

IMPLEMENTERINGEN AV DIGITAL SERVICES ACT I NORSK RETT

Til: Norid AS

Dato: 6. mars 2023

Fra: Advokatfirmaet Schjødt AS

Saksansvarlig advokat: Jeppe Songe-Møller
Dok.ref: 309232-611-10932403.2

1. INNLEDNING

Norid AS ("**Norid**") har bedt Advokatfirmaet Schjødt AS ("**Schjødt**", "**oss**", "**vi**") bistå med et notat om gjennomføringen av EUs forordning om digitale tjenester ("**Digital Services Act**", "**DSA**") i norsk rett. Notatet inneholder en vurdering av om Norid er og bør være underlagt bestemmelsene i DSA, herunder særlig om Norid kan anses som en "mellomliggende tjeneste" (*intermediary service*).

2. BAKGRUNN

EU-kommisjonen sendte forslag til DSA til Europaparlamentet 15. desember 2020. Europaparlamentet godkjente DSA (sammen med Digital Markets Act) 5. juli 2022, og det europeiske råd (EUs toppmøte) ga sin endelige godkjenning av DSA 4. oktober 2022. DSA ble deretter publisert i EU-tidende 27. oktober 2022, og trer i kraft 20 dager etter dette, det vil si 16. november 2022. Etter at DSA ble publisert i EU-tidende, ble det igangsatt diskusjoner om forordningens relevans og eventuelle behov for unntak i departementenes spesialutvalg for EØS-saker. Det er forventet at DSA vil tre i kraft i Norge 1. januar 2024 ved implementering i ehandelsloven.

Norid følger de pågående lovgivningsprosessene rundt IKT-sikkerhet og øvrig regulering som kan ha betydning for Norids ansvar som forvalter av de norske toppdomenene. Vi ønsker med dette å dele relevante juridiske betraktninger i forbindelse med revidering av og nye bestemmelser til ehandelsloven. Norids virksomhet er ikke omfattet av dagens ehandelslov.

DSA omfatter følgende kategorier av tilbydere:

- Alle «mellomliggende» tjenester (intermediary services), f.eks. ISPer, caching, hosting
- Tjenester som lagrer innhold (hosting service), f.eks. webhosting, skytjenester, osv.
- Internettbaserte plattformer (online platforms), unntatt mikro og små virksomheter
- De største internettbaserte plattformene (very large online platforms)

Norid er ikke omfattet av disse kategoriene med tilbydere. Som et utgangspunkt vil derfor ikke implementering av DSA i norsk rett medføre at Norid blir omfattet av regelverket. Det har imidlertid oppstått usikkerhet som følge av fortalespunkt 28 i DSA.

Det følger av fortalepunkt 28 at (vår kursivering og utheving):

*"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."*

Fortalepunktet angir at flere aktører kan være omfattet av regelverket i den grad de kan anses å være en mellomliggende tjeneste. Dette kan etter ordlyden også gjelde for registerenheter for toppdomener, avhengig av om tjenesten kan anses som en mellomliggende tjeneste.

Norid er registerenheten for de norske landkodedoppdomenene .no (Norge), .sj (Svalbard og Jan Mayen) og .bv (Bouvetøya), og har i henhold til overenskomst med den internasjonale forvalter av toppdomener rett til å tildele, administrere og registrere domenenavn under disse toppdomenene. Det er derfor et spørsmål hvorvidt fortalepunkt 28 medfører at Norid kan bli omfattet av regelverket etter implementeringen av DSA.

I forlengelsen av fortalepunkt 28 er det naturlig å adressere fortalepunkt 29. Det fremgår her at (vår kursivering og utheving):

*"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."

Fortalepunktet lister opp flere typer tjenester som etter omstendighetene *kan* anses å falle innenfor DSAs virkeområde. Avslutningsvis fremgår det at hvorvidt man faller innenfor eller utenfor virkeområdet til DSA, vil bero på en konkret vurdering av tjenestens tekniske funksjonaliteter. Dette har gode grunner for seg ettersom ehandelsregelverket gjelder for ulike typer virksomheter og tjenester. I tillegg gjelder DSA for virksomheter i forskjellige land. Følgelig er det behov for en konkret vurdering av den enkelte virksomhet og tjenestens funksjonaliteter for å avgjøre om virksomheten faller inn under DSA.

3. FORTALEPUNKTS RETTSLIGE BETYDNING

Siden det er DSAs fortelepunkter som medfører rettslig usikkerhet, er det relevant å klargjøre hvilken rettskildemessig betydning fortelepunkt har. I boken "*Oversikt over EØS-retten*" (Arnesen m.fl.) er det vist til at fortalen kan gi uttrykk for formålet bak regelverket og samtidig angi konteksten reglene skal tolkes i. Det uttales blant annet at (våre kursiveringer og uthevninger):

"Den såkalte fortalen, eller «preambelen» som den også kalles, kan gi viktige tolkningsbidrag i alle henseender, selv om fortalen selv ikke er en del av regelverket og dermed heller ikke rettslig bindende."

Fortalen kan altså fungere som støtte ved tolkningen av forordningens bestemmelser, men utgjør ikke en selvstendig del av regelverket som sådan. Dette kommer også til uttrykk i annet EU-rettslig materiale. I EU Parlamentet, Rådet og Kommisjonens "Joint Practical Guide"¹ ble det blant annet uttalt at (våre uthevninger):

"The 'recitals' are the part of the act which contains the statement of reasons for the act; they are placed between the citations and the enacting terms. The statement of reasons begins with the word 'Whereas:' and continues with numbered points (see Guideline 11) comprising one or more complete sentences. It uses non-mandatory language and must not be capable of confusion with the enacting terms."

Regulations, directives and decisions must state the reasons on which they are based. The purpose is to enable any person concerned to ascertain the circumstances in which the enacting institution exercised its powers as regards the act in question (see Case 24/62 Germany v Commission [1963] ECR 63), to give the parties to a dispute the opportunity to defend their interests and to enable the Community judicature to exercise its power of review."

[...]

The recitals should constitute a genuine statement of reasons; they should not set out the legal bases (which must be in the citations) nor should they repeat the passage in the provision already cited as the legal basis which empowers the institution to act. Furthermore, recitals which do no more than state the subject-matter

¹ Veiledningen kan leses på følgende lenke: <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ENN.pdf>

of the act or reproduce or even paraphrase its provisions without stating the reasons for them are superfluous or pointless. "

Fortalepunktene angir med andre ord hvilke begrunnelser som ligger til grunn for det rettslige dokumentet. EU bruker uformelt og "ikke-bindende" språk i fortelepunktene, og teksten skal ikke bidra til å skape usikkerhet rundt innholdet bestemmelsene i selve rettsakten. Fortalepunktene skal derfor ikke angi det rettslige grunnlaget som allerede følger av selve lovteksten. Oppsummert er det nærliggende å forstå dette dithen at fortelepunktene kun angir begrunnelsen og eventuelt politikken bak rettsakten. Den angir således ingen rettslige utgangspunkt, og verken enkeltindivider, virksomheter eller myndigheter kan forankre rettigheter eller forpliktelser i fortelepunktene.

I "*The Law of Recitals in European Community Legislation*" (Klimas, Tadas og Vaiciukaite, Jurate) fremgår det videre at (våre uthevinger):

*"Recitals, at least in EC law, are supposed to be **rather general expressions of purpose**; such cannot readily justify reliance. We were gratified when we found that the received wisdom was incorrect, and that **recitals in EC law do not create legitimate expectations**.*

*Thus de-mystified, the law of recitals in EC legislation falls within the realm of normality. **Recitals in EC law are not considered to have independent legal value, but they can expand an ambiguous provision's scope. They cannot, however, restrict an unambiguous provision's scope, but they can be used to determine the nature of a provision, and this can have a restrictive effect.** And the voidness of an EC legal act is traceable and due to political considerations, not legal ones."*

Fortalepunkter skal altså leses som uttrykk for direktivet eller forordningens formål generelt, og er ikke ansett å ha selvstendig rettslig verdi. Ifølge artikkelforfatterne kan fortelepunkter imidlertid brukes til å forstå en bestemmelses formål og karakter. Dette kan i sin tur medføre at bestemmelsen får et noe innsnevret virkeområde. Samme grunnforståelse er også lagt til grunn i flere av EU-domstolens saker, for eksempel i sak C-134/08 Tyson Parketthandel (avsnitt 16) hvor det også vises til sak C-136/04 Deutsches Milk-Kontor (avsnitt 32):

*"In that regard, it must be borne in mind, first, that **the preamble to a Community act has no binding legal force and cannot be validly relied on either as a ground for derogating from the actual provisions of the act in question or for interpreting those provisions in a manner clearly contrary to their wording** (see, inter alia, Case C-136/04 Deutsches Milch-Kontor [2005] ECR I-10095, paragraph 32 and the case-law cited)."*

Dersom et fortelepunkt formodentlig er i konflikt med bestemmelsene i forordningen, kan følgelig ikke fortelepunktene tillegges vekt.

Selv om fortelepunkt 28 ikke er i direkte motstrid med DSAs angivelse av hvilke rettssubjekter som er omfattet, går den imot gjeldende rettsoppfatning i Norge om at registerenheter, som Norid, ikke er omfattet av ehandelsregelverket. Et fortelepunkt kan som nevnt ikke utvide virkeområdet til en ellers klar bestemmelse. Etter vårt syn styrkes denne forståelsen ved at fortelepunkt 29 legger opp til at det skal gjøres en konkret vurdering av om den enkelte virksomhets tekniske funksjonaliteter tilsier at virksomheten skal omfattes.

4. HVA ER MELLOMLIGGENDE TJENESTER?

Norids virksomhet er ikke omfattet av dagens ehandelslov. Det er derfor nødvendig å vurdere hvorfor Norid eventuelt nå skulle vært omfattet av DSA. Denne vurderingen må bero på om Norid i visse henseende kan anses som enten en "mere conduit-", "caching-" eller "hosting-" tilbyder.

Ordlyden i DSA artikkel 2 bokstav f er nærmest identisk som i någjeldende ehandelslov som gjennomfører ehandelsdirektivet. Det er derfor naturlig å se hen til ehandelslovens kilder og hvilke vurderinger som ble gjort i forbindelse med gjennomføringen av direktivet.

I ehandelsloven § 3 bokstav a er "tjenesteyter" definert som "en fysisk eller juridisk person som tilbyr informasjonssamfunnstjenester". Videre er "informasjonssamfunnstjeneste" definert i § 1 annet ledd, hvor det fremgår at (vår kursivering):

"En informasjonssamfunnstjeneste er

a. enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker, samt

b. enhver tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettvært for data som leveres av tjenestemottakeren"

Bokstav b er en henvisning til de mellomliggende tjenestene "mere conduit", "caching" og "hosting". Dette gjenspeiles også i ehandelsloven § 15 om erstatnings- og straffansvar. Her fremgår det at (vår kursivering):

"For tjenesteyter som overfører informasjon, gir tilgang til et kommunikasjonsnettverk eller lagrer informasjon gjelder de alminnelige rettsregler om erstatningsansvar og straffeansvar hvis ikke annet følger av §§ 16-18."

Ehandelsloven omfatter altså alle tjenesteytere som enten overfører, mellomlagrer eller lagrer digitalt innhold. Ingen av disse alternativene omfatter Norids virksomhet. Norid har ingenting med det digitale innholdet å gjøre, men er en av flere aktører som sørger for at det kan gjøres oppslag i det globale domenenavnsystemet (DNS).

5. OM NORIDS VIRKSOMHET

Registerenheter er kun omfattet av DSA i den grad "their services qualify as 'mere conduits', 'caching' or hosting services", og dette må bero på en konkret vurdering jf. fortelepunkt 29. I vurderingen av om Norid omfattes av DSA, er det dermed helt sentralt å forstå hva Norids virksomhet som registerenhet består av.

For en internettbruker er det tjenestene som kjøres på den tekniske infrastrukturen som gir verdi. De mest kjente tjenestene er nettsider og e-post, men det er også mulig å koble opp video- og telefonsamtaler over nettet, laste ned filer, logge seg inn på ulike databaser, styre varmen i et hus og så videre. Innhold gjøres tilgjengelig på nettet ved at en innholds-leverandør laster det opp på en server som er koblet til internett. Når en bruker besøker en nettside, sendes innholdet på nettsiden fra serveren som innholdet ligger lagret på, til brukeren via internett.

For å få tilgang til innhold eller andre tjenester på internett, må maskinen til brukeren ha adressen til den serveren hvor innholdet er lagret eller tjenesten tilbys. Denne adressen hentes ut ved oppslag i det globale domenenavnsystemet.

Alle datamaskiner som er koblet til internett, har en IP-adresse som består av en lang tallrekke. Utveksling av trafikk mellom tjenester og klientsystemer over internett er basert på disse adressene. For å forenkle bruken får en tjeneste ett eller flere domenenavn, som brukes både i brukergrensesnitt og i systemkonfigurasjoner. Dette gjør det også mulig å flytte en tjeneste til en ny maskin med en ny IP-adresse uten å måtte fortelle det til dem som bruker tjenesten. Domenenavnsystemet er en tjeneste som kobler domenenavnet sammen med IP-adressen til en tjeneste eller maskin på internett.

Som registerenhet utfører Norid registrering av domenenavn i tråd med gjeldende regler for de aktuelle toppdomenene og opprettholder et register over bruksrett til de ulike domenenavnene. I tillegg er Norid ansvarlig for å forvalte navnetjenesten for toppdomenene. Denne tjenesten er en del av den grunnleggende internettinfrastrukturen, og er nødvendig for at de tildelte domenenavnene skal virke rent teknisk. Som registerenhet har Norid også ansvaret for utvikling av tildelingsregler for toppdomenene.

Det må skilles mellom forvaltning av domenenavn, og tjenester eller innhold knyttet til domenenavnet. Norid tilbyr en tjeneste (*navnetjenesten* for .no) som informerer om hvilke domenenavn som finnes under toppdomenet, og hvilke navnetjenere de er knyttet til. En *navnetjener* er en datamaskin som er fast knyttet til internett, og som formidler teknisk informasjon for ett eller flere domenenavn. Navnetjenerne for de enkelte domenenavnene formidler informasjonen som gjør det mulig for brukerne å koble seg opp mot servere som tilbyr innhold eller tjenester over internett.

Hverken Norids navnetjenere eller navnetjenerne for det enkelte domenenavn lagrer eller formidler selve innholdet. Norids rolle stopper altså der innholdsleverandørenes og andre tjenestetilbyderes rolle begynner. Dette medfører blant annet at Norid ikke anses for å være en «mellomleverandør» etter dagens ehandelslov og ehandelsdirektiv.

6. VÅR VURDERING

6.1 Er Norid et pliktsubjekt etter DSA?

Norid har ikke ansvar for eller mulighet til å styre tilgangen til kommunikasjonsnettverk. Norid lagrer eller videreformidler heller ikke digitalt innhold, og er dermed ikke en "mere conduit-", "caching-" eller "hosting-" tilbyder.

I dommen inntatt i HR-2019-1743-A var spørsmålet for Høyesterett om bruksretten til domenenavnet popcorn-time.no skulle inndras til fordel for statskassen. I den forbindelse tok Høyesterett utgangspunkt i hvordan domenenavn forvaltes i Norge, og uttalte i avsnitt 29 (våre uthevinger):

*"Gjenstanden for inndragningen er bruksretten til domenenavnet popcorn-time.no. Domenenavn er en organisasjons unike navn på internett, og bokstavene «no» angir **det nasjonale toppnivådomenet – Norge – som forvaltes av Norid AS.** Ved registreringen i Norid får søkeren en eksklusiv rett til å bruke domenenavnet i tråd med vilkårene i Norids navnepolitikk. I tillegg til å være navn på et nettsted, har mange domenenavn også en kjennetegnelsesfunksjon. Dette skyldes at domenenavn som inneholder foretaksnavn eller varemerker, gjerne vil oppfattes av kundekretsen som*

en angivelse av kommersiell opprinnelse for produkter og tjenester som markedsføres eller selges på internetsiden."

Videre i avsnitt 30 viste Høyesterett til tidligere dom inntatt i Rt. 2009 s. 1011, hvor det i avsnitt 27 ble uttalt at (våre uthevinger):

*"Den likhet domenenavn har med andre formuesgoder som for eksempel varemerker, taler for at domenenavn kan beslaglegges. Til dette kommer behovet for å kunne sette et domenenavn ut av funksjon for å unngå at straffbare handlinger fortsetter. **Norid driver ingen kontroll med innhold på nettsteder, og har heller ikke noe mandat til å reagere overfor nettsteder som kan se ut til å bryte loven; det er det opp til politiet og rettsvesenet å gjøre.**"*

I tråd med gjeldende rettspraksis driver Norid ikke med kontroll av nettsteders innhold, og har heller ikke myndighet til å gripe inn overfor nettsider med potensielt ulovlig innhold. Det virker dermed rettssystematisk unaturlig dersom Norid nå skal omfattes av et oppdatert ehandelsregelverk.

Denne rettslige situasjonen kommer også til uttrykk i forarbeidene til endringene i markedsføringsloven i 2020² (vår utheving):

*«Et domenenavn oppstår i det en organisasjon eller privatperson tegner et abonnement på domenet. **Det er domeneabonnenten som er ansvarlig for hva abonnementet brukes til.** Registrering av et domenenavn gir kun en bruksrett, ikke en eiendomsrett. Bruksretten opprettholdes så lenge abonnementet løper.»*

Vår konklusjon er dermed at Norid ikke er omfattet av DSA.

DSA er ment å omfatte alle EU-/EØS-land, og de europeiske registerenhetene er bygget opp svært ulikt og de har ulike forretningsmodeller. Hver registerenhet er av sine myndigheter gitt ulikt nasjonalt ansvar, og er gitt forskjellige mandat til å håndheve nasjonale regelverk. Norge har allerede flere høyesterettsavgjørelser som slår fast at den norske registerenheten ikke driver kontroll med innhold på nettsteder, og fortalepunkt 28 får dermed ikke betydning i Norge. Derimot kan situasjonen være annerledes i andre EU-/EØS-land, der lovgiver kanskje må innføre ett slik unntak. Dette støttes også av at fortalepunkt 29 angir at vurderingen må gjøres "on a case-by-case basis".

6.2 Manglende forholdsmessighet ved tiltak mot domenenavn

EU-publikasjonen «Legal analysis of the intermediary service providers of non-hosting nature» er en grundig artikkel om temaet, som antakeligvis er en del av materialet som ligger til grunn for DSA. Artikkelen hensyntar imidlertid ikke de ovennevnte dommene fra Høyesterett.

Artikkelen er for øvrig ikke eksplisitt hva gjelder kategoriseringen av Norids virksomhet, men det fremgår blant annet (våre uthevinger):

² Prop. 8 LS (2019–2020) 2019–2020. Endringer i markedsføringsloven mv. (gjennomføring av forordning (EU) 2017/2394 om forbrukervernsamarbeid) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 172/2019 av 14. juni 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EU) 2017/2394.

*“De lege ferenda, the question remains whether there ought to be such an exemption. If we consider DNS actors’ proximity to the content risks, we need to distinguish inter alia between business and technical proximity, as mentioned above. **Indeed, it is possible that the providers of DNS-related services are in a business relationship with parties committing an infringement. The problem, however, is that registries and registrars are technically removed from infringing content which they neither store nor transport. As a result, they usually do not know about any illegal content, as they would need to investigate how domain names are used.**”*

Norid vet i utgangspunktet ikke om det eksisterer ulovlig innhold på .no-domener, og har heller ingen reell mulighet for å kontrollere dette. Artikkelen tar videre opp de tiltak registerenheter faktisk kan gjøre, men som må anses som lite praktisk gjennomførbare (våre uthevinger):

*Moreover, **there are significant proportionality issues related to the measures DNS actors can take to manage content risks.** As described in section 2.3.5, registries or registrars can take various domain-name related measures, which however, often would be disproportionate, for two reasons. First, **the precision of such measures is low because a suspension affects all content to which a domain name points (for example all of wikipedia.org), which is overly broad.** At the same time, **the suspension of the domain name only removes the “signpost”, but the content itself will typically still be available at the machine identified by the related domain names.** Thus, suspension of a domain name is not a particularly effective measure for combating illegal content or information.”*

Det ovennevnte avsnittet tilsier at tiltak registerenheter som Norid kan gjennomføre vil være uforholdsmessige og lite effektive. Norid er rett og slett avskåret fra å gjøre målrettede tiltak som fjerner det ulovlige innholdet. Den manglende forholdsmessigheten ved slike tiltak er også reflektert i vurderingene av forbrukermyndighetenes mulighet til å kreve sletting av domenenavn i markedsføringslovens § 43 d), hvor departementet i forarbeidene påpeker følgende (våre uthevinger):

*«Registerenheten for et toppdomene har mulighet til å slette et domeneabonnement. Det innebærer at domenenavnet fjernes fra domenenavnsystemet, og man får ikke lenger IP-adressen til tjenesten ved et oppslag. I stedet får brukeren en feilmelding om at domenet ikke finnes. **Sletting vil ramme alle tjenestene under domenet og alle underdomenene som er tilknyttet dette, men fjerner imidlertid ikke innholdet.** Tjenesten eksisterer fremdeles, men den vil være vesentlig mindre tilgjengelig, fordi de fleste nettbrukere ikke kjenner IP-adressen og dermed ikke kan komme frem til innholdet.»*

Sletting av domenenavn er med andre ord så lite treffsikkert og målrettet at det er ansett å utgjøre et uforholdsmessig tiltak. I tillegg til en slik betraktning om forholdsmessighet, har argumentasjonen også klare forankringer i hensynet til internettbrukernes rettssikkerhet. Etter vårt syn vil en plikt til å ta ned domenenavnet være så vidtgående at den kan krenke domeneabonnentens mulighet til kontradiksjon.

6.3 Konsekvenser dersom Norid anses som pliktsubjekt etter DSA

Selv om det etter vårt syn er nokså klart at implementeringen av DSA ikke kan medføre at Norid er omfattet av regelverket, er det hensiktsmessig å understreke hvorfor Norid heller ikke bør være omfattet av en slik regelstruktur.

Først og fremst er det sentralt å bemerke at DSA innebærer at Norid eventuelt ville blitt underlagt et helt nytt rettslig regime, all den stund Norid tross alt ikke er omfattet som pliktsubjekt etter gjeldende ehandelslov.

Norids rolle og virksomhet tilsier at Norid ikke kan anses som en alminnelig mellomliggende tjeneste jf. også punkt 4 ovenfor. I tillegg er det svært begrenset hvilken positiv effekt det ville hatt dersom Norid skulle omfattes av regelverket, jf. punkt 6.2. Dersom Norid skulle anses omfattet av DSA, vil det ha en rekke uheldige praktiske, tekniske og rettslige konsekvenser for Norid og utfordre rettssikkerheten til domeneabonnentene.

Som et eksempel kan man trekke frem plikten til "notice and take-down" ved ulovlig innhold. For det første er Norid som registerenhet teknisk fratatt muligheten til å oppdage ulovlig innhold, all den tid Norid verken lagrer eller transporterer innholdet. Norid har følgelig ingen mulighet til å oppdage ulovlig innhold knyttet til et domene uten å iverksette større undersøkelser.

Videre er det vanskelig å forene Norids eventuelle plikt til "notice and take-down" med prinsippet om forholdsmessighet. Dette fordi Norids muligheter til å gjøre tiltak mot en konkret nettside ikke er særlig presise, jf. 6.2. Det å ta ned et domenenavn er et lite treffsikkert tiltak, og det vil også kunne oppleves som lite rimelig overfor domeneabonnenten. I tillegg medfører DSA en risiko for at innhold blir tatt ned som senere viser seg å være lovlig.

Igjen kan det være hensiktsmessig å se hen til drøftingene i forarbeidene til endring av markedsføringsloven i 2020, hvor departementet understreket behovet for forholdsmessighet i tilfeller der forbrukermyndighetene skal kunne pålegge sletting av domenenavn. Disse vurderingene er bredere enn temaet for dette notatet, men illustrerer likevel gjeldende oppfatning med hensyn til registerenheters rettslige ansvar. Som en konsekvens valgte departementet å legge behandlingen av slike saker til domstolene, med unntak av overtredelser på Legemiddelverkets tilsynsområde.

«Det sentrale er å sikre en forsvarlig behandling av vanskelige og prinsipielle problemstillinger om å fjerne innhold på nett, og etter departementets vurdering vil dette best ivaretas ved at domstolene gis myndigheten ettersom dette vil sikre en grundig behandling av sakene i to instanser.»

I lys av dette vil det virke rettssystematisk uheldig å pålegge en privatrettslig aktør som Norid en plikt til å gjennomføre tiltak som ellers må initieres av en myndighet med hjemmel i lov, og i de fleste tilfeller innebærer en behandling i domstolene.

I tillegg har ikke Norid muligheten til å fjerne det ulovlige innholdet. Det er kun de som administrerer innholdet som kan fjerne det effektivt. Plikten til "notice and takedown" bør således plasseres hos de som formidler det digitale innholdet.

7. AVSLUTTENDE MERKNAD

Gjennomføring av DSA i norsk rett vil kreve justeringer i dagens ehandelslov, samt nye bestemmelser for dagens internettbaserte tjenester og plattformer. DSA vil ha økonomiske og administrative konsekvenser med nye rettigheter og plikter, og følgelig oppstår det også et behov for å unngå rettslige uklarheter.

Lovgivningsprosessen bør være grundig og åpen. Behovet for å unngå rettslig usikkerhet gjør det viktig at revisjonen av ehandelsloven gjøres med utgangspunkt i gjeldende rett. I

lovgivningsprosessen er det anledning til å klargjøre implementeringen av DSA innenfor det handlingsrommet den enkelte nasjon har etter ordlyden i fortalepunktene 28 og 29. Lovgiver må imidlertid ta utgangspunkt i EU-rettskildelære, herunder hva slags rettslig virkning et fortalepunkt faktisk har.

I tillegg er det vesentlig å gjøre en vurdering innenfor de rammer fortalepunktene faktisk setter. Både fortalepunkt 28 og 29 tar store forbehold, og understreker behovet for å gjøre konkrete vurderinger av de enkelte virksomheter og tjenester. Dette er fornuftig av lovgiver all den stund registerenheter kan være ulikt bygget opp rundt om i Europa, herunder særlig med hensyn til tekniske og praktiske funksjonaliteter og delegert myndighet og kompetanse.

Som nevnt i dette notatets punkt 3 gir et fortalepunkt uttrykk for de politiske begrunnelsene bak rettsakten, og skal ikke forstås slik at det angir eller utfyller rettsgrunnlaget. Man skal derfor ikke lese rettigheter og plikter ut av et fortalepunkt. Siden definisjonen i gjeldende ehandelslov og ehandelsdirektivet omtrent er identiske som DSA artikkel 2 bokstav f, virker det dessuten rettslig ulogisk at et relativt formulert fortalepunkt skulle endre dette.

Såfremt lovgiver er enig i vår forståelse slik den kommer til uttrykk i dette notatet, anser vi det som ønskelig og hensiktsmessig at dette presiseres ved implementeringen av rettsakten, enten direkte i lovteksten eller i lovens forarbeider. Dette for å unngå at det på et senere tidspunkt skulle oppstå tvil vedrørende spørsmålet om Norid er omfattet av DSA.