

Stockholm den 31 oktober 2023

R-2023/1487

Till Finansdepartementet
Fi2023/02280

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 23 augusti 2023 beretts tillfälle att yttra sig över slutbetänkandet En inre marknad för digitala tjänster - kompletteringar och ändringar i svensk rätt (SOU 2023:39).

Sammanfattning

Advokatsamfund ställer sig i huvudsak positivt till slutbetänkandets förslag.

Advokatsamfundet anser dock att beviskravet för att tillåta inspektion är otydligt och bör justeras till de beviskrav som nu används för intrångs- och platsundersökningar. För att säkerställa proportionalitet bör bestämmelsen om innehållet i ett beslut om inspektion specificera vilka objekt och handlingar som får undersökas samt vilka utrymmen som får genomsökas.

Advokatsamfundet framhåller särskilt vikten av att den som blir föremål för en inspektion har rätt att tillkalla juridiskt ombud. Huvudregeln bör vara att myndigheten väntar med inspektionen en rimlig tid för att tillåta ett juridiskt ombud att anlända.

Beträffande de allmänna kraven på förelägganden bör dessa vara tydligt formulerade så att mottagaren klart förstår vad som krävs av dem. Sådana förvaltningsrättsliga krav på utformningen av föreläggandet bör konkretiseras i den fortsatta beredningen. Vidare bör tydligt framgå av förarbetena att åtgärder och sanktioner ska vara förenliga med 5 §

förvaltningslagen liksom att de proportionalitetsbedömningarna som myndigheterna utför ska vara förenliga med EU-rätten och Europakonventionen.

För att undvika konflikter mellan EU-förordningen och BES-lagen bör vissa ändringar göras i BES-lagen.

Synpunkter

Beviskravet för att beslut om inspektion får meddelas

Utredningen föreslår en bestämmelse i 2 kap. 4 § lag med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om digitala tjänster om inspektion som har följande lydelse:

"4 § Inspektion får tillåtas om

- 1. det finns skäl att anta bristande efterlevnad av någon av skyldigheterna i EU:s förordning om digitala tjänster,*
- 2. det finns risk för att bevis undanhålls eller förvanskas och*
- 3. vikten av att åtgärden vidtas är tillräckligt stor för att uppväga det intrång eller annat men som åtgärden innebär för den som drabbas av åtgärden."*

Beviskravet i den föreslagna bestämmelsens första punkt är "det finns skäl att anta".

Enligt gällande reglering i bland annat konkurrenslagen och de immaterialrättsliga lagarna har myndigheter i dag möjlighet att, efter beslut i domstol, genomföra oannonserade inspektioner eller undersökningar.

Konkurrensrättsliga platsundersökningar (ofta benämnda gryningsräder) regleras i 5 kap. 3 § konkurrenslagen. Av bestämmelsen följer att "Patent- och marknadsdomstolen på ansökan av Konkurrensverket får besluta att verket får genomföra en undersökning hos ett företag för att utreda om det har överträtt förbuden i 2 kap. 1 eller 7 § eller i artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget, om 1. *det finns anledning att anta att en överträdelse har skett[...]*" (vår kursivering).

Immaterialrättsliga intrångsundersökningar regleras på ett likalydande sätt i samtliga immaterialrättsliga lagar, nämligen (exempel från 9 kap. 5 § varumärkeslagen): "Om det *skäligen kan antas* att någon har gjort eller medverkat till ett varumärkesintrång, får domstolen för att bevisning ska kunna säkras om intrånget besluta att en undersökning får göras hos denne för att söka efter föremål eller handlingar som kan

antas ha betydelse för en utredning om intrånget (intrångsundersökning)" (vår kursivering).

Beviskravet "det finns anledning att anta" är den lägsta bevisnivån i svensk rätt och "skäligen kan antas" är ett något högre beviskrav.¹ Beviskravet "det finns skäl att anta" används förvisso i svensk lagstiftning men inte såvitt avser inspektioner eller undersökningar.²

Det vore enligt Advokatsamfundets uppfattning olämpligt att utöver beviskravet "det finns anledning att anta" respektive "det skäligen kan antas" som gäller för intrångs- och platsundersökningar införa ett tredje beviskrav, nämligen "det finns skäl att anta" eftersom det är otydligt vilken bevisnivå ett sådant beviskrav anger. Den föreslagna bestämmelsen i 2 kap. 4 § bör därför justeras så att beviskravet bestäms till antingen (om ett lägre beviskrav eftersträvas) "finns anledning att anta" eller (om ett något högre beviskrav eftersträvas) "skäligen kan antas".

Innehållet i ett beslut om inspektion

Bestämmelsen i 2 kap. 7 § i den föreslagna lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om digitala tjänster har följande lydelse:

"7 § Ett beslut om inspektion ska innehålla uppgifter om

- 1. vilken eller vilka myndigheter som ska genomföra inspektionen,*
- 2. föremålet för och syftet med inspektionen,*
- 3. tidpunkten när inspektionen ska börja,*
- 4. myndighetens eller myndigheternas befogenheter enligt artikel 51.1 bi EU:s förordning om digitala tjänster och 2 och 6 §§ i detta kapitel och*
- 5. huruvida beslutet är förenat med vite. Ett beslut om inspektion ska gälla omedelbart, om rätten inte bestämmer något annat."*

Viss vägledning vid utformningen av bestämmelsen bör kunna hämtas från de immaterialrättsliga intrångsundersökningsbestämmelserna, i vilka det regleras vad ett beslut om sådana undersökningar ska innehålla.

¹ Se prop. 1998/99:11, s. 63.

² Exempel på där detta beviskrav förekommer är i 3 kap. 2 § 2 p., 14 kap. 2 § 3 p. och 14 kap. 6 § 3 p. lagen om bank- och finansieringsrörelse, 6 § 2 p. lagen om viss verksamhet med konsumentkrediter och 7 kap. 20 § 3 st. och 55 a 2 st samt 25 kap. 13 § aktiebolagslagen.

Som exempel kan nämnas 9 kap. 8 § varumärkeslagen som har följande lydelse:

"Ett beslut om intrångsundersökning ska innehålla uppgifter om

- 1. vilket ändamål undersökningen ska ha,*
- 2. vilka föremål och handlingar som får eftersökas, och*
- 3. vilka utrymmen som får genomsökas.*

Om det behövs, ska domstolen även besluta om andra villkor för verkställandet."

Av de immaterialrättsliga intrångsundersökningsbestämmelserna framgår att domstolen i beslut om intrångsundersökning ska ange vilka föremål och handlingar som får eftersökas samt vilka utrymmen som får genomsökas (se 9 kap. 8 § 2 och 3 p. varumärkeslagen). Vid införandet av de immaterialrättsliga intrångsundersökningsbestämmelserna framhölls att de föremål och handlingar som får eftersökas skulle preciseras så långt det är möjligt, så att tyngdpunkten i prövningen ligger hos domstolen och inte hos Kronofogdemyndigheten.³

Advokatsamfundet konstaterar att motsvarande begränsningar saknas i 2 kap. 7 § i den föreslagna lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om digitala tjänster.

Eftersom en inspektion är ett kraftigt ingrepp i rätten till privatliv enligt 2 kap. 6 § regeringsformen, artikel 8 i Europakonventionen, artikel 7 i Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna måste ett beslut om inspektion vara proportionerligt och får därför bland annat aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den (jfr 2 kap. 21 § regeringsformen). Det följer vidare även av beaktandesats 116 i EU:s förordning om en inre marknad för digitala tjänster att rätten till respekt för privatlivet ska beaktas vid utövandet av undersökningsmöjligheterna.

Proportionalitetsbedömningen och de därav följande begränsningarna i ett beslut om intrångsundersökning vad gäller vilka föremål och handlingar som får eftersökas och vilka utrymmen som får genomsökas bör så långt som möjligt preciseras av domstolen och inte av myndigheten (jfr prop. 1998/11, s. 68).

³ Se prop. 1998/99:11, s. 68.

Den föreslagna bestämmelsen i kap. 7 § bör, av rättssäkerhetsskäl kompletteras med att domstolens beslut även ska ange vilka föremål och handlingar som får eftersökas samt vilka utrymmen som får genomsökas. Om sådana uppgifter inte anges har den myndighet som genomför inspektionen rätt att fritt eftersöka handlingar i vilket utrymme som helst, varvid inspektionen riskerar att bli alltför omfattande och oproportionerlig.

Rätten att tillkalla juridiskt biträde

Beträffande rätten för den som blir föremål för en inspektion att tillkalla juridiskt biträde anges följande i betänkandet:

"I likhet med vad som gäller enligt 5 kap. 9 § konkurrenslagen bör den som inspekteras ha rätt att tillkalla juridiskt biträde. Inspekterande myndigheter bör vänta på biträdets ankomst, såvida inte inspektionen därigenom onödigt fördröjs eller om inspektionen har beslutats utan att den som ansökningen avser fått tillfälle att yttra sig. Eftersom inspektionen inte bör äventyras i onödan får tiden som anses rimlig att vänta inte överstiga tiden det kan ta för den inspekterade att förvanska eller undanskaffa bevisning.

I normalfallet är överraskningsmomentet så viktigt att den hos vilken inspektion sker inte får yttra sig och därmed är normalfallet sådant att inspekterande myndigheter inte behöver invänta det juridiska biträdet. Omständigheterna i det enskilda fallet är dock avgörande. Bestämmelser som reglerar dessa förhållanden bör införas i kompletteringslagen(s. 105)."

Den som avses i ett beslut om konkurrensrättslig platsundersökning eller immaterialrättslig intrångsundersökning har rätt att tillkalla en juridisk rådgivare. Såväl i förarbetena till konkurrenslagen⁴ som i förarbetena beträffande intrångsundersökningsinstitutet⁵ anges att huvudregeln är att undersökningen inte får börja innan rådgivaren har inställt sig. Skulle plats- eller intrångsundersökningen bli onödigt fördröjd genom att myndigheten väntar på en sådan person, får dock undersökningen börja utan dennes närvaro. Vad som är en rimlig tid att avvakta för att bereda en juridisk rådgivare möjlighet att inställa sig får bedömas från fall till fall. I förarbetena anges att som regel bör en timme vara tillräcklig. Som undantagsregel gäller att om det finns en risk att ändamålet med åtgärden inte uppnås - t.ex. för att ett

⁴ Se prop. 1992/93:56, s. 110.

⁵ Se prop. 1998/99:11, s. 93.

dröjsmål bedöms medföra risk för att föremål och handlingar som har betydelse för utredning om intrånget undanskaffas, förstörs eller förvanskas - behöver inte heller rådgivarens ankomst avvaktas.

Rätten för den som blir föremål för en gryningsråd eller intrångsundersökning att tillkalla ett juridiskt ombud är ett utflöde av rätten till försvar enligt artikel 6 i Europakonventionen. Tribunalen har i sitt avgörande i KWS⁶ funnit att en extern advokat eller en intern jurist

"[...] kan vara närvarande när kommissionen genomför en inspektion, men att sådan närvaro inte kan vara ett villkor för inspektionens rättsenlighet. Omföretaget så önskar har det sålunda rätt att rådgöra med en advokat per telefon och be honom eller henne att komma så snabbt som möjligt, särskilt om det inte finns någon jurist närvarande på platsen för inspektionen. För att utövandet av rätten att biträdas av en advokat inte ska kunna hindra möjligheten till en korrekt genomförd inspektion måste de inspektionsansvariga beredas möjlighet att omedelbart gå in iföretagets samtliga lokaler, delge företaget inspektionsbeslutet och inspektera de kontor de önskar utan att först behöva vänta tills företaget har rådgjort med sin advokat. De inspektionsansvariga ska också ges möjlighet att kontrollera företagets telefonsamtal och elektroniska kommunikationer för att förhindra att företaget sätter sig i kontakt med andra företag som också omfattas av ett inspektionsbeslut."

Sammanfattningsvis är huvudregeln såväl enligt Tribunalens praxis som enligt de svenska förarbetena beträffande andra motsvarande undersökningsinstitut att den som blir föremål för en undersökning har rätt att tillkalla ombud. Om det föreligger en risk för att föremål och handlingar som har betydelse för utredning om intrånget undanskaffas, förstörs eller förvanskas ska de tjänstemän som ansvarar för undersökningen ha rätt att säkra de utrymmen som ska undersökas. Även när en plats- eller intrångsundersökning blir onödigt fördröjd genom väntan på tillkallat ombud, får undersökningen börja utan dennes närvaro. Det har däremot ansetts rimligt att en inspektion fördröjs med omkring en timme för att ett ombud ska beredas möjlighet att inställa sig.

Den allmänna motiveringen rörande inspektionsinstitutet liksom specialkommentaren till 2 kap. 11 § lag med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om digitala tjänster bör enligt Advokatsamfundet i lagrådsremissen justeras på så vis att texten "I

⁶ Se Tribunalens avgörande i mål nr T-357/06 (KWS), ECLI:EU:2012:488, punkten 232.

normalfallet är överraskningsmomentet så viktigt att den hos vilken inspektion sker inte får yttra sig och därmed är normalfallet sådant att inspekterande myndigheter inte behöver invänta det juridiska biträdet." stryks och i stället formuleras så att det framgår att huvudregeln är att myndigheten ska avvakta med inspektionen under rimlig tid för att bereda en juridisk rådgivare möjlighet att inställa sig.

Allmänna krav på förelägganden som meddelas med stöd av lag med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om digitala tjänster

Genom 2 kap. 2 § 2 p. i förslaget till lag med kompletterande bestämmelser till EU:s förordning om digitala tjänster ges myndigheterna långtgående befogenheter att beordra att överträdelser upphör och, när så är lämpligt, föreskriva avhjälpan åtgärder i enlighet med artikel 51 (2) första stycket i EU:s förordning om digitala tjänster liksom att förena sådana beslut med vite. Det finns inga bestämmelser i lagförslaget om hur sådana förelägganden och föreskrifter ska utformas.

Myndigheterna får också enligt artikel 9 och 10 i EU:s förordning om digitala tjänster långtgående befogenheter att meddela förelägganden att agera mot olagligt innehåll liksom förelägganden att tillhandahålla information. I artikel 9 (2) och 10 (2) i förordningen anges i sex punkter vilka krav ett föreläggande enligt dessa artiklar ska uppfylla. Av punkten (iv) i båda artiklarna följer ett krav på tydlighet i syfte att möjliggöra för leverantören att efterleva föreläggandena.

Det framgår av förvaltningsrättslig praxis att myndigheter ofta har svårigheter att formulera förelägganden på ett tillräckligt konkretiserat och preciserat vis för att adressaten ska veta vilka åtgärder denna måste vidta för att efterleva föreläggandet. Det är relativt vanligt förekommande att myndigheter utformar förelägganden och ålägganden på ett generellt vis, exempelvis som en skyldighet för adressaten att följa lag. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2020 ref. 28, med hänvisning till relativt omfattande tidigare HFD-praxis, formulerat tydliga principer för hur förelägganden beslutade av domstol eller myndighet ska utformas.

"21. Utgångspunkten vid en prövning av om ett vitesföreläggande är tillräckligt preciserat är att den som föreläggandet riktar sig till - för att följa föreläggandet och därmed undgå att vites döms ut - måste vidta just de åtgärder som anges i föreläggandet. Föreläggandets adressat har ingen valrätt avseende vilka åtgärder som ska vidtas och får alltså inte välja andra sätt att nå det eftersträvade resultatet än

genom de åtgärder som anges iföreläggandet. En annan sak är att det ofta saknas anledning att begära att ett vite ska dömas ut om adressaten uppnått det avsedda resultatet på annat sätt än genom de åtgärder som anges i föreläggandet.

22. En tillsynsmyndighet får alltså inte begränsa sitt ansvar till att konstatera att det finns brister i ett visst avseende och sedan överlämna tillföreläggandets adressat att avgöra vilka åtgärder som krävs för att kraven i den aktuella regleringen ska uppfyllas. Adressaten kan då komma att försättas i situationen att behöva vidta den ena åtgärden efter den andra utan att säkert kunna avgöra om åtgärden innebär att föreläggandet följs eller inte.

23. Den som ett föreläggande riktar sig till måste i stället få tydliga uppgifter om vad denne ska göra eller underlåta för att följa föreläggandet. Denna information måste i allt väsentligt framgå av själva föreläggandet. Det finns endast ett begränsat utrymme att tolka föreläggandet mot bakgrund av vad som förekommit vid olika kontakter mellan myndigheten och vitesföreläggandets adressat (set.ex. RÅ 1990 ref 39 och RÅ 1994 ref 29).

24. Kravet på tydlighet har ofta uttryckts så, att den som ett föreläggande riktar sig till måste få helt klart för sig vad som fordras för att det fastställda vitesbeloppet inte ska dömas ut. Vitet måste således vara knutet till en klart definierad prestation eller underlåtenhet (set.ex. RÅ 1990 ref 39, RÅ 1993 ref 41 och RÅ 1994 ref 29, jfr HFD 2017 ref 21).

25. Att ett vites föreläggande är tydligt formulerat är inte bara en förutsättning för att adressaten ska kunna avgöra vad myndigheten kräver. Det är också en förutsättning för att en domstol, om beslutet om föreläggande överklagas, ska kunna avgöra om föreläggandet är förenligt med den aktuella lagstiftningen. Om det är fråga om att döma ut ett vite ska domstolen vidare pröva om och i så fall i vilken utsträckning den som föreläggandet riktar sig till har följt detta. Även denna prövning förutsätter att det framgår vad myndighetens krav närmare bestämt avser.

26. Av det ovan sagda följer att ett vitesföreläggande i princip inte får utformas på ett sådant sätt att det endast upprepar den aktuella regleringens lydelse. För att ett så utformat föreläggande ska tillgodose kravet på precision fordras att bestämmelserna är så precisa att det inte kan råda något tvivel om vilka åtgärder som ska vidtas eller underlåtas i det enskilda fallet. Normalt får inte heller ett föreläggande utformas så att det endast anger vilket resultat som ska uppnås. I stället måste tydligt anges vilka konkreta åtgärder som adressaten ska vidta (jfr RÅ 1994 ref 29).

27. Det ställs alltså långtgående krav på att det av ett föreläggande ska framgå vad som krävs av adressaten. I vilken utsträckning det är möjligt för en myndighet att formulera sådana konkreta åtgärder beror på hur den aktuella författningsregleringen är utformad."

Det är tydligt av artikel 9 (2) (iv) och artikel 10 (2) (iv) att föreläggande som meddelas med stöd av dessa artiklar måste vara tydliga i syfte att möjliggöra för leverantören att efterleva föreläggandena. Samma krav gäller enligt svenska förvaltningsrättsliga principer. I specialmotiveringen till 2 kap. 2 § iden föreslagna lagen anges i betänkandet att "att myndigheterna får meddela förelägganden som på ett preciserat sätt anger vilka åtgärder en leverantör av en förmedlingstjänst ska vidta eller underlåta för att en överträdelse ska upphöra". Denna instruktion till myndigheterna är dock enligt Advokatsamfundets uppfattning otillräcklig. I den kommande specialmotiveringen i lagrådsremissen bör därför nedanstående förvaltningsrättsliga krav på utformningen av förelägganden framgå:

1. Den som ett föreläggande riktar sig till måste få tydliga uppgifter om vad denne ska göra eller underlåta för att följa föreläggandet. Denna information måste i allt väsentligt framgå av själva föreläggandet.
2. Den som ett föreläggande riktar sig till måste få helt klart för sig vad som fordras för att det fastställda vitesbeloppet inte ska dömas ut. Vitet måste således vara knutet till en klart definierad prestation eller underlåtenhet.
3. Ett vitesföreläggande får i princip inte utformas på ett sådant sätt att det endast upprepar den aktuella regleringens lydelse.
4. Normalt får inte ett föreläggande utformas så att det endast anger vilket resultat som ska uppnås. I stället måste tydligt anges vilka konkreta åtgärder som adressaten ska vidta eller underlåta.

Hänvisning till proportionalitetsprincipen i 5 § förvaltningslagen

Av artikel 51 (5) framgår att "[d]e åtgärder som samordnarna för digitala tjänster vidtar vid utövandet av sina befogenheter enligt punkterna 1, 2 och 3 ska vara effektiva, avskräckande och proportionella". På motsvarande vis framgår av artikel 52 (2) att "[s]anktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande." Det är således

tydligt att såväl förelägganden som sanktioner som meddelas med stöd av förordningen måste vara förenliga med proportionalitetsprincipen.

Av betänkandets. 132 framgår att "[a]tt interimistiska åtgärder ska vara proportionerliga framgår av den allmänna proportionalitetsbestämmelsen i 5 § förvaltningslagen". Av betänkandet framgår däremot inte att övriga åtgärder och sanktioner ska vara proportionerliga enligt 5 § förvaltningslagen. Enligt Advokatsamfundets uppfattning bör det i lagrådsremissen på samma vis som i exempelvis prop. 2021/22:135 (Genomförande av direktivet om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation), s. 119, uttryckligen framgå att åtgärder och sanktioner enligt den föreslagna lagen ska vara förenliga med 5 § förvaltningslagen liksom att de proportionalitetsbedömningarna som myndigheterna utför ska vara förenliga med EU-rätten och Europakonventionen.

Förhållandet mellan förordningen och lagen om elektroniska anslagstavlor

I SOU 2022:18, s. 154 konstaterade utredningen följande beträffande relationen mellan Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/784 av den 29 april 2021 om åtgärder mot spridning av terrorisminnehåll online (TCO-förordningen) och BBS-lagen:

"TCO-förordningen har företräde framför nationell rätt. Eftersom innehåll som omfattas av TCO-förordningen i vissa fall kan utgöra något av de uppräknade brotten i 5 § BES-lagen, så som uppvigling eller olaga våldsskildring, kan BES-lagen och TCO-förordningen komma att träffa samma innehåll. För att säkerställa att BES-lagen inte kommer i konflikt med TCO-förordningen föreslår utredningen tre ändringar i BBS-lagen. Den första är ett tillägg i 2 § BES-lagen som tydliggör att BES-lagen inte är tillämplig på meddelanden som omfattas av TCO-förordningen Den andra innebär att brottet offentlig uppmaning tas bort från uppräknningen i 5 § BES-lagen. Meddelanden som innehåller offentlig uppmaning enligt 3 § rekryteringslagen kan i stället komma att bli föremål för åtgärder med stöd av TCO-förordningen och kompletteringslagen. Utredningens föreslagna ändringar innebär för det tredje att BES-lagen inte längre ska tillämpas på meddelanden som omfattas av rekryteringslagen. Hänvisningen till den lagen bör därför tas bort från 7 §." (understrykning tillagd)

BES-lagen kom sedermera att ändras i enlighet med utredningens förslag (se prop. 2022/ 23:71, s 45 t) där följande uttalades:

"Som utredningen konstaterar är definitionen av värdtjänstleverantör i TCO-förordningen (se kapitel 4) sådan att en värdtjänstleverantör samtidigt kan vara en tillhandahållare av en elektronisk anslagstavla enligt BES-lagen. Vidare kan meddelanden på en elektronisk anslagstavla vars innehåll utgör uppmaning till terrorism eller särskilt allvarlig brottslighet också vara terrorisminnehåll enligt TCO-förordningen. Detta innebär att reglerna i både förordningen och BES-lagen kan komma att träffa samma innehåll.

En sådan konflikt är inte lämplig, inte minst eftersom skyldigheterna i TCO-förordningen att avlägsna terrorisminnehåll respektive i BES-lagen att ta bort meddelanden från elektroniska anslagstavlor båda är förenade med sanktioner i olika form (sanktionsavgift respektive straffansvar). Avlägsnandeskyldigheten enligt TCO-förordningen måste vara förenad med sanktioner enligt artikel 18 (se kapitel 7). Där för bör det, i enlighet med utredningens förslag, göras ett tillägg i 2 § BES-lagen som innebär att den lagen inte är tillämplig på meddelanden som omfattas av TCO-förordningen. Det är lämpligt att eventuella ändringar i TCO-förordningen får omedelbart genomslag i regleringen. Hänvisningen till förordningen bör därför vara dynamisk, dvs. avse den vid varje tidpunkt gällande lydelsen."

I betänkandets. 182 ff. har utredningen identifierat att BES-lagen och förordningen överlappar varandra men har endast föreslagit att *uppsiktsskyldigheten* i 4 § inte ska tillämpas när det gäller elektroniska anslagstavlor som är förmedlingstjänster inom tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2065 av den 19 oktober 2022 om en inre marknad för digitala tjänster. Däremot ska enligt betänkandet den straffsanktionerade skyldigheten att avlägsna meddelanden i 5 § alltså tillämpas när leverantören fått kännedom om innehållet.

Genom de ändringar i 2 § BES-lagen som följde på implementeringen av TCO-direktivet kom meddelanden enligt TCO-förordningen att helt undantas lagens tillämpningsområde. Om utredningens föreslagna ändringar i 4 a § genomförs undantas *uppsiktsskyldigheten* enligt BES-lagen från BES-lagen. Däremot undantas inte den straffsanktionerade skyldigheten att *avlägsna* meddelanden. Skyldigheten att avlägsna meddelanden är enligt 2 § 2, 3 och 6 p. i den föreslagna lagen jämförd med förordningen kan förenas med vite. Detta innebär, liksom vid genomförandet av TCO-förordningen, att avlägsnandeskyldigheten skulle förenas med sanktion *både i form av straff och vite*. I situationer där en överträdelse kan leda både till straff och vite har det, enligt principen om *ne bis in idem*, ansetts vara nödvändigt med en särskild

kollisionsbestämmelse som anger att den som har överträtt ett vitesförbud enligt inte får dömas till ansvar för intrång som omfattas av förbudet (se exempelvis 57 §, 3 st. patentlagen och 53 § 4 st. lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk).

Förslaget till 4 a § lagen om elektroniska anslagstavlor är inte kongruent med den nyligen genomförda ändringen i 2 § 5 p. samma lag varigenom TCO-förordningen undantas. Om förslaget till 4 a § införs skulle det riskera att uppstå komplicerade tolkningsfrågor rörande förordningens respektive BES-lagens tillämpningsområde. Straffbestämmelsen i BES-lagen och vitesbestämmelsen i den föreslagna lagen skulle vidare, eftersom det saknas en kollisionsregel i BES-lagen och den föreslagna lagen, innebära risk för att både straff och vite utdöms för samma underlåtenhet att avlägsna material.

För att säkerställa att BES-lagen inte kommer i konflikt med förordningen Gfr motsvarande skrivning i 2022:18, s. 154 citerad ovan) förordar Advokatsamfundet därför att samma lagstiftningsteknik används som vid implementeringen av TCO-förordningen, nämligen att en ny bestämmelse som innebär att lagen inte ska tillämpas på elektroniska anslagstavlor som är förmedlingstjänster inom tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2065 av den 19 oktober 2022 om en inre marknad för digitala tjänster införs i en ny punkt 6 i 2 § BES-lagen.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander