika lagarna, utan grundar sig på förarbetsuttalanden och på praxis från Marknadsdomstolen (se bl.a. prop. 1970:57 s. 92 f och prop. 1992/93:75 s. 34 f). Däremot är i ett avseende en "sändarlandsprincip" angiven i marknadsföringslagen. Sedan den 1 december 1996 är nämligen lagen uttryckligen tillämplig på satellitsändningar från Sverige som kan tas emot i ett annat land inom EES-området (2 § andra stycket).

Enligt den grundläggande EG-rättsliga principen om fri rörlighet för varor och tjänster får ett medlemsland som huvudregel inte använda sin egen lagstiftning för att hindra marknadsföring från andra medlemsländer om den är laglig där. Av ett förhandsavgörande från EG-domstolen i ett uppmärksammat mål i Marknadsdomstolen – det s.k. De Agostini-målet³ – kan dock slutsatsen dras att ett medlemsland på områden som inte är harmoniserade i vissa fall har rätt att ingripa med stöd av sin nationella rätt mot marknadsföring som härrör från ett annat medlemsland. Det förutsätter dock att ingripandet uppfyller vissa villkor, bl.a. att det är icke-diskriminerande och står i rimlig proportion till överträdelsen.

Närmare om marknadsföringslagen

I marknadsföringslagen ställs en mängd olika krav på marknadsföringens utformning. I 4 § finns en generalklausul med det allmänna kravet att marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. God marknadsföringssed definieras i 3 § som god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter. Produkter innefattar varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter. Med begreppet god affärssed avses de frivilliga regler som växer fram inom näringslivet och som utgör god sed inom marknads-

³ Se de förenade målen C-34/95, C-35/95 och C-36/95, REG 1997, s. 3843 samt MD 1998:17.

föringen. Av stor betydelse för vad som anses vara god marknadsföringssed, både i Sverige och inom övriga EES-länder, är även Internationella Handelskammarens (ICC) Grundregler för reklam och Riktlinjer för reklam och marknadsföring på Internet. En grundläggande princip är även att en marknadsföringsåtgärd som strider mot någon annan lag också strider mot god marknadsföringssed (lagstridighetsprincipen).

Förutom det allmänna kravet i 4 § marknadsföringslagen finns i 5–13 §§ en katalog med särskilda krav som ställs på marknadsföringen. I 5 § ställs t.ex. krav på reklamidentifiering och sändarangivelse, vilket innebär att all marknadsföring skall utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring och vem som står bakom den. Ett annat exempel är 13 § där det ställs krav på att näringsidkare som lämnar olika typer av förmånserbjudanden skall lämna tydlig information om villkoren för att utnyttja erbjudandet, erbjudandets beskaffenhet och värde samt de tidsgränser och andra begränsningar som gäller för erbjudandet.

Den 1 maj 2000 infördes en ny bestämmelse i marknadsföringslagen om obeställd reklam (13 a §). Där sägs att en näringsidkare vid marknadsföring till en fysisk person får använda telefax eller sådana uppringningsautomater eller andra liknande automatiska system för individuell kommunikation som inte betjänas av någon enskild, bara om den fysiska personen har samtyckt till det på förhand (s.k. opt in). Andra metoder för individuell kommunikation på distans (t.ex. e-post) får dock användas om inte den fysiska personen tydligt motsatt sig att metoden används (s.k. opt out). Skillnaden mellan de båda systemen beskrivs vidare i avsnitt 5.7.

Tillsyn, tvistlösning och sanktioner

Allmänna reklamationsnämndens (ARN) främsta uppgift är att ge missnöjda konsumenter bistånd i reklamationsärenden. Nämndens beslut lämnas i form av en rekommendation till parterna att lösa tvisten på ett visst sätt. Eftersom besluten inte är bindande kan de inte överklagas. Om någon av parterna inte följer rekommendationen har de dock möjlighet att vända sig till domstol för att få saken prövad där.

Mål enligt marknadsföringslagen prövas av antingen Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen eller av båda instanserna, beroende på vad målet rör. Det är huvudsakligen konsumentombudsmannen (KO) som för talan. Även näringsidkare som berörs av marknadsföringen samt sammanslutningar av konsumenter, näringsidkare eller löntagare får väcka talan.

KO är chef för Konsumentverket, som är den centrala tillsynsmyndigheten för konsumentfrågor. Det är KO:s sekretariat som utfärdar förelägganden, inger stämningsansökningar, driver processer och samordnar det rättsliga arbetet inom Konsumentverket. Konsumentverket utfärdar riktlinjer och föreskrifter för bl.a. företagens marknadsföring. Riktlinjerna brukar utarbetas efter förhandlingar med näringslivet och är, till skillnad från föreskrifterna, bara rekommendationer som inte är rättsligt bindande. Riktlinjerna publiceras i Konsumentverkets författningssamling (KOVFS).

De sanktioner som kan bli aktuella vid brott mot marknadsföringslagen är marknadsstörningsavgift, skadestånd, förbud av olika slag och ålägganden att lämna viss information (informationsförelägganden). Förbud och ålägganden kan förenas med vite. Enligt lagens medverkansregler (14, 15 och 17 §§) kan även annan än annonsören, t.ex. den som handlar på näringsidkarens vägnar eller väsentligt har bidragit till marknadsföringen, meddelas förbud att fortsätta med viss marknadsföring eller åläggas att lämna viss information. Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet väsentligen har bidragit till överträdelsen kan även åläggas att betala marknadsstörningsavgift (22 §).

Från och med den 1 januari 2001 gäller en ny lag om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer. Lagen genomför ett EG-direktiv (98/27/EG) om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen (förbudsföreläggandedirektivet). Syftet med det direktivet är att stärka konsumentskyddet inom EU vid gränsöverskridande överträdelser av bestämmelser i vissa konsumentskyddsdirektiv, däribland e-handelsdirektivet. Det ska i huvudsak ske genom att s.k. godkända organ (konsumentorganisationer och offentliga organ) får väcka talan i det land där en ifrågasatt överträdelse har sitt ursprung.

Genom lagen säkerställs att utländska godkända organ i en EES-stat ges behörighet att företräda sitt lands konsumentintressen i svensk domstol, i första hand Marknadsdomstolen. Talan får riktas mot en näringsidkare i Sverige och får avse föreläggande om förbud eller åläggande att lämna information samt åläggande att betala särskild avgift. Innan talan väcks skall det godkända organet först genom samråd med motparten ha gett denne möjlighet att frivilligt upphöra med överträdelsen (se prop. 2000/01:34).

Lagen innebär alltså att ett godkänt organ i en annan EES-stat, under förutsättning att det föreskrivna samrådsförfarandet inte gett resultat, kan väcka talan i Marknadsdomstolen mot en i Sverige etablerad näringsidkare. Grunden för talan kan vara t.ex. att denne inte följt informationskraven i e-handelsdirektivet i sin marknadsföring på Internet. Med hänsyn till e-handelsdirektivets ursprungslandsprincip (se avsnitt 5.4 och 6.4) skall prövningen ske i enlighet med lagen i det land där näringsidkaren är etablerad, i det här fallet svensk rätt. Omvänt innebär lagen att ett svenskt godkänt organ, t.ex. KO, kan väcka talan mot en näringsidkare etablerad i ett annat EES-land för överträdelser som denne har gjort sig skyldig till, t.ex. vid marknadsföring riktad mot svenska konsumenter.

4.5.4 Straffrätt

Brottsliga gärningar kan begås genom utnyttjande av informationssamhällets tjänster. Av naturliga skäl är det i första hand brott som på ett eller annat sätt har att göra med yttranden eller information som är av relevans i sammanhanget. Som exempel på brottsbalksbrott som mycket väl kan tänkas begås genom utnyttjande av informationssamhällets tjänster kan nämnas förtal (5 kap. 1 §), uppvigling (16 kap. 5 §), hets mot folkgrupp (16 kap. 8 §), barnpornografibrott (16 kap. 10 a §) och olaga våldsskildring (16 kap. 10 b §).

Straffrättsligt ansvar förutsätter, om inget annat föreskrivs, att gärningen täcks av uppsåt. Kravet på uppsåt innebär enkelt uttryckt att den som begått en viss gärning måste ha förstått vad han gjorde eller i varje fall hyst misstanke om detta och skulle ha begått gärningen även om han varit säker. Många gärningar är dock straffbara redan om de begåtts av oaktsamhet. Av de brott som i första hand torde vara relevanta för informationssamhällets tjänster finns det i brottsbalken dock bara två gärningar som är straffbara redan vid oaktsamhet, nämligen vissa fall av barnpornografibrott och olaga våldsskildring.

Eftersom en brottslig gärning inte alltid utförs av en ensam person, utan ofta kommer till stånd under samverkan av flera personer, finns i brottsbalkens 23 kap. regler om medverkan till brott. Den allmänna bestämmelsen om medverkan till brott finns i 4 §. Av bestämmelsen följer att inte bara den som utfört en viss gärning skall dömas för brott, utan även annan som "främjat denna med råd eller dåd". Bestämmelsen gäller för alla brott som anges i brottsbalken och för brott enligt annan lag eller författning som kan medföra fängelsestraff.

Regler om tillämpligheten av svensk lag och svenska domstolars behörighet återfinns i 2 kap. brottsbalken. Enligt huvudregeln döms efter svensk lag och vid svensk domstol för brott som begåtts här i riket. Även för brott som begåtts utom riket kan dock svensk lag vara tillämplig, om brottet har en svensk anknytning av närmare angivet slag.

Lagen om elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen)

Lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (den s.k. BBS-lagen) trädde i kraft den 1 maj 1998. BBS är en förkortning av den engelska beteckningen på elektroniska anslagstavlor, Bulletin Board System. Lagen innebär i huvudsak att den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla i rimlig omfattning skall ha uppsikt över en sådan tjänst. Tillhandahållaren är skyldig att ta bort meddelanden som uppenbart innehåller uppvigling, hets mot folkgrupp, barnpornografibrott, olaga våldsskildring eller intrång i upphovsrätt eller viss annan rättighet. Tillhandahållaren är även skyldig att lämna användare av tjänsten viss information. Den som inte lämnar föreskriven information eller som underlåter att ta bort vissa meddelanden kan straffas. Vidare kan datorer och annan utrustning som använts vid brott mot lagen i vissa fall förverkas.

Med en elektronisk anslagstavla avses enligt 1 § en tjänst för elektronisk förmedling av meddelanden. I lagens förarbeten (prop. 1997/98:15, s. 5 f och 9 f) förklaras att ett avgörande kriterium är att den som använder tjänsten kan ta del av andras meddelanden och sända egna meddelanden till andra, dvs. att tjänsten är interaktiv. En informationsdatabas, t.ex. en hemsida (webbplats), som enbart tillhandahåller information sägs således i normalfallet inte omfattas av lagen. Som exempel på vilka tjänster som omfattas av lagen anges i förarbetena s.k. webbhotell. Med begreppet webbhotell avses där en tjänst där någon erbjuder användare att lägga upp egna informationsdatabaser i form av webbplatser, som nås genom den som inrättat möjligheten att lägga upp dem.

Med tillhandahållaren avses den eller de som leder verksamheten där tjänsten erbjuds. Vem denne eller vilka dessa är får avgöras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Skälet till att det är tillhandahållaren som har ålagts ett ansvar är att denne ansågs vara den som kan bestämma över tjänstens användning, inklusive de tekniska och administrativa rutinerna. Det ansågs därför vara tillhandahållaren som i stor utsträckning

avgör vilket utrymme som ges för missbruk av tjänsten (a. prop. s. 10).

I motiven till lagen konstaterade regeringen att gällande straffrättsliga regler självfallet kan tillämpas på spridandet av meddelanden som sker med hjälp av elektroniska anslagstavlor. Regeringen framhöll också att reglerna om medverkan till brott kan vara tillämpliga i förhållande till den som förmedlar meddelanden med hjälp av en elektronisk anslagstavla, om tillhandahållaren inte själv är att bedöma som gärningsman. Brottsbalkens bestämmelser ansågs dock inte vara tillräckliga för att på ett tillfredsställande sätt reglera ansvaret för spridning av meddelanden med hjälp av elektroniska anslagstavlor. Regeringen menade därför att det fanns ett behov av att reglera detta genom en särskild lag (a. prop. s. 8).

Av 7 § andra stycket BBS-lagen framgår att den som kan dömas till ansvar enligt brottsbalken eller upphovsrättslagen inte skall dömas till ansvar för att inte ha förhindrat vidare spridning av meddelanden enligt BBS-lagen.

4.5.5 Skadeståndsrätt

I skadeståndslagen (1972:207) finns de allmänna regler om skadeståndsskyldighet som gäller om inte annat är särskilt föreskrivet eller avtalat eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Enligt 2 kap. 1 § skadeståndslagen skall den som uppsåtligen eller av vårdslöshet (oaktsamhet) vållar person- eller sakskada ersätta skadan om inte annat följer av lagen. Detta gäller även i fråga om lidande som någon tillfogar annan genom vissa typer av brott. Vidare skall den som vållar s.k. ren förmögenhetsskada ersätta skadan om skadan uppkommit genom brott (2 kap. 4 §). Med ren förmögenhetsskada avses sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada (2 kap. 2 §).

Ersättning för ren förmögenhetsskada kan utgå dels om det föreligger ett avtal, dels om skadan uppkommit genom brott samt dels om det är särskilt föreskrivet i lag eller annan före-

skrift. Av förarbetena till 2 kap. 4 § skadeståndslagen framgår dock att avsikten inte varit att lägga hinder i vägen för en rättsutveckling i praxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada (prop. 1972:5 s. 568).

Förutom i skadeståndslagen finns särskilda regler om skadeståndsskyldighet i bl.a. 14 § lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer, 32 kap. miljöbalken, 33 § konkurrenslagen (1993:20), 29 § marknadsföringslagen (1995:450), 5–10 §§ lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter, 15 kap. 1 § aktiebolagslagen (1975:1384), 54 och 55 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 48 § personuppgiftslagen (1998:204) samt i den immaterialrättsliga lagstiftningen. En förutsättning för att ansvar för ren förmögenhetsskada skall föreligga enligt dessa bestämmelser är att skadan orsakats uppsåtligt eller av oaktsamhet. I den immaterialrättsliga lagstiftningen finns dock bestämmelser om visst strikt skadeståndsansvar, dvs. skadeståndsansvar även när skadan orsakats utan uppsåt eller oaktsamhet (se avsnitt 4.5.6).

4.5.6 Immaterialrätt

Allmänt om immaterialrätten

Det rättsområde som behandlar rättsskyddet för intellektuella prestationer och kännetecken kallas immaterialrätt. Skyddet är utvecklat i de immaterialrättsliga lagarna, dvs. i varumärkeslagen (1960:644), lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen), patentlagen (1967:837), mönsterskyddslagen (1970:485), firmalagen (1974:156), lagen (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter (kretsmönsterlagen) och växtförädlarrättslagen (1997:306). Det brukar göras en uppdelning av immaterialrätten i upphovsrätt och industriellt rättsskydd. Till upphovsrätten hänförs då upphovsrättslagen och, på grund av skyddets upphovsrättsliknande karaktär, ofta kretsmönsterlagen. Övriga lagar hänförs till det industriella rättsskyddet.

Gemensamt för dessa lagar är ensamrättskonstruktionen. Lagarna är uppbyggda så att de slår fast att en närmare angiven person får viss ensamrätt till utnyttjande av det han skapat. Exempelvis får en författare en viss ensamrätt att förfoga över sitt litterära verk och en uppfinnare får en viss ensamrätt att industriellt utnyttja sin uppfinning. Ensamrätten kan avse olika slags utnyttjande av en prestation, exempelvis framställning av exemplar, försäljning och uthyrning.

De immateriella ensamrättigheterna skyddas genom ett system av olika sanktioner av såväl straffrättslig som civilrättslig karaktär. Den som utan ensamrätthavarens samtycke vidtar någon åtgärd som omfattas av ensamrätten begår därmed ett immaterialrättsligt intrång. För samtliga former av immaterialrättsintrång kan straff- och skadeståndsansvar komma i fråga. Straffskalan för immaterialrättsintrång är böter eller fängelse i högst två år. Detta innebär att även medverkan till immaterialrättsintrång är straffbart (23 kap. 4 § brottsbalken). Vad gäller skadeståndsskyldigheten gäller enligt upphovsrättslagen att den som i strid mot lagen utnyttjar ett verk skall betala skäligt vederlag för utnyttjandet. Ersättningsskyldigheten är strikt. Den förutsätter således varken uppsåt eller oaktsamhet. Om utnyttjandet sker uppsåtligen eller oaktsamt skall ersättning även utgå för annan förlust än uteblivet vederlag, samt för lidande eller annat förfång.

För det industriella rättsskyddet och även för skyddet enligt kretsmönsterlagen gäller att den som utnyttjar en rättighet i strid mot respektive lag skall betala ersättning för utnyttjandet om och i den mån det är skäligt. Även i dessa fall skall alltså ersättning betalas oavsett oaktsamhet eller uppsåt, men – till skillnad från vad som gäller enligt upphovsrättslagen – endast om och i den mån det är skäligt. Om intrånget har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet skall, förutom skälig ersättning för nyttjandet, ersättning också utgå för den ytterligare skada som intrånget medfört.

Förutom straff- och skadeståndsansvar kan även vissa andra åtgärder beslutas av domstol. Domstol kan t.ex. vid vite förbjuda fortsatt intrång, förordna om inlösen av egendom som utgör in-

trång, eller förordna att sådan egendom skall ändras eller förstöras.

Utgångspunkten är att de immateriella ensamrätterna är nationella. Huvudregeln enligt upphovsrättslagen är således att skyddet gäller för svenska upphovsmän eller för verk som först givits ut i Sverige. Vad gäller det industriella rättsskyddet ger en registrering i vårt land av ett patent, ett mönster, en firma eller ett varumärke bara ett skydd inom Sverige. Det internationella samarbetet på det immaterialrättsliga området är dock väl utvecklat, särskilt inom ramen för FN-organet för immaterialrätt, WIPO (World Intellectual Property Organisation).

Den grundläggande konventionen inom upphovsrätten är Bernkonventionen (1886). Konventionen innebär att konventionsländerna åtar sig att ge skydd åt verk av upphovsmän från andra konventionsländer. Vissa närstående rättigheter regleras i Romkonventionen från 1961 (som inte skall förväxlas med den Romkonvention från 1980 som rör tillämplig lag, se avsnitt 4.5.7). För att uppdatera skyddet för upphovsrätten och närstående rättigheter till den digitala utvecklingen antogs två nya konventioner i WIPO i december 1996. Den ena konventionen reglerar upphovsrätten och brukar benämnas WCT (WIPO Copyright Treaty). Den andra reglerar vissa närstående rättigheter och brukar benämnas WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty). Konventionerna har ännu inte trätt i kraft. Sverige och övriga EU-länder, liksom EG som sådan, har undertecknat men ännu inte ratificerat konventionerna.

Vad gäller det industriella rättsskyddet är Pariskonventionen (1883) den viktigaste. Sverige och övriga EU-länder är anslutna till konventionen.

Sverige och övriga EU-länder är även parter i en immaterialrättslig överenskommelse från 1994, som framtagits inom ramen för Världshandelsorganisationen (WTO). Överenskommelsen, vars officiella benämning är Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, är mest känd under förkortningen TRIP:s-avtalet (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights).

På grund av immaterialrättens stora ekonomiska betydelse och internationella karaktär är intresset för immaterialrättsliga frågor stort inom EU. För närvarande pågår ett arbete med ett direktivförslag om anpassning av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Ett av syftena bakom förslaget är att genomföra de två WIPO-konventionerna från 1996 på ett samordnat sätt inom EU. Förslaget är särskilt inriktat på att uppdatera den upphovsrättsliga regleringen till den digitala utvecklingen. Det har i vissa delar anknytning till e-handelsdirektivet. Gemensam ståndpunkt till förslaget antogs i rådet den 28 september 2000 (EGT nr C 344, 1.12.2000, s.1) och Europaparlamentet avslutade sin andra läsning av förslaget den 14 februari 2001. Direktivet förväntas antas slutligt under våren 2001.

Upphovsrätt

Enligt upphovsrättslagen har författare, kompositörer, konstnärer och andra som skapar litterära och konstnärliga verk vissa tidsbegränsade rättigheter till sina verk. Rättigheterna uppkommer när verket skapats och varar normalt i 70 år efter upphovsmannens död. Rättigheterna består av den ekonomiska rätten och den ideella rätten. Den ekonomiska rätten har två delar, nämligen rätten att framställa exemplar av verket och rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. Verket görs tillgängligt för allmänheten när det framförs offentligt, när det visas offentligt och när exemplar av det sprids till allmänheten. Den ideella rätten innebär en rätt för upphovsmannen att i överensstämmelse med god sed bli angiven i samband med användning av verket och att motsätta sig kränkande ändringar av verket m.m.

Upphovsrättslagen innehåller också regler om vissa upphovsrätten närstående rättigheter. Sådana rättigheter har utövande konstnärer (artister, musiker, sångare m.fl.), producenter av fonogram (framförallt skivbolag), filmproducenter, radio- och televisionsföretag, framställare av kataloger m.m. samt

fotografer (i de fall bilden inte är ett upphovsrättsligt skyddat verk). Rättigheterna liknar skyddet för upphovsrätten.

Till upphovsrätten brukar även hänföras ensamrätt till kretsmönster i halvledarprodukter (s.k. datachips). Denna rättighet regleras i kretsmönsterlagen. Lagen ger den som har skapat sådana mönster en ensamrätt att framställa och sprida exemplar av mönstret.

Upphovsrätten och Internet m.m.

Mycket av det material som överförs via Internet är skyddat av upphovsrätt och närstående rättigheter. Det gäller t.ex. musik, litterära texter av olika slag, konstverk, fotografier, datorprogram och databaser. Vidare förekommer enligt uppgift elektroniska överföringar av kretsmönster.

Utvecklingen av den digitala tekniken, och särskilt framväxten av nätverk som Internet, har inneburit att skyddat material sekundsnabbt kan kopieras och överförs till ett stort antal personer över hela världen. Utvecklingen medför både möjligheter och risker. Frågan om hur upphovsmännen skall kunna skydda sina rättigheter i denna miljö har diskuterats intensivt både nationellt, inom EU och internationellt, framförallt inom WIPO. Det har understrukits att det upphovsrättsliga skyddet har en nyckelroll för att stimulera kreativiteten och därmed för den fortsatta utvecklingen av informationssamhället.

En av de frågeställningar som diskuterats är vilket ansvar mellanhänder som levererar olika former av Internettjänster (se avsnitt 4.2.2) skall ha när de förmedlar material. Frågan har blivit särskilt aktuell inom upphovsrätten. Enligt upphovsrätten har upphovsmannen ensamrätt att framställa exemplar av sitt verk. Såvida inte någon av upphovsrättslagens bestämmelser om inskränkningar i upphovsrätten är tillämpliga, krävs alltså tillstånd från rättighetshavarna för att exemplarframställning skall få ske. Mellanhandens förmedling av material innebär att materialet mellanlagras, och att digitala exemplar därmed framställs i

mellanhandens datorer, under överföringens gång. Som beskrivits i avsnitt 4.2.2. sker sådan mellanlagring dels vid ren vidarebefordran av material ("mere conduit"), dels vid s.k. cachning. Frågan är vilket ansvar mellanhanden har för denna exemplarframställning. Framställer mellanhanden härigenom exemplar i upphovsrättslig mening? Frågan blir särskilt relevant vad gäller skadeståndsansvaret eftersom mellanhanden i så fall är strikt ersättningsskyldig för nyttjandet.

Från vissa håll har framförts att mellanlagringen ofta är så flyktig eller så underordnad ett annat permanent exemplar att den inte skulle vara att anse som en exemplarframställning i upphovsrättslig mening. Andra har menat att sådana tolkningar är oförenliga med den grundläggande upphovsrätten. Enligt denna mening är inte ensamrätten att framställa exemplar begränsad till viss varaktighet etc. utan gäller alla former av exemplar. Frågan diskuterades intensivt under den diplomatkonferens som ledde fram till antagandet av de två WIPO-konventionerna Wipo Copyright Treaty (WCT) och Wipo Performances and Phonograms Treaty (WPPT) i Geneve 1996⁴. Inför diplomatkonferensen fanns bl.a. ett förslag om att Bernkonventionen skulle tolkas så att upphovsmannens reproduktionsrätt kunde täcka även automatiska och flyktiga digitala lagringar av verket m.m. (se prop. 1996/97:111, s. 32). Konferensen kunde emellertid inte enas om exemplarframställningsrättens närmare innebörd. Resultatet blev att någon bestämmelse om ensamrätten att framställa exemplar inte intogs i WCT.

Vad gäller de närstående rättigheter som omfattas av WPPT togs visserligen in bestämmelser om mångfaldiganderätten i artiklarna 7 och 11, men där sägs ingenting om tillfälliga kopior. I stället angavs i gemensamma uttalanden i anslutning till artikel 1.4 i WCT och i anslutning till artiklarna 7, 11 och 16 i WPPT, att mångfaldiganderätten äger full tillämpning också i den digitala omgivningen, särskilt med avseende på utnyttjanden i digital form. Av uttalandena framgår vidare att *lagring* av ett skyddat verk, ett skyddat framförande eller fonogram är att anse

⁴ Svenska översättningar av konventionerna finns i Olsson, Henry, Copyright Svensk och internationell upphovsrätt, 16. uppl., Norstedts Juridik, s. 450 f.

som ett mångfaldigande enligt artikel 9 i Bernkonventionen respektive enligt artiklarna 7, 11 och 16 i WPPT. Uttalandena går däremot inte speciellt in på vad som skall gälla för flyktiga exemplar.

Vad gäller svensk rätt uttalade regeringen i samband med genomförandet av EG:s direktiv 1996/9/EG om rättsligt skydd för databaser, att ett exemplar av ett verk inte framställs om ett verk i digital form fixeras inne i en dator, t.ex. på dess hårddisk, men fixeringen är osjälvständig, t.ex. försvinner efter ett ögonblick eller när datorn stängs av (prop. 1996/97:111, s. 32). Vid riksdagsbehandlingen av propositionen kritiserades uttalandet inför lagutskottet av flera organisationer. Organisationerna menade att regeringen, utan att direktivet om rättsligt skydd för databaser gav anledning till det, tagit ställning i en mycket kontroversiell fråga som fortfarande var föremål för olika internationella överväganden. Organisationerna krävde därför att riksdagen skulle ta avstånd från regeringens uttalanden. Lagutskottet anförde i sitt betänkande att utskottet för sin del inte fann anledning att inom ramen för förevarande lagstiftningsärende göra några uttalanden i frågan om innebörden av upphovsmannens förfoganderätt när det gäller exemplar i digital form (1997/98:LU2, s. 6). Frågan om den närmare innebörden av exemplarbegreppet har inte avgjorts i rättspraxis. Sammanfattningsvis får därför den närmare innebörden av exemplarbegreppet i detta sammanhang anses oklar.

Frågan tillhör en av de mest diskuterade i förhandlingarna om direktivförslaget om upphovsrätten i informationssamhället (se ovan i avsnittet Allmänt om immaterialrätten). Enligt lydelsen i rådets gemensamma ståndpunkt har lösningen blivit att vissa tillfälliga kopior som är flyktiga eller utgör ett inkluderande av underordnad lydelse undantas från rätten till mångfaldigande. För att undantas skall kopiorna utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, vars enda syfte är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett verk eller annat alster och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse (art. 5.1, EGT nr. C 344, 1.12.2000, s. 1). Avsikten är bl.a. att, enligt de

närmare kriterier som anges i artikeln, undanta s.k. cachekopior som framställs av mellanhänder vid överföringen av information (ingresspunkt 33). Frågan om den närmare avgränsningen av exemplarbegreppet kan således förväntas bli klargjord i samband med genomförandet av upphovsrättsdirektivet.

Diskussionen om mellanhänders ansvar för exemplarframställning har fokuserats på den tillfälliga mellanlagring som sker vid ren vidarebefordran och cachning. Frågan i vad mån mellanhanden är ansvarig för de mer permanenta exemplar som lagras på hans serverutrymme vid alla former av värdtjänster har inte tilldragit sig lika stor uppmärksamhet. Skälet till det torde vara att mellanhanden i dessa fall som huvudregel inte kan anses framställa de exemplar som laddas upp av annan på hans serverutrymme. Fråga torde därför inte uppkomma om strikt ansvar för något eget förfogande.

Hittills har frågan om mellanhänders ansvar för framställning av exemplar behandlats. En annan fråga är i vad mån mellanhanden kan göras ansvarig för tillgängliggörande av materialet. Företar mellanhanden ett upphovsrättsligt relevant tillgängliggörande när han genom ren vidarebefordran eller cachning förmedlar material, eller när han tillhandahåller en värdtjänst? Inte heller i denna fråga kan rättsläget anses helt klart.

Viss ledning kan dock hämtas i den s.k. BBS-domen (NJA 1996 s. 79). Där fastslog högsta domstolen att det krävs ett aktivt handlande för att straffrättsligt omedelbart ansvar för upphovsrättsintrång skall kunna komma ifråga för en person som drivit en datornätverksamhet och inte själv vare sig laddat upp eller laddat ned det skyddade materialet. Frågan om vad som krävdes för skadeståndsrättsligt ansvar eller för straffrättsligt medverkansansvar bedömdes dock inte av högsta domstolen.

Frågan berörs till viss del i ett gemensamt uttalande i anslutning till artikel 8 i WCT. Där anges att ett uteslutande tillhandahållande av fysiska anordningar för att möjliggöra eller verkställa en överföring inte i sig utgör en överföring i den betydelse som uttrycket har i WCT eller i Bernkonventionen. Ett motsvarande

uttalande återfinns i en beaktandesats i direktivförslaget om upphovsrätten i informationssamhället (a.a., beaktandesats 27)⁵.

Industriellt rättsskydd

Industriellt rättsskydd är, som ovan nämnts, en sammanfattande benämning på de immateriella rättigheter som inte är att hänföra till upphovsrätten eller skyddet för kretsmönster. Till det industriella rättsskyddet hör t.ex. patent-, varumärkes-, firma- och mönsterskydds rättigheter. I motsats till vad som gäller inom upphovsrätten krävs inom det industriella rättsskyddet som regel att skyddsobjektet (dvs. uppfinningen, varumärket, firman eller mönstret) måste registreras för att en ensamrättighet skall uppstå.

Det industriella rättsskyddet skiljer sig i stor utsträckning från upphovsrätten i fråga om ensamrättens innebörd. Medan en upphovsrättighet består av en ekonomisk och en ideell sida, kan en ensamrättighet inom det industriella rättsskyddet något för- enklats sägas ge innehavaren ett skydd mot att någon annan använder sig av det skyddade objektet i kommersiellt syfte. Någon motsvarighet till den ensamrätt att framställa exemplar som finns inom upphovsrätten finns alltså inte inom det industriella rättsskyddet.

Utvecklingen av den digitala tekniken har skapat nya frågor att ta ställning till också inom det industriella rättsskyddet. Som exempel kan nämnas att det inom WIPO pågår ett arbete som rör användningen av varumärken på Internet. Eftersom den problematik kring exemplarframställning som finns inom upphovsrätten inte gör sig gällande inom det industriella rättsskyddet, uppstår dock inte på detta rättsområde samma frågeställningar om mellanhänders ansvar för mellanlagring av information som behandlats ovan beträffande upphovsrätten.

Ett intrång i en immateriell rättighet som faller under det industriella rättsskyddet kan naturligtvis även begås i den digitala miljön. Exempelvis kan ett varumärkesintrång bestå av att någon

⁵ Se även Jan Rosén i SvJT 2000 s. 805, särskilt s. 809–810.

olovligen använder ett skyddat varumärke genom att med hjälp av detta marknadsföra och sälja varor på Internet. Frågan om mellanhändernas ansvar för den typen av intrång har emellertid inte varit föremål för några nämnvärda diskussioner, vare sig i Sverige eller i internationella sammanhang.

4.5.7 Jurisdiktions- och lagvalsregler

Internationell privaträtt

Internationell privaträtt är den del av juridiken som, vid en privaträttslig konflikt med internationell bakgrund, har till uppgift att avgöra vilket lands lag som skall tillämpas (lagvalsregler). Med en privaträttslig konflikt avses en konflikt mellan enskilda fysiska och juridiska personer. Till privaträtten (eller civilrätten som rättsområdet också kallas) hör bl.a. familjerättsliga regler angående t.ex. vårdnad av barn, äktenskapsskillnad och arv. Till privaträtten hör även arbetsrättsliga regler samt regler om avtal, köp och fordringsförhållanden, m.m.

Fråga är alltså endast om lagvalsregler och inte om bestämmelser som materiellt kan lösa den uppkomna tvisten. I t.ex. en process om ett avtal mellan en i Sverige bosatt italiensk person och ett grekiskt företag kan den internationella privaträtten ge svar på frågan vilket lands lag som skall tillämpas.

Genom lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser genomfördes EG-konventionen den 19 juni 1980 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen). Romkonventionen innehåller regler om vilken lag som skall tillämpas på avtalsförpliktelser när det uppkommer ett val mellan rättsordningarna i olika länder. Dessutom innehåller den regler om vilken lag som skall tillämpas vid bedömningen av vissa rättsfrågor som hör samman med ett avtal.

För närvarande pågår inom EU dels en översyn av Romkonventionens regler, dels ett arbete med en EG-förordning om lagvalsregler på det utomobligatoriska området, dvs. för tvister som inte grundar sig på avtal (Rom II).

Internationell processrätt

Den internationella processrätten, som i vissa fall brukar räknas in i den internationella privaträtten, består av regler som anger vilket lands domstol som är behörig att uppta mål med anknytning till fler än ett land. Till den internationella processrätten hör även regler om bl.a. utländsk doms rättskraft och verkställbarhet.

Regler om vilket lands domstol som är behörig att lösa en viss privaträttslig tvist finns framför allt i Bryssel- och Lugano-konventionerna, som Sverige och övriga medlemsländer har tillträtt.

Den 22 december 2000 antogs rådets förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande av domar på privaträttens område ("Bryssel I-förordningen"). Förordningen träder i kraft den 1 mars 2002 och ersätter då inom sitt tillämpningsområde Brysselkonventionen.

5 Direktivet om elektronisk handel

5.1 Allmänt

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktivet om elektronisk handel") trädde i kraft den 17 juli 2000. I de inledande ingresspunkterna till direktivet anges i huvudsak följande bakgrund till direktivet. Den elektroniska handelns utveckling inom informationssamhället erbjuder betydande möjligheter till ökad sysselsättning, i synnerhet i små och medelstora företag. Informationssamhällets tjänster kommer också att bidra till ekonomisk tillväxt och kan öka den europeiska industrins konkurrenskraft. Utvecklingen av informationssamhällets tjänster inom gemenskapen hämmas dock av ett antal rättsliga hinder för att den inre marknaden skall fungera väl. Dessa hinder beror bl.a. på skillnader i medlemsstaternas lagstiftning och på den rättsliga osäkerheten om vilka nationella bestämmelser som är tillämpliga på informationssamhällets tjänster.

Av ingressen framgår vidare att syftet med direktivet är att undanröja de hinder som särskilt medför problem och att säkerställa fri rörlighet för informationssamhällets tjänster på den inre marknaden. Detta sägs vara en viktig förutsättning för att gemenskapens medborgare och operatörer till fullo skall kunna utnyttja de möjligheter som informationssamhällets tjänster erbjuder.

Direktivet uppställer diverse krav som tillhandahållare av informationssamhällets tjänster måste uppfylla i samband med bl.a. marknadsföring, beställning och avtal (artiklarna 5–7, 10 och 11). Direktivet stadgar även att varje medlemsstat skall se till att tjänsteleverantörer på dess territorium följer den statens bestämmelser om informationssamhällets tjänster (artikel 3.1). Däremot sägs att det genom direktivet inte införs några nya regler om tillämplig lag på privaträttsliga avtal med internationell anknytning samt att regler om domstolars behörighet inte berörs (artikel 1.4). Direktivet innehåller även regler som begränsar vissa tjänstelevererande mellanhanders ansvar (artiklarna 12–14) och förbud mot att ålägga tjänsteleverantörer en allmän skyldighet att övervaka eller efterforska viss information (artikel 15).

5.2 Tillämpningsområde

Genom direktivet tillnärmas vissa nationella bestämmelser om informationssamhällets tjänster. Av artikel 1.5 framgår att direktivet inte är tillämpligt på vissa särskilt uppräknade områden. Direktivet skall enligt denna uppräkning inte tillämpas på beskattning, frågor som rör avtal eller förfaranden som regleras av kartellagstiftning, viss notariatverksamhet eller motsvarande, företrädande och försvar av en klient inför domstol och spelverksamhet som innebär att penningvärden satsas på hasardspel. Direktivet skall inte heller tillämpas på frågor beträffande informationssamhällets tjänster som omfattas av EG-direktiven 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (dataskyddsdirektivet) och 97/66/EG av den 15 december 1997 om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet (teledataskyddsdirektivet). Vidare klargörs av ingresspunkt 9 att direktivet inte är avsett att påverka nationella grundläggande regler och principer som rör yttrandefrihet.

5.3 Definitioner

Informationssamhällets tjänster

Vad som omfattas av informationssamhällets tjänster anges i artikel 2 a, genom en hänvisning till EG-direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter, ändrat genom direktiv 98/48/EG av den 20 juli 1998 (det s.k. transparensdirektivet). Där definieras informationssamhällets tjänster som sådana tjänster som vanligtvis utförs mot ersättning, på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare. I transparensdirektivet finns en bilaga med en vägledande förteckning över sådana tjänster som inte anses tillhöra informationssamhällets tjänster. De tjänster som anges i förteckningen skall enligt ingresspunkt 17 inte heller omfattas av definitionen i direktivet om elektronisk handel.

I ingresspunkt 18 förklaras närmare vad som omfattas av informationssamhällets tjänster. Där sägs i huvudsak följande. Informationssamhällets tjänster omfattar en mängd näringsverksamheter som bedrivs online, t.ex. försäljning av varor. Själva leveransen av varor eller tillhandahållande av offline-tjänster omfattas dock inte. Informationssamhällets tjänster begränsas inte enbart till tjänster som föranleder avtal online utan gäller även tjänster utan kostnad för mottagarna, i den mån de utgör näringsverksamhet. Som exempel kan nämnas tillhandahållande av information eller kommersiella meddelanden online eller tillhandahållande av sökmöjligheter samt åtkomst till och hämtning av data. Informationssamhällets tjänster omfattar också tjänster som avser vidarebefordran av information via kommunikationsnät, genom att tillhandahålla tillgång till kommunikationsnät eller genom att fungera som värdtjänst för information från tjänstemottagaren.

Radiosändningar och sändningsverksamhet för television enligt EG-direktivet 89/552/EEG av den 3 oktober 1989, ändrat genom 97/36/EG av den 30 juni 1997, om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra

författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (TV-direktivet) hör inte till informationssamhällets tjänster, eftersom de inte tillhandahålls på individuell begäran. Andra tjänster som sänds från en punkt till en annan, såsom ”video på beställning” eller tillhandahållande av kommersiella meddelanden via e-post hör däremot till informationssamhällets tjänster.

Användning av e-post eller motsvarande personliga meddelanden av fysiska personer som agerar utanför sin handels-, närings- eller yrkesverksamhet hör, liksom avtalsförhållanden mellan en anställd och hans arbetsgivare, inte till informationssamhällets tjänster.

Tjänsteleverantör, tjänstemottagare och etableringsort

I direktivet definieras en tjänsteleverantör som varje fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster. En etablerad tjänsteleverantör anges vara en tjänsteleverantör som utövar näringsverksamhet med hjälp av ett fast driftställe under obestämd tid. Det klargörs vidare att förekomsten och användningen av teknisk utrustning och teknik för att tillhandahålla tjänsten inte i sig innebär att tjänsteleverantören är etablerad (artikel 2 b och c samt ingresspunkt 19).

En tjänstemottagare anges vara varje fysisk eller juridisk person som (av yrkesmässiga eller andra skäl) använder någon av informationssamhällets tjänster, i synnerhet för att efterforska information eller göra den tillgänglig (artikel 2 d och ingresspunkt 20).

Konsument, kommersiellt meddelande, reglerad yrkesverksamhet

Begreppet konsument definieras i direktivet (artikel 2 e) som varje fysisk person som agerar utanför ramen för sin handels-, närings- eller yrkesverksamhet.

Med kommersiellt meddelande avses i direktivet varje form av meddelande som syftar till att direkt eller indirekt främja varor eller tjänster från ett företag, en organisation eller en person som bedriver handels-, industri-, eller hantverksverksamhet eller som utövar reglerad yrkesverksamhet. Ett kommersiellt meddelande kan också vara ett meddelande som syftar till att direkt eller indirekt främja ovan nämnda företags, organisationers eller personers anseende. Information som krävs för att direkt nå företaget, organisationen eller personen, t.ex. ett domännamn eller en e-postadress, utgör dock i sig inte ett kommersiellt meddelande. Detsamma gäller meddelanden rörande företagets, organisationens eller personens varor, tjänster eller anseende som utarbetats oberoende av detta eller denna, i synnerhet när det har skett utan ekonomisk ersättning (artikel 2 f).

I direktivet finns även en definition av begreppet reglerad yrkesverksamhet (artikel 2 g). Begreppet definieras genom en hänvisning till vissa artiklar i två generella EG-direktiv om system för ömsesidigt erkännande av yrkeskompetens. Med reglerade yrken avses sådana som enligt lag eller förordning kräver auktorisation, legitimation eller motsvarande. Varje medlemsland skall enligt direktiven utse en myndighet eller organisation som är ansvarig för den övergripande informationen om direktiven. För svensk del är Högskoleverket utsedd för detta. På Högskoleverkets webbsida finns en uppställning av vilka yrken som omfattas av begreppet reglerade yrken i Sverige (www.hsv.se).

Det samordnade området

Begreppet "det samordnade området" definieras i artikel 2 h som de krav som har fastställts i medlemsstaternas rättssystem och som är tillämpliga på tjänsteleverantörer av informationssamhällets tjänster eller på informationssamhällets tjänster, oberoende av om de är av allmän natur eller särskilt utformade för dem. Vidare förklaras att det samordnade området gäller de krav som tjänsteleverantören måste uppfylla när det gäller *startande*

av verksamhet som gäller någon av informationssamhällets tjänster (såsom krav i fråga om behörighet, tillstånd eller anmälningar), eller *utövande* av sådan verksamhet (såsom krav i fråga om tjänsteleverantörens beteende, kvaliteten på eller innehållet i tjänsten – inbegripet sådana krav som är tillämpliga på reklam och avtal – eller krav som gäller tjänsteleverantörens ansvar). Däremot omfattar det samordnade området inte krav som är tillämpliga på varor som sådana (såsom säkerhetsnormer, märkningskrav och produktkrav), på leverans eller transport av varor, på offentliga myndigheters utnyttjande av sin förköpsrätt av vissa varor eller på tjänster som inte tillhandahållits på elektronisk väg (artikel 2 h ii och ingresspunkt 21).

5.4 Ursprungslandsprincipen

I artikel 3.1 och 3.2 fastställs den s.k. ursprungslandsprincipen. Principen består av två delar, som kan sägas vara två sidor av samma mynt. Den *första delen* innebär att varje medlemsstat skall se till att de av informationssamhällets tjänster som en på dess territorium etablerad tjänsteleverantör tillhandahåller överensstämmer med de nationella bestämmelser som är tillämpliga i denna medlemsstat och som omfattas av det samordnade området. Den *andra delen* innebär att medlemsstaterna inte av skäl som omfattas av det samordnade området får begränsa den fria rörligheten för de av informationssamhällets tjänster som har sitt ursprung i en annan medlemsstat. Principen är dock, som kommer att framgå nedan, förenad med vissa undantag.

Det territorium där en tjänsteleverantör är etablerad (ursprungslandet) är den ort eller stat där den faktiska näringsverksamheten bedrivs (se närmare avsnitt 5.3). I ingresspunkt 57 klargörs dock att en medlemsstat enligt fast rättspraxis från EG-domstolen behåller rätten att vidta åtgärder mot en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, men helt eller till största delen riktar sin verksamhet mot den första medlemsstatens territorium, om etableringsorten har valts i syfte att

kringgå den lagstiftning som skulle ha varit tillämplig på leverantören om denne hade varit etablerad på den första medlemsstatens territorium.

Från artikel 3.1 och 3.2 görs en rad undantag, som finns uppräknade i en bilaga till direktivet. Artikel 3.1 och 3.2 anges inte vara tillämpliga på immaterialrättens område, viss utgivning av elektroniska pengar, viss marknadsföring av fondföretag och vissa försäkringar. Vidare anges att artiklarna inte är tillämpliga på avtalsparterers frihet att välja vilken lagstiftning som skall tillämpas på deras avtal, avtalsförpliktelser vid konsumentavtal, giltigheten av vissa avtal om fast egendom och frågan om icke begärda kommersiella meddelanden per e-post är tillåtna eller inte.

I artikel 1.4 förklaras att det genom direktivet inte införs några nya regler om internationell privaträtt och inte heller om domstolars behörighet (se avsnitt 4.5.7).

Av artikel 3.4 framgår att en medlemsstat i undantagsfall får vidta åtgärder som strider mot från förbudet att begränsa den fria rörligheten av tjänster från en annan medlemsstat. För att en sådan åtgärd skall få vidtas skall vissa villkor vara uppfyllda. Åtgärderna skall för det första vara nödvändiga för att skydda vissa närmare angivna intressen, nämligen allmän ordning och säkerhet, folkhälsan eller konsumenter. Åtgärden skall för det andra vidtas mot någon viss informationssamhällets tjänst som skadar, eller allvarligt riskerar att skada, något av dessa skyddsintressen. Åtgärderna skall slutligen vara proportionerliga i förhållandena till dessa skyddsintressen. Innan en sådan åtgärd vidtas skall medlemsstaten dels utan tillräckligt resultat ha uppmanat ursprungslandet att vidta åtgärder, dels ha anmält till kommissionen och till ursprungslandet sin avsikt att vidta åtgärder. Någon sådan uppmaning och anmälan krävs dock inte vid domstolsförfaranden eller i samband med brottsutredningar (artikel 3.4 b och ingresspunkterna 25 och 26). I brådskande fall får medlemsstaterna göra undantag från kraven på att uppmana och anmäla innan åtgärden vidtas. I sådana fall skall dock åtgärderna snarast möjligt anmälas till kommissionen och till ursprungslandet, med uppgift om varför fallet bedömts vara brådskande. Kommissio-

nen skall snarast möjligt undersöka huruvida de anmälda åtgärderna är förenliga med gemenskapsrätten, och om de inte är det uppmana medlemsstaten att avhålla sig från att vidta de planerade åtgärderna eller skyndsamt avbryta vidtagna åtgärder (artikel 3.6).

5.5 Förbud mot förhandstillstånd

Enligt artikel 4.1 får verksamhet som leverantör av informationssamhällets tjänster inte underkastas krav på förhandstillstånd eller andra krav med motsvarande effekt. I ingresspunkt 28 förtydligas bl.a. att förbudet inte hindrar system för frivillig ackreditering, särskilt för leverantörer av tjänster som avser certifiering av elektroniska signaturer (se artikel 3.2 i EG-direktiv 1999/93/EG av den 13 december 1999 om ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer och prop. 1999/2000:117, s. 29 f).

I artikel 4.2 klargörs vidare att förbudet mot förhandstillstånd och liknande inte påverkar tillämpningen av system för tillstånd som inte särskilt och uteslutande avser informationssamhällets tjänster, eller som omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet.

5.6 Informationskrav

Krav på olika typer av information som tjänsteleverantörer måste lämna finns i artiklarna 5, 6 och 10. I den mån det inom andra delar av gemenskapsrätten ställs ytterligare informationskrav som är tillämpliga på leverantörer av informationssamhällets tjänster skall enligt direktivet även dessa följas. De krav som ställs i detta direktiv är alltså inte nödvändigtvis uttömmande.

Direktivet reglerar inte vad följderna blir av bristande uppfyllelse av informationskraven. Enligt artikel 20 kan medlemsstaterna välja vilken eller vilka påföljder som är lämpliga när ett visst informationskrav inte uppfyllts.

Allmänna informationskrav

I artikel 5 ställs en mängd krav på allmän information som en leverantör av informationssamhällets tjänster måste lämna om sig själv och sin verksamhet, t.ex. namn, etableringsort och e-postadress. Informationen skall vara tillgänglig för tjänstemottagare och behöriga myndigheter på ett enkelt, direkt och stadigvarande sätt. I artikel 5.2 sägs att i de fall då informationssamhällets tjänster anger priser skall dessa anges klart och otvetydigt med särskild uppgift om de inkluderar skatt och leveranskostnader.

Informationskrav i samband med kommersiella meddelanden

I artikel 6 ställs diverse krav på information som måste lämnas i samband med kommersiella meddelanden som ingår i eller utgör en informationssamhällets tjänst. Bl.a. skall de kommersiella meddelandena i sig, liksom olika säljfrämjande erbjudanden, tävlingar och spel vara klart identifierbara som sådana. Vidare skall den som står bakom meddelandena vara klart identifierbar. I artikel 7.1 nämns särskilt att även icke begärda kommersiella meddelanden via e-post (i den mån sådana är tillåtna) måste vara klart och otvetydigt identifierbara som sådana.

Informationskrav inför beställningar

I artikel 10 ställs ytterligare krav på information som skall lämnas av tjänsteleverantörer som avser att ta emot beställningar av något slag. Tjänsteleverantören skall på ett klart, begripligt och

otvetydigt sätt, innan beställningen görs, lämna information om bl.a. de olika tekniska steg som skall genomföras för att ingå avtalet, huruvida avtalet kommer att arkiveras eller inte, de tekniska möjligheterna att upptäcka och rätta till inmatningsfel och de språk som står till buds för att ingå avtalet. Näringsidkare kan dock sinsemellan komma överens om att sådan information inte behöver lämnas. Kraven är inte heller tillämpliga på avtal som ingåtts enbart genom utväxling av e-post eller motsvarande personliga meddelanden.

5.7 Kommersiella meddelanden

Angående informationskrav i samband med kommersiella meddelanden, se avsnitt 5.6.

Icke begärda kommersiella meddelanden via e-post

Det finns i huvudsak två olika system för att reglera i vilken utsträckning icke begärda kommersiella meddelanden får skickas via e-post. Antingen kan det vara förbjudet att skicka kommersiella meddelanden om inte mottagaren i förväg har begärt eller i vart fall accepterat detta (s.k. opt in), eller också kan det vara tillåtet att skicka sådana meddelanden så länge inte mottagaren uttryckligen har sagt ifrån (s.k. opt out). De två systemen kan modifieras något åt det ena eller andra hållet och ha lite varierande utformning. Ett opt out-system brukar ofta vara förenat med ett särskilt register, dit de som inte vill ha någon e-postreklam kan anmäla sig (ett s.k. opt out-register).

Direktivet reglerar inte vilket av dessa båda system som medlemsländerna skall välja. I artikel 7.2 anges dock att medlemsstaterna skall vidta åtgärder för att se till att tjänsteleverantörer som sänder icke begärda kommersiella meddelanden via e-post regelbundet konsulterar och respekterar de opt out-register där fysiska personer som inte önskar erhålla sådana kommersiella meddelanden kan registrera sig.

I bilagan till direktivet anges särskilt att ursprungslandsprincipen (se avsnitt 5.4) inte är tillämplig på frågan om i vilken mån icke begärda kommersiella meddelanden via e-post är tillåtna.

Reglerad yrkesverksamhet

Enligt artikel 8 skall kommersiella meddelanden som ingår i eller utgör en del av informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av en utövare av en reglerad yrkesverksamhet vara tillåtna, under förutsättning att de yrkesetiska reglerna följs. Medlemsstaterna och kommissionen skall uppmuntra yrkeskårer och yrkessammanslutningar att upprätta ”uppförandekoder” på gemenskapsnivå.

5.8 Avtal som ingås elektroniskt

Formkrav

Medlemsstaterna skall se till att deras rättssystem tillåter att avtal ingås på elektronisk väg. Medlemsstaterna skall särskilt se till att de rättsliga krav som är tillämpliga på avtalsprocessen varken skapar hinder för användningen av avtal på elektronisk väg eller medför att sådana avtal fränkänns rättslig verkan och giltighet på grund av att de kommit till stånd på elektronisk väg (artikel 9.1). I ingresspunkt 34 förtydligas att varje medlemsstat bör upphäva eventuella formkrav o.d. som kan hämma användningen av elektroniska avtal.

Granskningen av lagstiftningen, sägs det vidare, bör göras systematiskt och omfatta alla etapper och handlingar som krävs för avtalsprocessen, inklusive arkivering av avtalet. Skyldigheten att undanröja hinder för användningen av avtal ingångna på elektronisk väg gäller endast hinder som följer av rättsliga krav och inte praktiska hinder som följer av att det är omöjligt att använda elektroniska hjälpmedel i vissa fall (ingresspunkt 37).

Genom ingresspunkt 35 klargörs vidare att direktivet inte hindrar medlemsstaterna att behålla eller ställa upp generella eller särskilda rättsliga krav för avtal som kan fullgöras på elektronisk väg, särskilt när det gäller säkra elektroniska signaturer.

I artikel 9.2 ges möjlighet för medlemsstaterna att i vissa särskilt angivna fall göra undantag från möjligheten att träffa avtal elektroniskt. Undantag får t.ex. föreskrivas för vissa avtal rörande fast egendom, borgensavtal och familjerättsliga avtal. Om en medlemsstat väljer att på något av dessa områden behålla formkrav som hindrar att avtal kan träffas elektroniskt måste medlemsstaten uppge dessa områden för kommissionen.

Krav i samband med beställning

Medlemsstaterna skall enligt artikel 11 se till att vissa principer gäller när en tjänstemottagare gör en beställning elektroniskt. Tjänsteleverantören måste bekräfta mottagandet av tjänstemottagarens beställning, utan onödigt dröjsmål och på elektronisk väg. Beställningen och mottagningsbekräftelsen skall anses vara mottagna när de parter till vilka de är ställda har tillgång till dem. Det regleras inte vad som blir följderna om tjänsteleverantören underlåter att skicka en mottagningsbekräftelse. Det är överlåtet till medlemsländerna att bestämma de påföljder som skall tillämpas vid överträdelse av de nationella bestämmelser som antas för att genomföra direktivet. Påföljden skall dock vara verkkningsfull, proportionerlig och avskräckande (artikel 20).

5.9 Mellanhänders ansvar

Allmänt

Avsnitt 4 i direktivet (artiklarna 12–15) avser vissa tjänstelevererande mellanhänders juridiska ansvar för sådan information som dessa överför eller lagrar. I huvudsak innebär

bestämmelserna att mellanhänder som bedriver vissa typer av verksamhet av rent teknisk karaktär, inte skall kunna göras ansvariga för sådan information som de vidarebefordrar eller lagrar. I artikel 12 regleras ansvaret för en tjänsteleverantör som enbart vidarebefordrar information (s.k. mere conduit). Ansvaret för viss information i samband med överföring av information (s.k. cachning) regleras i artikel 13 och i artikel 14 regleras ansvaret vid tillhandahållande av lagringsutrymme för information (värdtjänster). Vilka typer av tjänster som omfattas av dessa bestämmelser diskuteras närmare i avsnitt 4.2.2.

Syftet bakom och den närmare innebörden av denna begränsning av ansvarsfriheten framgår till viss del av ingresspunkterna 40–48. Där sägs bl.a. att befintliga och framväxande skillnader i medlemsstaternas lagstiftning och rättspraxis avseende ansvar för tjänsteleverantörer som agerar mellanhänder hindrar en inre marknad från att fungera smidigt, särskilt genom att utvecklingen av gränsöverskridande tjänster hämmas och genom att konkurrensen snedvrids.

I ingresspunkt 42 framhålls att de undantag från ansvar som fastställs enligt detta direktiv endast omfattar fall när tjänsteleverantörens verksamhet är begränsad till den *tekniska processen* att driva och erbjuda tillgång till ett kommunikationsnät där information som görs tillgänglig av tredje part vidarebefordras eller tillfälligt lagras, i uteslutande syfte att göra överföringen effektivare. Ansvarsfriheten gäller endast, sägs det vidare, när verksamheten är av rent *teknisk, automatisk* och *passiv* natur, vilket innebär att tjänsteleverantören varken har kännedom om eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information. Vidare påpekas i ingresspunkt 43 att en tjänsteleverantör bara kan åberopa ansvarsfriheten i artikel 12 och 13 när han på intet sätt befattar sig med den vidarebefordrade informationen, vilket bl.a. kräver att han inte ändrar den information han vidarebefordrar. Kravet på att informationen inte får ändras omfattar dock inte ”manipulationer” av teknisk natur under vidarebefordran, eftersom sådana inte ändrar den vidarebefordrade informationens ”integritet”. Av punkt 44 framgår att den tjänsteleverantör som avsiktligt samarbetar med

någon av mottagarna av hans tjänst för att begå olagliga handlingar går utöver den verksamhet som består av enbart vidarebefordran eller cachning och får därför inte utnyttja de undantag från ansvar som har fastställts för denna verksamhet.

I artiklarna 12.2, 13.2 och 14.3 förklaras att ansvarsfrihetsreglerna inte påverkar möjligheten för domstolar och myndigheter att i enlighet med medlemsstaternas rättssystem kräva att tjänsteleverantören upphör med eller förhindrar en överträdelse. I artikel 14.3 sägs även att reglerna inte påverkar medlemsstaternas möjlighet att inrätta förfaranden för att avlägsna information eller göra den oåtkomlig. I ingresspunkt 45 förtydligas att domstolar och myndigheter utan hinder av ansvarsfrihetsreglerna kan meddela olika typer av förelägganden, t.ex. att en viss överträdelse skall upphöra eller förhindras eller att viss olaglig information skall avlägsnas eller göras oåtkomlig.

För att en tjänsteleverantör som lagrar information skall kunna utnyttja ansvarsbegränsningen, måste han så snart han fått kännedom eller blivit medveten om olaglig verksamhet skyndsamt vidta åtgärder för att avlägsna den berörda informationen eller göra den oåtkomlig.

Enbart vidarebefordran

I artikel 12 sägs att en tjänsteleverantör som levererar en informationssamhällets tjänst bestående av *överföring* i ett kommunikationsnät av information som lämnats av tjänstemottagaren, eller *tillhandahållande av tillgång* till ett kommunikationsnät, inte skall vara ansvarig för den överförda informationen under förutsättning att tjänsteleverantören

- a) inte initierat överföringen,
- b) inte valt ut mottagaren av den överförda informationen, och
- c) inte valt ut eller ändrat den information som överförts.

Vidare sägs att den överföring i och tillhandahållande av tillgång till kommunikationsnät som avses även omfattar *automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring* av den vidarebefordrade

informationen, i den mån lagringen enbart görs för att *utföra överföringen* i kommunikationsnätet och under förutsättning att informationen inte lagras längre än vad som rimligtvis krävs för överföringen.

Cachning

I artikel 13 stadgas att en tjänsteleverantör som levererar en informationssamhällets tjänst bestående av överföring av information som tillhandahållits av tjänstemottagaren på ett kommunikationsnät inte skall vara ansvarig för den automatiska, mellanliggande och tillfälliga lagring av information som ägt rum enbart för att *effektivisera vidare överföring* av informationen till andra tjänstemottagare på deras begäran, under förutsättning att

- a) tjänsteleverantören inte ändrar informationen,
- b) tjänsteleverantören uppfyller villkoren för tillgång till informationen,
- c) tjänsteleverantören följer regler för uppdatering av informationen, vilka fastställts på ett sätt som är allmänt vedertaget och använt inom branschen,
- d) tjänsteleverantören inte ingriper i den lagliga användningen av den teknik som är allmänt vedertagen och som används inom branschen för att få fram data om hur informationen används, och
- e) tjänsteleverantören handlar utan dröjsmål för att avlägsna den information han har lagrat eller göra den oåtkomlig så snart han fått kännedom om att den information som ursprungligen överfördes har avlägsnats från nätet eller gjorts oåtkomlig, eller att en domstol eller administrativ myndighet har bestämt att den skall avlägsnas eller göras oåtkomlig.

Värdtjänster

I artikel 14 sägs att tjänsteleverantörer som levererar någon av informationssamhällets tjänster bestående av *lagring* av informa-

tion som tillhandahållits av tjänstemottagaren inte skall vara ansvarig för information som lagrats på begäran av en tjänstemottagare av tjänsten, under förutsättning att

a) tjänsteleverantören inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information och, beträffande skadeståndsanspråk, inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar, eller

b) tjänsteleverantören så snart han fått sådan kännedom eller blivit medveten om detta handlat utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig.

Enligt punkt 2 i artikeln kan dock någon ansvarsfrihet inte göras gällande om tjänstemottagaren handlar under tjänsteleverantörens ledning eller överinseende.

5.10 Förbud mot allmän övervakningsskyldighet

Genom artikel 15.1 förbjuds medlemsstaterna att ålägga tjänsteleverantörerna en allmän skyldighet att, i samband med tillhandahållande av sådana tjänster som avses i artiklarna 12–14, dvs. enbart vidarebefordran, cachning och värdtjänster, *övervaka* den information de överför eller lagrar. Tjänsteleverantörerna får inte heller åläggas någon allmän skyldighet att aktivt *efterforska* fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet.

I ingresspunkterna 47 och 48 förklaras närmare vad som avses med förbudet mot övervakningsskyldighet. Där poängteras bl.a. att förbudet endast gäller skyldigheter av allmän natur och inte övervakningsskyldighet i ett speciellt fall. Vidare sägs att direktivet inte berör medlemsstaternas möjlighet att kräva av tjänsteleverantörer som lagrar information från sina tjänstemottagare att visa den omsorg som skäligen kan förväntas av dem och vilken preciseras i nationell rätt, för att upptäcka och förhindra vissa slags olaglig verksamhet.

Vidare är det tillåtet för medlemsstaterna att fastställa skyldigheter för tjänsteleverantörer att omedelbart *informera* de be-

höriga myndigheterna om påstådda olagliga verksamheter som utförts eller olaglig information som tillhandahållits av mottagarna av deras tjänster eller att till behöriga myndigheter, på deras begäran, lämna information som gör det möjligt att identifiera de tjänstemottagare som de ingått lagringsavtal med (artikel 15.2).

5.11 Tvistlösning

I artikel 17 och ingresspunkterna 51–52 behandlas rätten till utomrättslig lösning av tvister, alltså tvistlösning av andra organ än domstol. Vid tvister mellan en leverantör och en mottagare av en informationssamhällets tjänst skall sådana metoder för utomrättslig lösning av tvister, bl.a. med hjälp av lämpliga elektroniska medel, som är tillgängliga enligt nationell lag kunna användas. Sådana tvistlösningsorgan skall bl.a. uppmuntras att underrätta kommissionen om viktiga beslut och avgöranden från utomrättsliga organ, domstolar och myndigheter som rör informationssamhällets tjänster (artiklarna 17.3 och 19.5).

Medlemsstaterna måste också se till att det finns möjligheter att snabbt vidta åtgärder, även interimistiska sådana, i syfte att avbryta en påstådd överträdelse och hindra ytterligare skada av berörda intressen (artikel 18.1).

Enligt artikel 18.2 skall e-handelsdirektivet läggas till i bilagan till EG-direktiv 98/27/EG av den 19 maj 1998 om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen (förbudsföreläggandedirektivet). Det innebär att det förfarande som erbjuds enligt förbudsföreläggandedirektivet kan tillämpas vid överträdelser mot e-handelsdirektivet (jfr prop. 2000/2001:34 om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer).

5.12 Samarbete

Medlemsstaterna skall se till att ha de medel för tillsyn och utredning som behövs för att effektivt kunna genomföra direktivet och se till att tjänsteleverantörerna förser dem med de uppgifter som krävs. Vidare skall medlemsstaterna, i syfte att samarbeta med övriga medlemsstater, utse en eller flera kontaktpunkter. Kontaktpunkter, som kan nå elektroniskt, skall även inrättas dit tjänstemottagarna och tjänsteleverantörerna kan vända sig för att få allmän information om avtalsrättsliga rättigheter och skyldigheter, om var de kan få klagomål och tvister prövade etc. Medlemsstaterna är även skyldiga att så fort som möjligt lämna den hjälp och de uppgifter som en annan medlemsstat eller kommissionen begär, även på elektronisk väg.

5.13 Genomförande och översyn

Direktivet skall vara genomfört i medlemsländerna före den 17 januari 2002. Före den 17 juli 2003 och därefter vartannat år skall kommissionen överlämna en rapport om hur direktivet tillämpas. Rapporten skall vid behov åtföljas av förslag på ändringar av direktivet för att anpassa det till den rättsliga, tekniska och ekonomiska utvecklingen på området. Som exempel på frågor som skall studeras särskilt kan nämnas ansvarsfrihetsreglerna i artiklarna 12 och 13 samt möjligheten att tillämpa den inre marknadens principer på icke begärda kommersiella meddelanden via e-post.

6 Genomförande av direktivet

Det kan finnas anledning att fråga sig om det är lämpligt att reglera ett område som utvecklas så snabbt och där tekniken ständigt förändras. Det finns risk för att reglerna inte till fullo korresponderar med den nya teknik som växer fram och att delar av lagstiftningen blir svår att applicera på nya, oförutsedda företeelser. Denna risk måste dock vägas mot de fördelar som en gemensam reglering inom unionen innebär. Direktivet, och därmed även lagstiftningen, skall dessutom ses över med jämna mellanrum för att anpassas till bl.a. den tekniska utvecklingen. Vid det svenska genomförandet av direktivet finns det dock anledning att vara försiktig med att reglera ett bredare område än vad direktivet kräver.

En naturlig utgångspunkt för hur regleringen av området skall utformas är att den skall vara ”teknikoberoende” och ”teknikneutral”. Det är dock viktigt att göra klart för sig vad man avser med dessa begrepp. Med teknikoberoende lagstiftning avses här att reglerna för t.ex. handel inte alls är relaterade till tekniska begrepp och därför kan tillämpas oavsett vilka medier som används. Med teknikneutral lagstiftning avses att regler för t.ex. e-handel inte enbart är tillämpliga på en viss teknik, som kanske snabbt blir förlegad genom den tekniska utvecklingen.

När man tar ställning till om regleringen kan utformas på ett teknikoberoende sätt måste det beaktas att Internet och tekniken med webbsidor skiljer sig från andra kända sätt att sprida information. Möjligheterna att anonymt och snabbt nå hela världen med information skiljer sig radikalt från andra kommunikationsformer, såsom telefon och telefax. Storleken på in-

formationsflödet är också unikt för Internet. En annan skillnad jämfört med t.ex. postorder och television är att informationen på webbsidor inte skickas till, utan snarare hämtas av en mottagare. En naturlig följd av dessa skillnader är att informations-samhällets tjänster kan behöva regleras särskilt, på samma sätt som det finns särskilda regler för exempelvis postbefordran och TV-sändningar.

En annan fråga är om direktivet inom kort är helt eller delvis överspelat, genom att webbsidor kanske inte längre kommer att vara det dominerande sättet att sprida information över öppna nät. Andra tekniker, där exempelvis någon central server inte existerar eller där anonymiteten är än större, kan komma att vara minst lika vanliga som www (se avsnitt 4.2.1). Om kravet på teknikneutral lagstiftning innebär att man från början måste täcka in alla tänkbara och otänkbara tekniker som kan komma att utvecklas i framtiden skulle det omöjliggöra all reglering, även om regleringsbehovet vore uppenbart.

Det torde alltså inte vara möjligt att utforma en lagstiftning som är fullständigt teknikoberoende och teknikneutral. Det rimliga är i stället att utforma reglerna med "teknikinsikt". Med detta avses att man så långt möjligt undviker att låsa fast användningen av en viss teknik, men samtidigt har klart för sig att regleringen har sin grund i nu vedertagen teknik och därför kan behöva en kontinuerlig översyn. Såsom nämnts skall direktivet ses över med jämna mellanrum, bl.a. med hänsyn till den tekniska utvecklingen. Den stora fördelen med direktivet är dessutom kanske inte nödvändigtvis de materiella reglerna i alla detaljer, utan det faktum att regleringen är gemensam för hela det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

6.1 En ny lag

Förslag: EG-direktivet (2000/31/EG) skall till största delen genomföras genom en särskild lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

Enligt artikel 249 i EG-fördraget är ett direktiv bindande för medlemsstaterna vad avser det resultat som skall uppnås. Det överläts åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Ett genomförande av direktivet innebär införande av ett tämligen stort antal nya regler om informationssamhällets tjänster.

Utgångspunkten för bedömningen av hur direktivet skall genomföras bör, som angetts, vara att lagstiftningen så långt möjligt skall vara teknikneutral och att specialregler för informationssamhällets tjänster bör undvikas. Detta talar för att de lagändringar som är nödvändiga för att genomföra direktivet bör ske i redan befintlig lagstiftning. Även med det synsättet som utgångspunkt kan det dock finnas särskilda skäl som talar för att en specialreglering till viss del måste ske.

Med hänsyn till direktivets komplexa och delvis detaljerade karaktär är det ofrånkomligt att delar av direktivet mer eller mindre ordagrant måste införas i lagstiftningen. Det finns skäl att överväga om några av dessa bestämmelser kan passa i lagar såsom marknadsföringslagen (1995:450), lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen) och lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen). Direktivet täcker dock ett mycket brett område och skulle föranleda en omfattande översyn av det befintliga regelverket. Många av de lagändringar som måste göras passar dessutom rättssystematiskt inte in i någon befintlig lag. Man kan också konstatera att elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster i viss mån ger upphov till speciella problem som kräver speciella lösningar. Vissa centrala regler i direktivet kan inte omfatta företeelser utanför informationssamhällets tjänster. En stor del av de lagändringar som är nödvändiga bör därför lämpligen ske genom att en ny speciallag om informationssamhällets tjänster tillskapas.

”Informationssamhällets tjänster” är i och för sig en otymplig beteckning, men får – inte minst genom direktivet – anses vara en vedertagen och internationellt etablerad term som bör ingå i den nya lagens namn. Med hänsyn till att behovet av direktivet

och därmed av lagen främst är relaterat till den elektroniska handeln, är "lag om elektronisk handel och andra informations-samhällets tjänster" ett lämpligt namn på den nya lagen.

Frågan är därefter i hur stor utsträckning det är lämpligt att följa direktivets text och struktur. Å ena sidan är det ju EG-domstolen som har sista ordet i fråga om tolkningen av de begrepp och uttryck som direktivet innehåller, vilket talar för att hålla sig så nära direktivet som möjligt. Å andra sidan är det viktigt att i möjligaste mån följa svenska traditioner i fråga om lagstil och inte i onödan tynga lagtexten med ett ohanterligt språkbruk. Det är därför nödvändigt att göra vissa förenklingar och modifieringar i förhållande till direktivet. En ytterligare aspekt är önskvärldheten av att åtminstone de nordiska länderna får en så enhetlig reglering som möjligt.

Svenska domstolar har vid tillämpning av lagar som införts för att genomföra EG-direktiv att tolka lagreglerna i överensstämmelse med direktivet (direktivkonform tolkning). Eftersom EG-direktiv saknar egentliga förarbeten, finns det inga direkta hållpunkter för tolkningen förutom själva direktivtexten med tillhörande ingresspunkter. Enligt EG:s rättsordning är EG-domstolen exklusivt behörig att göra auktoritativa uttalanden om innebörden av EG:s rättsregler. Innan EG-domstolen har sagt sitt är det därför svårt att veta exakt hur ett visst direktiv skall tolkas och tillämpas. Sverige har genom anslutningen till Europeiska unionen också förbundit sig att verka för en enhetlig tolkning och tillämpning av EG-rätten. Trots vissa fördelar med att genom utförliga förarbeten ge vägledning om hur lagen skall tolkas finns det därför anledning att vara försiktig med att uttala sig alltför mycket i det hänseendet.

6.2 Lagens innehåll och tillämpningsområde

Förslag: Lagen skall innehålla regler om fri rörlighet för informationssamhällets tjänster, om att svensk rätt skall gälla inom ett samordnat regelområde, även för tjänster som riktar sig mot andra stater inom EES, om krav på bl.a. viss information som måste lämnas och om ansvarsfrihet för vissa mellanhänder.

Lagen skall inte vara tillämplig på frågor som rör beskattning, behandling av personuppgifter eller karteller. Lagen skall inte heller vara tillämplig på viss närmare angiven notarie- och spelverksamhet eller på företrädande som ombud och försvar av klient inför domstol.

Omfattningen av elektronisk handel och andra informations-samhällets tjänster har ökat markant på senare år och kan förväntas få allt större betydelse i framtiden. Utmärkande för dessa tjänster är att de till stor del är gränsöverskridande och därmed ställer ökade krav på gemensamma lösningar på gemensamma problem. Syftet med direktivet, och därmed även med lagen, är att bidra till en väl fungerande inre marknad genom att säkerställa fri rörlighet för informationssamhällets tjänster mellan medlemsstaterna och inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

I lagen klargörs att svensk rätt skall gälla för de informations-samhällets tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med etableringsort i Sverige, även om tjänsterna riktar sig mot andra stater inom EES. Vidare klargörs under vilka förutsättningar det är tillåtet att hindra den fria rörligheten av tjänster som härrör från andra EES-stater. Vad gäller tillämpningsområdet för denna ursprungslandsprincip, se avsnitt 6.4.

Det ställs även krav på tjänsteleverantörer att bl.a. lämna viss information till dem som utnyttjar tjänsterna. Genom tillämpning av marknadsföringslagen blir det möjligt att utfärda förbudsförelägganden eller informationsförelägganden om kraven inte uppfylls. Ytterligare krav på information som måste lämnas finns i andra lagar, såsom marknadsföringslagen, distansavtals-

lagen, prisinformationslagen (1991:601) och lagen (1999:268) om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

I lagen föreslås även bestämmelser som klargör att tjänstleverantörer som agerar som mellanhänder av vissa slag under närmare angivna förutsättningar inte kan drabbas av skadeståndsskyldighet eller administrativa sanktionsavgifter för innehållet i den information de hanterar.

De frågor och områden som undantas från direktivets tillämpningsområde enligt artikel 1.5 bör undantas även från lagens tillämpningsområde. Vissa av de undantag som görs från direktivet är svårtolkade och kan vara svåra att applicera på svenska förhållanden. Som exempel kan nämnas undantaget för notariatsverksamhet eller liknande som framstår som något främmande för det svenska rättssystemet. Vid tolkningen av undantagen måste det dock hållas i minnet att de tjänster som lagen rör inte bara kommer att beröra den svenska marknaden, utan skall kunna erbjudas och cirkulera fritt inom hela unionen (se vidare författningskommentaren till 3 §). De undantag som görs i direktivet måste därför göras även i lagen. Till viss del bör det dock användas en kortare ordalydelse, som är mer anpassad till svensk lagstiftningstradition. I den svenska lagen bör uttrycket "notariefunktion" användas i stället för direktivets "notariatfunktion", för att inte riskera att begreppet tolkas så att det skulle innefatta t.ex. bankernas notariatavdelningar. Såsom framgått av avsnitt 6.1 måste den exakta innebörden av undantagen, i den mån den är oklar, i slutänden alltid avgöras av EG-domstolen.

Om en informationssamhällets tjänst i något fall omfattas av bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen (TF) eller yttrandefrihetsgrundlagen (YGL), så gäller naturligtvis de bestämmelserna före lagen (jfr ingresspunkt 9 i direktivet). Det innebär bl.a. att de bestämmelser om ensamansvar som finns i TF och YGL (se avsnitt 4.5.1) i förekommande fall har företräde framför de bestämmelser om ansvarsfrihet som föreslås i den nya lagen.

6.3 Definitioner

Förslag: Definitioner av begreppen informationssamhällets tjänster, tjänsteleverantör, etableringsort, tjänstemottagare, det samordnade regelområdet, reglerad yrkesverksamhet och EES skall införas i lagen.

Vissa av de definitioner som finns i direktivet bör lämpligen införas även i den föreslagna lagen om informationssamhällets tjänster. Andra begrepp, såsom kommersiellt meddelande och konsument, behöver dock av olika skäl inte definieras.

Informationssamhällets tjänster bör lämpligen definieras på i princip samma sätt som i 2 § förordningen (1994:2029) om tekniska regler, eftersom den förordningen bygger på det s.k. transparensdirektivet (se avsnitt 5.3), till vilket artikel 2a hänvisar. Definitionens ordalydelse kan dock förenklas något, även om innebörden i sak är densamma (se vidare i författningskommentaren, avsnitt 8). I bilaga V i transparensdirektivet finns en vägledande förteckning över tjänster som inte omfattas av begreppet informationssamhällets tjänster. Genom ingresspunkt 17 klargörs att dessa inte heller omfattas av definitionen i e-handelsdirektivet.

Tjänsteleverantör och *tjänstemottagare* kan definieras på samma sätt som i direktivet. I stället för det i direktivet använda begreppet etablerad tjänsteleverantör definieras begreppet *etableringsort* med samma funktion. Den andra meningen av direktivets definition är dock mer en förklaring, se vidare i författningskommentaren (avsnitt 8).

För att tydliggöra att det rör sig om vissa regler och inte om ett fysiskt område bör ”det samordnade området” i lagen benämnas *det samordnade regelområdet*. Detta för direktivet centrala begrepp behandlas närmare i avsnitt 6.4.1 och i författningskommentaren (avsnitt 8). Begreppet bör i huvudsak definieras i enlighet med direktivet. I direktivet återfinns dock en längre och delvis exemplifierande beskrivning av termen, som inte behöver anges i lagtexten. Vidare är det rent språkligt lämp-

ligare att använda ordet "etablering" i stället för "startande" av verksamhet. Någon saklig skillnad är dock inte avsedd.

Uttrycket *reglerad yrkesverksamhet* bör avse yrkesverksamhet som enligt lag eller förordning kräver auktorisation, legitimation eller liknande. Den definition som anges i direktivet är dock onödigt lång och krånglig. De hänvisningar till vissa EG-direktiv som görs där kan dessutom tolkas så att de yrken som är reglerade i de s.k. sektorsdirektiven inte omfattas, vilket inte torde ha varit avsikten. Oavsett om definitionen i direktivet kan sägas omfatta dessa senare yrken eller inte, saknas anledning att i den svenska lagen göra någon åtskillnad mellan de yrken som behandlas i de generella direktiven och de som behandlas i sektorsdirektiven.

Något behov av att införa en definition av *konsument* finns inte, eftersom innebörden av detta begrepp är väl etablerad i svensk rätt och det saknas anledning misstänka att dess användning inte överensstämmer med det som avses i direktivet.

Innebörden av *kommersiellt meddelande* torde motsvara det i svensk rätt väl etablerade begreppet marknadsföring. Någon ny definition behövs därför inte i den delen.

6.4 Ursprungslandsprincipen

6.4.1 Allmänt om ursprungslandsprincipen

Utgångspunkter

Vad som sagts tidigare (avsnitt 6.1) om försiktighet vid nationella tolkningar gäller inte minst när en artikel, som i det här fallet, är svårtydd och ger utrymme för olika tolkningar. Å andra sidan är det inte lämpligt att bara kopiera ordalydelsen i en artikel utan analys av dess innebörd. I den mån det är möjligt bör det därför, i varje fall i stora drag, anges vad artikeln och motsvarande lagregel anses ha för innebörd. Med EG-domstolens exklusiva tolkningsbehörighet i åtanke kan det

dock inte göras några bestämda uttalanden om artikelns innebörd i alla dess detaljer.

Ursprungslandsprincipens två delar

Ursprungslandsprincipen – som ibland även kallas sändarlands- eller hemlandsprincipen – kan sägas bestå av två delar. Den första delen, såsom den anges i artikel 3.1, innebär att medlemsstaterna skall se till att tjänsteleverantörer som är etablerade i det egna landet följer de lagar och regler som gäller där inom det s.k. samordnade området (som i lagen benämns ”det samordnade regelområdet”). Denna ursprungslandskontroll skall gälla även i de fall tjänsteleverantörerna helt eller delvis riktar sin verksamhet mot en annan stat inom EES-området (jfr ingresspunkt 22). Det betyder att det territoriella tillämpningsområdet för varje stats lagstiftning kan behöva anpassas så att den kan tillämpas på alla tjänsteleverantörer som är etablerade inom landet. Den andra delen av principen, som anges i artikel 3.2, innebär att de tjänster som uppfyller kraven i ursprungslandet skall få cirkulera fritt inom EES-området. Mottagarlandet får därför inte, utom i vissa undantagsfall, hindra den fria rörligheten av sådana tjänster som har sitt ursprung i andra EES-stater.

Ursprungslandsprincipens förhållande till internationell privaträtt

I artikel 1.4 förklaras att det genom direktivet inte införs några nya regler om internationell privaträtt (IP-rätt) och att domstolars behörighet inte berörs. Såsom framgått av avsnitt 4.5.7 består IP-rätten av regler om vilket lands lagstiftning som är tillämplig vid en privaträttslig konflikt med internationell anknytning, dvs. lagvalsregler. Till det IP-rättsliga området i dess egentliga mening räknas dock inte regler om lagars territoriella tillämpningsområden.

Vidare begränsas ursprungslandsprincipen till det samordnade området som, vilket utvecklas nedan, får anses vara begränsat till förhållandet mellan enskilda och det allmänna. Det innebär att ursprungslandsprincipen, såsom den har utformats i direktivet, inte har någon direkt inverkan på vilket lands lagstiftning som är tillämplig vid en privaträttslig konflikt.

Det territoriella tillämpningsområdet

Den första delen av ursprungslandsprincipen innebär som redan nämnts att medlemsstaterna skall se till att tjänsteleverantörer som är etablerade i det egna landet följer de bestämmelser som gäller där inom det samordnade området. De bestämmelser som berörs av det samordnade området (se nedan) måste därför vara tillämpliga på alla tjänsteleverantörer som är etablerade på det egna territoriet, oberoende av vart deras verksamhet riktar sig. Det är alltså en fråga om bestämmelsernas territoriella tillämpningsområden och om svenska myndigheters jurisdiktion.

Med hänsyn till att svensk marknadsföringslagstiftning och andra delar av den offentliga rätten (se avsnitt 4.5.3) enligt fast praxis har ansetts tillämplig enbart på sådan verksamhet som har ”effekt” i vårt land (effektlandsprincipen), innebär ursprungslandsprincipen att det territoriella tillämpningsområdet för delar av svensk rätt påverkas. Myndigheterna skall ju tillämpa marknadsföringslagstiftningen och all annan lagstiftning som omfattas av det samordnade regelområdet på alla tjänsteleverantörer som är etablerade i Sverige, oavsett om deras verksamhet kan anses ha effekt i vårt land eller inte. Å andra sidan innebär den andra delen av ursprungslandsprincipen, som framgår nedan, att svenska myndigheter som huvudregel inte skall tillämpa denna del av svensk rätt på tjänster som har sitt ursprung i andra EES-stater, även om dessa tjänster anses ha effekt på den svenska marknaden.

Ömsesidigt erkännande och fri rörlighet

Den andra delen av ursprungslandsprincipen innebär att svenska myndigheter och domstolar som huvudregel inte, inom det samordnade regelområdet, får hindra den fria rörligheten för sådana informationssamhällets tjänster som härrör från en annan EES-stat. Detta gäller även om tjänsterna helt eller delvis skulle rikta sig mot den svenska marknaden eller på annat sätt ha effekt i Sverige. Därigenom fastställs principen om ömsesidigt erkännande av övriga EES-staters nationella bestämmelser på området.

Denna del av ursprungslandsprincipen är i huvudsak bara en kodifiering av den EG-rättsliga princip som redan gäller, nämligen principen om ömsesidigt erkännande. Denna princip härrör från den s.k. Cassis de Dijon-domen¹, varför den ofta brukar benämnas Cassis de Dijon-principen. Domen, som var en tillämpning av tidigare artikel 30 (nuvarande artikel 28) i EG-fördraget, avsåg visserligen varor, men principen har senare utvecklats till att omfatta även tjänster. Principen innebär att en ekonomisk aktör som förmedlar en tjänst i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat fritt skall kunna förmedla samma tjänst i de övriga medlemsstaterna. Den mottagande medlemsstaten kan endast i undantagsfall motsätta sig förmedling av tjänster som görs lagligt av en tjänsteleverantör etablerad i en annan medlemsstat, nämligen då tjänsterna äventyrar värden av allmänt intresse, såsom folkhälsa, konsumentskydd eller miljöskydd. För att en åtgärd som hindrar den fria rörligheten skall vara tillåten krävs särskilt att den är icke-diskriminerande, behövlig och står i rimlig proportion till skyddsbehovet. Enligt EG-domstolens praxis strider såväl nationella diskriminerande åtgärder som icke-diskriminerande restriktioner som rör friheten att tillhandahålla tjänster mot fördraget².

¹ Mål 120/78 Rewe Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon), REG 1979, s. 649.

² Mål C-180/89, kommissionen mot Italien, REG 1991, s. 709.

Även i direktivet finns vissa möjligheter till undantag från principen om fri rörlighet för att skydda bl.a. folkhälsan och konsumenter (artikel 3.4). Frågan är därför vad direktivet tillför i denna del, som inte redan gäller enligt Cassis de Dijon-principen. Till att börja med fastställs i artikel 2c var en tjänst har sitt ursprung, genom att "etablerad tjänsteleverantör" definieras som en tjänsteleverantör som utövar näringsverksamhet med hjälp av ett fast driftställe under obestämd tid. Vidare kan den skillnaden utläsas att de skyddsintressen som kan motivera en handelshindrande åtgärd är mer begränsade i direktivet än vad som annars gäller. Dessutom kräver direktivet att en viss procedur följs, innefattande bl.a. en uppmaning till den andra medlemsstaten att vidta rättelse och en anmälan till kommissionen, innan åtgärden får vidtas. Utanför direktivets område gäller det omvända förhållandet, nämligen att det är kommissionen eller andra medlemsstater som i efterhand får reagera mot en viss handelshindrande åtgärd.

Innebörden av det samordnade regelområdet

Av avgörande betydelse för den närmare innebörden av ursprungslandsprincipen är vad som avses med "det samordnade området", eller det samordnade regelområdet som det benämns i lagförslaget. Enligt artikel 3.1 skall ju en tjänsteleverantör följa de av ursprungslandets bestämmelser som omfattas av det samordnade området och enligt artikel 3.2 får medlemsstaterna inte "av skäl som omfattas av det samordnade området" begränsa den fria rörligheten för tjänster från en annan medlemsstat. Det samordnade området omfattar de krav som leverantörer av informationssamhällets tjänster måste uppfylla när det gäller etablering och utövande av sin verksamhet, oavsett om kraven är av allmän natur eller särskilt utformade för informationssamhällets tjänster.

Definitionen av det samordnade området måste tolkas så att området är begränsat till krav som det allmänna ställer på tjänsteleverantörerna, dvs. offentligrättsliga krav. Bestämmelser

som rör förhållandet mellan enskilda, alltså privaträttsliga (civilrättsliga) bestämmelser, kan knappast beskrivas som krav som tjänsteleverantörer måste uppfylla. De kan snarare sägas föreskriva under vilka omständigheter som någon har en viss rätt mot någon annan. De omfattas följaktligen inte av definitionen av det samordnade området. Sådana bestämmelser berörs därför inte heller, mer än indirekt, av ursprungslandsprincipens båda delar. Vid bestämmande av vilket lands lag som skall tillämpas på ett visst avtal gäller i stället vad som sägs i Romkonventionen och andra IP-rättsliga regler.

Genom denna begränsning av ursprungslandsprincipen till offentligrättsliga regler påverkas inte parter frihet att bestämma tillämplig lag på deras avtal av ursprungslandsprincipen. Dessamma gäller civilrättsliga bestämmelser om t.ex. giltighet för avtal som skapar eller överför rättigheter i fast egendom och om immaterialrätt. Detta får i direktivet anses ha understrukits genom uttryckliga undantag från artikel 3. Dessa undantag kan knappast tolkas motsatsvis, så att exempelvis regler om giltighet för andra typer av avtal skulle omfattas av ursprungslandsprincipen.

Även avtalsförpliktelser vid konsumentavtal har i direktivet undantagits från det område som artikel 3 är tillämplig på. Undantaget kan, utöver sitt förtydligande syfte, för svensk del ha betydelse för t.ex. möjligheten att tillämpa lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. I lagen finns bl.a. marknadsrättsliga bestämmelser som innebär att Marknadsdomstolen får förbjuda näringsidkare att i framtiden använda vissa oskäligen avtalsvillkor i sina avtal med konsumenter. På liknande sätt kan det inte uteslutas att undantaget för giltighet för avtal som skapar eller överför rättigheter i fast egendom kan få viss betydelse.

I ingresspunkt 55 förtydligas att undantaget för "avtalsförpliktelser vid konsumentavtal" innebär att direktivet inte kan leda till att konsumenten förlorar det skydd som han får genom tvingande regler om avtalsförpliktelser enligt lagstiftningen i den medlemsstat där han har sin hemvist. Undantaget bör enligt ingresspunkt 56 tolkas så att det innefattar information om de

väsentliga delarna i avtalets innehåll, däribland rättigheter för konsumenten, som har ett avgörande inflytande på beslutet att ingå avtal.

6.4.2 Genomförandet av ursprungslandsprincipen

Förslag: I lagen skall införas en bestämmelse som innebär att svensk rätt skall gälla för de informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med etableringsort i Sverige, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot andra EES-stater. Det skall även införas bestämmelser om att informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av en tjänsteleverantör med etableringsort i en annan EES-stat och som uppfyller de krav som ställs där fritt får tillhandahållas i Sverige, utom i vissa närmare angivna undantagsfall. Bestämmelserna skall gälla inom det samordnade regelområdet.

Bestämmelserna skall inte vara tillämpliga på tillåtligheten av marknadsföring genom icke begärd e-post, viss utgivning av elektroniska pengar, marknadsföring av vissa fondandelar, vissa regler om direkta skade- och livförsäkringar, avtalsförpliktelser vid konsumentavtal, immaterialrätt och giltighet för avtal om fast egendom.

Det skall i lagen klargöras att ursprungslandsprincipen inte påverkar parter frihet att välja tillämplig lag på sitt avtal.

Frågan är till att börja med om, och i så fall hur, direktivets inverkan på svensk rätts territoriella tillämpningsområde och svensk jurisdiktion skall komma till uttryck i lagstiftningen. Man måste ha i åtanke att det inte bara är den omfattande marknadsrätten (se avsnitt 4.5.3) som berörs, utan även t.ex. straffrätten.

Ett alternativ är att lämna problemet åt rättstillämpningen genom att förutsätta att svenska domstolar och myndigheter gör en direktivkonform tolkning av den svenska lagstiftningen (jfr prop. 2000/2001:34, s. 25 f om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer). Innan

någon rättspraxis har utvecklats skulle det dock med den metoden föreligga en betydande osäkerhet om rättsläget. Det skulle också med fog kunna ifrågasättas om Sverige i så fall skulle uppfylla skyldigheten att genomföra direktivet på ett sådant sätt att det kan garanteras att myndigheterna faktiskt tillämpar direktivet fullt ut och att enskildas rättigheter och skyldigheter blir tillräckligt preciserade och tydliga.

Ett annat alternativ är därför att se över varje enskild lag och annan författning och analysera i vilken mån det befintliga tillsynsområdet behöver utsträckas. Förutom att det rent lagtekniskt skulle bli mycket komplicerat att uttryckligen reglera detta i varje författning skulle regleringen bli mycket svåröverskådlig.

Det lämpligaste alternativet är därför att i den föreslagna speciallagen om informationssamhällets tjänster införa en bestämmelse om att svensk rätt skall gälla inom det samordnade regelområdet, för tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med etableringsort i Sverige, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot andra EES-stater. Av detta följer också att svenska myndigheter, inom sina respektive tillsynsområden, skall se till att sådana tjänster uppfyller svensk rätt.

Frågan är sedan om den del som anger principen om fri rörlighet bör komma till uttryck i lagen och i så fall på vilket sätt. Som redan nämnts gäller principen redan enligt EG-fördraget. Möjligheterna att göra undantag från principen skiljer sig dock åt i fördraget och direktivet. Enligt fördraget är det möjligt för medlemsstaterna att göra generella undantag från principen under åberopande av vissa angivna skyddsintressen. De möjligheter till undantag som ges enligt direktivet innebär visserligen också att medlemsstaterna med hänsyn till vissa särskilt skyddsvärda intressen kan få vidta åtgärder som hindrar den fria rörligheten av en informationssamhällets tjänst med ursprung i en annan medlemsstat. De uppräknade skyddsintressena är dock mer begränsade än i fördraget. En annan väsentlig skillnad är att en åtgärd som hindrar den fria rörligheten enligt direktivet måste rikta sig mot en viss enskild tjänst och föregås av en prövning av att förutsättningarna är uppfyllda i det enskilda fallet. Vidare måste ett visst förfarande följas. Direktivet ger

alltså ingen möjlighet att införa generella undantag för att skydda folkhälsan, konsumenter etc. Det bör därför uttryckligen stadgas att tjänsteleverantörer som huvudregel har rätt att tillhandahålla sina tjänster i Sverige, om de i ursprungslandet uppfyller kraven inom det samordnade området. De skyddsintressen som i undantagsfall kan åberopas och det förfarande som måste följas innan åtgärder får vidtas skiljer sig från vad som redan gäller enligt EG-fördraget och bör därför anges i lagen.

När det gäller de generella undantag från ursprungslandsprincipen som görs i bilagan till direktivet måste olika resonemang föras beträffande de undantag som helt rör civilrätt och de som inte gör det. De undantag som inte alls rör civilrätten eller, såsom t.ex. undantaget för immaterialrätt, inte är av enbart civilrättsligt slag, bör anges som undantag även i lagtexten.

Ett av ”undantagen” i direktivets bilaga är dock av renodlat civilrättslig natur, nämligen det om parterns rätt att välja tillämplig lag på sitt avtal. Detta bör inte i lagen uttryckas som ett undantag från ursprungslandsprincipen. Mot bakgrund av att direktivet nämner parternas rätt att välja tillämplig lag bör det dock lämpligen i lagen tas in en klargörande bestämmelse att ursprungslandsprincipen inte påverkar den friheten.

Innebörden av de undantag som avser utgivning av elektroniska pengar, reklam för fondandelar och försäkringar behandlas närmare i författningskommentaren (avsnitt 8).

6.5 Informationskrav m.m.

6.5.1 Allmän information och information vid marknadsföring

Förslag: I den nya lagen skall införas krav på att tjänstleverantörer måste lämna viss allmän information. I marknadsföringslagen (1995:450) skall införas ett krav på att näringsidkare som sänder marknadsföring via e-post regelbundet skall kontrollera och respektera register där fysiska personer som inte önskar erhålla sådan marknadsföring kan registrera sig (s.k. opt out-register).

Bedömning: De krav som finns i direktivet på information som skall lämnas i samband med marknadsföring finns redan i marknadsföringslagen och bör därför inte införas i den nya lagen. Detsamma gäller kravet i artikel 7.1 på att icke begärd marknadsföring via e-post skall vara identifierbar som sådan. Inte heller kraven i artikel 8 behöver införas.

Informationskrav av olika slag finns bl.a. i artiklarna 5 och 6. Artikel 5 uppställer krav på viss allmän information som alltid måste lämnas. I artikel 6 finns krav på information som skall lämnas i samband med marknadsföring.

Bland de allmänna informationskrav som ställs i artikel 5 finns kravet att priser, om sådana anges, skall anges klart och otvetydigt och att det särskilt anges om de inbegriper skatt och leveranskostnader. I 9 § 3 och 4 distansavtalslagen och i 5 § prisinformationslagen finns redan dessa krav i förhållande till konsumenter. Distansavtalslagen innehåller dock en mängd undantag, vilket gör dess tillämpningsområde annorlunda än direktivets. Dessutom gäller kravet i direktivet även när priser anges i förhållande till näringsidkare. Ett motsvarande krav måste därför införas i svensk rätt, vilket lämpligast sker i den föreslagna nya lagen. Även övriga krav på allmän information som skall lämnas enligt artikel 5 bör införas i denna lag.

De krav som ställs i artikel 6 i direktivet finns redan i svensk rätt, framför allt genom vissa bestämmelser i marknadsförings-

lagen. De krav som ställs i direktivet på att marknadsföringen och den som ligger bakom denna skall kunna identifieras finns i 5 § marknadsföringslagen. Där sägs att all marknadsföring skall utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring och vem som svarar för denna. Även säljfrämjande erbjudanden, tävlingar och spel omfattas av begreppet marknadsföring. Av 13 § samma lag följer att information om villkoren för säljfrämjande erbjudanden skall lämnas tydligt. I det får anses ligga att informationen även skall vara lättillgänglig. Kravet att villkoren för deltagande i säljfrämjande tävlingar och spel skall vara lättillgängliga och framställas klart och tydligt, följer redan av det allmänna kravet på att all marknadsföring skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare, förenat med den rättspraxis som utvecklats på området. Marknadsdomstolen har i ett flertal avgöranden förbjudit användningen av vilseledande påståenden om bl.a. vinstchanser i säljfrämjande tävlingar och spel³. I 4 § marknadsföringslagen finns även ett allmänt krav på att sådan information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt skall lämnas. Direktivets krav på information i samband med marknadsföring får därför anses överensstämma med de krav som redan finns i marknadsföringslagen.

Icke begärd marknadsföring via e-post

Som framgått i avsnitt 5.7 reglerar direktivet inte om det skall vara tillåtet att skicka icke begärd e-postreklam eller inte, dvs. om medlemsländerna skall ha ett opt out- eller ett opt in-system (se avsnitt 4.5.3). Direktivet hänvisar dock till tillämpningen av EG-direktiven 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsument-skydd vid distansavtal (distansavtalsdirektivet) och 97/66/EG av den 15 december 1997 om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet (tele-

³ MD 1973:9, MD 1974:8, MD 1974:24, MD 1976:9 och MD 1978:28.

dataskyddsdirektivet). Inte heller i dessa direktiv anges vilket system som skall väljas. I den mån något av direktiven ändras i det avseendet kan dock tolkningen och innebörden av e-handelsdirektivet komma att påverkas.

De krav som ställs på tjänsteleverantörerna att regelbundet konsultera och respektera opt out-register kan tyckas förutsätta att det verkligen upprättas fungerande opt out-register i alla medlemsstater där det är tillåtet att skicka icke begärd marknadsföring via e-post. Direktivet ställer dock inget uttryckligt krav på medlemsstaterna att upprätta sådana. Det är även tänkbart att sådana register upprättas på frivillig väg av någon branschorganisation e.d. I ingresspunkt 30 anges att medlemsstater som väljer ett opt out-system bör uppmuntra och underlätta att branschen upprättar "lämpliga filtersystem".

Kravet på att regelbundet konsultera och respektera opt out-register gäller dock inte bara medlemsstaternas egna register. Frågan om tillåtligheten av icke begärd e-postreklam är undantagen från ursprungslandsprincipen, vilket innebär att den som sänder sådan reklam till mottagare i någon annan EES-stat inte bara kan förlita sig på lagen i det egna landet. Om det finns opt out-register i mottagarlandet eller på europeisk nivå (vilket kan bli en realitet i framtiden), måste även dessa register konsulteras och respekteras. Direktivets krav måste alltså införas i lagstiftningen, oavsett om vi i Sverige har upprättat något opt out-register eller inte. Kravet införs lämpligast i marknadsföringslagen, där tillåtligheten av att skicka marknadsföring via e-post redan nu regleras.

Med hänsyn till att frågan om icke begärda kommersiella meddelanden per e-post är tillåtliga eller inte är undantagen från ursprungslandsprincipen måste tjänsteleverantören vanligtvis följa lagen i det land dit e-postreklam skickas (effektlandet). Eftersom t.ex. Danmark har valt ett opt in-system, får en tjänsteleverantör etablerad i Sverige bara skicka e-postreklam till danskar som har accepterat detta.

Kravet i artikel 7.1 på att icke begärd e-postreklam skall vara klart och otvetydigt identifierbar som sådan finns som nämnts redan i svensk rätt, genom kravet på reklamidentifiering i 5 §

marknadsföringslagen. Kravet behöver därför inte införas i den nya lagen om informationssamhällets tjänster.

Reglerad yrkesverksamhet

Artikel 8.1 innehåller ett krav på att marknadsföring genom en informationssamhällets tjänst av dem som bedriver s.k. reglerad yrkesverksamhet skall vara tillåten. Eftersom det i Sverige generellt gäller näringsfrihet finns det inte för något av de yrken som avses (se avsnitt 5.3) något förbud mot marknadsföring reglerat i lag eller annan författning. Däremot finns det för bl.a. advokater frivilligt upprättade yrkesetiska regler, som anger på vilket sätt marknadsföringen får vara utformad. Sådana regler är dock fullt tillåtna att ha enligt direktivet. Artikeln föranleder därför inga åtgärder för svensk del.

6.5.2 Beställning

Förslag: I lagen skall införas krav på att viss information skall lämnas innan en beställning görs. Det skall även införas krav på att mottagandet av en beställning skall bekräftas och att tjänsteleverantörer skall tillhandahålla hjälpmedel som gör det möjligt att upptäcka och rätta inmatningsfel före beställning. Utanför konsumentförhållanden och vid avtal som ingås uteslutande genom personliga meddelanden skall parterna dock kunna komma överens om annat. Det skall vidare krävas att avtalsvillkor skall göras tillgängliga för tjänstemottagare så att de kan spara och återge dem.

De krav som ställs i artikel 10 i direktivet på att viss information skall lämnas innan en beställning görs måste införas i svensk rätt. Det sker lämpligast i den nya lagen om informationssamhällets tjänster. Även de krav som ställs i artikel 11 på att tjänsteleverantören skall bekräfta mottagandet av en order på visst sätt

och tillhandahålla tekniska hjälpmedel för att komma till rätta med inmatningsfel bör införas i den nya lagen.

Som följer av avsnitt 6.6 nedan torde det mest lämpliga vara att endast koppla marknadsrättsliga sanktioner till kraven. Det är därmed inte aktuellt att göra några ändringar i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) eller i annan civilrättslig lagstiftning.

Vad som sägs i artikel 11.1 andra strecksatsen, nämligen att beställningen och mottagningsbekaftelsen anses vara mottagna när de parter till vilka de är ställda "har tillgång till" dem, får antas ha samma innebörd som det i svensk rätt inarbetade begreppet "till handa" (jfr 2 § första stycket avtalslagen).

6.6 Påföljder

Bedömning: Det bör inte införas civilrättsliga eller straffrättsliga sanktioner för tjänsteleverantörer som inte följer den nya lagens krav. En tjänsteleverantör som åsidosätter lagens krav kan drabbas av förbuds- och informationsförelägganden enligt marknadsföringslagen. Någon ny möjlighet att döma ut marknadsstörningsavgift bör inte införas. De krav i direktivet som motsvaras av befintlig reglering i marknadsföringslagen sanktioneras genom bestämmelserna i den lagen om förbud, ålägganden och marknadsstörningsavgift. Enligt bestämmelser i marknadsföringslagen kan en tjänsteleverantör i vissa fall även åläggas att betala skadestånd till en konsument eller näringsidkare som lidit skada.

I direktivet föreskrivs att det skall införas påföljder mot de tjänsteleverantörer som inte uppfyller de bestämmelser som antas enligt direktivet och att alla åtgärder skall vidtas som krävs för att säkerställa att dessa bestämmelser efterlevs. Direktivet kräver att sanktionerna är verkningsfulla, proportionerliga och avskräckande, men reglerar inte närmare vilka typer av sank-

tioner som skall väljas. Det överlämnas i stället åt medlemsstaterna att avgöra om de vill koppla marknadsrättsliga, civilrättsliga eller till och med straffrättsliga sanktioner till bestämmelserna.

Som exempel på tänkbara civilrättsliga sanktioner för sådana fall då informationskraven inte följs kan nämnas att ett avtal som har ingåtts inte blir bindande för någon av parterna. Ett alternativ kan vara att avtalet blir bindande för tjänsteleverantören, men inte för konsumenten. Den som ingått avtalet med tjänsteleverantören får dock antas ha ett intresse av att avtalet blir bindande och att inte tjänsteleverantören kan ”komma ur” avtalet genom att underlåta att uppfylla något av informationskraven. De aktuella bestämmelserna tar vidare inte sikte på sådana centrala förpliktelser för tjänsteleverantören som – om de inte uppfylls – motiverar att avtalet inte skulle vara bindande för tjänstemottagaren. I motiven till distansavtalslagen uttalades att det allmänt sett ter sig främmande att låta ett avtal bli ogiltigt enbart av det skälet att ena parten inte har informerat motparten om dennes rättigheter enligt lag (prop. 1999/2000:89 s. 45). Det saknas anledning att göra någon annan bedömning i det här fallet. Alternativet att införa straffrättsliga sanktioner, t.ex. böter, framstår som än mer olämpligt och oproportionerligt i förhållande till de krav som ställs. I stället ter det sig mest naturligt och lämpligt att koppla kraven till marknadsrättsliga sanktioner.

Enligt den s.k. lagstridighetsprincipen anses all marknadsföring som strider mot lag vara otillbörlig enligt 4 § marknadsföringslagen (se avsnitt 4.5.3). Principen har lagts fast av Marknadsdomstolen och kommer också till uttryck i Internationella handelskammarens (ICC) grundregler för reklam. I motiven till den nya marknadsföringslagen angavs att principen var så självklar och väl förankrad att den inte behövde lagfästas (prop. 1994/95:123 s. 43). Principen innebär alltså att marknadsföring som inte uppfyller de krav som ställs i den nya lagen om informationssamhällets tjänster anses strida mot god marknadsföringssed och därmed vara otillbörlig enligt generalklausulen i marknadsföringslagen (se avsnitt 4.5.3). Sådan marknadsföring

kan med stöd av 14 och 15 §§ i den lagen åläggas förbudsföreläggande eller informationsföreläggande. Ett föreläggande skall förenas med vite. I praxis förekommer också s.k. villkorade förbud, dvs. förbud som får verkan bara om inte näringsidkaren uppfyller vissa villkor, t.ex. lämnar information av ett visst slag (a. prop. s. 90).

Bestämmelsen om informationsföreläggande är bara tillämplig i de fall informationen anses vara av särskild betydelse från konsumentsynpunkt. Den kan alltså bara tillämpas om marknadsföringen anses vara riktad mot konsumenter. Bestämmelsen om förbudsföreläggande kan dock tillämpas även om marknadsföringen anses otillbörlig mot andra näringsidkare. Enligt marknadsföringslagen är det också möjligt att ålägga en tjänsteleverantör som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot ett föreläggande att ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare (29 §).

Eftersom marknadsföringslagen och dess sanktionssystem automatiskt är tillämplig på marknadsföring som sker inom ramen för informationssamhällets tjänster, behöver någon uttrycklig hänvisning till den lagen inte göras.

Det kan övervägas om det förutom möjligheterna att ålägga förbuds- och informationsförelägganden även borde kunna utdömas marknadsstörningsavgift mot tjänsteleverantörer som inte uppfyller lagens krav. Bestämmelser om marknadsstörningsavgift finns i 22–28 §§ marknadsföringslagen. Enligt 22 § första stycket får en näringsidkare åläggas att betala marknadsstörningsavgift om näringsidkaren eller någon som handlar på näringsidkarens vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot någon bestämmelse i 5–13 §§ samma lag, de s.k. katalogbestämmelserna. I paragrafens andra stycke har det införts en möjlighet att döma ut marknadsstörningsavgift även vid överträdelser av vissa bestämmelser i lokalradiolagen (1993:120), tobakslagen (1993:581), alkohollagen (1994:1738) och radio- och TV-lagen (1996:844).

Möjligheten att döma ut marknadsstörningsavgift infördes med 1995 års marknadsföringslag. I motiven till lagen anfördes att marknadsstörningsavgiften borde användas i fall där det

förelåg ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen. Vidare framhölls att katalogbestämmelserna – till vilka avgiftssanktionen skulle vara kopplad – kunde sägas beskriva särskilt klandervärda förfaranden, som Marknadsdomstolen genom åren har ansett böra motverkas (prop. 1994/95:123 s. 104). Katalogbestämmelserna tar närmast sikte på att motverka någon form av vilseledande marknadsföring. De skäl som har ansetts motivera marknadsstörningsavgift föreligger knappast vid underlåtenhet att uppfylla krav av det slag som nu föreslås.

Vid införandet av lagen (2000:1175) om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer (se avsnitt 4.5.3) infördes ingen möjlighet att utdöma marknadsstörningsavgift. Det särskilda förfarandet enligt lagen blir i princip bara aktuellt i de fall där en i Sverige etablerad näringsidkare riktar sin marknadsföring mot en annan marknad än den svenska. Eftersom marknadsstörningsavgifter sannolikt inte skulle kunna drabba andra aktörer på den utländska marknaden ansågs det av principiella skäl, främst från likabehandlingssynpunkt, inte lämpligt att ålägga sådan avgift i de aktuella situationerna. Det ansågs inte heller vara helt i överensstämmelse med det bakomliggande EG-direktivet att ålägga en repressiv avgift (prop. 2000/01:34 s. 28 f.).

Inte heller vid införandet av distansavtalslagen och dess ganska omfattande informationskrav ansågs det lämpligt att koppla kraven till en möjlighet att utdöma marknadsstörningsavgift. Det saknas motiv att göra någon annan bedömning i det här fallet. Det bör därför inte införas någon ny möjlighet att döma ut marknadsstörningsavgift.

Detta hindrar givetvis inte att tjänsteleverantörer som bryter mot de delar av direktivets informationskrav som redan finns i 5 och 13 §§ marknadsföringslagen (se avsnitt 6.5.1) i vissa fall skulle kunna åläggas att betala marknadsstörningsavgift enligt 22 § marknadsföringslagen.

6.7 Formkrav på avtal

Enligt artikel 9 i direktivet krävs att formkrav som hindrar avtal från att ingås på elektronisk väg upphävs, med vissa undantag. Artikel 9 gäller endast sådana avtal som kan ingås i samband med informationssamhällets tjänster.

Såsom framgått i avsnitt 4.5.2 finns det inom civilrätten endast ett mycket begränsat antal situationer där svensk lagstiftning kräver avtal i pappersform med egenhändiga underskrifter. Begreppet skriftligen har som nämnts i flera fall ansetts innefatta, eller i varje fall inte utesluta, användningen av elektroniska medel. Mot denna bakgrund finns det t.ex. skäl att anse att även en användning av elektroniska medel uppfyller kravet på skriftlig överenskommelse i 3 kap. 5 § tredje stycket lagen (1991:981) om värdepappersrörelse.

Som exempel på avtal där det finns formkrav som utesluter användningen av elektroniska medel kan nämnas fastighetsköp och avtal om konsumentkrediter. Inom familjerätten finns sådana formkrav för äktenskapsförord och bodelningsavtal. Som framgått av avsnitt 5.8 skall medlemsstaterna uppge för EG-kommissionen på vilka kategorier av avtal de behåller rättsliga krav som hindrar användningen av elektroniska avtal.

6.7.1 Formkrav som bör behållas

Bedömning: Gällande formkrav för avtal om fast egendom, bostadsrätt, tidsdelat boende, äktenskapsförord och bodelning bör behållas.

Avtal om fast egendom och familjerättsliga avtal

En typ av avtal där direktivet tillåter formkrav som hindrar avtal från att ingås på elektronisk väg är avtal som skapar eller överför rättigheter när det gäller fast egendom. Som framgått i avsnitt 4.5.2 finns det för sådana avtal krav på underskrift av parterna och, för att omedelbart få lagfart, krav på bevittning. Det system för hur avtal om fast egendom ingås har en lång tradition bakom sig och är väl etablerat i det svenska rättssystemet. För svensk del är det därför, åtminstone tills vidare, lämpligt att behålla dessa formkrav. Det gäller även de formkrav som finns i fråga om familjerättsliga avtal, såsom äktenskapsförord och bodelningsavtal. Det sagda hindrar dock inte att det i framtiden kan komma att övervägas om det är lämpligt att även på dessa områden tillåta avtal att ingås på elektronisk väg.

Avtal om hyresrätt, bostadsrätt och tidsdelat boende

Som framgått ovan tillåter direktivet formkrav som hindrar avtal som skapar eller överför rättigheter när det gäller fast egendom från att ingås på elektronisk väg. Det görs dock ett undantag från detta undantag i fråga om hyresavtal. Hyresavtal skall enligt jordabalken 12 kap. 2 § ingås "skriftligen" om hyresvärden eller hyresgästen begär det. Vad som avses med begreppet skriftligen kan, som framgått i avsnitt 4.5.2, vara föremål för olika tolkningar. I vissa sammanhang kan det anses betyda att det måste ske "på papper", medan det i andra sammanhang kan anses betyda att det inte får ske muntligt (jfr SOU 1996:40 s. 95 f). Oavsett hur begreppet skall tolkas i detta sammanhang är det i varje fall tillåtet att ingå hyresavtal på elektronisk väg om parterna är överens om det. Någon ändring av bestämmelsen behöver därför inte göras med anledning av direktivet.

I bostadsrättslagen (1991:614) finns krav på att upplåtelse och överlåtelse av bostadsrätter skall upprättas "skriftligen". När det gäller överlåtelser anges dessutom att avtalet skall skrivas under av säljaren och köparen. Med bostadsrätt avses den rätt i en bo-

stadsrättsförening som en medlem har på grund av en upplåtelse av en lägenhet med sådan rätt. Avtal om upplåtelse och överlåtelse av bostadsrätt torde vara att betrakta som sådana avtal som skapar eller överför rättigheter i fast egendom och de utgör inte hyresavtal. Det är därför tillåtet enligt direktivet att behålla kravet på undertecknande.

I 7 § lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende sägs att ett avtal om upplåtelse eller överlåtelse av en bostadsandel skall upprättas ”skriftligen och undertecknas av parterna”. Lagen grundar sig på ett EG-direktiv⁴ där det anges att avtalet skall vara skriftligt och innehålla uppgift om bl.a. dag och plats för varje parts undertecknande av avtalet (artikel 4 och punkt m i bilagan). Detta har vid genomförandet av nyss nämnda direktiv tolkats som ett krav på att avtalet, förutom att vara skriftligt, även måste vara undertecknat av parterna.

Som tidigare nämnts är det enligt artikel 9.2 a i e-handelsdirektivet tillåtet att behålla krav som hindrar avtal från att ingås elektroniskt när det gäller avtal om fast egendom, med undantag för hyresavtal. Frågan är därför om lagen om tidsdelat boende över huvud taget rör hyresavtal och om kravet på undertecknande är förenlig med e-handelsdirektivet.

Syftet med lagen var inte att införa en ny överlåtelse- eller upplåtelseform i svensk rätt, utan endast att skapa ett ytterligare konsumentskydd i avtalsförhållanden som faller in under befintliga överlåtelse- och upplåtelseformer. I lagens förarbeten (prop. 1996/97:127 s. 17) sägs att den form som i första hand torde vara aktuell i Sverige är överlåtelse av ideella andelar i fast egendom, förenade med samäganderättsavtal som ger en tidsmässigt begränsad rätt att använda egendomen. Även avtal om upplåtelse eller överlåtelse av bostadsrätt torde, när bostadsrätten innehas av flera och nyttjanderätten dem emellan regleras genom ett delägaravtal, kunna komma att falla in under lagstiftningen. Med

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 94/47/EG av den 26 oktober 1994 om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis (time share-direktivet), EGT L 280, 29.10.1994, s. 83, Celex 31994L0047.

hänsyn till att det är straffbart att uppsåtligen uppställa villkor om särskild ersättning för upplåtelse eller överlåtelse av hyresrätt, sägs dock att avtal om upplåtelse eller överlåtelse av bostadsandelar i praktiken knappast kommer att upprättas enligt reglerna om hyra.

Slutsatsen är att avtal om tidsdelat boende knappast är att hänföra till hyresavtal, utan till sådana avtal om fast egendom där det är tillåtet att behålla krav på undertecknande på papper. En annan tolkning skulle också rimma illa med kravet i ”time share-direktivet” på att dag och plats för parternas undertecknande av avtalet skall anges.

Liksom för avtal om fast egendom får det tills vidare anses lämpligt att behålla gällande formkrav på avtal om hyresrätt, bostadsrätt och tidsdelat boende.

6.7.2 Avtal om konsumentkredit

Förslag: I konsumentkreditlagen (1992:830) skall införas en möjlighet att ingå avtal om konsumentkredit på elektronisk väg. Som formkrav skall anges att avtalet skall undertecknas av konsumenten eller signeras av denne med en kvalificerad elektronisk signatur. Föreskriften att konsumenten skall få en kopia av avtalet skall bibehållas.

Nuvarande formkrav

Av 9 § konsumentkreditlagen (1992:830) framgår att ett avtal om kredit skall ingås skriftligen och undertecknas av konsumenten samt att denne skall få en kopia av avtalet. Vidare stadgas bl.a. att ett kreditavtal som inte har ingåtts skriftligen ändå skall vara giltigt, utom i fråga om villkor som är till nackdel för konsumenten.

Som nämnts i avsnitt 4.5.2 har krav på skriftlighet i flera sammanhang ansetts innefatta användandet av elektroniska medel. Innebörden av begreppet måste dock tolkas i varje fall för sig.

När det, som i det här fallet, även finns ett krav på undertecknande kan det knappast tolkas på annat sätt än att avtalet måste ingås genom en underskrift med penna på papper.

I förarbetena till konsumentkreditlagen (se prop. 1991/92:83 s. 84) anges i huvudsak följande beträffande ändamålet med lagens krav på skriftlighet, som infördes främst av det skälet att EG:s konsumentkreditdirektiv (87/102/EEG)⁵ innehöll ett sådant krav. En väsentlig fördel med skriftlig form är att de åtaganden som konsumenten gör i princip måste tas in i det skriftliga avtalet för att konsumenten skall vara bunden av dem. Härigenom motverkas problem med att bevisa vad konsumenten har åtagit sig liksom risken för att konsumenten utsätts för avtalsvillkor som står i strid med lagens tvingande bestämmelser. Detta kan bidra till att motverka tvister mellan parterna om avtalsvillkoren. En annan viktig fördel med kravet på skriftlighet är att konsumenten får anledning att bättre än annars överväga sitt åtagande. Detta förutsätter dock att konsumenten bereds möjlighet att ta del av villkoren innan han undertecknar avtalet.

Ändamålet med kravet på undertecknande får anses sammanfalla med vad som nyss redovisats om skriftlighetskravet.

Den fråga som man nu måste ta ställning till är om det som här anförts om ändamålen med skriftlighet och undertecknande, och som alltså delvis har sin grund i konsumentkreditdirektivet, går att förena med att det införs en möjlighet att på elektronisk väg ingå avtal om konsumentkredit.

Behöver regeln i 9 § konsumentkreditlagen ändras?

Artikel 9 i e-handelsdirektivet kräver att medlemsstaternas avtalsrättsliga reglering varken ”skapar hinder för användningen av avtal på elektronisk väg” eller ”medför att sådana avtal fränkänns

⁵ Rådets direktiv 87/102/EEG av den 22 december 1986 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter, EGT L 042, 12.2.1987, s. 48, Celex 31987L0102..

rättslig verkan och giltighet på grund av att de kommit till stånd på elektronisk väg”.

Visserligen innebär inte 9 § konsumentkreditlagen att ett avtal om kredit blir i sin helhet ogiltigt bara av det skälet att formkraven i paragrafen inte iakttagits. Såsom framgått av det tidigare sagda är det i stället endast villkor som är till nackdel för konsumenten som i en sådan situation skall anses ogiltiga. Även en sådan begränsad ogiltighet lär emellertid strida mot direktivet. Av artikel 9.1 får nämligen anses följa att även villkor som är till konsumentens nackdel måste kunna avtalas på elektronisk väg. Detta talar alltså för att 9 § konsumentkreditlagen bör ändras.

Av artikel 1.3 sedd i ljuset av ingresspunkt 11 i e-handelsdirektivet följer dock att direktivet inte får leda till en försämring av det konsumentskydd som etablerats genom en rad konsumentskyddande direktiv, bl.a. konsumentkreditdirektivet. Eftersom kravet i konsumentkreditlagen på att avtal om kredit skall ingås skriftligen har sitt ursprung i just konsumentkreditdirektivet, måste det övervägas om ett införande av en möjlighet att ingå sådana avtal på elektronisk väg skulle strida mot några av det direktivets konsumentskyddande intressen.

Konsumentkreditdirektivet ger ingen vägledning i frågan om hur dess krav på skriftlighet bör tolkas. Eftersom det när direktivet beslutades knappast var aktuellt att ingå avtal på elektronisk väg, torde avsikten med bestämmelsen inte ha varit annan än att såvitt möjligt förhindra att avtal om kredit ingås muntligen och att därigenom motverka bevisproblem i fråga om konsumentens åtagande. När konsumentkreditdirektivet – och den svenska lagen – kräver att avtal om kredit skall ingås skriftligen, synes detta alltså inte utesluta att avtal kan ingås även på elektronisk väg, förutsatt att förfarandet tillåter att bevisning om åtagandet kan säkras.

Av det sagda har alltså framgått att införandet av en möjlighet att ingå avtal om kredit på elektronisk väg inte står i strid med skriftlighetskravet i konsumentkreditdirektivet och konsumentkreditlagen. Annorlunda förhåller det sig dock med lagens krav på att konsumenten skall underteckna avtalet. Som tidigare har framhållits lämnar kombinationen av kraven på skriftlighet och

undertecknande knappast utrymme för något annat förfarande än underskrift på papper. I denna del behöver lagen därför ändras på så sätt att det jämte egenhändigt undertecknande införs en möjlighet för konsumenten att bekräfta sitt åtagande på elektronisk väg.

Elektroniska signaturer

Genom lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer, som trädde i kraft den 1 januari 2001, genomförs EG-direktivet (1999/93/EG) om ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer⁶.

En elektronisk signatur används för att säkerställa att elektroniskt överförd information inte har förändrats och för att identifiera informationens avsändare. Den teknik som i dag allmänt används för att skapa elektroniska signaturer utnyttjar kryptografiska principer för att med en matematisk funktion generera en signatur från de data i digital form som ingår i den elektroniska handling som skall signeras och något slag av unik nyckel som hör ihop med den som signerar.

För att kunna använda en elektronisk signatur i ett öppet system, där parterna inte känner varandra i förväg, behöver parterna inhämta information om kopplingen mellan en elektronisk signatur och en bestämd person. Därför utfärdas elektroniska intyg, s.k. certifikat, av en betrodd tredje part, där det anges vem som är innehavare av en elektronisk signatur.

I 2 § i den nämnda lagen definieras bl.a. begreppen elektronisk signatur, avancerad elektronisk signatur, kvalificerad elektronisk signatur och kvalificerat certifikat.

En elektronisk signatur är enligt lagen ”data i elektronisk form som är fogade till eller logiskt knutna till andra elektroniska data och som används för att kontrollera att

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/93/EG av den 13 december 1999 om ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer (EGT L 13, 19.1.2000, s. 12, Celex 31999L0093).

innehållet härrör från den som framstår som utställare och att det inte har förvanskats”. Till skillnad från de båda andra begreppen är detta begrepp endast en teknisk metod och behöver inte vara knuten till en fysisk person. En avancerad elektronisk signatur utmärks däremot bl.a. av att den är knuten uteslutande till en viss fysisk person som kan identifieras genom signaturen. En kvalificerad elektronisk signatur är slutligen en avancerad elektronisk signatur som är baserad på ett kvalificerat certifikat och skapad av vissa närmare angivna anordningar för signaturframställning. Ett kvalificerat certifikat skall innehålla vissa uppgifter och vara utfärdat av en certifikatutfärdare som uppfyller vissa högt ställda säkerhetskrav. Lagen innehåller regler om krav på, tillsyn över och skadeståndsansvar för dem som utfärdar kvalificerade certifikat till allmänheten.

I frågan om elektroniska signaturer kan likställas med traditionella egenhändiga underskrifter gjorde regeringen enligt motiven till den nämnda lagen den bedömningen att elektroniska signaturer av ”tillräckligt hög kvalitet” torde ha en minst lika god säkerhet som traditionella underskrifter (se prop. 1999/2000:117, s. 17).

Av 17 § i lagen framgår att kvalificerade elektroniska signaturer ges en viss särställning, för det fall att krav på undertecknande får uppfyllas med elektroniska medel. Om det i lag eller annan författning ställs krav på egenhändig underskrift eller motsvarande och om det är tillåtet att uppfylla kravet med elektroniska medel, skall en kvalificerad elektronisk signatur anses uppfylla kravet. Detta utgör i och för sig inte hinder mot att godta elektroniska signaturer med lägre säkerhetsnivå än kvalificerade, om kravet på undertecknande får uppfyllas med elektroniska medel. Det får dock inte ställas högre krav på den elektroniska signaturen än vad som ställs på kvalificerade elektroniska signaturer (a. prop., s. 77 f).

För och emot en kvalificerad respektive ”enkel” elektronisk signatur

I enlighet med det tidigare anförda bör det införas en möjlighet att på elektronisk väg teckna avtal om konsumentkredit. Detta förutsätter alltså att det jämte lagens nuvarande krav på egenhändigt undertecknande införs en möjlighet för konsumenten att med elektroniska medel uppfylla detta krav. Frågan är nu om detta elektroniska medel bör vara en kvalificerad elektronisk signatur eller en ”enkel” sådan signatur.

Utgångspunkten för valet mellan de båda formerna av elektroniska signaturer måste vara att det bör skapas tekniska lösningar som – såvitt möjligt – är både säkra och lättanvända. Därigenom uppnås att människor känner tillit till elektroniska signaturer och tycker att de är praktiska att använda.

Vad som mot den bakgrunden kan tala för att välja en ”enkel” elektronisk signatur är främst intresset av att inte onödigtvis försvåra för parterna att ingå avtal på elektronisk väg. Det kan t.ex. antas att ett krav på kvalificerad elektronisk signatur skulle föra med sig behov av investeringar i ny teknisk utrustning, vilket kunde avhålla såväl kreditgivare som konsumenter från att utnyttja sig av möjligheten att ingå kreditavtal över t.ex. Internet. Det torde också vara så att även andra elektroniska signaturer än kvalificerade sådana kan ge en tillräcklig säkerhet, i varje fall i de slutna system som många banker tillhandahåller.

Vad som emellertid i detta sammanhang kan tala för att i stället föreskriva att avtalet skall ingås med användande av kvalificerad elektronisk signatur är just svårigheten att peka ut vilka dessa ”andra signaturer” är och sedan bedöma om de kan ge ”tillräcklig säkerhet”. Det får nämligen anses vara en fördel om lagen kan lämna klart besked i frågan om vilket slag av elektroniskt medel som kan ersätta konsumentens egenhändiga undertecknande. En annan ordning skulle kunna medföra att vilken elektronisk signatur som helst kom till användning och att det – i händelse av tvist – i efterhand fick prövas om signaturen var tillförlitlig eller inte. Det kan också göras gällande att en sådan ordning skulle innebära ett alltför stort avsteg från de tankar som bär upp de nuvarande formkraven. Så torde t.ex. det tillfälle

till eftertanke som lagstiftaren genom formkraven velat ge konsumenten gå förlorat, om det blir alltför enkelt och lättvindigt att i ett öppet system signera avtalet. Vidare torde bristande precision i utpekandet av de signaturer som kan godtas medföra att kreditgivarna skulle komma att sväva i ovisshet om huruvida konsumenten var helt bunden av kreditavtalet eller inte.

Genom den nämnda lagen får begreppet kvalificerad elektronisk signatur anses vara väl etablerat och lätt att identifiera. Signaturer med sådan säkerhetsnivå har genom det bakomliggande direktivet getts en särställning i hela EU. Som tidigare anförts är det visserligen riktigt att "enkla" elektroniska signaturer torde ge tillräcklig säkerhet i de slutna system som många banker använder sig av. Emellertid är konsumentkreditlagen i dess nya lydelse avsedd att tillämpas på alla kreditavtal som ingås på elektronisk väg, vare sig detta sker i öppna eller slutna system. Detta förhållande talar för att lagen som alternativ till egenhändigt undertecknande bör anvisa den kvalificerade elektroniska signaturen. Certifikat för kvalificerade elektroniska signaturer erbjuds visserligen ännu inte i någon större omfattning, men detta torde vara ett tillstånd av övergående natur.

Efter en avvägning av de fördelar och nackdelar som redovisats ovan föreslås att konsumentkreditlagen pekar ut kvalificerade elektroniska signaturer som det elektroniska medel som kan ersätta konsumentens egenhändiga undertecknande vid ingående av avtal om kredit.

Övriga form- och ordningsföreskrifter enligt konsumentkreditlagen

Av 9 § konsumentkreditlagen framgår vidare att konsumenten skall få en kopia av avtalet. Denna föreskrift bör bibehållas, vilket kommer att medföra att konsumenten även vid ett elektroniskt ingånget kreditavtal skall kunna förvänta sig att från kreditgivaren få sig tillsänd en papperskopia av avtalet.

Det finns vidare skäl att erinra om att reglerna i lagens 6–8 §§ om kreditgivarens informationsskyldighet är oförändrade och således tillämpliga även då avtalet sluts i elektronisk miljö.

6.7.3 Avtal om finansiella instrument

Förslag: I lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument skall införas en möjlighet att sluta avtal på elektronisk väg.

Lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument riktar sig till samtliga aktörer på värdepappersmarknaden och innehåller bestämmelser om hur handeln på värdepappersmarknaden skall bedrivas (prop. 1990/91:142). I 3 kap. 1 § finns en bestämmelse om att avtal mellan ett företag som står under tillsyn av Finansinspektionen och en ägare till ett finansiellt instrument om att företaget skall ha rätt att förfoga över det finansiella instrumentet, skall slutas skriftligen i en handling som upprättats särskilt för ändamålet.

Som tidigare angetts skall medlemsstaterna enligt artikel 9 i direktivet se till att deras rättssystem tillåter att avtal ingås på elektronisk väg. De skall särskilt se till att de rättsliga krav som är tillämpliga på avtalsprocessen varken skapar hinder för användningen av avtal på elektronisk väg eller medför att sådana avtal fränkänns rättslig verkan och giltighet på grund av att de kommit till på elektronisk väg. De undantag som anges från detta omfattar inte avtal om finansiella instrument. Det måste därför införas en möjlighet att träffa sådana avtal på elektronisk väg.

Kravet på att avtalet skall ingås i en för ändamålet särskilt upprättad handling måste anses innebära ett krav på att avtalet ingås "på papper". I lagen bör därför införas en möjlighet att ingå avtalet även i någon annan läsbar och varaktig form, som är tillgänglig för parterna (jfr 10 § lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal).

6.8 Ansvarsfrågor

Förslag: I lagen skall införas regler om att tjänsteleverantörer som erbjuder en informationssamhällets tjänst som består av att överföra information i kommunikationsnät eller effektivisera sådan överföring, tillhandahålla tillgång till kommunikationsnät eller lagra information, under vissa närmare angivna förutsättningar, inte på grund av innehållet i informationen skall vara skyldiga att ersätta skada eller betala sanktionsavgifter.

Bedömning: Genomförandet av direktivet kräver inte lagändringar såvitt gäller straffrättsligt ansvar.

6.8.1 Allmänt

De tjänstelevererande mellanhänder som avses i artiklarna 12–14 i direktivet omfattar de som utför tjänsterna enbart vidarebefordran, cachning och värdtjänster. Innebörden av dessa tjänster beskrivs närmare i avsnitt 4.2.2. Det är fråga om verksamhet som innebär överföring och lagring av information som tillhandahållits av andra. I artiklarna anges att dessa mellanhänder, under vissa närmare angivna förutsättningar, skall vara fria från ansvar för den information de hanterar i verksamheten. De ansvarsbegränsningar som regleras i artiklarna avser alla typer av ansvar inom alla rättsområden.

Ett syfte med bestämmelserna är att säkerställa att mellanhänderna inte drabbas av ett orimligt stort ansvar, vilket riskerar att hämma utvecklingen av informationssamhällets tjänster. Ett annat är att öka tryggheten och rättssäkerheten samt att avlägsna hinder för den fria rörligheten för tjänsterna genom att ha tydliga och framför allt gemensamma regler på den inre marknaden. I ingresspunkt 40 sägs att befintliga och framväxande skillnader i medlemsstaternas lagstiftning och rättspraxis avseende ansvar för tjänsteleverantörer som agerar mellanhänder (omtalas fortsättningsvis som mellanhänder) hindrar en inre marknad från att fungera smidigt, särskilt genom att utvecklingen av

gränsöverskridande tjänster hämmas och genom att konkurrensen snedvrids.

Det är viktigt att poängtera att ansvarsfrihetsreglerna inte innebär att det skapas något slags immunitet för mellanhänder. Tvärtom begränsas ansvarsfriheten genom en rad olika villkor och förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ansvarsfrihet skall komma ifråga. Dessa begränsningar får anses vara väl avvägda och i linje med svensk rättsuppfattning. Det bör också betonas att reglerna inte på något sätt påverkar möjligheterna att hålla dem ansvariga som tillhandahållit eller på annat sätt ligger bakom den olagliga informationen.

Som redan nämnts gäller ansvarsbegränsningarna inom alla rättsområden. Det ansvar det är frågan om är olika typer av sanktioner som kan drabba en mellanhand på grund av innehållet i den information som förekommer inom ramen för tjänsten. I avsnitten 6.8.2-6.8.5 nedan diskuteras de former av ansvar som har bedömts vara relevanta, nämligen straffrätligt ansvar, skadeståndsansvar samt ansvar som innebär att någon åläggs att betala sanktionsavgift. De frågor som analyseras är främst om svensk rätt står i överensstämmelse med direktivets artiklar och om det finns ett behov av att införa uttryckliga ansvarsfrihetsregler.

Allmänt sett kan sägas att behovet av ansvarsfrihetsregler naturligtvis är störst på de områden där ansvarsförutsättningarna är minst begränsande. När det gäller skadeståndsansvar finns exempelvis på det upphovsrättsliga området i vissa fall föreskrivet strikt ansvar. Eftersom rättsläget här i vissa delar är oklart (se avsnitt 4.5.6) finns ett behov av klargörande ansvarsfrihetsregler. I fråga om sanktionsavgifter är det mer oklart huruvida en mellanhand kan drabbas av ansvar i sådana situationer där direktivet föreskriver ansvarsfrihet. Mot bakgrund av att området inte kännetecknas av ett lika väl utvecklat system för ansvarstillskrivande som straffrätten, att strikt ansvar är relativt vanligt förekommande samt att det inte finns några starka motstående intressen har en uttrycklig reglering av ansvarsfriheten, trots att den sannolikt är obehövlig, funnits vara befogad. När det gäller straffrätten, slutligen,

begränsas ansvaret genom en lång rad principer och regler som genom rättspraxis fått ett relativt entydigt innehåll. Mot denna bakgrund har den bedömningen gjorts att svensk rätt redan idag uppfyller direktivets krav på straffrättslig ansvarsfrihet på ett fullt godtagbart sätt.

6.8.2 Straffrättsligt ansvar

Som kommer att utvecklas i det följande gäller på det straffrättsliga området redan enligt nuvarande regler ansvarsfrihet i den omfattning som föreskrivs i artiklarna 12–14 i direktivet. Detta följer dels av att det allmänna kravet på subjektiv täckning i praktiken utesluter ansvar i sådana fall där ansvarsfrihet är föreskriven enligt direktivet, dels av att det straffrättsliga ansvaret härutöver begränsas av allmänna principer om underlåtenhetsansvar.

Vad gäller enligt svensk straffrätt?

I detta avsnitt beskrivs under vilka förutsättningar straffrättsligt ansvar för en mellanhand som ägnar sig åt enbart vidarebefordran, cachning och värdtjänster kan aktualiseras enligt svensk rätt. Generellt kan sägas att utrymmet för straffrättsligt ansvar är förhållandevis begränsat.

De brott som kan aktualiseras är i första hand sådana brott som innefattar yttranden eller information i olika former. Som exempel kan nämnas förtal (5 kap. 1 § brottsbalken), hets mot folkgrupp (16 kap. 8 § brottsbalken), barnpornografibrott (16 kap. 10 a § brottsbalken), olaga våldsskildring (16 kap. 10 b § brottsbalken) och upphovsrättsintrång (53 § upphovsrättslagen). Om ansvar för en mellanhand aktualiseras torde det, med undantag för vissa fall av upphovsrättsintrång (särskilt exemplarframställning) och möjligen med undantag för barnpornografibrott och olaga våldsskildring, vara fråga om

medverkansansvar, dvs. ansvar för främjande av den brottsliga gärningen.

För att en mellanhand skall kunna göras ansvarig för information som förekommer inom ramen för verksamheten fordras emellertid att vissa förutsättningar är uppfyllda. Till att börja med kan konstateras att mellanhänder inte kan göras ansvariga för den information som förekommer redan på den grunden att de startat upp och bedriver den ifrågavarande verksamheten. Att bedriva verksamheten som sådan måste – bl.a. mot bakgrund av samhällets intresse av en väl fungerande infrastruktur avseende informationsteknologi – betecknas som socialadekvat. De risker som är förknippade med att driva tjänsten (bl.a. att man indirekt bidrar till spridning av olaglig information) är sådana att risktagandet måste betecknas som tillåtet. Det är, med andra ord, inte möjligt att hålla mellanhanden ansvarig för (främjande av) spridning av olagligt material enbart på den grunden att denne startat och bedrivit verksamheten som sådan.

Det innebär att det som kan läggas mellanhanden till last i regel endast är en underlåtenhet att kontrollera den information som förekommer i verksamheten. Enligt svensk straffrätt gäller som huvudregel att underlåtenhetsansvar kommer i fråga endast om gärningsmannen haft en plikt att handla och att underlåtenheten på grund härav framstår som lika straffvärd som om brottet begåtts genom en aktiv handling. För att en mellanhand skall kunna göras straffrättsligt ansvarig för att genom underlåtenhet ha spridit (eller främjat spridande av) olaglig information fordras således att leverantören kan sägas ha haft en handlingsplikt och att det kan sägas att underlåtenheten att kontrollera materialet och därigenom sprida det framstår som lika straffvärd som om spridningen skett genom handling. Ansvar för underlåtenhetsbrott förutsätter naturligtvis också att det överhuvudtaget varit möjligt för mellanhanden att, utan orimliga uppooffringar, plocka bort den olagliga informationen.

Någon generell skyldighet för den som vidarebefordrar information att kontrollera informationens innehåll torde emellertid inte finnas. Att det inte finns någon generell skyldighet för personer som vidarebefordrar eller tillhandahåller information

att kontrollera informationens innehåll avspeglar sig tydligt i det faktum att det i lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen) föreskrivs en särskild skyldighet för tillhandahållaren att ha uppsikt över tjänsten. Dessa regler om uppsiktsplikt skulle vara överflödiga om det fanns en generell uppsiktsplikt på området. För att underlåtenhetsansvar skall komma ifråga, utanför tillämpningsområdet för BBS-lagen, bör således fordras att det finns särskild anledning att förvänta sig ett ingripande av gärningsmannen. Sådan anledning kan föreligga bl.a. om mellanhanden vet om att olagligt material förekommer och har möjlighet att hindra spridningen av materialet. Det bör tilläggas att begränsningar av underlåtenhetsansvarets utsträckning också kan följa av att lagtexten är utformad så att den förutsätter aktivt handlande. Jfr här NJA 1996 s. 79 där Högsta domstolen fann att upphovsrättsintrång, på grund av lagtextens utformning, inte kunde begås genom underlåtenhet. I målet prövades dock inte frågan om eventuellt medverkansansvar.

Sammantaget kan alltså sägas att de allmänna grundsatserna om ansvar för underlåtenhet i stor utsträckning lägger hinder i vägen för att hålla en mellanhand straffrättsligt ansvarig för eventuell olaglig information som förekommer inom ramen för verksamheten.

Detta hindrar naturligtvis inte att en mellanhand kan göras straffrättsligt ansvarig för spridande (eller främjande av spridande) av den olagliga informationen om han på ett aktivt sätt har bidragit till spridandet.

Straffansvar förutsätter härutöver enligt svensk rätt uppsåt eller, om ansvar för oaktsamhet är särskilt föreskrivet, oaktsamhet. Det kan alltså, även om det är självklart, framhållas att straffansvar inte kan drabba en mellanhand som vare sig haft uppsåt eller varit oaktsam i förhållande till den olagliga informationen. För att en mellanhand skall kunna göras ansvarig för t.ex. medhjälp till barnpornografibrott fordras således att mellanhanden antingen känt till eller – i de fall där oaktsamhet är tillräckligt – bort känna till förekomsten av barnpornografi.

Rent generellt torde kunna sägas att mellanhänder som tillhandahåller någon informationssamhällets tjänst sällan torde ha uppsåt i förhållande till innehållet i den information som passerar tjänsten. I många fall torde det också vara orimligt att kräva att mellanhanden kontrollerar innehållet, dvs. det kan heller inte sägas att mellanhanden borde ha haft kännedom om innehållet. Följaktligen ligger också i det allmänna kravet på subjektiv täckning en väsentlig begränsning av mellanhänders straffrättsliga ansvar. I sammanhanget bör emellertid framhållas att särskilda regler om straffrättsligt ansvar för underlåtenhet att förhindra vidare spridning av vissa meddelanden på s.k. elektroniska anslagstavlor finns i BBS-lagen.

Direktivets regler i förhållande till svensk straffrätt

Den verksamhet som omfattas av artiklarna 12–13, enbart vidarebefordran och cachning, är begränsad till den tekniska processen att driva och erbjuda tillgång till ett kommunikationsnät där information vidarebefordras eller tillfälligt lagras i utslutande syfte att göra överföringen effektivare. Den verksamhet som en mellanhand kan vara fri från ansvar för måste vara av rent teknisk, automatisk och passiv natur. Mellanhanden kan därför varken ha kännedom om eller kontroll över den information som vidarebefordras eller lagras. Detta framgår av ingresspunkt 42 och av de begränsningar som görs i artikeltexten (se avsnitt 5.9). För sådan verksamhet som avses i dessa två artiklar poängteras detta ytterligare genom ingresspunkt 43, där det slås fast att mellanhandens verksamhet faller utanför det ansvarsfria området, så fort denne tar någon som helst befattning med informationen. Den typ av verksamhet som avses i artiklarna 12 och 13 är som nämnts av rent teknisk, passiv och automatisk karaktär. Det följer närmast av sådan verksamhets natur att den som tillhandahåller tjänsten inte kan sägas vidarebefordra olaglig information vare sig uppsåtligt eller av oaktsamhet. Inte heller är de allmänna förutsättningarna för underlåtenhetsansvar för handen. Den ansvarsfrihet som

stadgas i artiklarna 12 och 13 står således i överensstämmelse med svensk straffrätt.

När det gäller sådan verksamhet som avses i artikel 14, bl.a. webbhotell och elektroniska anslagstavlor, kan följande sägas. Av punkterna 1 a och b följer att ansvarsfrihet förutsätter att mellanhanden helt saknar kännedom om viss olaglig verksamhet eller information eller att mellanhanden, så snart informationen blivit känd, utan dröjsmål avlägsnat den eller gjort den oåtkomlig. Alla uppsåtliga handlingar och all uppsåtlig medverkan i olagliga handlingar faller därför utanför det ansvarsfria området. I förhållande till uppsåtsbrott kan det således inte anses finnas något behov av ansvarsfrihetsregler motsvarande dem som återfinns i direktivet.

För vissa typer av brott som kan komma att beröras av direktivet är emellertid föreskrivet ansvar även för oaktsamhet. De enda sådana brott som kunnat identifieras som relevanta för dessa mellanhänder är spridning av bilder som innehåller barnpornografi eller sexuellt våld, om det skett i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte samt upphovsrättsintrång. Det skulle därför, åtminstone i teorin, kunna hävdas att det kan förekomma situationer i vilka en mellanhand inte har sådan kännedom som utesluter ansvarsfrihet enligt direktivet, men ändå är att anse som oaktsam enligt svensk rätt. Som framgår av den följande analysen torde emellertid det allmänna kravet på subjektiv täckning sammantaget med de ansvarsbegränsande principerna om underlåtenhetsansvar innebära att den ansvarsfrihet som föreskrivs i direktivet följer redan av gällande svensk rätt.

Oaktsamhet kan enligt svensk rätt antingen vara omedveten eller medveten. Omedveten oaktsamhet innebär att gärningsmannen visserligen inte haft uppsåt eller ens misstänkt att ett visst relevant förhållande förelegat, men att han däremot bort inse detta. För att man skall kunna konstatera att någon bort inse något (som denne faktiskt inte har insett) fordras i princip en bedömning i två led. För det första krävs att man konstaterar att det faktiskt funnits något som personen kunnat göra för att komma till insikt (eller för att erhålla misstanke) om det rele-

vanta förhållandet. För det andra krävs – om det funnits något som gärningsmannen kunnat göra för att komma till insikt – att detta också är något som gärningsmannen borde ha gjort, dvs. är något som skäligen kunnat begäras av honom (varvid hänsyn skall tas till gärningsmannens kunskaper, individuella egenskaper etc.).

När det gäller omedveten oaktsamhet torde regelmässigt kunna sägas att det i praktiken inte funnits någon möjlighet för mellanhanden att komma till insikt om förekomsten av otillåten information, eller att det i varje fall inte gärna kan begäras av honom att han skulle ha gjort det som han kunde ha gjort för att komma till insikt. Det enda som kan göras för att komma till insikt torde nämligen vara att undersöka all information som förekommer inom ramen för tjänsten, och detta torde i regel vara helt ogörligt. Något behov av att införa särskilda ansvarsfrikhetsregler för omedvetet oaktsamma gärningar torde följaktligen inte föreligga.

Medveten oaktsamhet kan sägas vara detsamma som misstanke. Vid medveten oaktsamhet har gärningsmannen följaktligen misstänkt att ett visst relevant förhållande förelägit men han har inte haft en sådan grad av insikt som alltid utgör uppsåt (dvs. sådan insikt som räcker för indirekt uppsåt eller s.k. viss-het). Misstanke räcker dock för att (eventuellt) uppsåt skall anses föreligga om det s.k. hypotetiska provet utfaller positivt. Med andra ord kan medveten oaktsamhet likställas med eventuellt uppsåt utom såtillvida att det hypotetiska provet utfaller negativt.

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

Enligt direktivet skall ansvarsfrikhetsbestämmelserna inte anses tillämpliga i sådana situationer där en mellanhand har ”kännedom” om förekomsten av olaglig information. Frågan är vilken grad av insikt uttrycket kännedom skall anses motsvara. En möj-

lighet är att tolka kravet på kännedom så att det motsvarar den insikt som krävs för indirekt uppsåt i svensk rätt eller, i varje fall, en högre grad av insikt än sådan misstanke som krävs för medveten oaktsamhet. Vid en sådan tolkning uppstår ett utrymme inom vilket en mellanhand kan vara medvetet oaktsam samtidigt som denne skall vara fri från ansvar enligt direktivet. Det följer av att denne inte haft sådan högre grad av kännedom som utesluter tillämpning av ansvarsfrihetsreglerna. Även en mellanhand som varit medvetet oaktsam skulle alltså med en sådan tolkning kunna omfattas av ansvarsfrihetsreglerna.

Det framstår emellertid som mycket långtgående att tolka direktivet på detta sätt. Kravet på att mellanhanden haft kännedom om informationen kan visserligen inte anses uppfyllt redan på den grunden att mellanhanden mer allmänt misstänker att det kan tänkas förekomma olaglig information. Om denne får en mer konkret misstanke om att visst specifikt material är olagligt måste det dock anses att sådan kännedom som avses i direktivet föreligger. Att tolka direktivet så att ansvarsfrihet skulle vara utesluten endast då mellanhanden har full vetskap om innehållet i informationen skulle innebära att ansvarsfriheten skulle omfatta också klart straffvärd underlåtenhet.

Ett av direktivets syften är visserligen att tillse att mellanhänder inte drabbas av ett alltför långtgående ansvar. Det kan dock inte anses rimligt att med stöd av detta syfte tolka direktivet så att det medger ansvarsfrihet också för en mellanhand som har konkreta indikationer på att det förekommer t.ex. barnpornografiskt material och därtill har möjlighet att förhindra vidare spridning, men underlåter att göra detta.

I fall där det föreligger sådan medveten oaktsamhet som krävs för straffansvar torde därför också sådan kännedom som utesluter ansvarsfrihet enligt direktivet föreligga. Med andra ord torde en person som varit medvetet oaktsam, dvs. haft misstanke av sådan styrka som förutsätts för straffansvar, inte kunna åberopa sig på direktivets ansvarsfrihetsregler.

Sammantaget bör därför kunna sägas att det krav på ansvarsfrihet som följer av artiklarna 12–14 i direktivet regelmässigt är tillgodosett redan därigenom att den ifrågavarande mellan-

handen inte kan sägas ha handlat uppsåtligt eller av oaktsamhet.

Straffansvaret begränsas emellertid inte endast av kravet på subjektiv täckning utan också genom de allmänna straffrättsliga principerna om underlåtenhetsansvar. Straffansvar för underlåtenhet förutsätter att mellanhanden haft handlingsplikt och att underlåtenheten framstår som lika straffvärd som om gärningen hade begåtts genom aktivt handlande. För att så skall vara fallet fordras att det finns särskild anledning att förvänta sig handlande av mellanhanden. Sådan anledning måste, i förhållande till sådan verksamhet som här diskuteras, anses föreligga först om mellanhanden har mer konkreta indikationer på att visst specifikt material är olagligt. Med andra ord bör för straffansvar förutsättas att mellanhanden haft åtminstone konkreta misstankar avseende viss specifik information. Som ovan framhållits bör direktivet förstås så att ansvarsfrihet inte kommer i fråga om mellanhanden haft sådan kännedom. I de fall där underlåtenhetsansvar skulle komma ifråga bör således ansvarsfrihet enligt direktivet anses som utesluten.

Sammanfattningsvis kan därför konstateras att svensk rätt redan genom kravet på subjektiv täckning sammantaget med de allmänna principer som begränsar underlåtenhetsansvarets räckvidd uppfyller direktivets krav på straffrättslig ansvarsfrihet. Eftersom dessa regler och principer är generellt tillämpliga gäller denna slutsats i förhållande till samtliga de brottstyper, bl.a. barnpornografibrott, olaga våldsskildring och immaterialrättsliga intrång, som ovan angivits som relevanta i sammanhanget.

Den EG-rättsliga aspekten

Direktiv är enligt artikel 249 i Romfördraget bindande med avseende på det resultat som skall uppnås. Däremot är det i princip upp till nationella myndigheter att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

Den frihet som enligt fördragstexten tillkommer medlemsstaterna har emellertid i EG-domstolens praxis begränsats på

olika sätt. Bl.a. har domstolen slagit fast att det fordras att rättigheter som tillkommer enskilda måste genomföras på ett sådant sätt att enskilda får klarhet i vilka rättigheter de har. Ett representativt uttalande är följande:

”Det framgår av denna bestämmelse [artikel 249] att det inte nödvändigtvis krävs en lagstiftningsåtgärd i varje enskild medlemsstat för att införliva ett direktiv. Särskilt kan förekomsten av allmänna principer i statsrätt eller förvaltningsrätt göra att ett införlivande genom särskilda lagstiftningsåtgärder är överflödigt. Detta förutsätter emellertid att dessa principer utgör en effektiv garanti för att nationella myndigheter faktiskt tillämpar direktivet fullt ut och att, i sådana fall då direktivet syftar till att skapa rättigheter för enskilda, den rättsliga situation som följer av dessa principer är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna. Det sistnämnda villkoret är särskilt viktigt då direktivet i fråga syftar till att bevilja andra medlemsstaters medborgare rättigheter, eftersom dessa medborgare i allmänhet inte har kännedom om dessa principer.”⁷

Frågan uppstår därför om Sverige redan genom kravet på subjektiv täckning och genom de straffrättsliga grundsatserna om underlåtenhet kan anses uppfylla direktivets krav på ett godtagbart sätt.

I sammanhanget bör beaktas att kravet på subjektiv täckning är lagfäst i 1 kap. 2 § brottsbalken. Bestämmelsens närmare innebörd, dvs. uppsåtsbegreppet, oaktsamhetsbegreppet och täckningsprincipen, är genom utveckling i praxis och doktrin väl klarlagd. Beträffande de straffrättsliga grundsatserna om underlåtenhetsansvar kan sägas att dessa visserligen inte är lagfästa, men ändå genom en stadgad praxis måste anses ha regelkaraktär.

⁷ Se C-29/84 Kommissionen mot Tyskland [1985] ECR 1661 punkt 23.

Någon risk för att nationella domstolar på grund av otydligheter i lagstiftningen skall missta sig om deras innebörd föreligger således inte. På motsvarande sätt bör för individen kravet på subjektiv täckning innebära lika stor klarhet som de ansvarsfrihetsregler som följer av direktivet.

Inte minst mot bakgrund av att man i vissa fall, när rättsläget är entydigt, kan falla tillbaka på allmänna principer (se citatet ovan) bör ett införlivande som sker genom tillämpning av explicit stadgade principer och andra väl definierade straffrättsliga grundsatser väl uppfylla EG-rättens krav på hur direktiv skall genomföras.

Sammantaget görs därför den bedömningen att Sverige redan genom kravet på subjektiv täckning och de straffrättsliga grundsatserna om underlåtenhetsansvar uppfyller direktivets krav på ett godtagbart sätt.

Bör straffrättsliga ansvarsfrihetsregler ändå införas?

Även om man redan genom tillämpning av gällande rätt uppnår det resultat som följer av direktivet bör övervägas om det finns andra skäl som talar för att man bör införa särskilda ansvarsfrihetsregler motsvarande artiklarna 12–14 i direktivet. Utgångspunkten för sådana överväganden måste emellertid vara att det just på straffrättens område bör finnas mycket starka skäl för att införa ansvarsfrihetsregler som sakligt sett är obehövliga.

Som ovan framhållits är syftet med direktivet att säkerställa att mellanhänder inte ska drabbas av ett orimligt stort ansvar samt att skapa rättslig klarhet genom att införa gemensamma regler inom unionen. Intresset av klara och gemensamma regler inom unionen är naturligtvis ett skäl som talar för att ansvarsfrihetsreglerna bör omfatta även det straffrättsliga området. Likaså är det naturligtvis angeläget att tillse att mellanhänder inte i orimligt stor utsträckning kan drabbas av straffansvar och att inte det straffrättsliga regelverket lägger hinder i vägen för förverkligandet av den inre marknaden på e-handelsområdet. Som ovan framhållits kan emellertid

konstateras att svensk straffrätt bygger på ett personligt ansvar och att det heller inte uppställs några orimliga krav på aktsamhet. För svensk rätts del torde det således inte finnas något problem med ett allt för långtgående ansvar för mellanhänder. I den mån straffansvar kan utkrävas sker detta under sådana förhållanden att detta är förenligt med direktivets ansvarsfrihetsregler.

Det kan också befaras att en särskild ansvarsfrihetsregel på straffrättens område snarare skulle innebära ytterligare otydlighet än ett förtydligande. För det första fordras, för att undvika att ansvarsfriheten sträcker sig längre än vad som krävs enligt direktivet, att en eventuell ansvarsfrihetsregel förses med de undantag som följer av direktivets artiklar och av ingresspunkterna. Vikten av att noggrant avgränsa ansvarsfrihetsreglernas tillämpningsområde ökar om ansvarsfriheten skall omfatta också straffrättsligt ansvar. Redan på denna grund kan ifrågasättas huruvida en ansvarsfrihetsregel skulle bidra till ökad tydlighet jämfört med nuvarande rättsläge. För det andra finns det risker för att en sådan bestämmelse skulle kunna misstolkas. En särskild ansvarsfrihetsregel indikerar med nödvändighet att ansvarsfriheten sträcker sig utöver vad som gäller normalt. Om så inte är fallet finns uppenbara risker för missförstånd. Bl.a. kan en sådan reglering motsatsvis tolkas så att motsvarande ansvarsfrihet inte finns på andra områden (vilket är felaktigt). Det kan också sägas att en särskild ansvarsfrihetsregel, som inte går utöver vad som gäller enligt allmänna regler och principer, måste betecknas som ett mycket främmande inslag i den svenska straffrätten.

Det bör också beaktas att det särskilt på det straffrättsliga området är angeläget att tillse att man vid genomförandet av direktivet inte skapar en ansvarsfrihet som sträcker sig längre än vad som krävs. Det finns naturligtvis alltid en risk för att man vid genomförande av ett direktiv, vars närmare innebörd är oprecis på många punkter, tillskapar nationella regler som visar sig vara mer omfattande än vad som egentligen krävs. Detta skulle naturligtvis vara särskilt olyckligt på det straffrättsliga området, där en eventuell ansvarsfrihetsregel bl.a. skulle kunna få konsekvenser

för möjligheten att ingripa mot den som sprider barnpornografiskt material. Mot bakgrund av att den ansvarsfrihet som stadgas i direktivet redan gäller enligt svensk rätt bör således en viss försiktighet anses påkallad vid bedömning av om sådana regler trots allt skall införas.

I sammanhanget bör också beaktas att en särskild ansvarsfrihetsregel på det straffrättsliga området skulle sända oönskade signaler med tanke på de stora ansträngningar som har gjorts för att komma till rätta med spridningen av barnpornografi. Här kan framhållas att barnpornografibrottet brutits ut ur tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen samt att BBS-lagen (se avsnitt 4.5.4) införts när det gäller brottsligt material som förekommer på elektroniska anslagstavlor. Särskilt det förhållandet att barnpornografibrottet brutits ut ur de nämnda grundlagarna visar att särskild vikt har fästs vid bekämpandet av barnpornografi. Bekämpandet av barnpornografi har bedömts vara så centralt att de principiella betänkligheter som finns mot att inskränka tryckfriheten har fått vika. Mot denna bakgrund skulle det givetvis vara olyckligt att införa ansvarsfrihetsregler som i praktiken tar sikte främst på barnpornografibrottet och ett fåtal andra brottstyper. Detta gäller inte minst som sådana ansvarsfrihetsregler bedöms som obehövliga för att uppfylla direktivets krav. Även om de åtgärder som har vidtagits mot barnpornografi är helt förenliga med direktivet och även om en ansvarsfrihetsregel i sak är onödig kan en särskild ansvarsfrihetsregel uppfattas så att inställningen till kampen mot barnpornografi har modifierats. I sammanhanget kan också noteras att vikten av att ansvarsfrihetsreglerna inte på ett oacceptabelt sätt begränsar möjligheterna att bekämpa brott var en fråga som diskuterades vid direktivets tillkomst. Sverige fick i denna del gehör för sina synpunkter, vilket bl.a. avspeglar sig i skrivningarna i ingresspunkterna (se bl.a. ingresspunkt 42).

Sammantaget görs, mot bakgrund av vad som ovan anförts, den bedömningen att de skäl som kan anföras för att införa straffrättsliga ansvarsfrihetsregler som sakligt sett är obehövliga inte överväger de nackdelar och risker som är förenade med detta. Det finns emellertid, bl.a. mot bakgrund av att den tek-

niska utvecklingen är snabb, anledning att noga följa utvecklingen på området för att kontrollera och säkerställa att svensk rätt står i full överensstämmelse med direktivet.

6.8.3 Skadeståndsrättsligt ansvar

Allmänt om skadeståndsrättsligt ansvar

I detta avsnitt beskrivs under vilka förutsättningar ett skadeståndsansvar för en mellanhand som ägnar sig åt enbart vidarebefordran, cachning och värdtjänster kan aktualiseras enligt svensk rätt.

Enligt 2 kap. 1 § skadeståndslagen skall den som uppsåtligen eller av vårdslöshet (oaktsamhet) vållar person- eller sakskada ersätta skadan om inte annat följer av lagen. Ersättning för ren förmögenhetsskada, dvs. en ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada, utgår som regel endast om skadan har orsakats genom brott (2 kap. 4 §). Ersättning för sådan skada kan dock utgå också för andra fall om detta följer av en annan författning eller om det följer av avtal.

Som nämnts i redogörelsen för straffrättsligt ansvar gäller direktivets bestämmelser om ansvarsfrihet endast för mellanhänder i vissa särskilt utpekade situationer. Den skada som framförallt kan tänkas komma i fråga är ren förmögenhetsskada. Det är dock svårt att tänka sig något praktiskt fall där person- eller sakskada skulle kunna uppstå som en följd av en mellanhands verksamhet enligt artiklarna 12–14.

Som nämnts i kapitlet angående straffrättsligt ansvar är den verksamhet som avses i artiklarna 12 (vidarebefordran) och 13 (cachning) av rent teknisk, passiv och automatisk karaktär. Skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen torde alltså lika lite som ett straffrättsligt ansvar kunna aktualiseras för dessa fall.

Frågan är då hur direktivets bestämmelse om ansvarsfrihet för värdtjänster (artikel 14) förhåller sig till förutsättningarna för ett skadeståndsrättsligt ansvar enligt svensk rätt. Ansvarsfrihet en-

ligt direktivet förutsätter att mellanhanden inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjorde förekomsten av den olagliga verksamheten uppenbar eller att mellanhanden så snart han eller hon blivit medveten om sådana fakta eller omständigheter handlade utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig.

Även inom skadeståndsrätten finns både objektiva och subjektiva förutsättningar för ansvar. Den i detta sammanhanget viktigaste objektiva förutsättningen skulle då gälla skyldigheten att handla, eller plikten att inte orsaka skada. För aktiva handlingar, dvs. sådana som innebär ett direkt ingripande i ett händelseförlopp, torde svensk rätt innebära att man är skyldig att ta hänsyn till risken för skada. I de fall som är aktuella enligt direktivet är det dock inte fråga om sådana aktiva handlingar utan i stället om ansvar för underlåtenhet att handla. Skadeståndsansvar för underlåtenhet att handla kräver som regel, på samma sätt som gäller för straffansvar, att det finns en plikt att handla. En sådan handlingsplikt kan vara föreskriven i lag eller annan författning. För de fall som nu är aktuella torde utgångspunkten vara att någon sådan handlingsplikt inte finnas.

Redan med hänvisning till vad som nu har sagts torde alltså, på motsvarande sätt som anförts beträffande straffrättsligt ansvar, svensk rätt inte ge utrymme för att i utomobligatoriska förhållanden utdöma skadeståndsansvar för sakskada i de fall som omfattas av artikel 12-14. Dessutom kan tilläggas att de subjektiva förutsättningar som enligt svensk rätt gäller för att skadeståndsansvar skall komma i fråga torde utesluta ansvar för sådana fall som enligt direktivet skall omfattas av ansvarsfrihet. Här kan i allt väsentligt hänvisas till vad som sagts om de subjektiva förutsättningarna för straffrättsligt ansvar.

När det gäller ersättning för ren förmögenhetsskada för sådana fall där skadan har uppkommit genom brott kan hänvisas till vad som sagts ovan beträffande straffrättsligt ansvar.

Sammanfattningsvis kan sägas att det utrymme inom vilket en mellanhand kan bli skadeståndsansvarig enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler är mycket begränsat.

Som nämnts ovan kan ansvar för ren förmögenhetsskada emellertid förekomma även för andra fall om detta är särskilt föreskrivet i lag eller annan författning. Ett sådant ansvar föreligger i många fall på grund av särskilda föreskrifter. Detta gäller exempelvis inom konkurrensrätten, marknadsrätten, immaterialrätten, associationsrätten och arbetsrätten. Ett sådant ansvar kan föreligga oberoende av någons vållande, dvs. ett rent strikt ansvar, eller vara utformat som ett ansvar för oaktsamhet (culpaansvar). Eftersom frågorna har varit aktuella inom immaterialrätten, särskilt upphovsrätten, behandlas immaterialrätten särskilt nedan. Vad gäller andra områden är det svårare att föreställa sig situationer där ansvar för mellanhänder skulle kunna aktualiseras. Det är å andra sidan svårt att förutse vilken utveckling och omfattning informationssamhällets tjänster kan få i framtiden. En ansvarsfrihetsregel som generellt omfattar skadeståndsrättsligt ansvar skulle därför kunna klargöra rättsläget.

Upphovsrättsligt skadeståndsansvar m.m.

Den som utnyttjar ett verk i strid mot upphovsrättslagen skall, enligt 54 § upphovsrättslagen, betala skäligt vederlag för utnyttjandet. Ersättningsskyldigheten är strikt. Den förutsätter således varken uppsåt eller oaktsamhet. Om utnyttjandet sker uppsåtligt eller oaktsamt skall ersättning även utgå för annan förlust än uteblivet vederlag, samt för lidande eller annat förfång.

Ovan har konstaterats att det utrymme inom vilket en mellanhand kan bli skadeståndsrättsligt ansvarig enligt allmänna skadeståndsrättsliga grunder är mycket begränsat. Orsaken till detta är de subjektiva förutsättningar som enligt svensk rätt måste föreligga för att ett skadeståndsansvar skall komma i fråga. På motsvarande sätt torde därför inom upphovsrätten gälla att det på uppsåt eller oaktsamhet grundade skadeståndansvaret

bara i undantagsfall skulle kunna tänkas träffa mellanhanden i de situationer som avses i artikel 12-14 i direktivet.

Vad som återstår att behandla är då det strikta skadeståndsansvaret. Som redogjorts för i avsnitt 4.5.6. har det i olika sammanhang diskuterats i vad mån den exemplarframställning som sker av mellanhänder vid ren vidarebefordran och cachning är att anse som en exemplarframställning i upphovsrättslig mening. Som där konstateras är rättsläget oklart. Det är således inte uteslutet att en mellanhand vad gäller det strikta ansvaret skulle kunna bli ersättningsskyldig för den exemplarframställning som han gör under överföringens gång. E-handelsdirektivets genomförande kräver därför införandet av en ansvarsfrihetsregel som omfattar det skadeståndsrättsliga ansvaret för exemplarframställning.

Även om ett skadeståndsrättsligt ansvar för mellanhanden för upphovsrättsligt tillgängliggörande av materialet i de situationer som avses i artikel 12-14 i e-handelsdirektivet ter sig mer främmande, kan det inte helt uteslutas att det skulle kunna aktualiseras. (Se avsnitt 4.5.6.) Genom att de föreslagna ansvarsfrihetsreglerna täcker alla former av skadeståndsansvar klargörs även att mellanhänder, under de närmare förutsättningar som anges i den nya lagen, inte heller skall vara ersättningsskyldiga för det eventuella tillgängliggörande de kan anses göra.

Vid upphovsrättsintrång kan även vissa andra åtgärder än straff och skadeståndsansvar beslutas av domstol. Domstol kan t.ex. vid vite förbjuda fortsatt intrång, förordna om inlösen av egendom som utgör intrång, eller förordna att sådan egendom skall ändras eller förstöras. I artiklarna 12–14 i e-handelsdirektivet (och ingresspunkt 45) framgår dock att dessa artiklar inte påverkar möjligheten för en domstol eller administrativ myndighet att, i enlighet med medlemsstaternas rättssystem, kräva att mellanhanden upphör med eller förhindrar en överträdelse. De möjligheter som ges i upphovsrättslagen att meddela olika typer av förelägganden och beslut för att förhindra fortsatt missbruk kommer därför inte i konflikt med direktivets ansvarsfrihetsregler.

Vad gäller kretsmönster för halvledarprodukter torde förekomma att sådana överförs elektroniskt via Internet. Samma problemställning som inom upphovsrätten vad gäller mellanhänders ansvar, särskilt i fråga om framställning av exemplar, kan därför bli aktuellt. Även på detta område skulle således ansvarsfrihetsregler klargöra rättsläget vad gäller mellanhänders skadeståndsansvar.

Skadeståndsansvar på det industriella rättsskyddets område

Skadeståndsansvaret på området för det industriella rättsskyddet är uppbyggt på i stort sett samma sätt som det upphovsrättsliga skadeståndsansvaret. Inom det industriella rättsskyddet gäller att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör intrång i någon annans ensamrättighet skall betala dels skälig ersättning för utnyttjandet av det skyddade objektet, dels ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Vidare finns även inom det industriella rättsskyddet ett strikt ersättningsansvar. Enligt detta skall den som utan uppsåt eller oaktsamhet gör ett rättighetsintrång betala ersättning för utnyttjandet av det skyddade objektet, till skillnad från enligt upphovsrätten dock endast om och i den mån det är skäligt.

Vad gäller det på uppsåt eller oaktsamhet grundande skadeståndsansvaret kan mellanhanden – av de skäl som utvecklats ovan – bara i undantagsfall kunna tänkas träffas av ansvar i de situationer som avses i artikel 12–14 i direktivet.

Det industriella rättsskyddets strikta skadeståndsansvar faller däremot utanför det ovan förda allmänna skadeståndsrättsliga resonemanget. Som påpekats i avsnitt 4.5.6 är den problematik kring begreppet exemplarframställning som behandlas inom upphovsrätten inte aktuell på området för det industriella rättsskyddet. Skadeståndsansvaret inom det industriella rättsskyddet aktualiseras i stället när en skyddad ensamrättighet utnyttjas kommersiellt av någon som inte har rätt till den. Det torde knappast komma i fråga att anse en mellanhands ageranden i de fall som avses i artiklarna 12–14 i direktivet som skadestånds-

grundande. Genom ansvarsfrihetsreglerna klargörs detta förhållande.

Även på området för det industriella rättsskyddet gäller att ansvarsfrihetsreglerna inte begränsar möjligheten för domstol att besluta om andra slags åtgärder, t. ex. vitesföreläggande, med anledning av ett intrång.

Hur bör en ansvarsfrihetsregel utformas?

Som framgått ovan finns det behov av en ansvarsfrihetsregel på vissa områden inom skadeståndsrätten. Frågan är då hur en sådan regel lämpligen bör utformas. En möjlighet skulle kunna vara att i varje enskild författning där ett behov av en sådan regel kunnat identifieras införa enskilda bestämmelser om ansvarsfrihet. Med hänsyn till att det, som framgått ovan, råder en viss osäkerhet när det gäller inom vilka områden ett skadeståndsansvar skulle kunna aktualiseras får dock en sådan lösning anses vara mindre lämplig. Regeln bör därför ges en generell avfattning.

6.8.4 Sanktionsavgifter m.m.

Ansvar för en mellanhand kan utöver straffrättsligt ansvar och skadestånd också tänkas gälla skyldighet att betala s.k. sanktionsavgift. Utmärkande för sanktionsavgifter är att de erläggs till det allmänna och utgör en form av ekonomisk påföljd för överträdelse av särskilda författningsbestämmelser (prop. 1983/84:192, s. 9).

Som exempel kan nämnas att en näringsidkare enligt 22 § marknadsföringslagen kan åläggas att betala s.k. marknadsstörningsavgift, om näringsidkaren eller någon som handlar på dennes vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot vissa bestämmelser i lagen. Detsamma gäller om en näringsidkaren, eller någon som handlar på dennes vägnar, uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot vissa bestämmelser i lokalradio-

lagen (1993:120), tobakslagen (1993:581), alkohollagen (1994:1738) eller radio- och TV-lagen (1996:844). Vad som sägs gäller också en näringsidkare som uppsåtligt eller av oaktsamhet väsentligt har bidragit till överträdelsen. En sådan mellanhand som avses i artikel 14 skulle, i varje fall teoretiskt, kunna bidra till en sådan överträdelse. I det fall mellanhanden uppsåtligt bidragit till överträdelsen faller gärningen utanför ansvarsfrihetsreglernas tillämpningsområde. Om mellanhanden däremot endast av oaktsamhet bidragit till en överträdelse av marknadsföringsreglerna, och direktivets villkor för ansvarsfrihet är uppfyllda, är det dock tveksamt om bestämmelsen överensstämmer med direktivets krav.

Även om man för dessa fall sannolikt skulle kunna tillämpa motsvarande resonemang som de som förts gällande straffrättsligt ansvar bör beaktas att de allmänna regler som gäller för påförande av sanktionsavgifter långt ifrån kan sägas ha samma stadga och klarhet som inom straffrätten. Det sagda illustreras av att det i förarbeten upprepade gånger har noterats att det faktum att en kriminalisering ersätts av en sanktionsavgift innebär att man i viss utsträckning frigör sig från vissa allmänna ansvarsbegränsande principer (se t.ex. prop. 1983/84:192, s. 9). Härtill kan läggas att sanktionsavgifter som påförs på grundval av ett i princip strikt ansvar är förhållandevis vanligt förekommande.

Det sagda innebär att man inte, såsom när det gäller straffrätten, kan vara förvissad om att kravet på subjektiv täckning och de allmänna principerna om underlåtenhetsansvar utesluter ansvar för mellanhänder i den omfattning som följer av artiklarna 12–14. Mot denna bakgrund görs den bedömningen att en ansvarsfrihetsregel, trots att det i viss utsträckning är oklart om den motsvarar ett reellt behov, bör införas för sanktionsavgifter.

Vitet som sanktion är, även när det döms ut, mer att betrakta som ett påtryckningsmedel för att framtvunga framtida beteende, än en sanktion som indikerar ansvar för tidigare beteende. Viten hänger därför samman med sådana förelägganden som medlemsstaterna är fortsatt oförhindrade att rikta mot mellanhänder en-

ligt artiklarna 12.3, 13.2 och 14.3. En särskild fråga är huruvida viten behöver omfattas av ansvarsfrihetsreglerna. För att avgöra denna fråga måste man först och främst ta ställning till huruvida föreläggande eller utdömande av vite innebär att mellanhanden ”görs ansvarig” för innehållet i informationen. Redan av språkliga skäl är det svårt att säga att den som vid vite föreläggs att göra något eller får ett vite utdömt mot sig drabbas av ansvar. Ansvar förknippas vanligtvis med överträdelse av en generell norm och inte med överträdelse av ett individuellt riktat åläggande. Dessutom är ansvar i den mening som här avses retrospektivt, dvs. det tar sikte på något som har inträffat. Viten omfattas därför inte av ansvarsfrihetsbestämmelserna i direktivet.

Härtill kommer att ansvarsfriheten enligt direktivet endast gäller innehållet i informationen eller olaglig verksamhet som bedrivs genom informationen; om man överhuvudtaget kan tala om ansvar när det gäller viten så gäller ansvaret i varje fall inte innehållet i informationen. Mellanhanden behöver inte betala vite på grund av innehållet i informationen utan möjligen på grund av att denne inte vidtagit en viss förelagd åtgärd med informationen. Slutligen kan noteras den mellanhand mot vilken ett vite utdöms regelmässigt kommer att ha kännedom om den olagliga information som vitet avser (vilket utesluter ansvarsfrihet enligt direktivet). Ansvarsfriheten skall därför inte omfatta viten. Bestämmelsen bör i stället utformas så att de mellanhänder som omfattas inte, på grund av innehållet i informationen, får åläggas att betala ersättning för skada eller sanktionsavgift.

6.8.5 Slutsatser

Såsom framgått torde de föreslagna ansvarsfrihetsreglerna inte innebära någon större förändring av gällande rätt. Detta gäller såväl den ansvarsfrihet som gäller sanktionsavgifter som den ansvarsfrihet som gäller skyldighet att ersätta skada, åtminstone i de fall ersättningsansvar förutsätter brott. Vad gäller ansvar för

upphovsrättsintrång genom tillfälliga kopior finns det däremot behov av en klargörande ansvarsfrihetsregel. Även på en del andra områden råder tveksamhet om gällande rätts överensstämmelse med direktivet. Osäkerheten torde dock främst ligga på det teoretiska planet. I praktiken är det alltså inte troligt att ansvarsfrihetsreglerna, med undantag för upphovsrätten, medför någon förändring av vad som redan gäller i svensk rätt. Förändringen består snarare i att tydligare regler införs. Ansvarsfrihetsregler, med de begränsningar som reglerna har i direktivet, bör införas i den föreslagna lagen om informationssamhällets tjänster. Med hänsyn till vad som anförts om straffrätt i avsnitt 6.8.2 bör dessa dock inte omfatta straffrättsligt ansvar. De sanktioner som då bör omfattas av bestämmelserna är dels reparativa sanktioner, dvs. ersättning för skada, dels olika typer av sanktionsavgifter, såsom marknadsstörningsavgift.

6.9 Särskilda förfaranderegler för när information skall avlägsnas eller göras oåtkomlig

Bedömning: Det bör inte införas särskilda förfaranderegler för när en tjänsteleverantör, som tillhandahåller en informationssamhällets tjänst som består av att lagra information, skall anses ha sådan insikt som krävs för att kunna göras ansvarig för innehållet i informationen.

Bakgrund

Artikel 14.3 i direktivet lämnar öppet för medlemsstaterna att inrätta särskilda förfaranden för att avlägsna information eller på annat sätt göra den oåtkomlig. Vad som närmast åsyftas är s.k. ”notice and take down-regler”, enligt förebild i t.ex. den amerikanska ”Digital Millennium Copyright Act”. De skäl som kan anföras för att införa sådana regler är bl.a. svårigheten för teleoperatörer och andra mellanhänder som tillhandahåller värdtjänster att annars kunna hantera och ansvara för att ”rätt” in-

formation avlägsnas samt att utse vem som bör avgöra vilken information som är tillåten.

Från mellanhändernas synpunkt kan det vara svårt att i en mycket stor informationsmängd kunna reagera korrekt på alla indikationer på att där återfinns olagligt material. Frågan hänger samman med på vilket underlag och i vilken omfattning det kan krävas att de gör en riktig bedömning, ofta av komplicerad karaktär, av om materialet verkligen utgör exempelvis upphovsrättsintrång, barnpornografibrott eller hets mot folkgrupp.

Det kan också ifrågasättas om den nuvarande ordningen att teleoperatörer eller andra privaträttsliga subjekt, ofta på rent affärsmässiga grunder, avgör vilket material som får eller inte får spridas är lämplig. Frågan är här om detta begränsar yttrandefriheten på Internet.

Den lösning som erbjuds med ett ”notice and take down-system” kan vara utformad på olika sätt. Ett typfall är dock, förenklat beskrivet, att det i lag föreskrivs att mellanhanden är skyldig att ta emot anmälningar från t.ex. rättighetsinnehavare eller vissa organisationer om att det förekommer olagligt material på mellanhandens tjänst. Om vissa formella krav på anmälan är uppfyllda skall mellanhanden, utan prövning i sak, förhindra vidare spridning av materialet. Mellanhanden skall dessutom meddela den på vars begäran materialet lagrats om att det blockerats eller tagits bort, varpå denne i ett meddelande kan kräva att materialet återställs. Om det sistnämnda meddelandet uppfyller vissa formella krav och anmälaren därefter inom viss tid inte har inlett ett förfarande i domstol är mellanhanden skyldig att återställa materialet. Genom att följa det formella förfarandet är mellanhanden helt fri från ansvar för innehållet i materialet, medan anmälaren och den på vars uppdrag materialet lagrats är ansvariga för sina meddelanden.

Syftet med regler av det här slaget är dels att tillhandahålla ett sätt att snabbt få bort olagligt material, dels att underlätta för mellanhänderna och förhindra att dessa drabbas av ett orimligt stort ansvar, samt dels att främja yttrandefriheten genom att låta den slutliga bedömningen av vilket material som skall avlägsnas ankomma på domstol.

Bedömning

Till att börja med kan hänvisas till resonemangen i avsnitt 6.8 om att kravet på subjektiv täckning och allmänna principer om underlåtenhetsansvar i sig förhindrar att mellanhänderna påläggs ett orimligt ansvar. Endast om mellanhänderna kan sägas ha en konkret misstanke om att visst specifikt material är olagligt kan ansvar komma i fråga.

Vidare torde ett system av det beskrivna slaget vara främmande för den svenska rättsordningen. Ett sådant system innebär ju – om ovanstående syften skall uppnås – att det anvisas ett, och endast ett, sätt på vilket mellanhanden kan få sådan kunskap om informationen att han kan göras ansvarig för den. Om en anmälan gjorts, men de formella kraven på denna inte uppfyllts, eller om mellanhanden på något annat sätt fått kunskap om att olagligt material förekommer, skulle denne ändå kunna gå fri från ansvar. Svensk rätt innehåller inget sådant formalistiskt inslag. Tvärtom skall vid en eventuell prövning av ansvarsfrågan en bedömning göras av samtliga åberopade omständigheter för att avgöra om sådant uppsåt eller sådan oaktsamhet föreligger som skall resultera i ansvar för mellanhanden. Det kan därvid inte spela någon roll *hur* mellanhanden fått den erforderliga insikten. Till detta kommer att de aktuella förfarandereglererna svårligen kan kombineras med BBS-lagen (se avsnitt 4.6.5 och 6.10).

Alternativet är att utforma regelverket så att det endast innebär en skyldighet för mellanhanden att ta bort respektive återställa material, utan att utesluta att mellanhanden på annat sätt kan nå sådan kunskap om att olagligt material förekommer att denne kan bli ansvarig för innehållet. En sådan lösning skulle dock inte förenkla mellanhandens situation. Visserligen skulle ett instrument för att tvinga mellanhanden att snabbt avlägsna olagligt material skapas. Denna skyldighet för mellanhanden följer dock till stor del redan av BBS-lagen. I det fallet att en korrekt anmälan gjorts – och endast då – skulle regleringen innebära att mellanhanden inte behöver ta ställning i sak och att bedömningen av vilket material som får spridas i slutänden kan

överlämnas till domstol. Det kan dock på goda grunder ifrågasättas vilket praktiskt värde en sådan reglering skulle få.

I praktiken har i dag de etablerade tjänsteleverantörer som fungerar som mellanhänder frivilligt upprättat ett samarbete med exempelvis organisationer för rättighetsinnehavare och vissa ideella organisationer. Dessa anmäler till tjänsteleverantörerna att visst material innehåller t.ex. upphovsrättsintrång eller barnpornografi. Med hänvisning till de avtal tjänsteleverantörerna har träffat med dem som tillhandahållit materialet avlägsnar leverantörerna därefter detta.

Det systemfrämmande inslag och övriga aspekter som behandlats ovan får anses innebära att det inte finns tillräckliga skäl eller förutsättningar att införa särskilda förfaranderegler av det beskrivna slaget i Sverige. De yttrandefrihetsaspekter som kan läggas på problemet ger upphov till principiella överväganden och behöver analyseras ytterligare.

6.10 Förbudet mot krav på generell övervakning

Bedömning: Artikel 15.1 i direktivet, som förbjuder medlemsstaterna att ålägga vissa mellanhänder en allmän övervakningsskyldighet, föranleder ingen åtgärd.

Enligt artikel 15.1 får medlemsstaterna inte ålägga mellanhänder en "allmän skyldighet" att, i samband med tillhandahållande av sådana tjänster som avses i artiklarna 12–14 (se avsnitt 4.2.2 och 6.7), övervaka den information de överför eller lagrar. De får inte heller åläggas någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet. Enligt punkt 2 i samma artikel är det dock tillåtet att fastställa skyldigheter för mellanhänder att omedelbart informera behöriga myndigheter om påstådda olagliga verksamheter eller olaglig information.

Lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen) innebär bl.a. att den som äger eller administrerar en elektronisk anslagstavla (Bulletin Board System, BBS) skall ha

sådan uppsikt över tjänsten ”som skäligen kan krävas med hänsyn till omfattningen och inriktningen av verksamheten” (se närmare avsnitt 4.5.4).

I direktivets ingresspunkt 48 förklaras att direktivet inte berör medlemsstaternas möjlighet att kräva av mellanhänder som lagrar information från sina tjänstemottagare att visa ”den omsorg som skäligen kan förväntas av dem och vilken preciseras i nationell rätt, för att upptäcka och förhindra vissa slags olaglig verksamhet”. Det är alltså tillåtet för medlemsstaterna att kräva av mellanhänder att de håller en viss uppsikt över sin tjänst, om det kan anses skäligt för att förhindra vissa typer av olaglig verksamhet.

Vid BBS-lagens tillkomst poängterades att det inte krävs att tillhandahållaren förhandsgranskar meddelanden eller aktivt kontrollerar varje enskilt meddelande som sänds till tjänsten. I stället anges i förarbetena att ett sätt att uppfylla uppsiktsplikten, om antalet meddelanden är stort, är att upprätta en ”klagomur” dit användarna kan vända sig om det förekommer straffbara meddelanden (prop. 1997/98:15, s. 14 f). Någon skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet uppställs inte heller i lagen. BBS-lagen innebär alltså inte någon allmän övervakningsskyldighet, utan endast en plikt att hålla en viss uppsikt i skälig omfattning. Sammantaget leder detta till slutsatsen att BBS-lagen inte står i strid med artikel 15.1.

6.11 Uppförandekoder

Bedömning: Uppförandekoder och liknande på gemenskapsnivå bör uppmuntras främst genom fortsatt arbete inom eConfidence forum.

I artikel 8.2 stadgas att medlemsstaterna och kommissionen skall uppmuntra yrkeskårer och yrkessammanslutningar att utarbeta uppförandekoder, dvs. etiska regler, på gemenskapsnivå för att bestämma vilken information som får lämnas för

marknadsföring i enlighet med de yrkesetiska regler som gäller. Medlemsstaterna och kommissionen skall också, enligt artikel 16.1, uppmuntra bl.a. att handels-, yrkes- och konsumentorganisationer eller motsvarande sammanslutningar utarbetar uppförandekoder på gemenskapsnivå avsedda att bidra till att artiklarna 5–15 i direktivet genomförs ordentligt och för skydd av minderåriga och ”den mänskliga värdigheten”.

Medlemsstaterna och kommissionen skall även uppmuntra sammanslutningar och organisationer som företräder konsumenterna att delta i utarbetandet och genomförandet av de uppförandekoder som påverkar deras intressen. I förekommande fall skall samråd ske med sammanslutningar som företräder synskadade och personer med funktionshinder för att beakta deras särskilda intressen.

I Sverige pågår redan visst arbete med att genom självreglering skapa uppförandekoder eller etiska regler inom branschen. Bl.a. har IT-kommissionen hållit ett seminarium på området. Begreppet självreglering definierades då som åtgärder i systemerad form som vidtas av ett företag, en grupp företag, en bransch eller av hela näringslivet för att utreda, förebygga eller lösa problem i förhållande till konsumenter eller andra kunder. Det finns också en nordisk referensgrupp som inriktat sig på att genom självreglering skapa gemensamma branschregler för e-handeln. Gruppen inrättades på rekommendation av de nordiska handelsministrarna vid ett informellt ministermöte i Sverige 1998. Avsikten med gruppen var att inrätta ett informellt kontaktorgan med representanter från regeringar och näringsliv i de nordiska länderna.

Som ett resultat av ministerrådsmötet i Feira i juni 2000 (då handlingsplanen eEurope antogs) har EG-kommissionen tagit initiativ till utarbetande av ett åtgärdspaket. Syftet med åtgärdspaketet är huvudsakligen att uppmuntra god branschpraxis inom e-handel och lättillgängliga utomrättsliga tvistlösningsmetoder (alternative dispute resolutions, ADR), särskilt inriktade på att lösa tvister som härrör från gränsöverskridande handel över Internet. Arbetet med åtgärdspaketet pågår inom eConfidence forum. Inom forumet har det bl.a. utarbetats ett utkast till upp-

förandekoder på gemenskapsnivå. Utarbetandet av uppförandekoder och liknande på gemenskapsnivå bör uppmuntras främst genom fortsatt arbete inom eConfidence forum.

6.12 Utomrättslig tvistlösning

Bedömning: Det finns i svensk lagstiftning inga hinder för utomrättslig tvistlösning eller för användning av elektroniska medel vid sådan tvistlösning. Allmänna reklamationsnämnden uppfyller redan EG-kommissionens rekommendation om de principer som skall tillämpas på förfarandet.

Enligt artikel 17.1 skall medlemsstaterna se till att deras lagstiftning vid tvister mellan en leverantör av en informationssamhällets tjänst och en tjänstemottagare inte hindrar användningen av metoder som är tillgängliga enligt nationell lag för en utomrättslig lösning av tvister, bl.a. med hjälp av lämpliga elektroniska medel.

Artikeln innebär att lagstiftningen inte får innehålla regler som hindrar utomrättsliga tvistlösningsförfaranden online från att finnas eller utvecklas. Sådana bestämmelser som hindrar parterna från att föra sin talan elektroniskt eller som hindrar att dom eller beslut meddelas elektroniskt måste undanröjas. Några sådana bestämmelser finns inte i svensk rätt. En annan sak är att det av främst praktiska skäl ännu inte är så vanligt med tvistlösning med elektroniska medel.

I lagen (1999:116) om skiljeförfarande ställs visserligen krav på bl.a. att skiljedomens skall vara skriftlig och undertecknas av skiljemännen, vilket torde hindra att domen lämnas på elektronisk väg. Det är dock frivilligt att använda sig av skiljeförfaranden, varför det inte kan antas stå i strid med direktivet. Inom FN:s handelsrättskommission UNCITRAL har det utarbetats en modellag om skiljeavtal, som beaktades vid utarbetandet av skiljeförfarandelagen (prop. 1998/99:35, s. 47). Det kan nämnas att det inom UNCITRAL pågår en diskussion om att mjuka upp det formkrav som finns i modellagen, för att

göra det möjligt att ingå skiljeavtal på elektronisk väg. Den svenska skiljeförfarandelagen uppställer dock inte några formkrav för skiljeavtal.

I artikel 17.2 stadgas vidare att medlemsstaterna skall uppmuntra organ för utomrättslig tvistlösning av framför allt konsumenttvister att agera på ett sätt som ger de berörda parterna adekvata garantier när det gäller förfarandet. I en rekommendation från 1998 (1998/257/EG) finns riktlinjer för hur tvistlösningsorgan inom EU bör vara uppbyggda och hur de bör agera. Där anges principer om bl.a. oberoende, öppenhet och legalitet. Allmänna reklamationsnämnden (ARN), som lämnar rekommendationer om hur konsumenttvister bör lösas, följer dessa riktlinjer. Sverige behöver därför inte vidta några ytterligare åtgärder för att uppfylla artikel 17.2.

År 1998 antog kommissionen ett meddelande om reglering av konsumenttvister utanför domstol (KOM(1998) 198 slutlig) i syfte att uppmuntra till och underlätta reglering av konsumenttvister på ett tidigare stadium. Den ovan nämnda rekommendationen om principer som skall tillämpas vid förfarandet för reglering av konsumenttvister utanför domstol inkluderades i meddelandet. Därmed fastlades ett antal minimigarantier som de extrajudiciella instanserna i varje enskild medlemsstat skall erbjuda användarna. Medlemsländerna skall upplysa kommissionen om de instanser som de bedömer helt uppfyller principerna.

I sitt meddelande uppgav kommissionen att den kommer att ge stöd åt inrättandet av ett nätverk mellan dessa instanser för att de skall kunna samarbeta mer aktivt i regleringen av konkreta fall. Nätverket skall gå under benämningen Europeiska extrajudiciella nätverket (EEJ-Net). Som slutmål för EEJ-Net angavs i meddelandet att konsumenter vid gränsöverskridande tvister skall kunna väcka talan hos en behörig utomrättslig instans i utlandet genom den motsvarande utomrättsliga instansen i det egna landet.

I syfte att överbrygga hindren för en konsument att få tillträde till relevanta extrajudiciella organ i andra medlemsländer har det tillskapats centrala kontaktpunkter i varje medlemsstat, s.k. clearinghus. EEJ-Net kommer att bestå av samtliga behöriga

organ och de nationella clearinghusen. Det skall enligt planen vara ett decentraliserat och informellt nätverk utan harmoniserade handlägningsförfaranden. Tanken är vidare att förfarandet skall vara effektivt och enkelt och att det skall vara gratis (eller i varje fall billigt) att vända sig till clearinghusen.

Clearinghusen skall enligt kommissionens tidsplan påbörja sin verksamhet i samtliga medlemsstater i juni 2001. Samtidigt skall det öppnas organ för konsumentvägledning på gemenskapsnivå i alla medlemsländer, s.k. euroguichets. Dessa skall ge information och råd till konsumenter som har klagomål på varor och tjänster som inhandlats av en leverantör i ett annat medlemsland. I Sverige skall dessa båda funktioner samlas i ett och samma organ, nämligen som en självständig del av Konsumentverket, delfinansierat av kommissionen. Organet, som skall ha namnet Konsument Europa, kommer att invigas den 15 mars 2001 och kunna nås bl.a. genom dess webbplats www.konsumenteuropa.se.

Kommissionen har vidare tagit initiativ till att upprätta ett nätverk för reglering utanför domstol av gränsöverskridande tvister rörande finansiella tjänster. Nätverket, som går under benämningen FIN-Net, lanserades den 1 februari 2001 och skall enligt kommissionen ses som ett komplement till EEJ-Net.

På ARN:s webbplats (www.arn.se) finns en länk till kommissionens webbplats för konsumentinformation, som har adress www.europa.eu.int/comm/consumers. Där återfinns närmare information om bl.a. euroguichets, eConfidence forum, EEJ-Net och om utomrättsliga tvistlösningsorgan i övriga medlemsländer.

6.13 Talan inför domstol

Bedömning: Svensk rätt uppfyller redan direktivets krav på att domstolar skall ha möjlighet att snabbt vidta åtgärder, t.ex. fatta interimistiska beslut, för att avbryta påstådda överträdelser och hindra ytterligare skada av berörda intressen.

Enligt artikel 18.1 skall medlemsstaterna se till att de möjligheter att föra talan inför domstol som är tillgängliga enligt nationell lagstiftning om informationssamhällets tjänster gör det möjligt att snabbt vidta åtgärder, även interimistiska sådana, i syfte att avbryta den påstådda överträdelsen och förhindra ytterligare skada av berörda intressen.

Genom bestämmelser i bl.a. rättegångsbalken (RB) finns möjligheter för domstol att besluta om säkerhetsåtgärder av olika slag. En domstol kan t.ex. besluta om kvarstad (RB 15:1–2 och 26:1), vilket i kravmål innebär att egendom motsvarande borgenärens fordran undandras från gäldenärens förfogande. Om borgenären vinner målet kan domen sedan verkställas genom utmätning av den egendom som säkerställts genom kvarstaden. Kvarstad ger på detta sätt ett visst skydd för fordringar som inte tryggats genom t.ex. pant. Kvarstad kan användas även för att säkerställa en målsägandes krav på skadestånd eller annan ersättning.

Vid anspråk som avser något annat än betalning i pengar kan en domstol förordna om ”lämplig åtgärd” för att säkerställa sökandens rätt (RB 15:3). En sådan åtgärd kan t.ex. vara förbud vid vite att utöva viss verksamhet eller viss handling eller annat föreläggande vid vite att beakta sökandens anspråk. Andra säkerhetsåtgärder som i vissa fall kan vidtas är att ta lös egendom i förvar eller i beslag (RB 26:3 och 27:1).

Beslut om säkerhetsåtgärder kan fattas snabbt och under vissa förutsättningar även interimistiskt, dvs. omedelbart utan att motparten hörts. Interimistiska beslut kan fattas även med stöd av andra lagar, såsom marknadsföringslagen, upphovsrättslagen, patentlagen, varumärkeslagen och mönsterskyddslagen. Svensk rätt uppfyller därför redan de krav som ställs i artikel 18.1.

6.14 Kontaktpunkter

Förslag: För att underlätta samarbetet med andra stater inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) i frågor som rör informationssamhällets tjänster skall Konsumentverket fungera som kontaktpunkt i konsumentförhållanden och Kommerskollegium i övriga fall.

Bedömning: Sådana kontaktpunkter för information om avtalsrättsliga rättigheter och skyldigheter, om förfaranden för klagomål och tvistlösning, m.m. som direktivet kräver finns redan. På konsumentområdet kommer, fr.o.m. den 15 mars 2001, en självständig enhet inom Konsumentverket, benämnd Konsument Europa, att fungera som en sådan kontaktpunkt. För näringsidkarnas del fyller de svenska handelskamrarna, och i viss mån även Kommerskollegium, motsvarande funktion.

Ömsesidigt förtroende och samarbete mellan medlemsstaterna är av central betydelse för att direktivet skall få den effekt som eftersträvas. Direktivet föreskriver därför att det i varje medlemsland skall finnas särskilda kontaktpunkter som skall underlätta detta.

Enligt artikel 19.2 skall medlemsstaterna, i syfte att skapa ett samarbete med andra medlemsstater, utse en eller flera kontaktpunkter, vilkas adress och telefonnummer skall meddelas till de andra medlemsstaterna och till kommissionen. Vidare skall medlemsstaterna enligt artikel 19.3 så fort som möjligt och i överensstämmelse med nationell rätt lämna den hjälp och de uppgifter som en annan medlemsstat eller kommissionen begär. Det skall även kunna ske på elektronisk väg.

Syftet med dessa kontaktpunkter är att de skall underlätta samarbetet mellan medlemsländernas myndigheter i frågor som rör informationssamhällets tjänster. Kontaktpunkterna kan t.ex. ge information om vilka myndigheter, domstolar och andra organ som finns i landet och vilka ansvarsområden de har. Kontaktpunkterna kan också förmedla kontakter mellan myndigheter i olika länder. Via detta nätverk av kontaktpunkter skall

ursprungslandets myndigheter bl.a. kunna få information från mottagarlandets myndigheter om missförhållanden som föreligger hos ursprungslandets tjänsteleverantörer, för att sedan kunna vidta lämpliga åtgärder.

Det är alltså inte nödvändigt att dessa kontaktpunkter skall kunna erbjuda rådgivning eller besitta all kunskap om informationssamhällets tjänster. De skall främst fungera som en kanal för informationsflödet mellan myndigheter i det egna landet och myndigheter i andra EES-stater.

När det rör konsumentförhållanden framstår det som mest naturligt att Konsumentverket, som är den centrala tillsynsmyndigheten på konsumentområdet, fungerar som kontaktpunkt för samarbetet med andra medlemsstater. Konsumentverket har redan ett väl fungerande nätverk för samarbete med övriga medlemsländers konsumentorgan.

I frågor som inte rör konsumentförhållanden bör någon annan myndighet fungera som kontaktpunkt. Tänkbara myndigheter skulle möjligen kunna vara Post- och telestyrelsen (PTS), Datainspektionen, Konkurrentverket eller Kommerskollegium.

PTS är den myndighet som arbetar med frågor som berör tele, IT, radio och post och har bl.a. som uppgift att verka för att marknaderna för tele och IT fungerar på ett tillfredsställande sätt. Myndighetens ansvarsområde och verksamhet omfattar den tekniska infrastrukturen, men inte innehållet i de tjänster som tillhandahålls. Datainspektionens huvuduppgift är att övervaka att den enskildes behov av integritet tillgodoses utan att användningen av ny teknik onödigt hindras eller kompliceras. Vidare skall Datainspektionen övervaka att inkasso- och kreditupplysningsföretag arbetar enligt god sed. Konkurrentverket är central myndighet för konkurrensfrågor och har som övergripande uppgift att arbeta för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet. Ingen av dessa myndigheter framstår som naturlig för att fylla uppgiften som kontaktpunkt för samarbetet med andra medlemsländer i frågor om informationssamhällets tjänster.

Kommerskollegium är central förvaltningsmyndighet för utrikeshandel och handelspolitik. Kollegiet är samordningscentral

för behandling av sådana frågor som uppstår i samband med genomförandet av den inre marknaden och som har kommit in från andra medlemsstater eller från kommissionen. Enligt sin instruktion skall kollegiet inom sitt verksamhetsområde även informera myndigheter och näringsliv om EG:s regelverk och andra relevanta regelverk.

Kommerskollegium har redan nu uppgifter som ligger nära dem som en sådan kontaktpunkt som avses i artikel 19.2 skall ha. Med hänsyn till att direktivet har som huvudsyfte att skapa fri rörlighet för informationssamhällets tjänster på den inre marknaden och till vad som sagts ovan om övriga tänkbara myndigheters verksamhet, bedöms kollegiet vara mest lämpat för uppgiften.

Enligt artikel 19.4 skall kontaktpunkter dessutom upprättas dit tjänstemottagare och tjänsteleverantörer skall kunna vända sig för att få allmän information om avtalsrättsliga rättigheter och skyldigheter samt om de mekanismer för klagomål och prövning som finns tillgängliga vid tvister, inbegripet praktiska aspekter på användningen av sådana mekanismer. Mottagarna och leverantörerna skall även kunna få adress och telefonnummer till de myndigheter, sammanslutningar eller organisationer där de kan få ytterligare upplysningar eller praktisk hjälp. Dessa kontaktpunkter skall kunna nås åtminstone på elektronisk väg.

Det är naturligt för konsumenter och företag att i första hand vända sig till det egna landets myndigheter eller organisationer vid behov av information eller hjälp som kan uppstå i samband med kontakter med tjänsteleverantörer, oavsett var leverantörerna är etablerade. Dessa kontaktpunkter skall därför fungera som en informationscentral för det egna landets tjänstemottagare, för att underlätta för dem att kunna bevaka sina rättigheter.

Som tidigare nämnts kommer det den 15 mars 2001 att öppnas en ny självständig enhet inom Konsumentverket, Konsument Europa, som skall fungera som central kontaktpunkt för information om vilka utomrättsliga tvistlösningsorgan som finns i landet. Organet skall även fungera som en europeisk

konsumentvägledning, som kan ge tips och råd till konsumenterna vid gränsöverskridande konsumenttvister (se avsnitt 6.12). Vid konsumentförhållanden kommer detta att fylla den funktion som artikel 19.4 kräver.

Även utanför konsumentområdet finns vissa organ som fungerar som kontaktpunkter i det här avseendet, nämligen handelskamrarna och i viss mån Kommerskollegium. I Sverige finns tolv handelskamrar, som alla är medlemmar i Svenska Handelskammarförbundet (www.cci.se). Svenska handelskamrar finns även i bl.a. samtliga EES-länder. Genom ett internationellt nätverk med dessa handelskamrar lämnar de svenska handelskamrarna den service till näringsidkare som krävs enligt artikel 19.4. Det sker bl.a. genom den elektroniska servicen ChamberPass (www.chamberpass.com). Stockholms handelskammare har även ett dotterbolag, Stockholms e-handelskammare, som har till uppgift att på olika sätt främja elektronisk handel. Någon ny kontaktpunkt för näringsidkare behöver därför inte inrättas.

I sammanhanget kan nämnas att Kommerskollegium är kontaktpunkt för företag och enskilda vid problem av olika slag på den inre marknaden. Förutom genom sin egen webbsida (www.kommers.se) kan kollegiet i dessa frågor nås via den webbplats som kommissionens generaldirektorat för den inre marknaden har (www.europa.int/comm/internal_market).

7 Kostnader, ikraftträdande och konsekvenser för småföretag

Kostnader

Genomförandet av artikel 3 i direktivet (ursprungslandsprincipen) kommer att medföra ett förändrat och till viss del ökat tillsynsområde för en del myndigheter. Det kan möjligen resultera i en något ökad ärendehantering hos framför allt Konsumentombudsmannen (KO) och Marknadsdomstolen. I praktiken är det dock inte troligt att ärendemängden kommer att öka i sådan utsträckning att det medför några större kostnadsökningar. De informationssamhällets tjänster som endast riktar sig mot andra EES-stater kan inte bedömas bli så omfattande att de i praktiken spelar någon nämnvärd roll för vilka resurser myndigheterna har till sitt förfogande för sitt tillsynsarbete. En annan sak är att informationsmängden i allmänhet ökar på grund av bl.a. Internet och därmed också arbetsbördan för övervakande myndigheter. Detta är dock inte relaterat till lagförslagen i denna promemoria. De kostnadsökningar som eventuellt kan uppstå bör kunna rymmas inom myndigheternas och domstolarnas befintliga ramar.

Uppgiften för Konsumentverket och Kommerskollegiet att vara kontaktpunkter för samarbetet med andra medlemsstater skiljer sig endast marginellt från myndigheternas existerande verksamhet och torde också i finansiellt hänseende rymmas inom myndigheternas befintliga ramar.

Av avsnitt 4.5.3 framgår att e-handelsdirektivet har lagts till i bilagan till Europaparlamentets och rådets direktiv 98/27/EG om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas

intressen. Sistnämnda direktiv har genomförts i svensk rätt genom lagen (2000:1175) om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer. Hur stora kostnadsökningar det förfarande som infördes genom den lagen generellt kan leda till är omöjligt att uppskatta (se prop. 2000/01:34, s. 33). Det förhållandet att e-handelsdirektivet lagts till de direktiv som omfattas av lagen torde dock inte i nämnvärd omfattning påverka detta. Denna eventuella kostnadsökning har dessutom beaktats vid införandet av den nyss nämnda lagen och påverkas inte av förslagen i denna promemoria.

Ikraftträdande

Enligt artikel 22 skall direktivet vara genomfört i medlemsstaterna före den 17 januari 2002. Med hänsyn till omfattningen och komplexiteten av ärendet samt till vikten av att remissinstanserna får rimlig tid till sitt förfogande kan det dock inte uteslutas att lagstiftningen inte kan träda i kraft redan då. Värdet av att noga analysera och beakta remissinstansernas synpunkter får anses vara så stort att det kan vara rimligt att skjuta på ikraftträdandet några månader.

Konsekvenser för småföretag

Den nya lagen innebär mer förenklingar än tillkommande rutiner för småföretagen. Den föreslagna lagen medför nämligen i princip att det kommer att räcka med att följa svenska regler om t.ex. marknadsföring för att tjänster skall få tillhandahållas i övriga EES-länder. I dagsläget måste svenska småföretag som marknadsför och tillhandahåller en informationssamhällets tjänst uppfylla de krav som ställs i alla EES-länder som anser att tjänsterna riktar sig mot deras marknader. I värsta fall kan småföretagaren alltså vara tvungen att undersöka och följa samtliga EES-staters olika lagstiftning om marknadsföring m.m. De före-

slagna reglerna torde således innebära betydande förenklingar i det avseendet, särskilt för småföretagare med begränsade resurser att anlita juristhjälp.

Som framgår av avsnitt 3 skedde under förhandlingarna om direktivet samråd genom en referensgrupp innehållande bl.a. företrädare för näringslivet. Förslagen i promemorian har utformats på ett sådant sätt att det inte regleras att bredare område än vad direktivet kräver.

De krav som ställs i direktivet på att tjänsteleverantörerna bl.a. skall lämna viss information om sig själva och den egna verksamheten (se avsnitt 6.5) har en konsumentskyddande funktion. De syftar till att göra det tydligt för konsumenterna vem som ligger bakom en informationssamhällets tjänst och hur man går tillväga för att beställa varor och tjänster m.m. Generellt kan sägas att kraven är sådana att de inte utgör någon tyngre börda för tjänsteleverantörerna, samtidigt som det får anses vara ett berättigat intresse för tjänstemottagarna att ha tillgång till dem. De nya rutiner företagen kan behöva inrätta för att kunna uppfylla kraven ligger sannolikt nära sådana rutiner som de ändå skapat om de tillhandahåller online-tjänster. Någon möjlighet att kvantifiera eventuella nödvändiga administrativa eller andra åtgärder som förslagen kan medföra finns inte.

Förslaget kommer troligen att innebära att det blir lättare för småföretag att hävda sig på marknaden för informationssamhällets tjänster, inte minst genom den förenkling som nämnts ovan om vilka krav på marknadsföring o.d. som skall följas. Företagen torde med all sannolikhet inte behöva anskaffa någon extra kompetens på grund av den föreslagna lagen.

Direktivet skall ses över av kommissionen senast den 17 juli 2003 och därefter vartannat år, för att kontrollera hur väl det är anpassat till den rättsliga, tekniska och ekonomiska utvecklingen. Effekterna för små och medelstora företag kommer också att ingå i en sådan översyn, då sådana företag sannolikt kommer att utgöra en stor del av dem som tillhandahåller informationssamhällets tjänster.

De krav som ställs på småföretag som tillhandahåller online-tjänster är inte så betungande att någon särskild ikraftträdandetid för dessa är nödvändig.

8 Författningskommentar

8.1 Förslaget till lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster

Inledande bestämmelser

1 §

Av paragrafen framgår lagens innehåll och tillämpningsområde, se avsnitt 6.2. Lagens krav är tillämpliga på informationssamhällets tjänster när dessa tillhandahålls av en tjänsteleverantör som har sin etableringsort i Sverige (ang. etableringsbegreppet, se kommentaren till 2 §).

2 §

Paragrafen, som motsvaras av artikel 2 i direktivet, upptar definitioner av vissa begrepp som återkommer i lagtexten. Begreppen har behandlats i avsnitt 6.3.

I avsnitt 5.3 finns en redogörelse för hur *informationssamhällets tjänster* beskrivs närmare i direktivets ingress. Där framgår också att i det s.k. transparensdirektivet, till vilket e-handelsdirektivet hänvisar, finns en bilaga med en vägledande förteckning över sådana tjänster som inte anses vara informationssamhällets tjänster och som inte heller anses vara det enligt e-handelsdirektivet. Begreppet skall ha samma innebörd i lagen som i direktiven.

Vid förhandlingarna om direktivet och vid de nordiska samråden (se avsnitt 3) har det rått enighet om att kravet på att en informationssamhällets tjänst "vanligtvis", eller "normalt" som det uttrycks i ingresspunkt 17, skall utföras "mot ersättning", bör tolkas mycket generöst. Det bör läsas i överensstämmelse med artikel 50 i EG-fördraget där "tjänster" beskrivs som "prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer". Begreppet tjänster är i fördraget ett vidsträckt begrepp som även innefattar tillfälliga uppdrag och prestationer av skilda slag.

Med vanligtvis eller normalt avses vad som är normalt för tjänsten i allmänhet och inte vad som är normalt för en viss tjänsteleverantör. Det innebär att även online-tjänster som erbjuds av ideella föreningar, universitet och andra som bedriver verksamhet utan något ekonomiskt intresse kan omfattas av direktivet. Sådan verksamhet som är av typiskt privat karaktär, såsom privatpersoners webbsidor med bilder på den egna familjen e.d., omfattas däremot inte.

Kravet på ersättning torde innefatta varje form av direkt eller indirekt ekonomisk gottgörelse. Det är t.ex. givet att marknadsföring online är en informationssamhällets tjänst, även om sådan endast indirekt betalas av konsumenterna som kollektiv.

Med "på distans" avses enligt transparensdirektivet tjänster som tillhandahålls utan att parterna är närvarande samtidigt. Enligt bilagan till nämnda direktiv utesluts därmed t.ex. undersökning eller behandling av läkare med hjälp av elektronisk utrustning, men med patienten fysiskt närvarande, användning av en elektronisk katalog i en butik, reservation av en flygbiljett online på en resebyrå med kunden fysiskt närvarande eller tillhandahållande av elektroniska spel med användaren fysiskt närvarande. Begreppet skall ha samma innebörd i lagen.

En tjänst som sker "på elektronisk väg" beskriver transparensdirektivet som en tjänst som sänds vid utgångspunkten och tas emot vid slutpunkten med hjälp av utrustning för elektronisk behandling (inbegripet digital signalkomprimering) och lagring av uppgifter och som i sin helhet sänds, befordras och tas emot

genom tråd, radio, optiska medel eller andra elektromagnetiska medel. Utanför begreppet faller enligt bilagan till det direktivet tjänster som har "ett materiellt innehåll", även om de innebär att elektronisk utrustning används. Med "materiellt innehåll" torde avses att det direkt i tjänsten ingår ett "fysiskt" moment. Som exempel nämns bankomater och tågbiljettautomater samt tillträde till avgiftsbelagda vägnät eller parkeringar, även om det finns elektronisk utrustning för att kontrollera tillträdet eller säkerställa rätt betalning. Utanför faller vidare offline-tjänster, såsom distribution av cd-romskivor eller programvara på diskett. (Det förhållandet att den fysiska leveransen inte utgör en informationssamhällets tjänst innebär endast att lagen inte reglerar denna leverans. Det innebär inte att en online-tjänst som föranlett leveransen inte skulle omfattas.) Vidare anger bilagan att tjänster som inte tillhandahålls genom elektronisk lagring och databehandling, såsom taltelefonitjänster, telefax- och telex-tjänster samt tjänster som utförs med hjälp av taltelefoni eller telefax, inte ingår bland informationssamhällets tjänster.

Slutligen beskriver transparensdirektivet en tjänst som sker "på individuell begäran av en tjänstemottagare" som en tjänst som tillhandahålls genom överföring av uppgifter på individuell begäran. Detta krav på interaktivitet utesluter, som nämns i bilagan, tjänster som tillhandahålls genom översändning av uppgifter utan individuell begäran och som är avsedda för samtidigt mottagande av ett obegränsat antal mottagare ("punkt till flerpunktsöverföring"). Som exempel nämns TV-tjänster, radio-tjänster och televisuell teletext.

Som exempel på informationssamhällets tjänster kan nämnas marknadsföring och försäljning av varor och tjänster, nättidningar, finansiella tjänster och s.k. video på beställning, allt under förutsättning att det sker online. Vid försäljning av varor och tjänster kan leveransen antingen ske offline eller online, bl.a. beroende på vilken typ av vara eller tjänst det är fråga om. Exempelvis datorprogram, mäklartjänster, revisionstjänster och finansiella tjänster kan ju levereras både offline och online. Det är alltså bara när leveransen sker online som även den utgör en informationssamhällets tjänst i lagens mening.

Marknadsföring via e-post hör, som framgår av avsnitt 5.3, till informationssamhällets tjänster. E-post eller motsvarande personliga meddelanden mellan fysiska personer som inte agerar inom ramen för sin handels-, närings- eller yrkesverksamhet faller däremot utanför. Detta gäller även om avtal ingås genom e-post (jfr ingresspunkt 18 i direktivet).

Begreppet *tjänsteleverantör* har, med någon språklig justering utan saklig innebörd, definierats på samma sätt som i direktivet. I definitionen inbegrips t.ex. Internetleverantörer, sökmotorer, serverägare och näringsidkare som erbjuder varor och tjänster online.

Var en tjänsteleverantör är *etablerad* avgörs av var denne har sitt fasta driftställe, dvs. var denne bedriver sin verksamhet. Den ort där tjänsteleverantören rent fysiskt har placerat sin tekniska utrustning för att tillhandahålla tjänsten, utgör inte i sig tjänsteleverantörens etableringsort. EG-domstolen har slagit fast att etableringsbegreppet omfattar det faktiska bedrivandet av näringsverksamhet med hjälp av ett fast driftställe. För ett företag som tillhandahåller tjänster via en webbplats på Internet är etableringsorten alltså inte den ort där utrustningen för webbplatsen finns eller den ort från vilken det går att nå webbplatsen, utan den ort där företaget utövar sin näringsverksamhet. När en tjänsteleverantör har flera etableringsorter är det viktigt att fastställa från vilken etableringsort tjänsten i fråga tillhandahålls. När det är svårt att avgöra från vilken av flera etableringsorter en viss tjänst tillhandahålls, skall detta vara den ort där verksamhetens centrum ligger för denna särskilda tjänst.

Begreppet *tjänstemottagare* omfattar alla som på något sätt använder sig av informationssamhällets tjänster. Det kan vara både personer som gör information tillgänglig på öppna nät, såsom Internet, och personer som söker information på Internet i privat eller yrkesmässigt syfte. En person eller ett företag kan samtidigt vara både leverantör och mottagare av informations-samhällets tjänster. Som exempel på någon som har dessa dubbla funktioner kan nämnas den som innehar en webbsida, och därför är tjänsteleverantör, och som använder någon annans webbhotell, och därför även är tjänstemottagare.

Det samordnade regelområdet omfattar de offentligrättsliga krav som en tjänsteleverantör måste uppfylla när det gäller etablering eller utövande av verksamhet som gäller någon av informationssamhällets tjänster. Däremot omfattar det samordnade regelområdet inte krav som är tillämpliga på varor som sådana, såsom säkerhetsnormer, märkningskrav och produktkrav. Det samordnade regelområdet omfattar endast krav på sådan verksamhet som sker online. Sådana krav som ställs på leverans eller transport av varor, på offentliga myndigheters utnyttjande av sin förköpsrätt av vissa varor eller på tjänster som inte tillhandahållits på elektronisk väg omfattas alltså inte. Begreppets innebörd har behandlats närmare i avsnitt 6.3 och 6.4.1.

Med *reglerad yrkesverksamhet* avses sådan yrkesverksamhet som enligt lag eller förordning kräver auktorisation, legitimation eller motsvarande, vilket ofta är förknippat med krav på viss utbildning. Däremot innebär inte det förhållandet att det i lag eller förordning har reglerats hur utbildningen skall vara utformad (exempelvis för ingenjörer) ensamt och i sig att verksamheten utgör reglerad yrkesverksamhet. För Sveriges del utgör ett trettiotal yrken reglerade yrken. Som exempel kan nämnas advokater, revisorer och fastighetsmäklare. Närmare information om vilka yrken som räknas som reglerade yrken i Sverige finns på Högskoleverkets webbplats, www.hsv.se.

I direktivet definieras begreppet genom en hänvisning till två generella EG-direktiv om system för ömsesidigt erkännande av yrkeskompetens. Förutom de två generella direktiven finns dock vissa s.k. sektorsdirektiv som gäller för vissa yrken, nämligen arkitekter, barnmorskor, läkare, sjuksköterskor, tandläkare och veterinärer. Även dessa omfattas av begreppet reglerad yrkesverksamhet (se avsnitt 6.3).

3 §

I bestämmelsen anges begränsningar i lagens tillämpningsområde. Frågan har behandlats i avsnitt 6.2.

Såsom förklaras i ingresspunkt 12 i direktivet har vissa verksamheter undantagits från direktivets tillämpningsområde, eftersom friheten att tillhandahålla tjänster på dessa områden för närvarande inte kan tryggas med stöd av fördraget eller befintlig sekundärrätt. Dessa områden har därför undantagits även från lagens tillämpningsområde. De undantag som anges motsvaras av artikel 1.5 a-d i direktivet.

Till att börja med är alla frågor som rör beskattning undantagna från lagens tillämpningsområde, liksom frågor som rör behandling av personuppgifter. Sådana återfinns främst i personuppgiftslagen (1998:204) och i telelagen (1993:597), där dataskyddsdirektivet (95/46/EG) och teledataskyddsdirektivet (97/66/EG) har genomförts.

För att förstå de övriga undantagens funktion och innebörd måste beaktas att de tjänster som lagen rör inte bara kommer att tillhandahållas på den svenska marknaden, utan skall kunna cirkulera fritt inom hela unionen. En del av undantagen kan kanske framstå som främmande för svenska förhållanden, men kan ha stor betydelse för tjänsteleverantörer som tillhandahåller sina tjänster i andra medlemsländer. Undantaget för karteller kan t.ex. verka mindre betydelsefullt ur ett svenskt perspektiv. Vissa medlemsländer har dock en omfattande kartellagstiftning, som skulle kunna komma i konflikt med direktivet om inte undantaget fanns. Bestämmelser om karteller i svensk lagstiftning återfinns huvudsakligen i 6–7 §§ konkurrenslagen (1993:20).

Som exempel på betydelsen av undantaget för viss notarieverksamhet och liknande kan nämnas att Tyskland, som har ett omfattande notariesystem, har regler om att notaries måste vara bosatta på den plats där de bedriver sin verksamhet. Tillåtligheten av sådana krav påverkas inte av direktivet, eftersom notarieverksamhet inte omfattas av direktivets krav på fri rörlighet (se avsnitt 6.4.1). För svensk del innebär undantaget att tjänste-

leverantörer etablerade i Sverige som vill tillhandahålla notarie-tjänster online i något land där detta kan ske utan att notarien är bosatt i landet, inte behöver följa de krav som ställs i den föreslagna lagen om informationssamhällets tjänster. Vidare får undantaget som regel till följd att sådana tjänsteleverantörer inte behöver följa svensk rätt utan i stället skall följa de krav som ställs i det land där de tillhandahåller sina tjänster.

I uttrycket företrädande som ombud och försvar av klient inför domstol omfattas rättegångsombud och försvarare (såväl offentliga som privata). Undantaget kan få ökad betydelse om eller när det blir vanligare med elektroniska tvistlösningsförfaranden. Eftersom målsägandebiträden och andra rättegångsbiträden – till skillnad från ombud – inte i formell mening ”företräder” sin klient, omfattas de inte av undantaget.

I begreppet hasardspel innefattas lotterier och vadslagningar som har angetts särskilt i artikel 1.5 d. Undantaget gäller bara sådan spelverksamhet som innebär att penningvärden satsas. Det omfattar inte säljfrämjande tävlingar eller spel vilkas syfte är att uppmuntra försäljningen av varor eller tjänster och där eventuella utbetalningar endast kan användas för att förvärva de lanserade varorna eller tjänsterna (jfr ingresspunkt 16 i direktivet).

4 §

De undantag från 6–9 §§ som anges i denna paragraf motsvarar de undantag från artikel 3 som anges i bilagan till direktivet, utom femte strecksatsen som i stället behandlas i 5 §.

Undantaget i *första punkten* för marknadsföring av icke begärd e-post innebär att den som sänder sådan marknadsföring till mottagare i någon annan EES-stat inte bara kan förlita sig på lagen i det egna landet utan måste respektera de regler som finns om detta i mottagarlandet. Frågan har behandlats närmare i avsnitt 6.5.1.

Vad gäller undantaget i *andra punkten* om utgivning av elektroniska pengar finns de närmare reglerna i direktivet

2000/46/EG. Med elektroniska pengar avses enligt det direktivet ett penningvärde i form av en fordran på utgivaren som lagras på en elektronisk produkt, som givits ut mot erhållande av medel som värdemässigt inte understiger det penningvärde som givits ut och som godkänns som betalningsmedel av andra företag än utgivaren. Direktivet grundar sig på principerna om harmonisering av vissa grundläggande bestämmelser, ömsesidigt erkännande och hemlandskontroll. I artikel 8.1 ges dock möjlighet för medlemsstaterna att under vissa förutsättningar undanta institut för elektroniska pengar från tillämpningen av en del av eller alla bestämmelser i direktivet. Direktivet har ännu inte genomförts i svensk rätt, men skall vara genomfört senast den 27 april 2002.

I *tredje punkten* görs undantag för artikel 44.2 i direktivet 1985/611/EEG (som ofta kallas UCITS-direktivet efter den engelska beteckningen Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities). Direktivet har genomförts i svensk rätt genom bl.a. lagen (1990:1114) om värdepappersfonder. Direktivet innehåller minimiregler i fråga om auktorisation, tillsyn och företagsorganisation för företag inriktade på kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper. Det bygger, liksom direktivet om elektroniska pengar, på principerna om harmonisering av vissa grundläggande bestämmelser, ömsesidigt erkännande och hemlandskontroll (se prop. 1989/90:153). Ett undantag från dessa principer stadgas dock i artikel 44.2, enligt vilken den som marknadsför¹ fondandelar i ett annat medlemsland skall följa de bestämmelser om reklam som gäller i det landet. Undantaget innebär alltså att de principer om fri rörlighet och hemlands-/ursprungslandskontroll som anges i 6–9 §§ (se kommentaren till dessa bestämmelser) inte gäller i fråga om marknadsföring av fondandelar.

Undantagen i *fjärde, femte och sjätte punkterna* grundar sig på fjärde strecksatsen i bilagan till e-handelsdirektivet. Där är undantaget uttryckt som en hänvisning till ett antal artiklar och

¹ Det kan möjligen diskuteras om det är marknadsföring som avses. I den engelska versionen av artikel 44.2 talas om "advertise" och "advertising". I den franska versionen talas om "faire de la publicité" och "la publicité".

avsnitt i de s.k. andra och tredje skadeförsäkringsdirektiven samt andra och tredje livförsäkringsdirektiven. De artiklar som anges är artikel 30 och avdelning IV i det tredje skadeförsäkringsdirektivet², avsnitt IV i det tredje livförsäkringsdirektivet³, artiklarna 7 och 8 i det andra skadeförsäkringsdirektivet⁴ samt artikel 4 i det andra livförsäkringsdirektivet⁵. Innebörden av undantagen i lagen avses vara densamma som undantaget i direktivet.

De andra skade- och livförsäkringsdirektiven genomfördes i svensk rätt i samband med tillträdet till EES-avtalet (se prop. 1992/93:222), genom bl.a. lagen (1993:645) om tillämplig lag för vissa försäkringsavtal och försäkringsrörelselagen (1982:713). Även de tredje skade- och livförsäkringsdirektiven genomfördes genom ändringar i bl.a. försäkringsrörelselagen (se prop. 1994/95:184).

De artiklar som anges i undantaget enligt e-handelsdirektivet innehåller bestämmelser om vilket lands lag som skall tillämpas på försäkringsavtal som täcker försäkringsrisker inom en medlemsstat och om möjligheten att fritt etablera sig och tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat. För en utförligare redogörelse av försäkringsdirektivens regler i dessa frågor hänvisas till ovanstående lagförarbeten.

Undantagen från 6–9 §§ för vissa frågor om tillämplig lag och särskilda krav på försäkringsområdet innebär att dessa frågor i

² Rådets direktiv 92/49/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring samt om ändring av direktiv 73/239/EEG och 88/357/EEG (EGT L 168, 18.7.1995, s. 7, Celex 31995L0026).

³ Rådets direktiv 92/96/EEG av den 10 november 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser direkt livförsäkring och om ändring av direktiven 79/267/EEG och 90/619/EEG (EGT L 168, 18.7.1995, s. 7, Celex 31995L0026).

⁴ Rådets direktiv 88/357/EEG av den 22 juni 1988 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring, och med bestämmelser avsedda att göra det lättare att effektivt utöva friheten att tillhandahålla tjänster samt om ändring av direktiv 73/239/EEG (EGT L 181, 20.7.2000, s. 65, Celex 32000L0026).

⁵ Rådets direktiv 90/619/EEG av den 8 november 1999 om samordning av lagar och andra författningar om direkt livförsäkring, och med bestämmelser avsedda att göra det lättare att effektivt utnyttja friheten att tillhandahålla tjänster, och om ändring av direktiv 79/267/EEG (EGT L 360, 9.12.1992, s. 1, Celex 31992L0096).

stället regleras i de nämnda lagarna, även om försäkringarna marknadsförs eller tillhandahålls online.

Det undantag som anges i *åttonde punkten* för upphovsrätt och närstående rättigheter, skydd för kretsmönster för halvledarprodukter och industriellt rättsskydd motsvaras av första strecksatsen i bilagan till e-handelsdirektivet. Där hänvisas, förutom till upphovsrätt, närstående rättigheter och industriellt rättsskydd, till sådana rättigheter som avses i EG-direktiven 87/54/EEG⁶ och 96/9/EG⁷. Det förstnämnda direktivet rör skydd för kretsmönster för halvledarprodukter. Det andra direktivet rör rättsligt skydd för databaser. Med databaser avses där en samling av verk, data eller andra självständiga element som sammanställts på ett systematiskt och metodiskt sätt och som var för sig är tillgänglig genom elektroniska medier eller på något annat sätt. Databaser som uppnår verkshöjd omfattas i svensk rätt av upphovsrätten och i annat fall av skyddet för närstående rättigheter enligt 5 kap. 49 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen). Omfattningen och innebörden av bestämmelsen avses vara densamma som motsvarande punkt i e-handelsdirektivet.

Innebörden av undantaget i *sjunde punkten* för avtalsförpliktelser vid konsumentavtal har behandlats i avsnitt 6.4. Detsamma gäller undantagen i *nionde punkten* för giltighet för avtal som skapar eller överför rättigheter i fast egendom.

5 §

I bestämmelsen förtydligas att 6–9 §§ inte påverkar den rätt som avtalsparter har att välja tillämplig lag på sitt avtal. Detta följer bl.a. av definitionen av det samordnade området. Paragrafen har tagits in i lagen i enbart klargörande syfte mot bakgrund av

⁶ Rådets direktiv 87/54/EEG av den 16 december 1986 om rättsligt skydd för kretsmönster i halvledarprodukter (EGT L 24, 27.1.1987, s. 36, Celex 31987L0054).

⁷ Rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (EGT L 77, 27.3.1996, s. 20, Celex 31996L0009).

femte strecksatsen i bilagan till direktivet. Bakgrunden till bestämmelsen har behandlats närmare i avsnitt 6.4.

Fri rörlighet för informationssamhällets tjänster

Bestämmelserna i 6–8 §§ motsvaras av artikel 3.2, 3.4 och 3.5 i direktivet och har ett nära samband med 9 § (se nedan). Med beaktande av att motsvarande bestämmelser finns eller kommer att finnas i alla EES-stater skapas ett system för vilket lands krav som informationssamhällets tjänster skall uppfylla och var kontrollen av detta skall ske på den inre marknaden. De bakomliggande EG-rättsliga principerna har behandlats i avsnitt 6.4.

Konsekvensen av att samtliga EES-stater har motsvarande bestämmelser är att tjänster som tillhandahålls av en i Sverige etablerad tjänsteleverantör, som uppfyller de krav på verksamheten som ställs i svensk rätt, inte (annat än i de angivna undantagsfallen) får hindras av andra EES-stater att tillhandahållas där. En svensk tjänsteleverantör behöver alltså som regel bara uppfylla de krav som ställs i svensk rätt i fråga om etablering och utövande (det samordnade regelområdet) av denna typ av verksamhet och kan sedan tillhandahålla tjänsterna fritt inom EES-området. Jfr även kommentaren till 9 §.

6 §

Bestämmelsen grundar sig på artikel 3.2. Den innebär att tjänster som har sitt ursprung i andra EES-stater fritt får tillhandahållas här i landet, under förutsättning att de uppfyller de krav som gäller i det egna landet inom det samordnade regelområdet. Åtgärder som begränsar den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster får som huvudregel inte vidtas. Detta innebär dock inte något förbud för mottagarlandets myndigheter att övervaka tjänster med ursprung i en annan EES-stat. Tvärtom är ömsesidigt förtroende och samarbete mellan länderna en förutsättning för att direktivet skall få den effekt som eftersträvas.

Mottagarlandets myndigheter kan, via de kontaktpunkter som direktivet anger (se avsnitt 6.14), informera och uppmana ursprungslandet att vidta åtgärder mot en tjänsteleverantör. I vissa fall kan även den mekanism som etablerats genom förbudsföreläggandedirektivet 98/27/EG (se avsnitt 4.5.3) utnyttjas. Bakgrunden till och innebörden av bestämmelsen har behandlats utförligt i avsnitt 6.4.

I vilka situationer det är tillåtet att göra undantag från bestämmelsen i enskilda fall regleras i 7 och 8 §§.

7 §

I paragrafen (som grundar sig på artikel 3.4) anges när, utöver vad som framgår av 4 §, myndigheter kan vidta åtgärder mot en informationssamhällets tjänst som tillhandahålls av en tjänsteleverantör i en annan EES-stat, se avsnitt 6.4.

8 §

Bestämmelsen motsvarar artikel 3.5 i direktivet och innehåller den särskilda procedur som måste följas för att vidta åtgärder enligt 7 §. Bestämmelsens innebörd har beskrivits i avsnitt 6.4.

EG-kommissionen har en skyldighet att snarast undersöka om anmälda åtgärder är förenliga med gemenskapsrätten. Om så inte är fallet kan kommissionen uppmana medlemsstaten att inte vidta eller att avbryta åtgärderna. Kommissionen har dock inte några sanktionsmöjligheter. Däremot kan kommissionen enligt gällande regler väcka talan mot medlemsstaten i EG-domstolen.

*Ursprungslandskontroll***9 §**

Bestämmelsen motsvaras av artikel 3.1 i direktivet och har ett nära samband med 6–8 §§ (se kommentaren till dessa bestämmelser). Bestämmelsen har behandlats utförligt i avsnitt 6.4.

Innebörden av bestämmelsen är att alla i Sverige etablerade tjänsteleverantörer skall följa svenska regler när de tillhandahåller informationssamhällets tjänster. Detta gäller även om tjänsterna enbart riktar sig till mottagare i någon annat EES-land. Även om en tjänsteleverantör t.ex. har sin tjänst utformad på det franska språket och anger att det endast är i Frankrike bosatta personer som får utnyttja tjänsten, skall tjänsten uppfylla de krav som ställs i svensk rätt om tjänsteleverantören är etablerad här.

I den mån svensk rätt endast har ansetts tillämplig på tjänster som riktar sig mot den svenska marknaden påverkas alltså dess territoriella tillämpningsområde. Det sagda kan även medföra att exempelvis Marknadsdomstolen får handlägga mål som rör tjänster som helt är riktade mot andra EES-stater.

Eftersom tillämpningsområdet för svensk rätt i viss mån ökar innebär det att även svenska myndigheters ansvar att, inom sina respektive tillsynsområden, kontrollera lagstiftningens efterlevnad ökar i samma mån. Svenska myndigheter har alltså ansvar för att kontrollera att de tjänsteleverantörer som är etablerade i Sverige följer de lagar och bestämmelser som gäller här, även om de tjänster som tillhandahålls inte alls riktar sig till den svenska marknaden. Det är med andra ord ursprungslandets myndigheter som, inom det samordnade regelområdet, skall sköta kontrollen av tjänsteleverantörerna och deras tjänster, oberoende av till vilken marknad tjänsterna riktas. En förutsättning för detta är att samarbetet och informationsutbytet mellan ländernas myndigheter fungerar (jfr avsnitt 6.14).

De myndigheter som avses är de myndigheter som på grund av annan lagstiftning redan har en skyldighet att på något sätt kontrollera att svenska lagar efterlevs. Som exempel kan nämnas

Konsumentombudsmannens och Konsumentverkets kontroll av marknadsföringslagstiftningens efterlevnad, Finansinspektionens kontroll av de finansiella företagen och Läke-medelsverkets kontroll enligt läke-medelslagen (1992:859).

Det är alltså inte fråga om några nya tillsynsuppgifter, men i och med att dessa myndigheter skall kontrollera även sådan verksamhet som inte riktar sig till den svenska marknaden utökas deras respektive tillsynsområde i viss mån genom bestämmelsen. Å andra sidan framgår av 6 och 7 §§ att svenska myndigheter inte annat än i undantagsfall har rätt att vidta åtgärder mot sådana informationssamhällets tjänster som har sitt ursprung i andra EES-stater. Det ankommer i stället på myndigheterna i det land där tjänsteleverantören är etablerad (ursprungslandet). I det avseendet kan svenska myndigheters uppgifter alltså minska i förhållande till vad som gäller i dag.

Allmänna informationskrav

10 §

I bestämmelsen, som grundar sig på artikel 5 i direktivet, anges i *första stycket* viss allmän information som tjänsteleverantörer skall ange om sig själv och sin verksamhet. Kraven kompletterar krav som ställs på information enligt annan lagstiftning.

Viss information som gör det möjligt för tjänstemottagare eller myndigheter att identifiera tjänsteleverantören bakom t.ex. en webbsida och komma i kontakt med denne skall alltid ges, nämligen namn och adress. Annan information behöver bara anges "i förekommande fall". Organisationsnummer och registreringsnummer för mervärdesskatt behöver förstås bara anges i de fall tjänsteleverantören över huvud taget har sådana. Om tjänsteleverantören behöver tillstånd för att tillhandahålla en viss typ av tjänst, t.ex. en fastighetsmäklartjänst eller en finansiell tjänst, skall det uppges vilken myndighet som är ansvarig för tillståndsgivningen.

Kraven i *andra stycket* på att ange yrkestitel, yrkesorganisation e.d. och bestämmelser som är tillämpliga på yrkesverksamheten avser endast s.k. reglerad yrkesverksamhet (se kommentaren till 2 §).

Enligt *tredje stycket* skall informationen finnas tillgänglig på ett enkelt, direkt och stadigvarande sätt. Exakt vad som krävs i det avseendet torde med hänsyn till den snabba tekniska utvecklingen inte kunna anges. Eftersom informationssamhällets tjänster måste kunna tillhandahållas via mobiltelefoner och handdatorer kan det dock inte alltid krävas att informationen omedelbart finns tillgänglig ”på skärmen”. Alternativa sätt att fullgöra kraven kan t.ex. vara att hålla informationen tillgänglig via en länk eller genom en hänvisning till en webbsida där informationen på ett enkelt sätt kan hittas. Det bör dock krävas att upplysningarna alltid skall ges på det för teknikformen mest tillgängliga sättet.

Angående sanktioner, se avsnitt 6.6.

11 §

De krav som ställs i paragrafen på hur priser skall anges innebär inte ett krav på att priser alltid måste anges (t.ex. vid marknadsföring som riktar sig enbart mot näringsidkare). I förhållande till konsumenter finns det dock, bl.a. i 4 § prisinformationslagen (1991:601), krav på att priser måste anges. Bestämmelsen stadgar endast att de prisuppgifter som lämnas skall framställas på ett klart och otvetydigt sätt. Av prisangivelsen skall framgå om skatt och leveranskostnader tillkommer.

Angående sanktioner, se avsnitt 6.6.

*Krav i samband med beställning***12 §**

Genom bestämmelsen genomförs artikel 11.2 i direktivet. Av bestämmelsen framgår att en tjänsteleverantör innan en beställning görs skall tillhandahålla sådana tekniska hjälpmedel som gör det möjligt att upptäcka och rätta till inmatningsfel som mottagaren kan tänkas göra.

13 §

Bestämmelsens *första stycke* motsvaras av artikel 10.1 och 10.2 i direktivet och innehåller krav på att tjänsteleverantören skall lämna tjänstemottagaren viss information som kan ha betydelse för avtal som ingås dem emellan. Informationskraven tar främst sikte på sådana informationssamhällets tjänster som innebär försäljning av varor och tjänster. Rena informationstjänster eller andra tjänster där några beställningar över huvud taget inte görs berörs alltså inte av informationskraven.

Till att börja med skall tjänsteleverantören informera om de tekniska hjälpmedel som avses i 12 §. Tjänsteleverantören skall också informera om hur tjänstemottagaren rent tekniskt skall gå till väga för att ingå avtal med leverantören och på vilka språk avtal kan ingås. Vidare skall tjänsteleverantören upplysa om huruvida avtalet kommer att arkiveras och om det kommer att hållas tillgängligt för tjänstemottagaren. Om tjänsteleverantören har åtagit sig att följa några särskilda etiska regler, t.ex. inom branschen, skall det ges en hänvisning till hur dessa kan nås på elektronisk väg.

Enligt *andra stycket* skall tjänsteleverantörer alltid lämna en bekräftelse på att en beställning har mottagits. Bekräftelsen skall lämnas på elektronisk väg och utan onödigt dröjsmål.

Angående sanktioner, se avsnitt 6.6.

14 §

I bestämmelsen, som grundar sig på delar av artiklarna 10 och 11, anges att näringsidkare kan avtala med varandra om att kraven i 12 och 13 §§ inte skall gälla. Vidare anges att kraven inte behöver följas om avtal ingås *enbart* genom utväxling av e-post eller motsvarande personliga meddelanden. Med det avses att kommunikationen endast sker genom e-post eller liknande, där det skulle vara minst sagt otympligt att behöva uppfylla de krav på information m.m. som annars ställs. Såsom anges i ingresspunkt 39 i direktivet får undantaget för avtal som ingås enbart genom e-post e.d. dock inte leda till att tjänsteleverantörer kan kringgå kraven.

15 §

Enligt bestämmelsen skall avtalsvillkor göras tillgängliga för tjänstemottagare på ett sätt som gör det möjligt att spara och återskapa dem. Bestämmelsen grundar sig på artikel 10.3 i direktivet. Där används termen "återge", men återskapa torde ge en bättre beskrivning av vad som avses (eng. "reproduce").

Angående sanktioner, se avsnitt 6.6.

16 §

Bestämmelsen, som grundar sig på artikel 11.1 andra strecksatsen, reglerar när beställningar och bekräftelser skall anses vara mottagna. I direktivet har det uttryckts så att de skall anses mottagna när de parter till vilka de är ställda "har tillgång till dem", vilket får anses vara detsamma som det i svensk rätt inarbetade begreppet "till handa".

Ansvarsfrihet för mellanhänder

I bestämmelserna, som grundar sig på artiklarna 12–14 i direktivet, anges att sådana tjänsteleverantörer som bara överför eller lagrar information som lämnats av andra skall ha viss ansvarsfrihet för innehållet i informationen. De tjänster som omfattas av bestämmelserna är s.k. enbart vidarebefordran ("mere conduit"), cachning och olika typer av värdtjänster. Tjänsterna har behandlats närmare i avsnitt 4.2.2. Bakgrunden till bestämmelsernas utformning har behandlats i avsnitt 6.8.

Bestämmelserna innebär att de tjänsteleverantörer som omfattas, mellanhänderna, inte på grund av innehållet i den information de överför eller lagrar kan åläggas att ersätta skada eller betala sanktionsavgift. Om alla förutsättningar är uppfyllda kan mellanhänderna alltså inte i civilrättsligt hänseende göras ansvariga för om det förekommer t.ex. upphovsrättsligt skyddat material eller otillbörlig marknadsföring i deras tjänster.

Ett konkret exempel på reglernas innebörd avser s.k. tillfälliga kopior. Som framgått i avsnitt 4.5.6 är rättsläget vad gäller tillfälliga kopior av den typ som avses i främst 17 och 18 §§ oklart. Genom bestämmelserna klargörs dock att den som uppfyller de villkor som anges inte kan åläggas att betala ersättning till rättighetsinnehavare för t.ex. upphovsrättsintrång i form av exemplarframställning, som uppstår i samband med överföringen.

Av det resonemang som förs i avsnitt 6.8 framgår att mellanhänderna inte heller i straffrättsligt hänseende torde kunna hållas ansvariga för den verksamhet som avses i bestämmelserna.

17 §

Av avsnitt 4.2.2 framgår att de mellanhänder som avses i *första stycket* är sådana som bara överför information som andra har lämnat eller som tillhandahåller själva nätet, ledningarna, serverna e.d. som informationen överförs på.

De närmare förutsättningar för att ansvarsfrihetsregeln skall vara tillämplig som anges i bestämmelsen innebär för det första

att mellanhanden inte får vara den som har tagit initiativ till överföringen av informationen. För det andra får mellanhanden inte välja ut mottagaren av informationen och inte heller välja ut eller ändra informationen. Med uttrycket ändra avses att innehållet i informationen inte får förändras. Det faktum att t.ex. en bild på en webbsida med nödvändighet måste förminskas vid användningen av bl.a. mobil e-handel (m-handel) och WAP-teknik är dock inte att betrakta som en ändring av informationen i bestämmelsens mening.

Såsom förklarats i avsnitt 4.2.2 avser den lagring som anges i *andra stycket* sådan automatisk och tillfällig mellanlagring som med nödvändighet sker på andra serverdatorer och routrar i samband med överföringen. En förutsättning för att ansvarsfrihetsregeln skall vara tillämplig är att lagringen inte sker längre än vad som rimligen behövs för att överföringen skall kunna ske.

18 §

Den typ av lagring som avses i bestämmelsen skiljer sig från den som avses i 17 § *andra stycket* på det sättet att lagringen enligt 17 § sker automatiskt i samband med överföring, medan lagringen här görs i det särskilda syftet att effektivisera överföring av viss information, s.k. cachning. Såsom framgått i avsnitt 4.2.2 finns olika typer av cachning. Den typ av cachning som bestämmelsen främst tar sikte på är s.k. proxycachning, där tjänsteleverantörer lagrar olika webbsidor och material på sina lokala servrar (proxyservrar).

De närmare förutsättningarna för ansvarsfrihet innebär till att börja med att mellanhanden inte får ändra informationen på något sätt. Uttrycket ändra har samma innebörd här som i 17 § första stycket (se ovan).

Vidare måste mellanhanden uppfylla de eventuella villkor som krävs för att få tillgång till informationen. Sådana villkor kan t.ex. vara att tjänstemottagarna anger ett visst lösenord eller erlägger viss betalning för att få tillgång till den aktuella informationen. För att det skall vara någon mening med sådana villkor

måste samma villkor gälla för att få tillgång till mellanhändernas cachekopior. Om informationen är avsedd endast för en viss användargrupp, får informationen alltså inte genom cachningen spridas utanför denna grupp.

En annan förutsättning för att mellanhanden skall vara fri från ansvar för sin cachning är att denne följer inom branschen vedertagna regler för uppdatering av informationen. De kunder som besöker en viss webbsida vet inte om det är den ursprungliga sidan eller om det är en cachekopia som besöks. Det är därför viktigt att den information som uppdateras på den ursprungliga sidan också uppdateras i samma takt på alla cachekopior. De regler för uppdatering som gäller inom branschen måste därför följas.

Som ytterligare villkor för ansvarsfrihet anges i fjärde punkten att mellanhanden inte ingriper i sådan inom branschen vedertagen teknik som används för att få uppgifter om användningen av informationen. Med uttrycket ”uppgifter om användningen” avses exempelvis uppgifter om hur många besökare en viss webbplats har (s.k. hitcounting). Sådan information används ofta som underlag för beräkningen av reklamintäkter och ersättning till rättighetsinnehavare. Användningen av cachning kan i sig medföra svårigheter med att beräkna antalet besökare på en viss webbsida. Det har dock utvecklats tekniska system för att komma till rätta med detta och det får antas att den tekniska utvecklingen kommer att fortskrida i det avseendet. Det villkor som ställs för ansvarsfrihet innebär att den som cachar inte aktivt ingriper mot eller hindrar användningen av sådan teknik.

En sista förutsättning för att den som cachar skall kunna åberopa ansvarsfrihetsregeln är att denne, vid erhållande av viss kännedom, utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen. Det skall ske så fort mellanhanden får kännedom om att informationen avlägsnats eller gjorts oåtkomlig på dess ursprungliga plats eller om att en domstol eller myndighet har beslutat att så skall ske. Det innebär att den som cachar skall vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra vidare spridning, så fort kännedom erhålls om att den information som överfördes till cachekopian av någon anledning tagits bort eller blockerats.

Detsamma gäller om en domstol eller myndighet fattat beslut om att informationen inte får spridas vidare. Sådana åtgärder skall vidtas oavsett om informationen har tagits bort för att den innehöll något olagligt, för att den blivit inaktuell eller av något annat skäl.

19 §

Bestämmelsen omfattar olika typer av värdtjänster, t.ex. webbhotell där innehavare av webbsidor hyr in sig. Som andra exempel på värdtjänster som omfattas kan nämnas chatttjänster, elektroniska anslagstavlor (BBS:er) och liknande, där det pågår interaktivitet mellan parterna utan inblandning av värdtjänstleverantören (se vidare avsnitt 4.2.2).

Innebörden av villkoret i *första stycket*, punkterna 1 och 2, att tjänsteleverantören inte får ha haft viss kännedom eller medvetenhet har behandlats i avsnitt 6.8.

Av *andra stycket* framgår att en innehavare av ett webbhotell eller annan värdtjänst inte får åberopa ansvarsfrihetsregeln om den som lämnat den aktuella informationen handlat under dennes ledning eller överinseende.

8.2 Förslaget till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450)

13 a §

Lagändringen grundar sig på artikel 7.2 i direktivet och har behandlats i avsnitt 6.5.1.

8.3 Förslaget till lag om ändring i konsumentkreditlagen (1992:830)

9 §

Lagändringen har sin grund i artikel 9.1 i direktivet och har behandlats i avsnitt 6.7.2.

Paragrafens första stycke innehåller vissa form- och ordningsföreskrifter, som skall iakttas i samband med att kreditavtalet ingås. Av stycket framgår att kreditavtalet skall ingås skriftligen och undertecknas av konsumenten samt att konsumenten skall få en kopia av avtalet.

Ett tillägg har gjorts som innebär att kravet på undertecknande är uppfyllt om konsumenten använder sig av en kvalificerad elektronisk signatur. Genom det gjorda tillägget får ”ingås skriftligen” en för paragrafen ny innebörd. Eftersom undertecknande avses kunna ske med kvalificerad elektronisk signatur, måste nämligen också ett avtal som ingåtts på t.ex. Internet anses vara ett skriftligt avtal. Vad som avses med en kvalificerad elektronisk signatur framgår av 2 § lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer. Ändringen gör det alltså möjligt att ingå avtal om konsumentkredit på elektronisk väg.

I första styckets sista mening sägs att konsumenten skall få en kopia av avtalet. Eftersom påbudet inte är sanktionerat, är det närmast att betrakta som en ordningsföreskrift. Bestämmelsen är oförändrad. Avsikten med detta är att konsumenten även vid ett elektroniskt ingånget kreditavtal skall kunna förvänta sig att från kreditgivaren få en papperskopia av avtalet.

Andra och tredje styckena är oförändrade.

8.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument

3 kap. 1 §

Lagändringen grundar sig på artikel 9.1 i direktivet och har behandlats i avsnitt 6.7.3.

Genom ändringen möjliggörs det att ingå sådana avtal om finansiella instrument som avses i bestämmelsen på elektronisk väg. Kravet på en särskilt upprättad handling har tolkats så att det innebär ett krav på att avtalet upprättas på papper. För att möjliggöra avtal på elektronisk väg har det som ett alternativ angetts att avtalet sluts i någon annan läsbar och varaktig form som är tillgänglig för ägaren. Med uttrycket avses t.ex. e-post som kan sparas av mottagaren (jfr prop. 1999/2000:89 s. 41).

Bilaga Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel")

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

Bilagan finns endast i den tryckta upplagan