

Til: Norid AS
Fra: Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS

Ansvarlig advokat:
Malin Tønseth

Vår ref.:
20891 515 MTO/HOT

Oslo
22. mars 2024

ANVENDELSESOMRÅDET FOR DIGITAL SERVICES ACT

1 Innledning og oppsummering

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig ("vi" eller "SVW") bistår Norid AS ("Norid") med juridiske vurderinger i forbindelse med etterlevelse av ulike regulatoriske krav. Norid har bedt oss om å vurdere om EUs Digital Services Act¹ (heretter også "DSA") vil komme til anvendelse på Norids virksomhet.

EUs digitaltjenestepakke består av de to rettsaktene Digital Services Act og Digital Markets Act². De overordnede formålene med disse er å sikre et trygt digitalt miljø for ivaretagelse av brukeres rettigheter i digitale tjenester og sikre like vilkår for å fremme innovasjon, vekst og konkurranse i EU og globalt.³ DSA ble vedtatt i EU 19. oktober 2022 og vil gjelde fra 17. februar 2024 (med unntak av noen artikler i kapittel 4 som gjaldt allerede fra 16. november 2022). DSA er en forordning og vil gjelde direkte i EU-landene, men må gjennomføres i nasjonal lovgivning i EFTA-landene, herunder Norge. DSA er ikke ennå implementert i norsk rett, men det arbeides med innføringen.⁴ Tolkningen av anvendelsesområdet for DSA må derfor i utgangspunktet bero på en tolkning av EU-retten og EU-rettslig metode.

Samtidig bygger DSA videre på og endrer delvis ehandelsdirektivet (direktiv 2000/31/EC). Ehandelsdirektivet vil fremdeles gjelde, men hensikten er at DSA skal adressere endringer og utfordringer som følger av utviklingene de siste 20 årene. Ehandelsdirektivet er samtidig gjennomført i norsk rett gjennom ehandelsloven. Det vil derfor være naturlig også å se hen til hvordan relevante begreper som benyttes både i DSA og ehandelsdirektivet allerede er inntatt i norsk lov og tolket i praksis knyttet til ehandelsloven

Våre vurderinger av hvorvidt DSA vil komme til anvendelse på Norids virksomhet, kan kort sammenfattes slik:

¹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

² Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)

³ EU-kommisjonen, "The Digital Services Act package" (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>).

⁴ Se blant annet DSAs temaside på Europalov: Digitale tjenester i det indre marked (<https://europolov.no/rettsakt/digitale-tjenester-i-det-indre-marked/id-28141>).

- Det hersker noe tvil om hvordan sentrale uttrykk i DSA skal forstås. Hovedvilkåret for at DSA finner anvendelse er at det er snakk om en «informasjonssamfunnstjeneste».
- Vår tolkning er at tjenestene til Norid ikke utgjør en informasjonssamfunnstjeneste slik som begrepet er inntatt i DSA. Hovedvilkåret er etter vårt syn ikke oppfylt basert på en ordlydstolkning av legaldefinisjonen i DSA som blant annet krever at det skjer overføring av data i en forstand som ikke skjer ved Norids tjenester. Vi mener heller ikke at slik informasjon som tjenestemottakeren gir i forbindelse med navnetjenesten og registreringstjenesten til Norid er slik informasjon som DSA er ment å ramme, basert på en kontekstuell og formålsrettet tolkning. Heller ikke tilleggsvilkårene som følger av DSA («mere conduit») er etter vår vurdering oppfylt i Norids tilfelle.
- Selv om DSA og forordningens begreper i utgangspunktet må tolkes uavhengig av ehandelsdirektivet og nasjonale implementeringer, mener vi videre det er trolig at lovgiver vil se hen til tolkning og praksis rundt de samme begrepene i ehandelsloven ved implementeringen av DSA i norsk rett. I tråd med denne praksisen tilbyr ikke Norid informasjonssamfunnstjenester og faller derfor utenfor ehandelsloven, noe som også tilsier at Norid ikke omfattes av DSA.
- Vi mener på bakgrunn av dette at Norids navnetjeneste og registreringstjeneste *ikke* er å anse som mellomliggende tjenester ("*intermediary services*"), og at Norid derfor faller helt utenfor DSAs virkeområde.

2 Nærmere om Norids virksomhet

I forbindelse med vurderingen av om DSA vil få anvendelse på Norids virksomhet, er det sentralt å ta stilling til om Norid må anses å være en leverandør av "mellomliggende tjenester" (vi kommer nærmere inn på dette i kapittel 3.1). For å foreta analysen er det derfor nødvendig først å beskrive hvilke tjenester Norid leverer.

Norid er registerenhet for de norske landkodeloppdomene (.no, samt .bv og .sj som ikke er åpnet for registrering). I henhold til vedtektene er Norids formål angitt på følgende måte:⁵

Selskapets formål er å levere sikre og tilgjengelige registrerings- og navnetjenester til internettbrukerne gjennom å:

- 1. forvalte registreringstjenesten for de norske landkodeloppdomenene, herunder å tildele og administrere domenenavn og å føre et register over bruksrett til domenenavn.*
- 2. drive navnetjenesten for de norske landkodeloppdomenene på en måte som sikrer god stabilitet og høy teknisk kvalitet.*
- 3. fastsette kriterier for tildeling av domenenavn og utvikle tildelingskriteriene og tjenestene, slik at de er tilpasset behovene i det samfunnet landkodeloppdomenene skal betjene.*
- 4. drive annen virksomhet som har naturlig sammenheng med dette.*

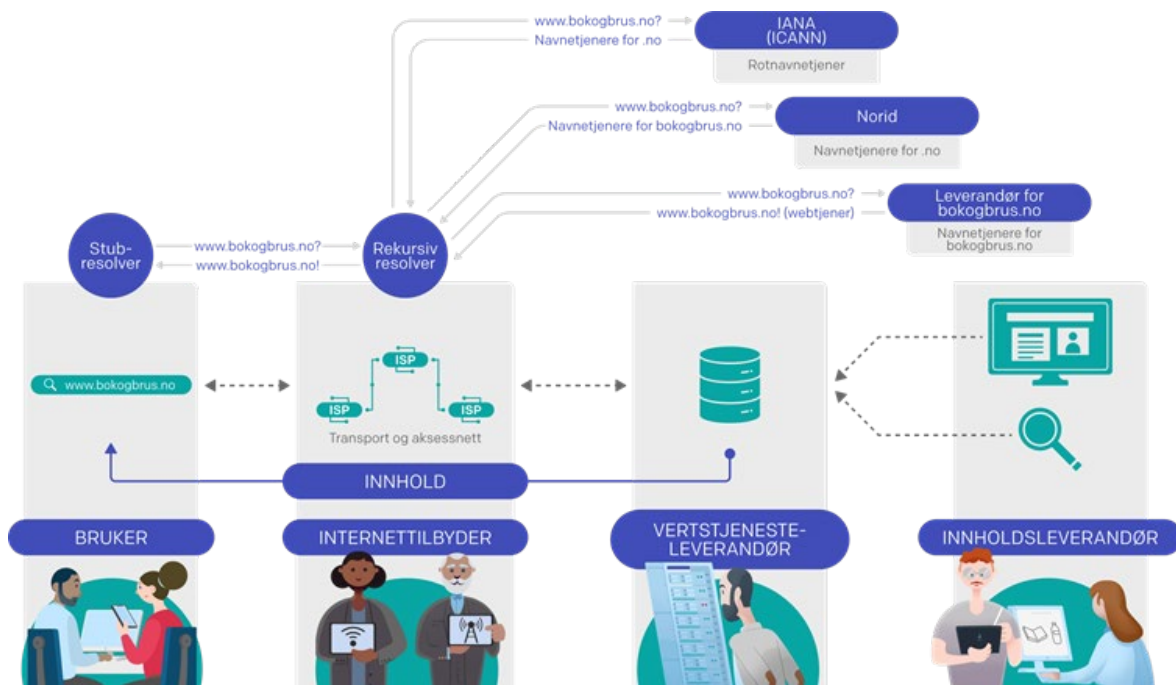
Norids virksomhet består i hovedsak i to oppgaver: å drive *navnetjenesten* for norske landkodeloppdomener og forvalte *registreringstjenesten* for norske landkodeloppdomener. Under gir vi en redegjørelse for vår forståelse av hva disse oppgavene innebærer.

Norids drift av *navnetjenesten* knytter seg til opprettholdelse av internettets tekniske infrastruktur. Tilgang til innhold og andre tjenester på internett forutsetter at maskinen som brukeren anvender for å

⁵ Norid, Vedtekter for Norid AS (<https://www.norid.no/uploads/2023/06/vedtekter-for-norid.pdf>), fastsatt 30. mai 2023.

få tilgang, får IP-adressen til serveren der innholdet eller tjenesten er lagret. For å unngå at brukeren må skrive inn IP-adressen, kan IP-adressen kobles til et domenenavn. Teknisk sett trenger man ikke et domenenavn så lenge man vet IP-adressen til serveren der innholdet eller tjenesten er lagret. Men et domenenavn er generelt sett en enklere og mer praktisk måte å få tilgang til innholdet eller tjenesten på internett enn å bruke IP-adressene direkte. Norid forvalter navnetjenere for det norske landkodedetoppdomenet ".no". Norid ivaretar altså en del av den tekniske infrastrukturen som gjør at man kan bruke domenenavn med «.no» til å få kjennskap til IP-adressen til servere med innhold og tjenester. Men Norid lagrer *ikke* innholdet på nettsider eller lignende i forbindelse med forvaltningen av navnetjenere for .no, slik illustrasjonen også viser.

Norid har delt en illustrasjon som viser hvordan det globale domenenavnsystemet ("DNS") fungerer, se under. DNS er en internettprotokoll som brukes for å koble IP-adresser og domenenavn, det er altså en form for adresseringstjeneste. IP-adressen til serveren hvor innholdet eller tjenesten er lagret, hentes ut ved å gjøre et oppslag i DNS. DNS består av et hierarkisk system med nivåer av såkalte navnetjenere. Navnetjenere er maskiner som inneholder autoritativ informasjon om koblingen mellom domenenavn og IP-adressen samt annen teknisk informasjon til serveren der innholdet eller tjenesten er lagret. Men hvert nivå av navnetjenere kjenner ikke denne fullstendige informasjonen, kun informasjon om hvilket nivå av navnetjener under seg i hierarkiet som informasjonen kan hentes fra. I tråd med illustrasjonen vil eksempelvis rotnavnetjeneren, det øverste nivået av navnetjener, ikke vite IP-adressen til webtjeneren på domenenavnet "www.bokogbrus.no". Men rotnavnetjeneren vil dirigere videre til Norids navnetjenere fordi domenet slutter på ".no". Norids navnetjenere vet heller ikke IP-adressen til det aktuelle domenenavnet, men vil dirigere videre til leverandøren av navnetjenere for det aktuelle domenet. Det er kun dette siste nivået av navnetjenere som kjenner til hvilken IP-adresse som er koblet til webtjeneren på domenenavnet "www.bokogbrus.no", og som kan sende denne informasjonen tilbake til internettbrukerens maskin.



Det må understrekes at ingen av navnetjenere på noe nivå lagrer eller på annen måte prosesserer det aktuelle innholdet eller tjenesten som etterspørres. Navnetjenere inneholder kun informasjon om hvilke domenenavn som er koblet mot hvilke IP-adresser og relatert teknisk informasjon, og det er altså bare navnetjeneren på det laveste nivået som har denne konkrete informasjonen. Norids navnetjenere

mottar kun et spørsmål fra den rekursive resolveren (en tjeneste som oftest tilbys av en internettilbyder) om at et bestemt domenenavn søkes, og formidler bare navnene til riktige underliggende navnetjenere, slik at den rekursive resolveren kan kontakte de. Innholdet eller tjenesten som etterspørres, leveres av det nederste laget av leverandører som vises på illustrasjonen (innholdsleverandør, vertstjenesteleverandør og internettilbyder), hvor Norid altså ikke inngår.

Norids forvaltning av *registreringstjenesten* er nært knyttet til, men prinsipielt sett noe annet enn, forvaltningen av navnetjenesten. Norid forvalter og administrerer de norske landkodedoppdomene og har rett til å fordele domenenavn under toppdomenene i henhold til reglene for tildeling av domenenavn.⁶ Norid utøver ikke forvaltningsmyndighet, og tildelingen av domenenavn skjer etter privatrettslige regler. Norid inngår abonnementsvilkårene ("Abonnementsvilkårene")⁷ direkte med abonnenten, mens abonnementet forvaltes av en domeneforhandler (også kalt registrar) i henhold til Norids forhandleravtale ("Forhandleravtalen").⁸ Det vil si at Norid forholder seg til forhandlerne, og forhandlerne forholder seg til abonnentene. Registrering av et domenenavn gir kun en bruksrett, ikke en eiendomsrett, til domenet, og bruksretten opprettholdes så lenge abonnementet løper.⁹ Norid tildeler med andre ord en eksklusiv rett til å bruke til et gode. Dette kan sammenlignes med en lisenstildeling. Norid lagrer bestemte opplysninger om abonnenten og ev. dennes kontaktperson i registreringstjenesten så lenge bruksretten løper. I forlengelsen av registreringstjenesten driver Norid en domeneoppslagstjeneste hvor publikum kan slå opp et domenenavn og få informasjon om abonnementet, abonnenten, teknisk kontakt og teknisk oppsett, samt hvem som er domeneforhandler.¹⁰ Tjenesten er gratis og åpen for allmennheten.

3 Hvorvidt DSA vil komme til anvendelse på Norids virksomhet

3.1 Virkeområdebestemmelsene i DSA: Innledning

I vurderingen av om Norids virksomhet faller inn under virkeområdet til DSA er det naturlig å ta utgangspunkt i forordningens ordlyd. Virkeområde til DSA er angitt i artikkel 2, og en rekke sentrale begreper er legaldefinert i artikkel 3.

Virkeområdebestemmelsen i DSA artikkel 2 lyder (vår understreking):

1. *This Regulation shall apply to intermediary services offered to recipients of the service that have their place of establishment or are located in the Union, irrespective of where the providers of those intermediary services have their place of establishment.*
2. *This Regulation shall not apply to any service that is not an intermediary service or to any requirements imposed in respect of such a service, irrespective of whether the service is provided through the use of an intermediary service.*
3. *This Regulation shall not affect the application of Directive 2000/31/EC.*

⁶ Domeneforskriften §§ 2 bokstav b og 3 første ledd.

⁷ Norid, Regelverk for norske domenenavn (<https://www.norid.no/no/om-domenenavn/regelverk-for-no/>).

⁸ Norid, Norids forhandleravtale (<https://teknisk.norid.no/uploads/2021/06/Forhandleravtale-endelig-avtale.pdf>).

⁹ Abonnementsvilkårene punkt 1.4.

¹⁰ Abonnementsvilkårene punkt 16.2. Oppslagstjenesten finnes her: <https://www.norid.no/no/domeneoppslag/hvem-har-domenenavnet/>.

4. *This Regulation is without prejudice to the rules laid down by other Union legal acts regulating other aspects of the provision of intermediary services in the internal market or specifying and complementing this Regulation, in particular, the following:*

- (a) Directive 2010/13/EU;*
- (b) Union law on copyright and related rights;*
- (c) Regulation (EU) 2021/784;*
- (d) Regulation (EU) 2019/1148;*
- (e) Regulation (EU) 2019/1150;*
- (f) Union law on consumer protection and product safety, including Regulations (EU) 2017/2394 and (EU) 2019/1020 and Directives 2001/95/EC and 2013/11/EU;*
- (g) Union law on the protection of personal data, in particular Regulation (EU) 2016/679 and Directive 2002/58/EC;*
- (h) Union law in the field of judicial cooperation in civil matters, in particular Regulation (EU) No 1215/2012 or any Union legal act laying down the rules on law applicable to contractual and non-contractual obligations;*
- (i) Union law in the field of judicial cooperation in criminal matters, in particular a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters;*
- (j) a Directive laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings.*

DSA gjelder altså for “intermediary services” (mellomliggende tjenester) som tilbys til tjenestemottakere som er etablert eller befinner seg i EU, uavhengig av hvor tjenestetilbyderen er etablert. DSA gjelder ikke for tjenester som ikke kan anses som mellomliggende tjenester. Bestemmelsen presiserer også at DSA ikke påvirker anvendelsen av ehandelsdirektivet. Hvorvidt DSA gjelder, må altså i prinsippet avgjøres uavhengig av hva som følger av ehandelsdirektivet.

Spørsmålet blir da om Norid vil regnes som omfattet av begrepet mellomliggende tjeneste i DSAs forstand. Begrepet “intermediary services” er legaldefinert på følgende måte i DSA artikkel 3 bokstav g [vår understreking]:

- (g) ‘intermediary service’ means one of the following information society services:*
- (i) a ‘mere conduit’ service, consisting of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network;*
 - (ii) a ‘caching’ service, consisting of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, involving the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients upon their request;*
 - (iii) a ‘hosting’ service, consisting of the storage of information provided by, and at the request of, a recipient of the service;*

Det må understrekes at ordlyden i artikkel 3 bokstav g ikke angir at f.eks. registerenheters virksomhet skal regnes som en mellomliggende tjeneste. Bestemmelsens system er at det må vurderes konkret hvorvidt en tjeneste omfattes eller ikke. For å være en mellomliggende tjeneste må ett hovedvilkår og ett av tre alternative tilleggsvilkår være oppfylt.

- For det første (hovedvilkåret) må tjenesten være en “*information society services*” (informasjonssamfunnstjeneste).
- For det andre (tilleggsvilkårene) må informasjonssamfunnstjenesten enten være en “*mere conduit*”-, caching- eller hosting-tjeneste.

Hvorvidt hovedvilkåret og et av tilleggsvilkårene er oppfylt, må bero på en konkret tolkning av den aktuelle tjenesten.

I det følgende vil vi vurdere først hovedvilkåret og deretter tilleggsvilkårene sett i lys av Norids virksomhet.

3.2 Hovedvilkår: Informasjonssamfunnstjeneste og forholdet til ehandelsloven

Hovedvilkåret for at Norids virksomhet omfattes av DSA er altså at Norid må anses å tilby en informasjonssamfunnstjeneste. Som tidligere nevnt skal DSA bygge videre på og delvis tilpasse ehandelsdirektivet som følge av utviklingene de siste 20 årene. Ettersom DSA ennå ikke er tatt inn i norsk rett er det nærliggende å se hen til hvordan ehandelsdirektivet, som benytter tilsvarende definisjoner, er tatt inn i norsk rett. Dagens lovtolking og praksis vil være et naturlig utgangspunkt for å belyse hvordan begrepene må vurderes i lys av Norids aktuelle virksomhet.

Flere av de sentrale definisjonene i DSA er tilsvarende formulert i ehandelsdirektivet. Herunder er blant annet definisjonen av "informasjonssamfunnstjeneste" i DSA tilsvarende som i ehandelsdirektivet.

Vår klare forståelse, basert på dialog med Norid er at den alminnelige tolkningen og praksisen til i dag har vært at Norid ikke anses å omfattes av begrepet «informasjonssamfunnstjeneste» i ehandelsloven.

Som redegjort for over er Norids virksomhet todelt og knytter seg til i) *drift av navnetjenesten* og ii) *forvaltning av registreringstjenesten*. Ingen av disse oppgavene faller etter vår forståelse naturlig inn under begrepet «informasjonssamfunnstjeneste».

At Norids virksomhet som registerenhet ikke er ansett å falle innenfor begrepet kommer også klart til uttrykk blant annet i forarbeidene til endringer i markedsføringsloven mv. (vår understreking):¹¹

"Ehandelsloven §§ 16 til 18 fastsetter ansvarsfrihetsregler som omfatter tjenesteytere som overfører eller gir tilgang til informasjon over et elektronisk kommunikasjonsnett eller lagrer annen persons informasjon. Med «tjenesteytere» menes en fysisk eller juridisk person som tilbyr informasjonssamfunnstjenester, jf. ehandelsloven § 3 bokstav a. En «informasjonssamfunnstjeneste» er enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag, og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker, samt enhver tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettverk for data som leveres av tjenestemottakeren, jf. ehandelsloven § 1 annet ledd bokstav a og b. Det vil si at både vertstjenesteleverandører og internetttilbydere i utgangspunktet er ansett som «tjenesteytere» og dermed omfattes av ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven. Registerenheter for toppdomener faller i utgangspunktet utenfor ehandelslovens ansvarsfrihetsregler. Det samme gjelder domeneforhandlere, med mindre de også tilbyr annen virksomhet som kan medføre lagring eller overføring av informasjon og den konkrete tjenesten vurderes som en informasjonssamfunnstjeneste etter ehandelsloven § 1 annet ledd."

Til tross for at DSA i prinsippet må tolkes uavhengig av ehandelsdirektivet og nasjonale implementeringer at dette mener vi at man bør være forsiktig med å fravike en tolkning av etablerte begreper dersom den gjeldende tolkningen fremdeles samsvarer med ordlyden i og formålene med den nye lovgivningen. Det er nærliggende at den norske lovgiver vil se hen til tolkning og praksis rundt de sentrale begrepene i ehandelsloven også ved implementeringen av DSA i norsk rett.

¹¹ Prop.8 LS (2019–2020) punkt 13.5 side 104 til 105.

Ser vi nærmere på selve definisjonen av “information society services” (informasjonssamfunnstjeneste) slik dette er benyttet i DSA ser vi at denne viser videre til definisjonen i EU-direktiv 2015/1535 artikkel 1 nr. 1 bokstav b, jf. DSA artikkel 3 bokstav a [vår understrekning]:

‘service’ means any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

For the purposes of this definition:

(i) ‘at a distance’ means that the service is provided without the parties being simultaneously present;

(ii) ‘by electronic means’ means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means;

(iii) ‘at the individual request of a recipient of services’ means that the service is provided through the transmission of data on individual request.

An indicative list of services not covered by this definition is set out in Annex I;

Bestemmelsen oppstiller altså flere kumulative vilkår som må være oppfylt for at en tjeneste kan anses som en informasjonssamfunnstjeneste. Til tross for at både Norids navnetjeneste og registreringstjeneste isolert sett kan sies å oppfylle vilkårene ‘at a distance’ og ‘by electronic means’ er det etter vår vurdering ikke grunnlag for å konkludere med at Norids tjenester oppfyller de siste to vilkårene ‘normally provided for a remuneration’ og ‘at the individual request of a recipient of services’. Vi vil i det følgende redegjøre for hvorfor.

I tråd med definisjonen sitert over innebærer vilkåret ‘at the individual request of a recipient of services’ at tjenesten må leveres gjennom ‘transmission of data’ (overføring av data) på individuell anmodning fra en tjenestemottaker. Det må følgelig vurderes om det skjer en overføring av data ved Norids drift av navnetjeneren eller ved levering av registreringstjenesten.

Selv om dette i prinsippet kan hevdes at navnetjenestens funksjon og den underliggende infrastrukturen til navnetjeneren understøtter at det skjer en slags overføring som initieres på anmodning fra en tjenestemottaker er det ingen klare holdepunkter for å anse det som initieres som en ‘overføring av data’. Som redegjort for er navnetjenestens funksjon utelukkende knyttet til å sikre at det skjer en korrekt kopling mellom et domenenavn og en tilknyttet IP-adresse. Selv om koplingen innebærer at det prosesseres enkelte opplysninger om domenenavnet og noen rent tekniske data knyttet til dette, kan funksjonaliteten etter vår forståelse neppe karakteriseres som en overføring av data om sådan.

Heller ikke Norids registreringstjeneste kan etter vår vurdering anses å oppfylle vilkåret om å innebære en overføring av data. Som nærmere beskrevet over er tjenesten en ren abonnementstjeneste, hvor Norid inngår avtalevilkår både med abonnenten og med domeneforhandlerne. Abonnementstjenesten innebærer ikke noen overføring av data, men er mer sammenlignbar med tildeling av en lisens ved at abonnenten får en eksklusiv bruksrett til et domenenavn. Til tross for at Norid må motta og dele bestemte opplysninger om domenenavnet i forbindelse med registreringen faller tjenesten neppe innenfor en naturlig forståelse av kriteriet ‘transmission of data’.

Heller ikke vilkåret '*normally provided for a remuneration*' mener vi er treffende for Norids virksomhet. Vår forståelse er at Norid ganske visst tar betalt for registreringstjenesten, men at betaling skjer fra domeneforhandlerne, mens domeneforhandlerne tar betalt fra abonnenten. Norid mottar altså ikke betaling direkte fra abonnenten. Videre oppfatter vi at navnetjenesten som sådan leveres uten at Norid tar betaling spesifikt for denne, verken fra domeneforhandlerne, abonnentene eller publikum. Det kan da etter vårt syn neppe legges til grunn at registreringstjenestene oppfyller vilkåret '*normally provided for a remuneration*'.

Uttrykket er etter sin ordlyd i tillegg vagt og uklart. Det tilsvarende uttrykket i ehandelsdirektivet har blitt tolket av EU-domstolen blant annet i *Mc Fadden*-avgjørelsen: (vår understreking):

"That conclusion is borne out by recital 18 of Directive 2000/31 which states that, although information society services are not solely restricted to services giving rise to online contracting but extend to other services, those services must represent an economic activity.

*Nonetheless, it does not follow that a service of an economic nature performed free of charge may under no circumstances constitute an 'information society service' within the meaning of Article 12(1) of Directive 2000/31. The remuneration of a service supplied by a service provider within the course of its economic activity does not require the service to be paid for by those for whom it is performed (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, paragraphs 28 and 29)."¹²*

I henhold til uttalelsen omfattes altså tjenester som innebærer økonomisk aktivitet, og det følger ganske visst av dommen at det ikke er nødvendig at tjenesten betales av de som tjenesten ytes til. Det er likevel nok så uklart ut fra dommen hva som kvalifiserer som en økonomisk aktivitet og ikke. Saken gjaldt dessuten levering av en internettilgangstjeneste, altså en tjeneste av helt en annen art og karakter enn Norids registreringstjeneste. Etter vår oppfatning gir dommen oss derfor kun svært begrenset veiledning for hvordan vilkåret vilkåret '*normally provided for a remuneration*' skal tolkes opp mot Norids virksomhet.

Når det gjelder Norids navnetjeneste kan etter vårt syn heller ikke denne anses for naturlig omfattet av vilkåret '*normally provided for a remuneration*'. Til tross for at vi forstår det slik at Norid også benytter inntektene fra registreringstjenesten til å finansiere navnetjenesten bemerker vi at registreringstjenesten og navnetjeneste er to helt ulike tjenester som leveres helt uavhengig av hverandre. Det er derfor høyst uklart om finansieringsmodellen til Norid kvalifiserer for en slik økonomisk aktivitet knyttet til navnetjenesten som må anses som «*normally provided for remuneration*».

For å oppsummere om hovedvilkåret for at DSA finner anvendelse, så mener vi at det ikke er grunnlag for å anse Norids navnetjeneste og registreringstjeneste som en «*information society services*». Vi viser for det første til at en slik tolkning vil stride med en naturlig forståelse av Norids tjenester og også vil stride med hvordan begrepet informasjonssamfunnstjeneste er tolket i norsk rett og praksis, herunder i forbindelse med implementering av ehandelsdirektivet gjennom ehandelsloven. Heller ikke en tolkning av legaldefinisjonen, slik den er inntatt i EU-direktiv 2015/1535 artikkel 1 nr. 1 bokstav b, jf. DSA artikkel 3 bokstav a, trekker i retning av at tjenestene som Norid leverer oppfyller kriteriene for å være en informasjonssamfunnstjeneste. Særlig viser vi til at Norids tjenester ikke innebærer overføring av data slik DSA legger opp til.

¹² EU-domstolen, Sak C-484/14, Tobias Mc Fadden mot Sony Music Entertainment Germany GmbH, avsnitt 40 og 41.

3.3 Alternative tilleggsvilkår: Mere conduit-, caching- eller hosting-teneste

Selv hvis man måtte legge til grunn at Norids tjenester skal anses som informasjonssamfunnstjenester, ville ikke dette være tilstrekkelig til at Norid faller innenfor DSAs virkeområde. For å være en mellomliggende tjeneste i DSAs forstand må også minst ett av tilleggsvilkårene være oppfylt. Vi ser nærmere på disse i det følgende.

Som tidligere nevnt angir DSA artikkel 3 bokstav g at det finnes tre forskjellige former for mellomliggende tjenester, 'mere conduit', 'caching' og 'hosting', og disse innebærer følgende:

(i) a 'mere conduit' service, consisting of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network;

(ii) a 'caching' service, consisting of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, involving the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients upon their request;

(iii) a 'hosting' service, consisting of the storage of information provided by, and at the request of, a recipient of the service;

En hosting-tjeneste innebærer altså lagring av informasjon gitt av tjenestemottakeren på tjenestemottakerens anmodning. En caching-tjeneste innebærer en overføring av informasjon gitt av tjenestemottakeren i et kommunikasjonsnettverk som innebærer automatisk, mellomliggende og midlertidig lagring for å effektivisere videre overføring av informasjonen til andre mottakere på deres anmodning. En mere conduit-tjeneste innebærer overføring av informasjon gitt av tjenestemottakeren i et kommunikasjonsnettverk, eller levering av tilgang til et kommunikasjonsnettverk.

Flere av fortalepunktene til DSA nevner domenenavnregisterenheter og DNS. Fortalepunkt 28 lyder (vår understreking):

Since 2000, new technologies have emerged that improve the availability, efficiency, speed, reliability, capacity and security of systems for the transmission, 'findability' and storage of data online, leading to an increasingly complex online ecosystem. In this regard, it should be recalled that providers of services establishing and facilitating the underlying logical architecture and proper functioning of the internet, including technical auxiliary functions, can also benefit from the exemptions from liability set out in this Regulation, to the extent that their services qualify as 'mere conduit', 'caching' or 'hosting' services. Such services include, as the case may be, wireless local area networks, domain name system (DNS) services, top-level domain name registries, registrars, certificate authorities that issue digital certificates, virtual private networks, online search engines, cloud infrastructure services, or content delivery networks, that enable, locate or improve the functions of other providers of intermediary services. Likewise, services used for communications purposes, and the technical means of their delivery, have also evolved considerably, giving rise to online services such as Voice over IP, messaging services and web-based email services, where the communication is delivered via an internet access service. Those services, too, can benefit from the exemptions from liability, to the extent that they qualify as 'mere conduit', 'caching' or 'hosting' services.

Vi leser fortalepunktet dithen at det er tenkelig at tjenester knyttet til f.eks. domenenavnregisterenheter og DNS vil omfattes av DSA, men at det ikke er noen automatikk i dette. Hvorvidt tjenestene omfattes, må bero på en konkret tolkning av hvorvidt tjenestene kvalifiserer som enten 'mere conduit', 'caching' eller 'hosting', og det må avgjøres for den aktuelle tjenesten. Fortalepunkt 28 gir altså ikke klare føringer

for om Norids registreringstjeneste og navnetjeneste vil omfattes, kun at det må gjøres konkrete vurderinger. Vi vil også trekke frem fortelepunkt 29 (vår understreking):

Intermediary services span a wide range of economic activities which take place online and that develop continually to provide for transmission of information that is swift, safe and secure, and to ensure convenience of all participants of the online ecosystem. For example, 'mere conduit' intermediary services include generic categories of services, such as internet exchange points, wireless access points, virtual private networks, DNS services and resolvers, top-level domain name registries, registrars, certificate authorities that issue digital certificates, voice over IP and other interpersonal communication services, while generic examples of 'caching' intermediary services include the sole provision of content delivery networks, reverse proxies or content adaptation proxies. Such services are crucial to ensure the smooth and efficient transmission of information delivered on the internet. Examples of 'hosting services' include categories of services such as cloud computing, web hosting, paid referencing services or services enabling sharing information and content online, including file storage and sharing. Intermediary services may be provided in isolation, as a part of another type of intermediary service, or simultaneously with other intermediary services. Whether a specific service constitutes a 'mere conduit', 'caching' or 'hosting' service depends solely on its technical functionalities, which might evolve in time, and should be assessed on a case-by-case basis.

Sitatet tilsier etter vårt syn at generelt sett kan tjenester slik som DNS-tjenester og resolveere samt tjenester fra domeneregisterenheter, potensielt regnes som mere conduit. Men fortelepunktet fremhever også at tjenester innenfor generiske kategorier kan variere, og at hvorvidt en spesifikk tjeneste omfattes, utelukkende må baseres på tjenesten tekniske funksjonaliteter og må vurderes konkret. De siterte fortelepunktene underbygger altså bare det som allerede følger av ordlyden i DSA artikkel 3 bokstav g, nemlig at det må foretas en vurdering fra sak til sak for den aktuelle tjenesten.

Spørsmålet blir da om Norids navnetjeneste og/eller registreringstjeneste er å anse som 'mere conduit', 'caching' eller 'hosting', eller om tjenestene ikke er omfattet av noen av alternativene.

Vi tar først for oss det andre mulige vilkåret for "mere conduit"-tjeneste – at man leverer *tilgang til et kommunikasjonsnettverk*. Vi oppfatter at et typisk eksempel på en slik tjeneste kan være internettilgang via bredbånd eller mobilnett levert av en internettleverandør. Registreringstjenesten til Norid innebærer at privatpersoner og juridiske personer under nærmere vilkår kan abonnere på et domenenavn. Et abonnement på et domenenavn under .no vil i seg selv verken gi eller hindre tilgang til internett (eller annet kommunikasjonsnettverk). Tilsvarende gjelder etter vår forståelse for navnetjenesten. Publikum som gjør oppslag på et .no-domene, kan ikke bruke navnetjenesten for å få tilgang til internett (eller annet kommunikasjonsnettverk). Å bruke navnetjenesten kan gjøre det enklere og mer effektivt for internetbrukeren å få tilgang til innhold og tjenester fordi brukeren kan bruke et domenenavn i stedet for å bruke IP-adressen til serverne der innholdet eller tjenesten er lagret. Men innholdet eller tjenesten vil ikke forsvinne fra internett og brukeren vil ikke miste sin internettilgang dersom navnetjenesten ikke var i drift. Vi mener derfor det andre vilkåret for å være en "mere conduit"-tjeneste ikke er oppfylt for Norids navnetjeneste eller registreringstjeneste.

En fellesnevner ved de alternative vilkårene – både for hosting, caching og mere conduit – er at tjenesten innebærer prosessering av *informasjon gitt av tjenestemottakeren* ("information provided by a recipient of the service"). At informasjonen skal være gitt av tjenestemottakeren, innebærer etter en alminnelig språklig forståelse at informasjonen ikke er gitt av for eksempel tjenesteyteren eller en tredjepart. Utover dette gir ordlyden begrenset med veiledning. Det er for eksempel ikke åpenbart hva som menes med informasjon ("information") i denne sammenheng, og da særlig sett i lys av Norids virksomhet.

Vi kan ikke se at begrepet “information” eller uttrykket “information provided by a recipient of the service” er legaldefinert i DSA. For å forstå innholdet i uttrykket er det naturlig å se hen til hvordan det er brukt andre steder i DSA. I for eksempel artikkel 4 om mere conduit nevnes “information provided by a recipient of the service” i relasjon til en avsender, en mottaker og et innhold i overføringen av informasjon.¹³ I artikkel 6 om hosting nevnes “information provided by a recipient of the service” i tilknytning til ulovlige aktiviteter og ulovlig innhold.¹⁴ Etter vårt syn tilsier konteksten her at “information provided by a recipient of the service” ikke omfatter enhver form for informasjon. Informasjonen må med et meningsinnhold som skal formidles fra en avsender til en mottaker, og hvor meningsinnholdet potensielt kan være tilknyttet ulovlige aktiviteter eller ulovlig innhold.

Vi mener denne tolkningen stemmer godt overens med formålet med DSA:¹⁵

The aim of this Regulation is to contribute to the proper functioning of the internal market for intermediary services by setting out harmonised rules for a safe, predictable and trusted online environment that facilitates innovation and in which fundamental rights enshrined in the Charter, including the principle of consumer protection, are effectively protected.

DSA skal bidra til et velfungerende marked for mellomliggende tjenester ved å etablere harmoniserte regler for et trygt, forutsigbart og pålitelig internettmiljø som tilrettelegger for innovasjon og ivaretagelse av grunnleggende rettigheter. Fortalen gir nærmere veiledning om dette formålet (vår understreking):¹⁶

In order to achieve the objective of ensuring a safe, predictable and trustworthy online environment, for the purpose of this Regulation the concept of ‘illegal content’ should broadly reflect the existing rules in the offline environment. In particular, the concept of ‘illegal content’ should be defined broadly to cover information relating to illegal content, products, services and activities. In particular, that concept should be understood to refer to information, irrespective of its form, that under the applicable law is either itself illegal, such as illegal hate speech or terrorist content and unlawful discriminatory content, or that the applicable rules render illegal in view of the fact that it relates to illegal activities. Illustrative examples include the sharing of images depicting child sexual abuse, the unlawful non-consensual sharing of private images, online stalking, the sale of non-compliant or counterfeit products, the sale of products or the provision of services in infringement of consumer protection law, the non-authorized use of copyright protected material, the illegal offer of accommodation services or the illegal sale of live animals. In contrast, an eyewitness video of a potential crime should not be considered to constitute illegal content, merely because it depicts an illegal act, where recording or disseminating such a video to the public is not illegal under national or Union law. In this regard, it is immaterial whether the illegality of the information or activity results from Union law or from national law that is in compliance with Union law and what the precise nature or subject matter is of the law in question.

Fortalepunktet illustrerer det vi oppfatter er kjernen av hva DSA er ment å ramme, altså ulovlig innhold og ulovlige aktiviteter, i tråd med eksemplene gitt i sitatet over.

Spørsmålet blir da om det er noe informasjon som gis i forbindelse med Norids registreringstjeneste og navnetjeneste som omfattes av definisjonen “information provided by a recipient of the service”. Det er

¹³ Jf. DSA artikkel 4 nr. 1 bokstav a til c.

¹⁴ Jf. DSA artikkel 6 nr. 1 bokstav a og b.

¹⁵ DSA artikkel 1 nr. 1.

¹⁶ DSA foretalepunkt 12.

kun informasjonen som gis av *tjenestemottakeren* (og ikke eksempelvis av Norid) som er relevant for vurderingen.

I forbindelse med registreringstjenesten anser vi at både abonnentene og domeneforhandlerne kan ses på som tjenestemottakere. Vår forståelse er at abonnentene ikke deler informasjon med Norid direkte, men at domeneforhandlerne sender Norid informasjon om abonnenten:

- Domenenavn, bekreftelse på egenerklæring, flyttekode og DNSSEC-informasjon
- Navn på abonnenten og ev. navn på kontaktperson dersom abonnenten er en organisasjon, - epostadresse, postadresse og land (telefonnummer er valgfritt)
- Informasjon om teknisk kontakt, dvs. rollebetegnelse, e-postadresse, postadresse og land (telefonnummer er valgfritt)
- Opplysninger om navnetjenere, dvs. navn og IP-adresse
- Opplysninger om domeneforhandleren, dvs. organisasjonsnavn, e-postadresse, postadresse (telefonnummer og nettside er valgfritt)

I forbindelse med navnetjenesten anser vi at det vil være internettbrukeren som vil oppsøke en .no-nettside, som er tjenestemottakeren. Vår forståelse er at internettbruken kun oppgir domenenavn til nettsiden eller tjenesten vedkommende vil aksessere, og ikke annen informasjon.

Etter vårt syn er denne informasjonen ikke slik informasjon om er ment å rammes av "information provided by a recipient of the service". Informasjonen Norid mottar er ikke eller i svært begrenset grad egnet til å være ulovlig innhold eller relatere seg til ulovlig aktivitet. Informasjonen som mottas av Norid, relaterer seg ikke til innhold som sådan, men til tekniske data og til data for å opprette abonnementet. For ordens skyld bemerkes det at det ikke er ulovlig per se å opprette et domeneabonnement hos Norid. Som tidligere nevnt har Norid ingen befattning med innholdet på nettsider og tjenester med norske domenenavn. Driften av navnetjenesten og forvaltningen av registreringstjenesten gir ikke Norid mulighet til å formidle eller på noen måte kontrollere selve innholdet på nettsidene og tjenestene.

Vi mener at DSA – ut fra en kontekstuell ordlydstolkning og formålsbetraktninger – ikke er ment å ramme tjenester slik som navnetjenesten og registreringstjenesten som ikke er ment å formidle innhold, kun tilrettelegge for DNS-protokollens funksjonalitet.

Vår vurdering er derfor at det er mest nærliggende å tolke at det ikke er noe "information provided by a recipient of the service" i forbindelse med at Norid leverer navnetjenesten og registreringstjenesten. Norids virksomhet oppfyller dermed uansett ingen av tilleggsvilkårene for å anses som en mellomliggende tjeneste.

Basert på dette er vår vurdering at selv om man måtte anse at Norid tilbyr informasjonssamfunnstjenester (som vi vurderer ikke er tilfellet) så er Norids tjenester uansett ikke en mellomliggende tjeneste i DSAs forstand. Konklusjonen er dermed at Norids virksomhet faller helt utenfor DSAs virkeområde.

4 Kort om Nkoms arbeid med vurdering av DSA

Nkom har arbeidet med å vurdere hvilken betydning innføringen av DSA vil ha for aktørene i det norske internettmarkedet, og Analysys Mason har på oppdrag fra Nkom gjennomført en nasjonal markedsundersøkelse og utarbeidet en rapport om dette temaet.¹⁷ Vi har gjort en overordnet

¹⁷ Analysys Mason, "A survey of internet-based services and platforms in the Norwegian market" (https://nkom.no/aktuelt/ny-rapport-om-digital-services-act-dsa-og-aktorer-i-det-norske-internettmarkedet/_attachment/download/ced4fc2a-fd35-4b12-8508-

gjennomgang av rapporten, og Norid er nevnt i rapporten ved noen anledninger. Blant annet defineres Norid på følgende måte i rapporten:

"Norid is the Norwegian domain name registry for all domains directly under the .no top-level domain. On the website, Norid provides a full list of domain registrars ('domeneforhandlere') that offer the .no domain. The DNS translates domain names (such as finn.no) into the corresponding IP address. The domain registrars are responsible for managing the registration and ownership of domain names and may as such be considered 'mere conduit' services according to the DSA. Many registrars provide hosting services as well."¹⁸

Rapporten inneholder en vurdering av rekkevidden av ulike typer mellomliggende tjenester. I kapitlet om mere conduit-tjenester står det blant annet (vår understreking):¹⁹

"Generic examples of mere conduit services include fixed broadband providers, mobile network operators, internet service providers (ISPs), internet exchange points, direct messaging services, voice over internet protocol, virtual private networks, wireless local access networks (WiFi/WLAN), domain name system (DNS), top-level domain (TLD) name registries, domain name registrars and certificate authorities that issue digital certificates."

I kapitlet i rapporten hvor funnene av undersøkelsene presenteres, er Norid opplistet under " 'mere conduit' providers" i underkategorien "Top-level domain name registries".²⁰ Vi har ikke identifisert at det i selve rapporten er gjort nærmere vurderinger og undersøkelser av Norids tjenester for å ta stilling til om tjenestene etter en konkret vurdering må anses som mere conduit-tjenester i DSAs forstand. Vi utelukker ikke at det er gjort slike vurderinger og undersøkelser som grunnlag for funnene i rapporten, men det kan fremstå som det i rapporten er lagt til grunn at Norids tjenester anses som mere conduit kun basert på de generiske eksemplene rapporten viser til, og uten at det er gjort en konkret vurdering, slik DSA krever. Vi mener derfor at det ikke bør legges avgjørende vekt på at Norid er angitt som en mere conduit-tjeneste i rapporten.

Som tidligere nevnt får ikke DSA direkte virkning etter norsk rett, men må gjennomføres i den norske lovgivningen. Redegjørelsene over viser også at sentrale begreper i DSA på flere punkter er uklare. Vår tolkning av DSAs definisjon «informasjonssamfunntjeneste» trekker imidlertid i klar retning av at Norid ikke omfattes. Likevel har det blant annet med rapporten blitt skap uforutsigbarhet for aktører slik som Norid, som har vært ansett å falle helt utenfor ehandelsloven. I tråd med legalitetsprinsippet bør lovgiver sikre at den norske gjennomføringen av DSA har et tydelig og klart definert anvendelsesområde basert på formålet med DSA og hva forordningen er ment å oppnå. I den grad det er mulig, anbefaler vi at Norid i høringer og lignende benytter muligheten til å formidle denne uklarheten i DSA til lovgiver, samt behovet for presis og forutsigbar regulering av virkeområdet i den nasjonale implementeringen.

[3f99bfce7897:9cc4435df8b44b4bb4478abeecdb4b5b73dcf5c/A%20survey%20of%20internet-based%20services%20and%20platforms%20in%20the%20norwegian%20market.pdf](https://www.norid.no/3f99bfce7897:9cc4435df8b44b4bb4478abeecdb4b5b73dcf5c/A%20survey%20of%20internet-based%20services%20and%20platforms%20in%20the%20norwegian%20market.pdf)), datert 31. august 2023.

¹⁸ Ibid. side 17.

¹⁹ Ibid. side 7.

²⁰ Ibid. side 32 og 33.