

Förhandsgranskning av och övervakningsansvar för interaktiva elektroniska tjänster

Konkurrensrättsåret 2008

Intressanta rättsfall rörande fastighetsrätt, bostadsrätt och miljö 2008

Rättsfall från EG-domstolarna

Förhandsgranskning av och övervakningsansvar för interaktiva elektroniska tjänster

År 2004 myntade journalisten och medieforskaren Tim O'Reilly uttrycket "web 2.0". Uttrycket avser bland annat de nya affärsmodeller som under senare år kommit att etableras på Internet och som är utformade så att användaren känner sig (och är) i centrum. Ett huvudmoment i denna typ av webbplatser är att användaren själv kan bidra till webbplatsens innehåll, användaren ser sina tidigare bidrag och förändringar, att flera användare bildar communities kring innehållet. Fokus på användarens möjlighet att bidra med eget material till webbplatser medför att rättsliga frågor rörande ansvar för interaktiva tjänster, chattjänster och elektroniska diskussionsforum har blivit aktuella. Advokat Henrik Bengtsson vid Advokatfirman Delphi redogör i denna artikel för tjänstetillhandahållarens ansvar för förhandsgranskning av och / eller övervakning av interaktiva tjänster ur olika rättsliga perspektiv.

För något år sedan prövade Högsta domstolen för första gången ansvaret för en tillhandahållare av en interaktiv gästbok på Internet där inlägg som uttryckte missaktning mot homosexuella hade lämnats. Vidare har Stockholms tingsrätt meddelat en uppmärksam dom mot Aftonbladets ansvarige utgivare på grund av att det förekom meddelanden som innebar hot mot folkgrupp i ett diskussionsforum på Aftonbladets nätplats och Justitiekanslern

har i ett flertal fall prövat om bloggar omfattas av grundlagsskydd enligt tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen. Frågan om det rättsliga ansvar som en tillhandahållare av ett interaktivt forum på Internet har blir viktigare i takt med utvecklingen mot ett mer interaktivt Internet. Övervakningsansvar för interaktiva elektroniska tjänster återfinns i ett flertal olika regelverk, bl.a. inom den allmänna straffrätten, inom upphovsrätten, i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen, i lagen om elektroniska anslagstavlor, i marknadsföringslagen och i personuppgiftslagen. Ansvarsförutsättningar skiljer sig mellan de olika lagstiftningarna och varierar bl.a. beroende på om tillhandahållaren utövar förhandsgranskning av den interaktiva elektroniska tjänsten eller ej. Regelsystemet är spretigt och reglerna skiljer sig väsentligt åt mellan olika lagstiftningar. Syftet med denna artikel är att försöka beskriva hur gransknings- och övervakningsskyldigheten ser ut i olika lagstiftningar.

Interaktiva elektroniska tjänster

Det finns idag ett stort antal Internetbaserade tjänster där användaren själv kan delta genom att lägga till texter eller bilder eller kommentera innehållet i tjänsten. Internetversionen av de stora dagstidningarna innehåller genomgående s.k. kommentarsfunktioner där läsare kan kommentera artikeltexter. Många dagstidningar har också bloggar där användarna kan lägga till material, bloggarna kan vara både modererade och omoderade. Andra exempel på interaktiva elektroniska tjänster är webbforum, chatt- rum, gästböcker, uppslagsverk av typen Wikipedia och webbsidor där användarna kan sprida film såsom Youtube eller den svenska webbplatsen www.bubblare.se. Alla tjänsterna har det gemensamt att användaren ges möjlighet att själv publicera material i form av text, bild eller film, material som kan innebära överträdelse av bestämmelserna om informationsbrott eller överträdelse av immateriella rättigheter.

Modererade och omoderade tjänster

Vid bedömningen av vilket rättsligt ansvar en tillhandahållare av en interaktiv elektronisk tjänst såsom ett discussionsforum, en chatt- eller gästboksfunction, en s.k. blogg eller en kommentarsfunction har är en första väsentlig frågeställning huruvida tjänsten är *modererad* eller *omodererad*. En modererad tjänst är en tjänst där varje inskickat meddelande granskas och godkänns manuellt innan det publiceras. En omodererad tjänst är en tjänst där användarna kan lägga in meddelanden utan sådan granskning och utan aett sådant godkännande av tillhandahållaren av tjänsten. Betydelsen av huruvida tjänsten är modererad eller ej belyses nedan under respektive rättsområde.

Övervakningsskyldighet avseende YGL- eller TF-skyddade tjänster

En modererad interaktiv elektronisk tjänst kan åtnjuta grundlagsskydd antingen genom den s.k. databasregeln i 1 kap. 9 § yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) eller genom den s.k. bilageregeln i 1 kap. 7 § tryckfrihetsförordningen (TF). Om en elektronisk tjänst omfattas av TF eller YGL innebär detta att de sanktioner som anges i TF och YGL är de exklusiva sanktionerna för innehåll på diskussionstjänsten. I praktiken innebär grundlagsskydd också ett förhöjt skydd för den ansvarige utgivaren eftersom YGL- och TF-mål prövas i en särskild rättegångsordning med jury som har en tendens att lägga stor tyngd vid yttrande- och tryckfrihet.

Förutsättningen för att bilageregeln skall vara tillämplig är att ägaren av en periodisk skrift sprider förlagetrogna delar av skriften som radioprogram eller en teknisk upptagning som avses i YGL (vilket inkluderar webbsidor). Det tryckfrihetsrättsliga skyddet gäller även koncernbolag. Justitiekanslern har ansett att en webbplats som drevs av ett dotterbolag till Aftonbladet omfattades av bilageregeln (dnr 3249-00-31 respektive 2841-00-31).

Databasregeln är tillämplig under förutsättning att webbsidan tillhandahålls av en redaktion för en tryckt periodisk skrift eller för ett radioprogram, ett företag för yrkesmässig framställning av tryckta skrifter (eller jämförbara skrifter enligt tryckfrihetsförord-

ningen) eller av tekniska upptagningar eller en nyhetsbyrå med hjälp av elektromagnetiska vågor. Några ytterligare förutsättningar är att utgivaren på *särskild begäran* tillhandahåller allmänheten information ur en databas, och att innehållet *kan ändras endast av den som driver verksamheten*. Kravet att innehållet skall kunna ändras endast av tillhandahållaren innebär att databasregeln och bilagereglens tillämplighet på en interaktiv tjänst är beroende av databastillhandahållarens kontroll av de förmedlade meddelandena. Omodererade tjänster omfattas inte av databasregeln eftersom mottagaren har möjlighet att ändra innehållet i databasen (se bl.a. Justitiekanslerns beslut i ärende dnr 7193-07-31 rörande kommentarer till artiklar på en nättidnings webbsida respektive Justitiekanslerns beslut dnr 2803-08-31 rörande en blogg som inte var föremål för förhandsgranskning). Om databastillhandahållaren däremot kontrollerar de inskickade meddelandena innan de publiceras (en modererad tjänst), har databastillhandahållaren kontroll över innehållet och databasregeln (se bl.a. Justitiekanslerns beslut dnr 3745-07-31 beträffande en förhandskontrollerad blogg respektive Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 7655-00 som refereras nedan).

Frågan om gränserna för databasregeln tillämplighet har prövats vid ett flertal tillfällen. I RÅ 2003 ref. 30 har Regeringsrätten bedömt huruvida en utgivare av en tryckt periodisk skrift som innehöll uppgifter om betalningsanmärkningar kunde betraktas som en redaktion i databasregeln mening. Datainspektionen som var klagande argumenterade för en snäv tillämpning av begreppet ”redaktion” men Regeringsrätten ansåg att begreppet skulle omfatta allt ordnande och all utgivning av tryckta periodiska skrifter.

I Justitiekanslerns ärende dnr 2491-03-31 menade tillhandahållaren av webbplatsen www.sverigeturism.se att databasregeln var tillämplig på webbplatsen eftersom man gav ut ett nyhetsbrev. Justitiekanslern konstaterade dock att eftersom nyhetsbrevet inte framställdes i tryckpress (jfr 1 kap. 5 § tryckfrihetsförordningen) var databasregeln inte tillämplig. Det automatiska grundlagsskyddet för webbsidor är således relativt omfattande.

Om tillhandahållaren av en webbsida inte ger ut tryckta skrifter eller radioprogram eller kvalificerar sig som nyhetsbyrå är databasregeln inte tillämplig. I en sådan situation har tillhandahållaren

av webbplatsen dock möjlighet att ansöka om s.k. frivilligt grundlagsskydd enligt 1 kap. 9 § 2 st YGL. De grundläggande förutsättningarna är desamma som vid automatiskt grundlagsskydd dvs. att det rör sig om en databas som tillhandahålls på särskild begäran och att innehållet inte kan ändras av någon annan än innehavaren. De ytterligare kraven för att frivilligt grundlagsskydd skall meddelas är att databasen:

- är väl avgränsad och framstår som *en* databas som tillhandahålls allmänheten,
- har anknytning till Sverige,
- har en behörig utgivare utsedd,
- har ett namn som innehåller ett domännamn och
- har ett namn som inte är förväxlingsbart med namnet på en annan databas som finns registrerad hos Radio- och TV-verket.

Radio- och TV-verket har utarbetat en policy för att avgöra avgränsningen av en databas (webbplats) som omfattas av frivilligt grundlagsskydd. Verket anser att webbplatsen skall för användaren framstå som en sammanhållen tjänst som tillhandahålls av samma redaktion med en integrerad layout under ett namn (se bl.a. Radio- och TV-verkets beslut dnr 1192/2003 och dnr 852/2006). Verket har med utgångspunkt i denna avgränsning nekat utgivningsbevis till webbplatserna www.brollopstorget.se, www.tasteline.se och www.eniro.se eftersom det inom den avgränsade webbplatsen funnits omodererade sidor som kunnat ändras av användarna.

Övervakningsansvaret för modererade elektroniska diskussionsforum som omfattas av bilagereglerna eller databasregeln

Frågan om vilket övervakningsansvar en tillhandahållare av en *modererad* interaktiv tjänst har enligt YGL har prövats i en dom från Stockholms tingsrätt mål nr B 7655-00). Aftonbladets ansvarige utgivare åtalades för förtal på grund av att meddelanden med rasistiskt innehåll hade publicerats på ett debattforum på Aftonbladets webbplats som omfattades av databasregeln i YGL. Meddelandena som skickades till debattforumet granskades av en

särskild granskningskommitté bestående av fyra personer samt av Aftonbladets övriga journalister. Därefter publicerades meddelandena på forumet. Aftonbladets informationschef hade uppmärksammats på innehållet i meddelandena men till följd av att den ansvarige utgivaren befann sig utomlands och ett datorhaveri dröjde det en längre tid innan meddelandena avlägsnades.

I domen berörde tingsrätten förutsättningen för straffansvar för yttrandefrihetsbrott, nämligen att den ansvarige utgivaren skall anses ha haft kännedom om framställningen. Utgivaren skall också anses ha medgivit framställningens offentlighöjande. Tingsrätten uttalade vidare att en utgivare endast under extrema förhållanden kan undgå ansvar för uttalanden som objektivt sett har ett sådant innehåll att offentlighöjandet av meddelandena innebär ett yttrandefrihetsbrott. Frågan vad som kan anses utgöra extrema förhållanden har prövats av HD i NJA 1991 s. 155 där Örebro-Kuriren av misstag hade skrivit "knarkkung" istället för "krogkung" på löpsedeln. Örebro-Kurirens ansvarige utgivare åtalades för grovt förtal och fälldes med motiveringen att felskrivningen skett som ett led i normalt redaktionellt arbete på tidningen. Därmed förelåg inte några extrema förhållanden som skulle kunna påverka ansvarsbedömningen (se närmare prop. 1948:230 s. 93 och 174).

Kärnfrågan i Aftonbladet-målet blev huruvida utgivaren (i) kunde anses ha haft kännedom om innehållet i meddelandena och (ii) huruvida han kunde anses ha medgivit deras offentlighöjande. Tingsrätten uttalade vidare att den ansvarige utgivaren fick anses ha medgivit publiceringen av de antisemitiska meddelandena eftersom den ansvarige utgivaren varit medveten om att antalet debattinlägg var så omfattande att det var praktiskt omöjligt att i detalj kontrollera innehållet i alla inskickade meddelanden. Den ansvarige utgivaren hade också varit medveten om att det sätt på vilket verksamheten organiserats innebar en risk för att lagstridiga meddelanden skulle komma att "slinka igenom" granskningen och därigenom publiceras. Den ansvarige utgivaren anförde till sitt försvar att det faktum att avlägsnandet av meddelandena dröjt berodde på att Aftonbladet haft datorproblem, vilket medfört att det inte var möjligt att avlägsna meddelandena. Tingsrätten ansåg dock att varken datorproblemen eller debattinläggens omfattning utgjorde någon sådan extrem omständighet som innebar att utgi-

varen kunde undgå ansvar för yttrandefrihetsbrott. Aftonbladets ansvarige utgivare dömdes därför för förtal till villkorlig dom och böter. Domen överklagades inte.

Modererade interaktiva elektroniska tjänster som omfattas av bilageregeln eller databasregeln medför således ett långtgående ansvar för den ansvarige utgivaren. Verksamheten måste organiseras på ett sådant sätt att risken för att lagstridiga meddelanden publiceras begränsas i möjligaste mån.

Övervakningsansvar enligt allmänna straffrättsliga principer

Det finns i svensk rätt ett flertal olika brottstyper som är relaterade till information och spridning eller annan hantering av information, nämligen förtal (5 kap. 1 § brottsbalken), hets mot folkgrupp (16 kap. 8 § brottsbalken), barnpornografibrott (16 kap. 10a § brottsbalken), olaga våldsskildring (16 kap. 10b § brottsbalken) och intrång i immateriella eller industriella rättigheter (se SOU 1992:110, s. 229, respektive prop. 2001/02:150 s. 87ff). Huvudprincipen beträffande de informationsrelaterade brotten är liksom när det gäller andra brott att gärningsmannen skall ha handlat uppsåtligt för att gärningen skall vara straffbar.

Straffansvar för olika typer av mellanhänder och tillhandahållare av elektroniska tjänster eller diskussionsforum aktualiseras typiskt sett i form av medverkansansvar. I svensk straffrätt är det inte möjligt att hålla en mellanhand eller tillhandahållare straffansvarig enbart på grund av dennes tillhandahållande av en tjänst. Detta innebär att den enda form av ansvar som kan aktualiseras för tillhandahållare eller mellanhänder är s.k. underlåtenhetsansvar (se prop. 2001/02:150 s. 89ff). I NJA 2007 s. 185 (I) menade åklagaren i första hand att den tilltalade genom att underlåta att ta bort meddelanden i en gästbok som var missaktande mot homosexuella som gärningsman gjort sig skyldig till hets mot folkgrupp alternativt att han gjort sig skyldig till medhjälp till hets mot folkgrupp. I andra hand menade åklagaren att den tilltalade gjort sig skyldig till brott enligt 7 § lagen om elektroniska anslagstavlor. HD konstaterade att eftersom underlåtenheten att ta bort meddelandena från gästboken inträffat efter att meddelandena publicerats

hade underlåtenheten inte påverkat gärningsmannens (personen som publicerade meddelandena) handlande. Hets mot folkgrupp är inte ett s.k. perdurerande brott och därför kunde den tilltalade enligt HD inte dömas för medhjälp till hets mot folkgrupp. HD resonerade vidare kring frågan om huruvida den tilltalade haft en sådan garantställning att hans underlåtenhet kunde medföra straffansvar och menade att ett sådant ansvar enligt brottsbalken förutsätter att det är fråga om särskilt kvalificerade fall i vilka en underlåtenhet att hindra fortsatt spridning av ett meddelande klart framstår som lika straffvärd som en aktiv spridning av ett meddelande. Genom HD:s dom är det tydligt att ansvar för tillhandahållare av elektroniska tjänster kan aktualiseras endast under särskilda omständigheter, nämligen (i) att underlåtenheten påverkar huvudgärningsmannens handlande och det rör sig om ett perdurerande brott eller (ii) i särskilt kvalificerade fall där gärningsmannen kan anses ha ett garantansvar. Några exempel på sådana särskilt kvalificerade fall kan vara

- att tillhandahållaren har anledning att misstänka att tjänsten innehåller straffbara meddelanden (exempelvis genom anmälan till s.k. abuse-avdelning) och att tjänsten är anordnad på ett sådant vis att förmedling av straffbar information underlättas eller
- att tillhandahållaren sedan tidigare har vetskap om att straffbara meddelanden är vanligt förekommande inom ramen för tjänsten.

Eftersom det är orimligt att kräva att en tillhandahållare regelmässigt kontrollerar innehållet i en extensiv tjänst kan en tillhandahållare inte fällas till ansvar för att han bort känna till att tjänsten innehöll straffbara meddelanden. En allmän vetskap om att straffbara meddelanden förekommer medför inte heller straffansvar eftersom detta förutsätter tillhandahållarens konkreta vetskap om viss straffbar information.

Övervakningsansvar enligt upphovsrättsliga regler

Frågan om tillhandahållaren av en interaktiv tjänst har ett övervakningsansvar för intrång har aktualiserats i ett flertal brottmål. Det centrala avgörandet är den s.k. BBS-domen (NJA 1996 s. 79), där HD ansåg att enbart tillhandahållandet av en databas som användes för utbyte av piratkopierade datorprogram inte var straffbart utan, mot bakgrunden av straffstadgandets formulering, förutsatte någon form av *aktivt handlande* för straffbarhet. I senare straffrättslig praxis har bedömningen nyanserats något. Göta hovrätt (Göta hovrätts dom 1998-04-29, mål nr B 1924/95) har konstaterat att sortering av piratkopierade program till olika delar av en databas var ett sådant aktivt handlande som medförde straffansvar. Svea hovrätt (Svea hovrätts dom 1998-09-29, mål nr B 318/97) har prövat frågan om straffrättsligt medverkansansvar och har konstaterat att en BBS-tillhandahållare kan vara ansvarig för medverkan till upphovsrättsintrång om databasen ordnats på ett sådant sätt att tillhandahållaren måste ha förstått att databasen skulle komma att användas för olovlig kopiering av datorprogram. I det uppmärksammade brottmålet rörande *Pirate Bay* (Stockholms tingsrätts mål nr B 13301/06) är den centrala rättsfrågan vilket ansvar tillhandahållarna av *Pirate Bay* har för *medverkan till upphovsrättsintrång*. Dom i målet hade inte meddelats vid manusläggning. Sammanfattningsvis kan man konstatera att ur ett upphovsrättsligt perspektiv är för närvarande *rent tillhandahållande* av en databas inte straffbart. Däremot är tillhandahållandet straffbart om databasen ordnas på visst sätt eller tillhandahållaren aktivt handlar genom exempelvis omflyttning av meddelanden.

Frågan om civilrättsligt ansvar för tillhandahållare av interaktiva tjänster har delvis berörts i några av de mål som rört ersättningsansvar för medieföretag som har publicerat artiklar i artikeldatabaser. I ett mål som rörde Affärsdatas tillgängliggörande av en frilansjournalists artiklar i sin artikeldatabas hade Affärsdata överenskommit med de tidningar som överförde materialet till databasen att dessa skulle klarera upphovsrättigheterna. Tidningarna överförde dock artiklar som de inte hade rätt att publicera i databasen till Affärsdata och frågan blev om Affärsdata hade varit oaktsamt genom att inte kontrollera artiklarna och därför skulle betala ytterligare ersättning. Svea hovrätt (mål nr FT 8245-

05) menade att ett krav på en sådan kontroll av det omfattande material som dagligen läggs in i basen skulle innebära en orimligt stor arbetsbelastning på Affärsdata och skulle i realiteten omöjliggöra sådan databaslagring hos denna typ av företag. Hovrätten konkluderade därför att Affärsdata inte varit oaktsamt. I en senare dom rörande Pressens Bild där omständigheterna var i stort sett identiska med Affärsdata-målet delade dock Svea hovrätt (mål nr FT 11669-04) Stockholms tingsrätts uppfattning att Pressens Bild förfarit oaktsamt genom att tillhandahålla databasen utan att kontrollera att upphovsrättigheterna var klarerade. Tingsrätten menade att bolaget som haft insikt om den upphovsrättsliga problematiken kring databaspubliceringar underlåtit att närmare utreda förutsättningarna för att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material inte kunde ses som annat än oaktsamt i upphovsrättslagens mening. Pressens Bild kunde enligt tingsrätten inte förlita sig på att de tidnings- och tidskriftsföretag som förde in material i databasen hade skött upphovsrättsklareringen.

Det kan diskuteras huruvida det finns något upphovsrättsligt skadeståndsansvar för en tillhandahållare som medverkar till upphovsrättsintrång. I reglerna om vitesförbud i 53 b) § upphovsrättslagen finns regler om vitesförbud vid medverkande till upphovsrättsintrång. Skadeståndsregeln i 54 § upphovsrättslagen omfattar inte medverkande. I ett varumärkesmål som nyligen prövades av HD (mål nr T 4998-06) menade två skiljaktiga justitieråd att eftersom det inte finns något uttryckligt skadeståndsansvar för medverkande till varumärkesintrång i varumärkeslagens skadeståndsbestämmelser har något ersättningsansvar på civilrättslig medverkansgrund inte kunnat dömas ut. Det förefaller inte osannolikt att motsvarande resonemang skulle kunna föras inom upphovsrätten.

Det är alltså en splittrad bild av det civilrättsliga ansvaret för att kontrollera upphovsrättsligt skyddat material som förs över till en databas som tonar fram. Frågan om tillhandahållarens oaktsamhet avgörs efter omständigheterna i det enskilda fallet. Det faktum att en stor mängd material förs över till en databas kan medföra att tillhandahållaren undgår ansvar för att kontrollera att rättigheterna till det överförda materialet har klarerats.

Övervakningsansvar enligt lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor

Lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor, den s.k. BBS-lagen, tillkom delvis som ett resultat av det s.k. BBS-målet och är avsedd att reglera en databastillhandahållares skyldigheter. Lagen reglerar bl.a. upplysningsskyldigheten liksom skyldigheten att hålla uppsikt över en elektronisk anslagstavla och skyldigheten att avlägsna vissa meddelanden. Lagen är tillämplig på tjänster för förmedling av elektroniska meddelanden, med vilket avses bl.a. filarkiv, nyhetsgrupper, s.k. chattar och webbhotell. Av förarbetena till lagen (prop. 1997/98:15, s. 21) följer att databastillhandahållaren, dvs. den som kan bestämma över tjänstens användning inklusive de tekniska och de administrativa rutinerna härför, har en viss skyldighet att utöva tillsyn över innehållet i databasen. Övervakningsskyldighetens omfattning skall avgöras utifrån mängden meddelanden, antalet besökare och om meddelanden med brottsligt innehåll tidigare varit vanligt förekommande inom ramen för anslagstavlan. Alla meddelanden behöver inte förhandsgranskas utan det är tillräckligt att tillhandahållaren genomför någon form av rutinmässig efterhandskontroll. Tillhandahållaren är skyldig att avlägsna ett meddelande om det är *uppenbart* att meddelandet är brottsligt enligt bestämmelserna om barnpornografibrott, hets mot folkgrupp eller olaga våldsskildring i brottsbalken eller att meddelandet uppenbarligen gör intrång i annans upphovsrättigheter. I förarbetena uttalas att databastillhandahållaren i vart fall en gång i veckan bör kontrollera databasen (prop. 1997/98:15, s. 21). Uppenbarhetskravet har införts bl.a. för att det inte ansetts realistiskt att begära att den som tillhandahåller tjänsten skall kunna ta ställning till svåra juridiska gränsdragningsproblem (se prop. 1997/98:15 s. 17).

Lagen om elektroniska anslagstavlor har veterligen tillämpats enbart i det ovan refererade avgörandet av HD (NJA 2007 s. 185 (I)). Som redan nämnts menade HD i detta mål att den tilltalade inte var ansvarig för hets mot folkgrupp som gärningsman eller medverkande. HD prövade därefter huruvida den tilltalade var ansvarig enligt 7 § lagen om elektroniska anslagstavlor för att ha underlåtit att avlägsna meddelanden som uppenbarligen innebar hets mot folkgrupp enligt brottsbalken. Efter att ha resonerat

kring Europadomstolens och HD:s principer för bedömning om s.k. hate speech konkluderade HD att uttalandena i och för sig var att betrakta som hets mot folkgrupp men att det inte var *uppenbart* att uttalandena var en överträdelse av dessa regler. Den tilltalade friades därför.

Övervakningsskyldighet (förhandsgranskning) enligt marknadsföringslagen

Det finns även ett marknadsrättsligt förhandsgranskningsansvar. Enligt 23 § 2 st. marknadsföringslagen kan förbud meddelas, förutom mot anställd eller mot näringsidkare och annan som handlar på näringsidkares vägnar, även mot var och en som väsentligt har bidragit till en otillbörlig marknadsföringshandling. För att detta medverkansansvar skall aktualiseras krävs ett deltagande som väsentligt har bidragit till den handling som innebär en överträdelse. Av rättspraxis framgår att det finns ett granskningsansvar för tidningar som tar in kommersiella annonser (MD 1983:6, MD 1995:2 och MD 1996:22). Marknadsdomstolen har i MD 2003:30 konstaterat att detta förhandsgranskningsansvar även omfattar tillhandahållare av webbsidor.

Vilken omfattning har förhandsgranskningsansvaret? MD 1995:2 gällde förbudstalan mot en tidning på grund av att tidningen medverkat till vilseledande marknadsföring avseende ett lottosystem. Marknadsdomstolen uttalade följande beträffande ett tidningsföretags förhandsgranskningsskyldighet i sina domskäl.

”Marknadsdomstolen vill till en början framhålla att tidningsföretags annonsgranskning är av stor betydelse för upprätthållandet av marknadsföringslagens krav på god marknadsföringssed, och att en tidning måste ta ett visst ansvar för införda annonser även om tidningen inte tagit någon aktiv del i dessas utformning. Det får anses ankomma på ett seriöst tidningsföretag att ha kontroll över de annonser som införs i tidningen. *Granskningskyldigheten kan dock inte anses sträcka sig längre än till vad som kan konstateras utan någon mera ingående utredning [förf. markering].*

I likhet med Konsumentverket anser Marknadsdomstolen att det kan krävas att de annonsansvariga i ett tidningsföretag känner till de begränsningar som gäller för reklam av alkohol och tobak samt att det kan krävas av en tidning att den inte tar in annonser för produkter som enligt lag inte får saluhållas, innehas eller användas. När det gäller ett tidningsföretags ansvar i övrigt kan, som Konsumentverket utvecklat i sitt yttrande, en rad omständigheter ha betydelse för bedömningen. Vilka dessa omständigheter är och vilken betydelse de skall tillmätas får bedömas i varje enskilt fall. *Enligt Marknadsdomstolens mening får dock ett tidningsföretags medverkansansvar anses vara begränsat till fall där det borde ha stått helt klart för tidningsföretaget att annonsen är otillbörlig [förf. markering].*

Marknadsdomstolen har i MD 1996:22 respektive MD 2003:30 prövat granskningskyldighet avseende annonser för olagliga TV-dekodrar. I målet hade tidningen i såväl pappersutgåva som Internet-version respektive webbplatsen Flashback infört annonser avseende pirattillverkade TV-dekodrar. Med tillämpning av ovan citerade principer meddelade Marknadsdomstolen tidningen förbud att medverka till marknadsföring av olaglig avkodningsutrustning.

Sammanfattningsvis innebär den marknadsrättsliga granskningskyldigheten att en tillhandahållare av ett annonsforum är skyldig att stoppa annonser som strider mot den s.k. lagstridighetsprincipen, däribland annonser för alkohol, tobak eller produkter som inte får saluhållas i Sverige, exempelvis olagliga produkter. Detta gäller oavsett om tillhandahållaren tagit del i annonsens utformning. Tillhandahållaren är också skyldig att stoppa annonser där det borde ha stått helt klart för tillhandahållaren att annonsen är otillbörlig. Tillhandahållarens granskningskyldighet sträcker sig inte längre än till vad tillhandahållaren kan konstatera utan någon mera ingående utredning.

Övervakningsansvar enligt personuppgiftslagen?

Personuppgiftslagen (PUL) är tillämplig på all form av automatiserad behandling av personuppgifter, det vill säga även sådan behandling av personuppgifter som sker inom ramen för ett elektroniskt diskussionsforum. Frågan är om tillhandahållaren av ett sådant forum ansvarar för den eventuella behandling av personuppgifter som sker inom ramen för forumet och om han därmed har en skyldighet att övervaka detsamma.

Enligt PUL är det den personuppgiftsansvarige som ansvarar för att behandlingen sker i enlighet med lagen. Vem som är ansvarig för en viss behandling av personuppgifter skall avgöras utifrån vem som bestämmer ändamålet med behandlingen och vem som har faktisk och rättslig kontroll över behandlingen. Den som inte har faktisk eller rättslig möjlighet att ändra uppgifter som ingår i en samling av personuppgifter, exempelvis sådana personuppgifter som förekommer på en webbsida på Internet eller på en CD-ROM, anses inte vara personuppgiftsansvarig för den behandling som sker när personuppgifterna åtkoms (se SOU 2001:32, s. 105f, respektive Datainspektionens informationsblad om personuppgiftsansvar). Inte heller den som förmedlar ett meddelande genom telekommunikation eller elektronisk post anses vara personuppgiftsansvarig för den behandling av personuppgifter som sker i det enskilda meddelandet (recit 47 i dataskyddsdirektivet 95/46/EG).

Tillhandahållaren av ett omodererat elektroniskt diskussionsforum har ingen faktisk kontroll över personuppgifter som automatiskt publiceras i forumet och bestämmer heller inte ändamålet med den personuppgiftsbehandling som sker inom ramen för varje enskilt meddelande utan agerar närmast förmedlare på motsvarande vis som förmedlare av elektronisk post. Vad beträffar modererade elektroniska diskussionsforum har tillhandahållaren i och för sig en faktisk möjlighet att kontrollera eventuell behandling av personuppgifter som sker i de meddelanden som skickas in för publicering men kan däremot inte anses bestämma över ändamålen med den behandling som sker i vart enskilt meddelande. Om moderatorn däremot ändrar i meddelandena och gör tillägg till de personuppgifter som eventuellt förekommer bör moderatorn anses som ansvarig för denna behandling (jämför SOU 1997:39, s. 337).

Datainspektionen har haft att ta ställning till vilket ansvar en tillhandahållare av en interaktiv webbplats i form av en gästbok där besökare kan lämna meddelanden som sedan blir allmänt tillgängliga har för behandling av personuppgifter (Datainspektionens beslut Dnr 1565-2001). Datainspektionen hänvisade dock anmälaren, som var av förtalskaraktär, att anmäla ärendet vid berörd polismyndighet. Någon prövning av ansvaret för en tillhandahållare av ett elektroniskt diskussionsforum enligt PUL har veterligen inte förekommit.

Begränsningar av en tillhandahållares övervakningsansvar enligt e-handelslagen

I Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationshällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("E-handelsdirektivet") regleras i artiklarna 12–15 övervaknings- och granskningsansvar för tjänstelevererande mellanhänder. Enligt direktivet finns det tre olika typer av ansvar som träffar mellanhänder beroende på om deras verksamhet avser

- endast ren vidarebefordran (*mere conduit*)
- *cachning* eller
- *värdtjänster*.

I direktivet framställs såsom allmänt krav för att mellanhänder skall vara ansvarsfria att tjänsteleverantörens verksamhet är begränsad till den tekniska processen att driva och erbjuda tillgång till ett kommunikationsnät där information som görs tillgänglig av tredje man vidarebefordras eller tillfälligt lagras, i uteslutande syfte att göra överföringen effektivare samt att verksamheten skall vara av rent teknisk, automatisk och passiv natur vilket innebär att tjänsteleverantören varken har kännedom om eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information (recit 40 och 42 i e-handelsdirektivet 2000/31/EG). Principerna i direktivet är att mellanhänder som endast tillhandahåller tjänster innebärande ren vidarebefordran respektive *cachnings-tjänster* inte skall kunna hållas ansvariga för innehållet i tjänsten medan tillhandahållare

av värdtjänster såsom webbhotell, chattjänster eller öppna filarkiv kan hållas ansvariga för innehållet i tjänsten om tillhandahållaren har kännedom om existensen av otillåtet material och denne underlåter att avlägsna detta.

Artiklarna 15–18 i e-handelsdirektivet har i Sverige implementerats genom 16–19 §§ i e-handelslagen. I förarbetena till e-handelslagen diskuterades huruvida det var nödvändigt att införa särskilda straffrättsliga ansvarsfrihetsregler för att den svenska lagstiftningen skulle vara förenlig med direktivet. Regeringen menade dock att de svenska allmänna straffrättsliga principerna för straffansvar är utformade på ett sådant vis att särskilda ansvarsfrihetsregler inte är nödvändiga och att det skulle vara förenat med stora svårigheter att avgränsa sådana ansvarsfrihetsregler så att dessa varken medgav för omfattande ansvarsfrihet, eller medförde att det ansvarsfria området begränsades för mycket (Prop. 2001/02:150). Vilka handlingar som är ansvarsfria får avgöras utifrån allmänna straffrättsliga principer vilka som ovan nämnts redogörs för i förarbetena.

E-handelslagens regler har veterligen inte varit föremål för prövning i någon större utsträckning. I det ovan nämnda brottmålet rörande Pirate Bay åberopar de tilltalade de särskilda ansvarsreglerna i e-handelslagen till sitt försvar och i ett upphovsrättsmål i Borås tingsrätt (mål nr T 1826-07) som överklagats till Hovrätten för Västra Sverige har invändningar om undantag från skadeståndsansvar pga. avsaknad av kännedom om innehållet på en webbplats åberopats, dock utan framgång.

Det är värt att notera att e-handelsdirektivet undantar data-skyddsdirektivet från ansvarsfrihetsreglerna. Det innebär att en tillhandahållare som behandlar personuppgifter i strid med PUL inte kan undgå ansvar med hänvisning till ansvarsfrihetsreglerna i e-handelsdirektivet.

Direktivet innehåller i artikel 15 ett förbud för medlemsstaterna att föreskriva en allmän övervakningsskyldighet. Det har dock noterats i ett flertal kommentarer till direktivet att övervakningsförbudet i artikel 15 inte är förenligt med den möjlighet att föreskriva övervakningsskyldighet som medlemsstaterna ges genom recit 47 i direktivet. Således har lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor, vilken vid en första anblick uppenbarligen är oförenlig med direktivets allmänna övervakningsförbud, inte

utmönstrats ur svensk rätt. Den huvudsakliga anledningen till detta är att dåvarande justitieminister Laila Freivalds under de sista förhandlingsdagarna inför antagandet av direktivet lyckades genomdriva ett recit (recit 47) i ingressen till e-handelsdirektivet som lyder ”*Medlemsstaterna är förhindrade från att ålägga tjänsteleverantörerna övervakningsskyldighet endast när det gäller skyldigheter av allmän natur. Detta gäller inte övervakningsskyldigheter i ett speciellt fall och påverkar i synnerhet inte beslut från nationella myndigheter i enlighet med nationell lagstiftning*”. Mot bakgrund av denna skrivning har lagstiftaren ansett att lagen om elektroniska anslagstavlor är förenlig med direktivet och därmed inte behöver avskaffas.

Analys och slutord

Sammanfattningsvis kan en tillhandahållare av interaktiva elektroniska tjänster vara skyldig att övervaka och granska tjänsten enligt ett flertal olika regler, nämligen enligt:

- yttrandefrihetsgrundlagen eller tryckfrihetsförordningen om tillhandahållaren omfattas av automatiskt eller frivilligt grundlagsskydd och tillhandahåller en modererad interaktiv elektronisk tjänst
- allmänna straffrättsliga regler
- upphovsrättslagen
- lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor
- marknadsföringslagen
- personuppgiftslagen (undantagsvis)

Genomgången av de regler som är tillämpliga på en tillhandahållare av interaktiva elektroniska tjänster visar att regelverket är spretigt och att den rättsliga bedömningen av övervakningsansvaret ytterst beror av (i) vem som tillhandahåller tjänsten, (ii) huruvida tjänsten förhandsgranskas eller tillhandahållaren aktivt påverkar tjänstens innehåll, (iii) tillhandahållarens kännedom om tjänstens innehåll, (iv) tillhandahållarens anledning att misstänka att tjänsten innehåller olagligt material och (v) syftet med tjänsten.

Frågan huruvida ett övervakningsansvar verkligen föreligger

komplieras också av att e-handelsdirektivets allmänna övervakningsförbud inte är förenligt med reciten till direktiven som medger att medlemsländerna föreskriver viss övervakningsskyldighet. Hur direktivet i denna del slutligen skall tolkas kan endast avgöras av EG-domstolen. Nedan följer ett försök till en schematisk översikt över vilket gransknings- och övervakningsansvar en tillhandahållare har enligt de olika tillämpliga lagarna respektive principerna.

Det måste betraktas som otillfredsställande att regelverket blivit så komplicerat att det är i det närmaste omöjligt för en enskild tillhandahållare av en interaktiv tjänst att avgöra hur tjänsten skall organiseras för att ansvaret för tjänsten skall bli hanterligt. Om en tillhandahållare tillsätter en s.k. abuse-avdelning minskar å ena sidan risken för straffansvar enligt lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor men ökar å andra sidan risken för ansvar för straffansvar för oaktsamhetsbrott eftersom tillhandahållaren borde ha känt till innehållet i konkreta meddelanden i tjänsten om denne har en abuse-avdelning. Om tillhandahållaren dessutom förhandsgranskar meddelanden vilka innehåller personuppgifter och gör förändringar i dessa meddelanden, riskerar tillhandahållaren att bli personuppgiftsansvarig för den behandling som sker och riskerar därmed straffansvar enligt PUL om behandlingen skulle vara oförenlig med PUL.

Särskilt om det strikta ansvaret för tjänster som omfattas av YGL eller TF

När det gäller förhandsgranskning och efterhandskontroll av YGL- eller TF-skyddade elektroniska diskussionsforum blir frågan än mer komplicerad. Av den ovan redovisade Stockholms tingsrätts dom i Aftonbladet-målet följer att om tillhandahållaren av ett elektroniskt diskussionsforum omfattas av YGL eller TF är den ansvarige utgivaren, om denne tillser att inskickade meddelanden förhandskontrolleras, föremål för ett i princip strikt ansvar att granska samtliga inlägg i diskussionsforumet. Utgivaren kan endast under exceptionella omständigheter undgå detta ansvar.

Domen i Aftonbladet-fallet, om än korrekt, måste betraktas som otillfredsställande då den innebär att en tillhandahållare av

ett diskussionsforum som omfattas av YGL eller TF som väljer att förhandsgranska meddelanden som skickas inom ramen för en interaktiv tjänst, i syfte att tillförsäkra en högre kvalitet på tjänsten, åläggs ett strängare övervakningsansvar än den som inte ordnar sin verksamhet på sådant vis att den omfattas av YGL eller TF.

Slutsatsen av Stockholms tingsrätts dom blir också att en tillhandahållare av en interaktiv elektronisk tjänst, om denne automatiskt omfattas av YGL eller TF, eller om denne omfattas av YGL eller TF till följd av anmälan om frivilligt grundlagsskydd, nog ska överväga huruvida meddelanden som skickas till ett interaktivt diskussionsforum skall förhandsgranskas eller ej. Om förhandsgranskning görs blir kvaliteten på materialet förmodligen högre men utgivarens ansvar blir också i princip strikt. Om förhandsgranskning inte görs blir utgivaren föremål för ansvar enligt lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor och möjligen enligt allmänna straffrättsliga regler. Utgivarens ansvar begränsar sig dock i sådana situationer till att omringa en gång per vecka granska diskussionsforumet eller att inrätta en klagomur för hantering av klagomål avseende tjänstens innehåll.

Figur 1. Schematisk översikt över granskningsansvar för tillhandahållare av interaktiva elektroniska tjänster

	YGL / TF	Lagen om elektroniska anslagstavlor	MFL	PUL	Upphovsrättslagen	Allmänna straffrättsliga principer
Förhandsgranskning	Strikt ansvar om tjänsten förhandsgranskas.	Ingen skyldighet att förhandsgranska.	Skyldighet att förhandsgranska och avlägsna meddelanden som uppenbarligen strider mot MFL.	Ingen skyldighet att förhandsgranska. Ansvar för behandling om meddelandena förhandsgranskas och förändras.	Skyldighet att förhandsgranska och avlägsna meddelanden om tjänsten ordnats på så vis att hantering av olagligt material underlättas.	Skyldighet att förhandsgranska och avlägsna meddelanden om tjänsten ordnats på så vis att hantering av olagligt material underlättas.
Löpande granskning	Ingen skyldighet att löpande granska.	Skyldighet att granska ca 1 gång per vecka.	Ingen skyldighet att löpande granska.	Ingen skyldighet att löpande granska.	Skyldighet att granska om tillhandahållaren fått anledning att misstänka att tjänsten används för uppvändig hovsrättsinlägg (potentiell medverkansavvar).	Skyldighet att granska och avlägsna meddelanden om tjänsten ordnats på så vis att hantering av olagligt material underlättas.

Granskning efter misstanke	Ingen skyldighet att granska efter misstanke.	Skyldighet att granska och avlägsna meddelanden efter misstanke (jfr abuse-system).	Skyldighet att granska och avlägsna meddelanden efter misstanke.	Ingen skyldighet att granska efter misstanke.	Skyldighet att granska och avlägsna meddelanden efter misstanke.	Skyldighet att granska och avlägsna meddelanden efter misstanke.
Ingen granskning	-	Straffansvar.	Medverkansansvar för brott mot marknadsföringslagen om det stått klart för tillhandahållaren att marknadsföringen var otillåten.	-	Potentiellt skadestånds- och straffansvar.	Straffansvar endast vid medveten oaktsamhet eller eventuellt uppsåt.