



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Louise Lennartsson

Ansvar och yttrandefrihet

En redogörelse för yttrandefrihetsrättsliga problem med EU:s reglering av
sociala medieplattformar

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin: HT23

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förkortningar	6
1 Inledning	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	9
1.5 Disposition	11
2 Internet och yttrandefriheten: en översikt	12
2.1 Inledning	12
2.2 Olika regleringar av sociala medieplattformar	12
2.2.1 Självregering	12
2.2.2 Samreglering	13
2.2.3 Reglering genom lagstiftning	13
2.3 Reglering av mellanhänder	13
2.3.1 Olika typer av mellanhänder	14
2.3.2 Yttrandefrihetsrättsliga problem	16
3 Skyddet för yttrande- och informationsfriheten	19
3.1 Inledning	19
3.2 Europakonventionen	19
3.2.1 Yttrande- och informationsfriheten enligt Europakonventionen	19
3.2.2 Möjligheten till begränsningar av yttrande- och informationsfriheten enligt Europakonventionen	22
3.2.3 Mellanhandsansvaret och Europakonventionen	25
3.3 EU-stadgan	29
3.3.1 EU-stadgans relation till Europakonventionen	29
3.3.2 Yttrande- och informationsfriheten enligt EU-stadgan	30
3.3.3 Möjligheten till begränsningar av yttrande- och informationsfriheten enligt EU-stadgan	31
3.3.4 Mellanhandsansvaret och EU-stadgan	33
4 Mellanhandsansvaret inom EU	35
4.1 Inledning	35
4.2 E-handelsdirektivet	35
4.2.1 E-handelsdirektivets tillämpningsområde	36

4.2.2	Ansvarsfriheten enligt e-handelsdirektivet	37
4.2.2.1	Passiv natur.....	37
4.2.2.2	Kännedom och agerande utan dröjsmål	39
4.2.2.2.1	Anmälningar från tredje part	41
4.2.2.2.2	Egna undersökningar	42
4.2.3	Allmän övervakningsskyldighet	43
4.3	Avslutande kommentar.....	44
4.4	Digital Services Act.....	44
4.4.1	Digital Services Act's tillämpningsområde	45
4.4.2	Ansvarsfriheten enligt Digital Services Act.....	46
4.4.2.1	Passiv natur.....	47
4.4.2.1.1	Den goda samariten	48
4.4.2.2	Kännedom och agerande utan dröjsmål	49
4.4.3	Allmän övervakningsskyldighet	50
4.4.4	Avslutande kommentar	50
5	Aktiva åtgärder	52
5.1	Inledning.....	52
5.2	Samreglering	52
5.2.1	Åtgärder mot olaglig hatpropaganda.....	53
5.2.2	Åtgärder mot desinformation	55
5.2.3	Avslutande kommentar	56
5.3	Aktiva åtgärder i Digital Services Act.....	57
5.3.1	Transparens vid innehållsmoderering	58
5.3.2	Mekanismer för anmälan och åtgärder.....	58
5.3.3	Motiveringsskyldighet	60
5.3.4	Klagomålsprocess	60
5.3.5	Skyldigheter för mycket stora plattformar	61
5.3.5.1	Riskbedömning.....	61
5.3.5.2	Riskreducering.....	63
5.3.6	Verkställighet och övervakning	65
5.3.6.1	Samordnare för digitala tjänster	65
5.3.6.2	Nämnden för digitala tjänster	66
5.3.6.3	EU-kommissionen	66
6	Avslutande analys	68
	Källförteckning	74

Summary

The aim of this study is to examine how the European Union's regulation of intermediary liability and the new procedural obligations imposed on media platforms relate to the protection of freedom of expression contained in the European Convention on Human Rights (ECHR) and the European Union Charter. The present paper embarks on an analysis of the foundational protection of freedom of expression and information provided by Article 10 of the ECHR and Article 11 of the EU Charter. By using a legal dogmatic method to describe current law, the paper critically assesses the construction, function, and shortcomings of intermediary liability under the E-Commerce Directive and how these persist within the framework of the Digital Services Act (DSA).

The liability of media platforms for user-generated content was previously regulated in the European Union by the E-Commerce Directive and later transferred to the DSA. The regulation is based on media platforms being discharged from liability provided that certain conditions are met. These conditions relate to passivity, knowledge, and expeditious action. In addition to the exemption from liability, the DSA incorporates various procedural and formal requirements for media platforms, with the overarching objective of enhancing transparency and safeguarding the fundamental rights of users.

The paper shows that under the E-Commerce Directive there were a number of ambiguities regarding the liability limits and the interpretation of various elements of the regulation. Consequently, the regulatory landscape was fragmented and unpredictably applied. Concurrently, most of these ambiguities have persisted within the framework of the DSA, with the emergence of new uncertainties.

Furthermore, the paper highlights that although the DSA introduces several measures aimed at preserving users' freedom of expression and information in the digital realm, there is an imminent risk of legitimate content removal. This risk is attributed to both the structure of liability exemption and certain active measures required by the DSA. Consequently, the paper raises concerns regarding the compatibility of the DSA with Article 10 ECHR and Article 11 EU Charter, mainly with regard to the requirements of legality and necessity.

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur EU:s reglering av mellanhandsansvar och de nya processuella skyldigheter som åläggs medieplattformar förhåller sig till det yttrandefrihetsrättsliga skydd som finns i Europakonventionen (EKMR) och EU-stadgan. Uppsatsen innehåller en analys av det grundläggande skyddet för yttrande- och informationsfriheten som stadgas i artikel 10 EKMR och artikel 11 EU-stadgan. Genom att använda en rättsdogmatisk metod för att beskriva gällande rätt går uppsatsen igenom mellanhandsansvarets konstruktion, funktion, samt de brister som har funnits under e-handelsdirektivet och hur dessa sedermera fortlever genom Digital Services Act (DSA).

Medieplattformars ansvar för användarproducerat innehåll har inom EU tidigare reglerats genom e-handelsdirektivet men sedermera ersatts av bestämmelserna i DSA. Regleringen, i såväl e-handelsdirektivet som i DSA, bygger på att medieplattformar erhåller ansvarsfrihet under förutsättning att vissa rekvisit uppfylls. Dessa rekvisit handlar om passivitet, kännedom och agerande utan dröjsmål. DSA innehåller utöver ansvarsfriheten en rad processuella och formella krav på medieplattformarna som bland annat syftar till att skapa transparens och skydda användarnas grundläggande rättigheter.

Uppsatsen visar att det under e-handelsdirektivet fanns en rad oklarheter för ansvarsfrihetens gränser och hur olika rekvisit i regleringen skulle tolkas, samt att regleringen var fragmentiserad och oförutsebar. Samtidigt har merparten av oklarheterna förts över till DSA, samtidigt som några nya oklarheter uppkommit.

Uppsatsen visar också att samtidigt som DSA inför ett antal åtgärder som syftar till att skydda användarnas yttrande- och informationsfrihet online, finns en överhängande risk för att lagligt innehåll tas bort. Detta beror både på ansvarsfrihetens utformning och på några av de krav på aktiva åtgärder som DSA inför. Uppsatsen visar att DSA väcker betänkligheter vad gäller dess förenlighet med artikel 10 EKMR och artikel 11 EU-stadgan, huvudsakligen vad gäller kraven på legalitet och nödvändighet.

Förkortningar

Digital Services Act (DSA)	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/2065 av den 19 oktober 2022 om en inre marknad för digitala tjänster och om ändring av direktiv 2000/31/EG (förordningen om digitala tjänster)
E-handelsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna
EKMR/Europakonventionen	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen C 326/13.
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Användningen av sociala medier har kraftigt ökat sedan den första sociala medieplattformen såg dagens ljus år 1994 genom skapandet av sajten GeoCities av David Bohnett och John Reznar.¹ Ungefär 60 procent av världens befolkning använder i dag sociala medier, vilket är mer än 4,8 miljarder människor.² Internet och utvecklandet av sociala medieplattformar har förändrat hur människor kommunicerar med varandra, och skapat möjligheter att sprida och ta del av information som saknar motstycke.

Sociala medier betraktades inledningsvis som en möjliggörare av yttrandefrihet och demokratisering,³ men i takt med att näthat och desinformation började spridas har tonläget förändrats.⁴ År 2018 uppgav över 60 procent av EU:s befolkning att de hade kommit över olagligt innehåll på nätet, och 65 procent uppgav att de inte tyckte att internet var en säker plats, enligt en Eurobarometer-undersökning.⁵ Flera länder, däribland Tyskland, Österrike och Frankrike, har infört nationell lagstiftning för att komma åt spridningen av hat och desinformation.⁶ Det har föranlett kritik också från andra håll – gällande att plattformarna censurerar användarnas yttranden. Inte minst protesterades det högljutt efter att USA:s expresident Donald Trump permanent stängdes av från Twitter och Facebook i samband med stormningen av Kapitolium 2021.⁷

I oron för näthat och desinformation å ena sidan, och censur å andra, har onlineplattformarna pressats, både från organisationer och från statligt håll, att både göra mer och mindre för att övervaka sina plattformar.⁸ I december 2020 presenterade EU-kommissionen förslag på en ny rättsakt, Digital Services Act (i fortsättningen DSA). Med den hoppas lagstiftaren bättre

¹ Stevenson, Michael (2018), The Rise of Blogging: Personal Publishing, Content Management and Web Filtering, *The SAGE Handbook of Social Media* (red.) Burgess, Jean, Marwick, Alice & Poell, Thomas, Sage publications, s. 80.

² Statista (2022), 'Number of social media users worldwide from 2017 to 2027'.

³ SOU 2020:56 *Det demokratiska samtalet i en digital tid*, s. 59 f.

⁴ Heldt, Amélie (2022), EU digital services Act: The White hope of Intermediary Regulation, *Digital platform regulation*, red. Terry Flew & Fiona R Martin, Palgrave Global Media Policy and Business, s. 69 f.

⁵ Manganelli, Antonio & Nicita, Antonio (2022), Regulating Platforms' Digital Services: Speech and Reach, *Regulating digital markets*, Palgrave Studies in Institutions, Economics and Law, Springer International Publishing, s. 169.

⁶ Alaphilippe, Alexandre, Gizikis, Alexis, Hanot, Clara & Bontcheva, Kalina (2019), Automated tackling of disinformation, *European Parliamentary Research Service*, s. 46.

⁷ Buiten, Miriam C. (2021), The Digital Services Act From Intermediary Liability to Platform regulation, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 12, nr. 5, s. 362.

⁸ Buiten, (2021), s. 361 f.

kunna balansera de motstående intressen som sociala medieplattformar brottas med.

Rättsakten är dock kontroversiell. Frågan, som inte minst denna uppsats kommer att handla om, är huruvida DSA innebär ett ökat yttrandefrihetsrättsligt skydd för användarna på sociala medieplattformar, alltså medborgarna, eller om de kritiker som pekar på en ökad risk för censur kommer att få rätt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka EU:s reglering av sociala medieplattformar samt hur regleringen förhåller sig till skyddet för yttrande- och informationsfriheten i Europakonventionen (i fortsättningen även EKMR) samt Europeiska unionens stadga (i fortsättningen EU-stadgan/stadgan). Detta görs genom att undersöka utformningen av dels ansvarsfriheten i e-handelsdirektivet och DSA, dels de aktiva åtgärder som åläggs medieplattformar genom DSA i samband med innehållsmodereringen. Uppsatsen består således av två tematiska delar.

Uppsatsen kommer att besvara följande frågeställningar:

- I vad mån kan sociala medieplattformar inom EU gå fria från juridiskt ansvar för yttranden som de lagrar på sin plattform?
- Vilka yttrandefrihetsrättsliga problem finns det med EU:s reglering av ansvarsfrihet samt aktiva åtgärder utifrån artikel 10 EKMR och artikel 11 EU-stadgan?

1.3 Avgränsningar

I denna uppsats behandlas bland annat frågan om mellanhänders ansvar för användarproducerat innehåll samt vilka aktiva åtgärder, i form av processuella och formella skyldigheter, som plattformarna åläggs under DSA i samband med sin innehållsmoderering. Innehållsmoderering förstås i uppsatsen som den process som sker då medieplattformar modererar innehåll utifrån olika typer av regler, vilka närmare beskrivs under avsnitt 2.2.

Uppsatsen fokuserar på de mellanhänder som utgör sociala medieplattformar. Begreppet sociala medieplattformar är vagt till sin natur och det saknas någon enhetlig definition av begreppet. Ofta beskrivs det med hjälp av de sociala medieplattformar som dominerar marknaden, exempelvis Facebook och Twitter. I denna uppsats förstås begreppet som kommunikationskanaler där användare genom exempelvis text, bild eller ljud kan kommunicera och

sprida information till en större krets.⁹ Begreppet kommer att tas upp i samband med genomgångarna av e-handelsdirektivet och DSA, se kapitel 4.

Uppsatsen behandlar olagligt innehåll samt innehåll som är lagligt men betraktas som skadligt. Vad olagligt innehåll avser beskrivs i avsnitt 4.2.2 och 4.4.2. Begreppet skadligt innehåll definieras i avsnitt 4.4.2.

Mellanhänders ansvar reglerades tidigare av e-handelsdirektivet men i dag enbart genom förordningen DSA. Båda regleringarna behandlas i uppsatsen. Däremot kommer inte särregleringar som uppställer särskilda regler för vissa typer av innehåll att behandlas. Det innebär att de regleringar som avser spridning av barnpornografi¹⁰, uppmuntran till terrorbrott¹¹, spridning av terrorisminnehåll¹² eller spridning av upphovsrättsligt skyddat material¹³, inte omfattas av uppsatsens undersökningsområde. Uppsatsen är därför inte uttömmande när det kommer till innehåll som omfattas av ovanstående regleringar. Vidare fokuserar uppsatsen enbart den EU-rättsliga regleringen av medieplattformar, och inte på nationell rätt.

Uppsatsen består, som tidigare nämnts, av två tematiska delar. Dels en genomgång av ansvarsfriheten, dels en genomgång av de aktiva åtgärder, ibland kallade skyldigheter, som åläggs medieplattformarna genom DSA. Begreppet ansvar kommer i första hand att användas i samband med att ansvarsfriheten diskuteras. Ansvar i detta sammanhang avser både civilrättsligt och straffrättsligt ansvar.

Avslutningsvis omfattar inte uppsatsen sådana skyldigheter som åläggs plattformar i kris. Därmed behandlas inte undantagen för krig eller annat nödläge från skyddet för yttrande- och informationsfrihet i artikel 15 Europakonventionen.

1.4 Metod och material

För att undersöka hur EU:s reglering av medieplattformar förhåller sig till det yttrandefrihetsrättsliga skyddet i EKMR och EU-stadgan har en rättsdogmatisk metod använts. Metoden handlar om att analysera rättskällor som lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin samt om att genom detta

⁹ Jämför skäl 13 DSA; Nationalencyklopedin, 'Sociala medier'.

¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/93/EU av den 13 december 2011 om bekämpande av sexuella övergrepp mot barn, sexuell exploatering av barn och barnpornografi samt om ersättande av rådets rambeslut 2004/68/RIF.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/541 av den 15 mars 2017 om bekämpande av terrorism, om ersättande av rådets rambeslut 2002/475/RIF och om ändring av rådets beslut 2005/671/RIF.

¹² Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/784 av den 29 april 2021 om åtgärder mot spridning av terrorisminnehåll online.

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG och direktivet om audiovisuella medietjänster.

undersöka juridiska problem, dra slutsatser och argumentera för lösningar på identifierade problem.¹⁴ Den rättsdogmatiska metoden har i denna uppsats konkret inneburit att EU-rättsligt material, i form av EU-lagstiftning, doktrin samt EU-domstolens och Europadomstolens praxis, har hanterats inom ramen för rättskällornas inbördes hierarki. Inom primärrätten, som utgörs av bindande rättskällor och består av de grundläggande fördragen (unionsfördraget, FEU, och funktionsfördraget, FEUF) samt av EU-stadgan,¹⁵ har EU-stadgan varit av särskild vikt. Detta beror inte minst på att EU-rätten, däribland de för arbetet centrala rättsakterna e-handelsdirektivet och DSA, ska tolkas i ljuset av EU-stadgan.¹⁶ Emellertid är EU-domstolens rättspraxis vad gäller tillämpningen av yttrande- och informationsfriheten i artikel 11 EU-stadgan, mindre omfattande än Europakonventionens motsvarande praxis. Europakonventionen har dels av denna anledning varit av stor vikt för att ta utröna det grundläggande skyddet för yttrande- och informationsfrihet inom både EU-rätten och Europarätten. Av artikel 52.3 EU-stadgan framgår att rättigheterna i stadgan ska ha samma innebörd och räckvidd som motsvarande rättigheter i EKMR.

Inom sekundärrätten, vilket inkluderar både bindande rättsakter såsom förordningar, direktiv och beslut, och icke-bindande rättsakter, har två rättsakter varit mycket viktiga – e-handelsdirektivet och Digital Services Act (DSA). För att förstå bestämmelserna vilka avser mellanhandsansvarets gränser har rättspraxis varit avgörande. Nämnas bör att det saknas praxis kring DSA, samt att rättsakten inte ännu fullständigt trätt i kraft. Den uttolkning av lagtexten som görs i arbetet, utgår därför från skälen i DSA, från e-handelsdirektivets rättspraxis kring mellanhandsansvaret samt från doktrin som tar sin utgångspunkt dels i det slutgiltiga lagförslaget, dels i kommissionens förslag till DSA som lades fram år 2020. Detta bör hållas i åtanke när läsaren beaktar uppsatsens slutsatser. I sammanhanget kan nämnas att det finns olika uppfattningar om doktrins betydelse som rättskälla. Bland annat anses dess betydelse påverkas av tillgången av andra rättskällor såsom hur lagtexten är utformad och omfattningen av rättspraxis. I analysen av rättsakten DSA har avsaknaden av andra rättskällor gjort behandling av doktrin helt nödvändig.¹⁷

Vad gäller doktrinen kan nämnas författare som Aleksandra Kuczerawy vid universitetet KU Leuven som har analyserat bestämmelserna och skyldigheterna för mycket stora plattformar i DSA. Gällande

¹⁴ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Lund: Studentlitteratur, s. 21.

¹⁵ Hettne, Jörgen & Othen Eriksson, Ida (red.) (2011), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Stockholm: Nordstedts juridik, s. 40.

¹⁶ Kuczerawy, Aleksandra (2017), The power of positive thinking: intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 8, nr. 3, s. 233.

¹⁷ Åhman, Karin (2019), *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2 uppl., Stockholm: Nordstedts Juridik AB, s. 23.

mellanhandsansvaret, som infördes med e-handelsdirektivet, finns omfattande doktrin inom såväl europeisk som amerikansk rätt. Ett exempel på det senare är professorn vid Yale Law School Jack M. Balkins artiklar om yttrandefrihet och mellanhandsansvar på internet. Avseende den europeiska kontexten bör nämnas Folkert Wilmans bok *The responsibility of online intermediaries for illegal user content in the EU and the US*, som grundligt går igenom den praxis som utvecklats på området.

1.5 Disposition

Uppsatsen består av sju kapitel. I det första presenteras uppsatsens syfte, frågeställningar, bakgrund samt metod. Det andra kapitlet syftar till att ge en övergripande bild av den yttrandefrihetsrättsliga regleringen av sociala medieplattformar och de yttrandefrihetsrättsliga problemen som finns med mellanhandsansvaret. I det tredje kapitlet beskrivs yttrande- och informationsfriheten enligt Europakonventionen och EU-stadgan med särskilt fokus på internet och mellanhandsansvaret. Därefter, i kapitel fyra, presenteras utformningen av mellanhandsansvaret inom EU-rätten genom en genomgång av e-handelsdirektivet och DSA. I det femte kapitlet beskrivs de processuella och formella krav som plattformar åläggs genom DSA. I det avslutande sjätte kapitlet görs en analys av hur den EU-rättsliga regleringen av medieplattformar är förenlig med Europakonventionen och EU-stadgan, samtidigt som frågeställningarna besvaras.

2 Internet och yttrandefriheten: en översikt

2.1 Inledning

Detta avsnitt syftar till att beskriva de olika sätt som stater kan reglera mellanhänder, alltså sociala medieplattformar, samt de yttrandefrihetsrättsliga problem som denna reglering innebär. Kapitlet ger en översiktlig bild av mellanhandsansvarets konstruktion som syftar till att skapa en förståelse för hela uppsatsen.

2.2 Olika regleringar av sociala medieplattformar

Sociala medieplattformar regleras genom en komplex väv av bestämmelser bestående av självreglering, samreglering samt reglering genom lagstiftning. Nedan följer en genomgång av dessa tre sätt på vilka medieplattformarna kan regleras.

2.2.1 Självreglering

När det kommer till förhållandet mellan sociala medieplattformar och deras användare regleras detta i första hand genom avtal, så kallad självreglering. Genom användarvillkoren förbehåller sig de privata företagen normalt rätten att när som helst ändra villkoren, att bestämma vad som får sägas och vem som får använda plattformen.¹⁸ Plattformarna har vidare en avgörande betydelse när det kommer till att avgöra vilket innehåll som är synligt och vilket som förblir dolt, vilket gör dem mycket inflytelserika över vilken information som når användarna. Detta, alltså processen under vilken medieplattformar hanterar innehåll, kallas innehållsmoderering.¹⁹ Fenomenet att få sitt innehåll osynliggjort på medieplattformar utan att veta om det kallas skuggborttagande ("shadow banning") och såväl president Donald Trump som minoritetsgrupper har anklagat medieplattformar för att utsätta dem för detta.²⁰ Normalt används sådan skuggborttagning mot innehåll som inte är olagligt men däremot skadligt, såsom olika former av hat eller desinformation.²¹

Plattformarna beaktar i sin innehållsmoderering flera intressen. Det innefattar såväl att stimulera användarnas engagemang som att balansera påtryckningar från beslutsfattare samt att upprätthålla allmänhetens förtroende.²²

¹⁸ Carlsson, Anni (2021), Tyst vår? – När Twitter och Facebook tystade en presidents kvitter och vad det innebär för yttrandefrihet på sociala medier, *SvJT*.

¹⁹ Cappelto, Maja (2020), *Unravelling the Digital Services Act package*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, s. 6

²⁰ Paddy (2023).

²¹ Ibid.

²² Cappelto (2020), s. 6

Självreglering har varit den typ av reglering som traditionellt har fördragits av plattformarna själva.²³

2.2.2 Samreglering

En viktig del i regleringen av sociala medieplattformar är samarbete mellan det offentliga och det privata, så kallad samreglering. Genom exempelvis frivilliga uppförandekoder, se avsnitt 5.2, förmår stater medieplattformar att ändra sina användaravtal för att på det sättet komma åt visst innehåll. Normalt krävs inte tvång för att sådana uppförandekoder ska få effekt. Medieplattformar är generellt måna om en stabil och förutsebar miljö eftersom det gynnar kommersiella affärer. Därför tenderar medieplattformar att sträva efter samexistens genom samarbete.²⁴ Det finns flera exempel där påtryckningar från EU samt medlemsstater, trots avsaknad av tvång, har fått företag att ta bort innehåll.²⁵

2.2.3 Reglering genom lagstiftning

Som nämnts kan stater genom lagar reglera förhållandet mellan det allmänna och individen, exempelvis genom att kriminalisera spridning av terroristinnehåll eller barnpornografi. Emellertid kan dessa regler vara svåra att upprätthålla på internet, bland annat på grund av möjligheten till anonymitet.²⁶ Stater ålägger därför plattformarna ansvar för spridning av innehåll genom att ålägga dem civilrättsligt- eller straffrättsligt ansvar.²⁷ Den EU-rättsliga regleringen av plattformar har traditionellt fokuserat på olagligt innehåll, men har genom DSA indirekt kommit att innefatta också skadligt innehåll, se mer under 4.4.2.²⁸ Stater kan vidare utfärda lagar om tillsynsmyndigheters verksamhet när de övervakar verksamheten hos medieplattformar, något som kort kommer att beröras i denna uppsats.²⁹

2.3 Reglering av mellanhänder

Sedan början av 2000-talet går det att beskriva yttrandefriheten som en trepartsrelation, där det inte längre är förhållandet mellan stat och individ som avgör yttrande- och informationsfrihetens vidd. I stället är det en tredje grupp aktörer – mellanhänder – som är avgörande för den hur yttrande- och

²³ Alaphilippe, Gizikis, Hanot & Bontcheva (2019), s. 43 ff.

²⁴ Balkin, Jack M. (2017), *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, Yale Law School, Public Law Research Paper, Nr. 615, s. 34

²⁵ Benkler, Yochai (2011). *A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle Over the Soul of the Networked Fourth Estate*, 46 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 311, s. 46; Alaphilippe, Gizikis, Hanot & Bontcheva (2019), s. 43 ff.

²⁶ Balkin (2017), s. 29.

²⁷ Cappello (2020), s. 6.

²⁸ Alaphilippe, Gizikis, Hanot & Bontcheva (2019), s. 11.

²⁹ Cappello (2021), s. 6.

informationsfriheten i praktiken får genomslag. Dessa mellanhänder består normalt av privatägda medieplattformar med egna rättighetsanspråk.³⁰

Den gamla yttrandefrihetsrättsliga regleringen kan beskrivas som en vertikalt integrerad modell där utgivare eller redaktörer normalt utövade kontroll över det innehåll som spreds till stora grupper av människor. Utvecklingen av sociala medieplattformar har dock gett upphov till vad som kan beskrivas som en horisontell modell där medieplattformar utan redaktionell kontroll över innehållet har tagit den tidigare utgivarens roll.³¹ Det förändrar formen på den yttrandefrihetsrättsliga regleringen. Medan den gamla formen av yttrandefrihetsregleringen riktade sig mot utgivaren eller den som yttrade sig, riktar sig den nya typen av yttrandefrihetsreglering mot den digitala infrastrukturen, alltså mellanhänderna.³²

Att reglera den digitala infrastrukturen är ofta attraktivt för stater. Detta eftersom medieplattformar är privata rättssubjekt som normalt inte begränsas av samma konstitutionella skydd för yttrandefriheten som det allmänna, och därmed har mer långgående möjligheter att begränsa innehållet.³³ Det innebär att medieplattformar kan begränsa sina användares möjlighet att yttra sig på ett sätt som inte följer de konstitutionella normer på den plats där yttrandet sker, och att stater kan använda medieplattformar på ett sätt att runda det konstitutionella skyddet.³⁴

Att reglera den digitala infrastrukturen är också attraktivt för stater av den anledningen att det normalt innebär en mycket snabb borttagning av innehåll, vilket i många fall är betydelsefullt då olagligt eller skadligt innehåll snabbt sprids via sociala medier.³⁵ Därtill behöver inte medieplattform normalt anpassa sig till de processuella regler som rättsstater begränsas av, vilket innebär att rättsstatliga principer kring likabehandling, transparens och möjlighet till överprövning utgår (vilket ökar möjligheten för snabb borttagning av innehåll). Medieplattformars innehållsmoderering karaktäriseras i stället ofta av godtycke och låg transparens, och har i litteraturen jämförts med absolutistiska monarker. Till skillnad från den tidigare yttrandefrihetsreglering som normalt erbjuder både skydd och begränsningar, tenderar den nya regleringen i första hand att fokusera på begränsningar.³⁶

2.3.1 Olika typer av mellanhänder

³⁰ Balkin, Jack M. (2018), Free speech is a triangle, Columbia law Review, vol. 118, nr. 7.

³¹ Manganelli & Nicita (2022), s. 173.

³² Balkin (2017), s. 25.

³³ Ibid, s. 29 f.

³⁴ Ibid, s. 53.

³⁵ Kuczerawy (2017), s. 228.

³⁶ Balkin (2017), s. 53.

Sedan internet växte fram under 1990-talet har reglering av mellanhänder varit en kontroversiell fråga.³⁷ Under lång tid var den dominerande idén att mellanhänder bör skyddas från ansvar för användarproducerat innehåll, och inom både Europa och USA var trenden att onödigt reglering skulle undvikas för att inte stävja utvecklingen av internet.³⁸ Det finns nämligen ett direkt samband mellan mellanhänders ansvar och utvecklingen av internet som innebär att ju strängare ansvarsreglerna är, desto större är risken att mellanhänder begränsar utvecklingen av mediet på ett sätt som hämmar utbudet av tjänster på internet. På detta sätt skulle ett strikt ansvar, alltså ansvar för allt innehåll som lagras på plattformen, innebära ett långtgående behov för plattformen att utöva kontroll över innehållet. Det går att jämföra med den verkliga världens mellanhänder, brevbärare eller bokaffärer, som på motsvarande sätt skulle bli tvungna att kontrollera det material som de tillgängliggör spridning av.³⁹

Utöver risken för ett hämmat internet, har det uppfattats finnas en principiell orättvisa i att ålägga mellanhänder ett ansvar för användarproducerat innehåll eftersom en mellanhand ofta saknar kännedom över innehållet. Vidare finns en risk för att privata företag inte har den juridiska kunskap eller resurser som krävs för att bedöma lagligheten i ett inlägg, och att företag, för att inte riskera ansvar, skulle ta bort också lagligt innehåll, så kallad överborttagning, på ett sätt som skulle skada yttrande- och informationsfriheten.⁴⁰ Det finns flera exempel på det senare.⁴¹ Att å andra sidan helt undanta mellanhänder från ansvar riskerar att försvåra beivrandet av olagligt innehåll på plattformarna. Möjligheten att få upprättelse från upphovsmannen bakom det olagliga innehållet finns förvisso, men är i praktiken liten, bland annat på grund av internets möjlighet till anonymitet.⁴²

Det finns för närvarande tre typer av mellanhandsansvar som innebär olika sätt att balansera de för- och nackdelar som ansvaret innebär.⁴³ Det första är ett system där mellanhanden är strikt ansvarig för det innehåll som den lagrar. Ett exempel på detta är Australian Broadcasting Services Amendment Act

³⁷ Intermediary Liability & Freedom of expression: Recent developments in the EU Notice & Action Initiative, Interdisciplinary Centre for Law and ICT. *Published in Computer Law and Security Review*, Vol 31. Issue 1, s. 5.

³⁸ Savin, Andrej (2021), The EU digital services Act: toward a more responsible internet, *Journal of internet law*, vol. 24, nr. 7, s. 14 f.

³⁹ Wilman, Folkert (2021), The EU's system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, s. 322 ff.

⁴⁰ Kuczerawy (2014), s. 6 f.

⁴¹ Se Anderson, Nate (2010), 'The day the music blogs died: behind Google's musicblogocide'; Galperin; Eva (2012), 'Why Google Shouldn't Have Censored The Anti-Islamic Video', Techcrunch; BBC News (2012), 'YouTube under new pressure over anti-Muslim film'.

⁴² Wilman (2021), s. 323

⁴³ Savin, Andrej (2017), *EU internet law*, 2 uppl., Edward Elgar Publishing, Northampton, s. 143–173.

från 1999. Det andra är ett system av fullständig ansvarsfrihet för mellanhanden, något som USA tillämpat genom Communications Decency Act (CDA) från 1996. Rättsakten reglerar mellanhänders ansvar i allmänhet, med undantag för upphovsrättsligt innehåll, och stadgar självreglering genom en mycket långtgående ansvarsfrihet för mellanhanden.⁴⁴ Ansvarsfriheten omfattar såväl innehåll som finns på plattformen, som borttaget innehåll.⁴⁵ Bestämmelsen har beskrivits som helt nödvändig för utvecklandet av internet och interaktiva sociala medieplattformar. På senare år har lagstiftningen dock kritiserats både för att möjliggöra spridandet av hat och desinformation, och för att skada yttrandefriheten genom att ge plattformarna fria tyglar kring innehållsmodereringen.⁴⁶ Den tredje varianten, kunskapsbaserat ansvar, introducerades genom USA:s Digital Millennium Copyright Act (DMCA) år 1998. Modellen innebär en begränsning av mellanhandens ansvar till sådant otillåtet användargenererat innehåll som plattformen känner till. När EU genom e-handelsdirektivet år 2000 adresserade frågan om mellanhandsansvar på internet, var det utifrån denna utgångspunkt.⁴⁷ I kapitel 4 följer en närmare genomgång av detta system.

Avslutningsvis bör påpekas att mellanhandsansvarets utformning är betydelsefullt för risken för överborttagning, samt i vilken grad användarnas yttrande- och informationsfrihet kommer att inskränkas. Inom amerikansk rätt kallas detta för den avkylande effekten ("the chilling effect doctrine").⁴⁸ Viktiga aspekter som avgör graden av avkylande effekt är vilka krav på mellanhandens kännedom om olagligt innehåll som ställs, hur snabbt en mellanhand måste agera för att undslippa ansvar, vilka krav som ställs på processen kring borttagande samt vilka sanktioner som mellanhanden riskerar om otillåtet innehåll ligger kvar. Ett ansvar där mellanhanden åläggs att övervaka en tjänst och ta bort yttranden inom en mycket kort tidsfrist för att inte riskera kraftiga sanktioner torde innebära en stor risk för överborttagning.⁴⁹

2.3.2 Yttrandefrihetsrättsliga problem

Några av de risker som ett mellanhandsansvar medför har redan nämnts under avsnitt 2.3.1. Det handlar bland annat om att internet hämmas och yttrandefriheten skadas. Nedan följer en fördjupning av två huvudsakliga

⁴⁴ Section 230(c)(1) stadgar: "Ingen leverantör eller användare av en interaktiv datortjänst ska behandlas som utgivare eller talare av någon information som tillhandahålls av en annan leverantör av informationsinnehåll".

⁴⁵ Manganelli & Nicita (2022), s. 170.

⁴⁶ Ibid, s. 171

⁴⁷ Savin (2017), s. 143–173.

⁴⁸ Wilman (2020), s. 200 ff.

⁴⁹ Westman, Daniel (2020), Sociala medier – yttrandefrihet och ansvar. *Ord och rätt : Festskrift till Hans-Gunnar Axberger*, red. Anna Skarhed, Johan Hirschfeldt, Mikael Ruotsi, Daniel Westman & Stephan Carlsson, Visby, s. 685.

yttrandefrihetsrättsliga problem med att ålägga mellanhänder ansvar för tredjehandsproducerat innehåll.

Det första problemet kan benämnas säkerhetscensur. Det inträffar när staten ålägger en enhet, A, ansvar för att kontrollera en annan enhet, B. När staten ålägger A ansvar för B:s innehåll är risken stor att A av försiktighetsskäl tar bort mer innehåll än nödvändigt, så kallad överborttagning, eftersom A saknar incitament att skydda B:s yttranden. Lagliga, men kontroversiella yttranden riskerar potentiellt att påverka A:s affärsmodell negativt och även av den anledningen tas bort. När A och B arbetar vid samma organ, vilket är fallet på exempelvis en tidningsredaktion, utgår lagen i stället från att A har ett egenintresse av att försvara B:s yttranden. Risken för att för mycket innehåll tas bort är därför mindre.⁵⁰

Risken för sådan säkerhetscensur finns inbyggt i mellanhandsansvarets konstruktion.⁵¹ I Europa har mellanhandsansvarets konstruktion ansetts leda till en ”kultur av mellanhänder som bryr sig mindre om juridiska spetsfundigheter eller användarnas rättigheter än om att undvika omfattande stämningar”, se kapitel 4.⁵²

Det andra problemet handlar om förhandscensur. Förhandscensur innebär ett förbud som på förhand förvägrar människor rätten att yttra sig, vilket till skillnad från yttrandefrihetsrättsliga begränsningar i efterhand, innebär att kommunikationen överhuvudtaget inte kan äga rum och att den som yttrar sig går miste om en fullständig rättslig bedömning.⁵³ Att byråkrater, eller i detta fall medieplattformar, avgör vad som får yttras, i stället för rättsliga instanser där parterna har processuella rättigheter och möjlighet att bli hörda av en juridisk instans, har ansetts problematiskt.⁵⁴

Ett ytterligare problem med förhandscensur är att den förändrar yttrandefrihetens incitamentsstruktur. I ett system utan förhandscensur kan den som yttrar sig själv göra bedömningen om han eller hon vill yttra sig och därefter riskera åtal eller andra konsekvenser. I ett sådant system har myndigheter i efterhand att bedöma huruvida de ska reagera mot det aktuella yttrandet eller inte. Eftersom varje ingripande innebär en kostnad för myndigheten tenderar denna ordning att främja yttrande- och informationsfriheten. Vid förhandscensur är i stället incitamentsstrukturen omvänd. I ett sådant system tillåts yttranden först efter att en myndighet gett tillstånd. Eftersom det innebär en större risk att tillåta någon att yttra sig än

⁵⁰ Balkin (2018); Wilman (2020), s. 205 f.

⁵¹ Balkin (2017) s. 30 ff.

⁵² Wilman (2020), s. 206.

⁵³ Se Europeiska rådet (2018), Thematic factsheet – Prior restraints’ and freedom of expression: the necessity of embedding procedural safeguards in domestic systems, s. 1.

⁵⁴ Europeiska rådet (2018), s. 1; Balkin, (2017), s. 31 f.

att inte göra det, tenderar detta i stället att ha en inskränkande effekt på yttrande- och informationsfriheten.⁵⁵

Även om medieplattformarnas innehållsmoderering i form av filtrering och blockering, och snabb borttagande av innehåll skiljer sig från den förhandscensur som typiskt skett utförs av myndigheter, finns tydliga likheter. Det innebär att grundproblematiken kvarstår.⁵⁶

⁵⁵ Balkin (2017), s. 32.

⁵⁶ Balkin, (2018).

3 Skyddet för yttrande- och informationsfriheten

3.1 Inledning

Detta kapitel syftar till att beskriva hur yttrande- och informationsfriheten i Europakonventionen och EU-stadgan har tolkats av Europadomstolen respektive EU-domstolen, med särskilt fokus på sociala medier. Detta görs genom att först mer utförligt gå igenom Europadomstolens praxis och sedan genom att något mer kortfattat beskriva EU-domstolens. Detta eftersom EU-domstolens praxis är mer sparsam än Europadomstolens.

3.2 Europakonventionen

Följande avsnitt innehåller en beskrivning av Europakonventionens skydd av yttrandefriheten på internet, med särskilt fokus på sociala medieplattformar. Inledningsvis presenteras skyddet av yttrande- och informationsfriheten generellt. Därefter görs en genomgång av möjligheterna till avgränsningar av skyddet. Avslutningsvis görs en genomgång av den rättspraxis som specifikt handlar om medieplattformars ansvar för användargenererat innehåll.

3.2.1 Yttrande- och informationsfriheten enligt Europakonventionen

Artikel 10 EKMR stadgar att var och en har rätt till yttrandefrihet. Det innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter utan offentliga myndigheters ingripande. Artikeln omfattar såväl fysiska som juridiska personer. Det innebär att också sociala medieplattformar omfattas av rätten att sprida yttranden, vilket bland annat har motiverats av att de användare som medieföretagen når har en rätt att ta emot information.⁵⁷

Skyddet enligt artikel 10 är inte begränsat till verbal kommunikation, utan såväl bild, video som musik skyddas. Skyddet är brett och omfattar reklam, satir, pornografi och i viss grad extrema politiska och religiösa uppfattningar.⁵⁸ Vidare skyddas en bred palett av medier, såväl konstmuseer som elektronisk kommunikationsinfrastruktur som sociala medieplattformar.⁵⁹ Europadomstolen har konstaterat att yttrandefriheten är ”en av de viktigaste grundvalarna för ett demokratiskt samhälle och en av de grundläggande förutsättningarna för dess utveckling”⁶⁰ samt att yttrandefriheten kan användas för att uppmärksamma allmänheten på frågor

⁵⁷ Woods, Lorna (2017), Digital freedom of expression in the EU, I *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, red. Nicholas Hatzis & Sionaidh Douglas-Scott, Edward Elgar Publishing Limited, s. 394.

⁵⁸ Woods (2017), s. 395.

⁵⁹ Ibid, s. 396.

⁶⁰ Se *Axel Springer AG mot Tyskland*, ansökan nr 39954/08, den 3 april 2012, p. 78.

av allmänt intresse.⁶¹ Yttrandefriheten ska också betraktas som ett viktigt värde i sig själv. Enligt Europadomstolen gäller yttrandefrihet även för uttryck som kränker, chockerar eller stör.⁶²

Europadomstolen har också mer specifikt yttrat sig om yttrandefriheten på internet. Domstolen har i flera fall erkänt internetns viktiga roll ”i att förbättra allmänhetens tillgång till nyheter och i att underlätta spridningen av information i allmänhet”.⁶³ Vidare har domstolen erkänt internet som ett viktigt medel för spridandet av journalistik samt medborgarnas idéer.⁶⁴ Domstolen har tillerkänt uppgifter på internet i princip samma skydd som andra medier. I medier med begränsat utrymme, till exempel radio, har Europadomstolen dock återkommande slagit fast att staten är den yttersta garanten för pluralism. På internet däremot, där möjligheten att verka inte begränsas av utrymmesbrist, finns enligt artikel 10 EKMR ingen skyldighet för staten att garantera att en mångfald av åsikter sprids.⁶⁵

Rättigheterna enligt Europakonventionen kan utkrävas av de undertecknade staterna.⁶⁶ För dessa innebär artikel 10 EKMR först och främst en negativ förpliktelse, vilket innebär att stater inte otillbörligt får inskränka yttrandefriheten. I Europadomstolens praxis har det dock också utvecklats en doktrin om positiva förpliktelser som innebär att stater är skyldiga att garantera att rättigheterna får genomslag i praktiken, genom att förhindra att individens yttrandefrihet inskränks av privata aktörer.⁶⁷ Statens positiva skyldighet innebär bland annat att den ska främja yttrandefriheten samt att skapa en miljö där rätten kan utövas effektivt utan att inskränkas på ett otillbörligt sätt.⁶⁸ Vidare kan staten inte befria sig från ansvar genom att delegera sina skyldigheter till privata organ eller individer.⁶⁹ Statens positiva skyldigheter innebär att enskilda kan hävda sin rätt enligt konventionen

⁶¹ Se *Heinisch mot Tyskland*, ansökan nr. 28274/08, den 21 juli 2011; *Guja mot Moldavien*, ansökan nr. 14277/04, den 12 februari 2008.

⁶² Korpisaari, Paivi (2022), From Delfi to Sanchez – when Can an Online Communication Platform Be Responsible for Third-Party Comments? An Analysis of the Practice of the ECtHR and Some Reflections on the Digital Services Act, *Journal of Media Law*, Vol. 14, nr 2, s. 357; *Hertel mot Switzerland*, ansökan nr. 25181/94, den 19 september 1994; *Steel och Morris mot Storbritannien*, ansökan nr. 68416/01, den 15 februari 2005.

⁶³ Se *Delfi AS mot Estland*, p. 157.

⁶⁴ Se *Cengiz m.fl. mot Turkiet*, ansökan nr. 48226/10 och 14027/11, den 29 March 2016, p. 52.

⁶⁵ Woods (2017), s. 407 f.

⁶⁶ Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus (2020), *Konstitutionell rätt*, 2 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, s. 291 ff.

⁶⁷ Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Stockholm: Nordstedts förlag, s. 459.

⁶⁸ Se *Dink mot Turkiet*, ansökning nr. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, den 14 september 2010; Kuczerawy, Aleksandra (2021a), Does Twitter trump Trump?: A European perspective, *Verfblog*; Kuczerawy (2017), s. 229 f.

⁶⁹ Se *Costello-Roberts mot Storbritannien*, ansökan nr. 13134/87, den 25 mars 1993, p. 27.

gentemot privata aktörer (vilka inte är bundna av EKMR), genom att rikta sig mot statens underlåtenhet att skydda deras rätt.⁷⁰

De positiva skyldigheterna innebär inte någon så kallad forumfrihet, alltså ingen rätt att yttra sig på en specifik plattform.⁷¹ Detta har bland annat fastställts i fallet *Appleby m.fl. mot Storbritannien* där demonstranter skulle dela ut flygblad, men inte tilläts göra det, i ett privatägt köpcentrum. I målet fann domstolen förvisso inte att staten underlåtit sina positiva skyldigheter enligt artikel 10 EKMR eftersom demonstranterna lika väl kunde utöva sin yttrandefrihet någon annanstans, men däremot att det finns en positiv skyldighet för de fall då yttranden inte kan uttryckas på annat sätt.⁷² En fråga som uppstår med anledning av målet är om sociala medieplattformar kan betraktas som utbytbara för möjligheten att sprida yttranden eller om vissa av dem har en så dominant position att stater har en skyldighet att skydda medborgarnas yttranden på plattformarna. Hittills har ingen medieplattform ansetts ha en sådan dominant position att plattformen ålagts en så kallad must-carry-skyldighet, alltså en skyldighet att tillgängliggöra särskilt innehåll på sin plattform. Att bli avstängd från t.ex. Twitter har inte ansetts hindra en persons möjlighet att sprida sina yttranden, eftersom det finns andra medieplattformar att vända sig till.⁷³ Om stater utifrån sina positiva förpliktelser skulle införa en sådan skyldighet för medieplattformar att tillgängliggöra visst innehåll, skulle det innebära en konflikt mellan rätten till yttrandefrihet, rätten till privat egendom och att bedriva näringsverksamhet som också skyddas av konventionen.⁷⁴

Alla yttranden skyddas inte av EKMR. Enligt artikel 17 EKMR skyddar konventionen inte verksamhet som syftar till att förstöra någon av de rättigheter eller friheter som anges i konventionen.⁷⁵ För att artikeln ska aktualiseras i yttrandefrihetsmål krävs generellt att den som har yttrat sig anklagas för att ha utnyttjat yttrande- och informationsfriheten med ett icke-demokratiskt syfte.⁷⁶ Syftet är således viktigt. När det bakomliggande syftet är icke-demokratiskt kan staten obehindrat inskränka yttrandet, men ibland också ha en skyldighet att begränsa yttrandet.⁷⁷ I målet *Özgür Gündem mot Turkiet* konstaterade Europadomstolen att hets mot folkgrupp faller utanför skyddet, och att stater i stället kan ha en positiv skyldighet att vidta åtgärder mot sådana yttringar.⁷⁸

⁷⁰ Kuczerawy (2021a).

⁷¹ Ibid.

⁷² *Appleby m.fl. mot Förenade kungariket*, ansökan nr. 44306/98, dom av den 6 maj 2003, p. 39.

⁷³ Kuczerawy (2021a).

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ European Court of human rights (2023), Factsheet – hate speech, s. 1 f.

⁷⁶ Europarådet (2020), Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights, p. 27.

⁷⁷ Kuczerawy (2021a).

⁷⁸ *Özgür Gündem mot Turkiet*, ansökan nr. 35071/97, den 4 december 2003, p. 41.

För att inte stater ska kunna kringgå konventionen genom att åberopa artikel 17 EKMR tillämpas bestämmelsen dock mycket restriktivt, och verkar endast bli aktuell för mycket hatiska, uppviglande eller rasistiska uttryck.⁷⁹ I målet *Vejdeland m.fl. mot Sverige* valde Europadomstolen att inte tillämpa artikel 17 EKMR, trots att yttrandena som var föremål för prövning bland annat innehöll propaganda mot homosexuella och spreds av en nazistisk organisation. Domstolen menade att det krävdes en ”noggrann och djupgående analys av syftet med yttrandet” för att artikel 17 EKMR skulle bli aktuell, och den nazistiska organisationens syfte att starta en debatt var godtagbart.⁸⁰

Avslutningsvis ska nämnas att informationsfriheten kan ses som en spegling av yttrandefriheten. Det innebär att den enes rätt att yttra sig i princip motsvaras av den andres rätt att ta del av yttranden (vissa skillnader finns dock, se avsnitt 3.2.2). Skyddet innebär att staten måste avhålla sig från att hindra överförandet av information mellan enskilda, samt en skyldighet att avhålla sig från att hindra människor att inhämta information ur öppna källor.⁸¹ Av Europadomstolens praxis följer också gällande informationsfriheten positiva förpliktelser för staten, såsom att vidta åtgärder för att förhindra att privata aktörer på ett oproportionerligt sätt begränsar andra individer eller grupper tillgång till information. I målet *Khursid Mustafa m.fl. mot Sverige* fann domstolen att staten underlåtit sina positiva yttrandefrihetliga förpliktelser efter att en person avhysts från sin bostad för att ha vägrat att avlägsna en parabolantenn på hyresvärdens uppmaning. Enligt Europadomstolen utgjorde detta en oförsvarbar begränsning av artikel 10 EKMR, eftersom det inneburit att klaganden förhindrats att ta emot information i form av tv-sändningar från hemlandet.⁸²

3.2.2 Möjligheten till begränsningar av yttrande- och informationsfriheten enligt Europakonventionen

Skyddet för yttrande- och informationsfriheten i EKMR är inte absolut, utan kan begränsas utifrån artikel 10.2 EKMR. Där framgår att en begränsning får göras om begränsningen är ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle”. Det innebär att begränsningen är tillåten om den stadgas i lag, om det finns ett legitimt syfte, samt om begränsningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle.⁸³

Att en begränsning stadgas i lag (kravet på legalitet) innebär inte nödvändigtvis att inskränkningen måste inskränkas genom en lagnorm. Kravet har i stället tolkats materiellt, vilket innebär att såväl rättspraxis som

⁷⁹ Europeiska rådet (2020), s. 25 f.

⁸⁰ *Vejdeland m.fl. mot Sverige*, ansökan nr. 1813/07, den 9 februari 2012, p. 4.

⁸¹ Danelius (2015), s. 510.

⁸² *Khursid Mustafa m.fl. mot Sverige*, ansökan nr. 23883/06, den 16 december 2008, p. 49-50.

⁸³ Danelius, (2015), s. 460 f. 3; Derlén m.fl. (2020), s. 207.

olika typer av formföreskrifter är godtagbara inom ramen för legalitetskravet. Avgörande för att kravet på legalitet ska anses uppfyllt är i stället på olika typer av kvalitetsmått. Av Europadomstolens praxis framgår att rättsnormen ska vara publicerad och tillgänglig för allmänheten, samt uppnå viss grad av precision och därigenom förutsebarhet för den enskilde. Syftet med detta är att bestämmelsen inte ska skapa ett för stort utrymme för de rättstillämpande myndigheternas godtyckliga bedömning.⁸⁴ Legalitetskravet är viktig på det sättet att den bidrar till att bibehålla en demokratisk legitimitet i samband med rättighetsinskränkningar.⁸⁵

Vad avser det andra kravet radas en rad legitima syften upp i artikel 10.2 EKMR. Därav följer att inskränkningar får ske om ändamålet är att säkerställa ”statens säkerhet, till den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolarnas auktoritet och opartiskhet”. Inga andra än dessa tillåts som ändamål för att begränsa rättigheterna, men eftersom de är vagt formulerade torde villkoret sällan vara det som hindrar att yttrandefriheten begränsas.⁸⁶ Ett exempel på ett legitimt syfte är rätten till privatliv enligt artikel 8 EKMR. Artikeln omfattar en persons fysiska, psykologiska och moraliska integritet, samt rykte och heder. Även verksamheter av yrkesmässig eller affärsmässig karaktär kan tillhöra begreppet privatliv. Artikel 8 skyddar inte mot förlust av anseende då det är den förutsebara konsekvensen av ens eget klandervärda agerande, såsom att begå ett brott.⁸⁷ Europadomstolen har i sin praxis klargjort att artikel 10 och artikel 8 ”förtjänar lika stor respekt” och ”att en balans som bibehåller det väsentliga i båda” måste åstadkommas.⁸⁸

Det tredje kravet handlar om att en begränsande åtgärd måste vara nödvändig för att nå det utpekade målet. Det innebär att åtgärden är den åtgärd som begränsar rättigheten minst men samtidigt uppnår det avsedda ändamålet. Syftet är alltså att sortera bort onödigt inskränkande åtgärder.⁸⁹ Europadomstolen har i flera mål konstaterat att begreppet nödvändig föranleder att det finns ett ”trängande socialt behov eller samhälleligt behov” av åtgärden.⁹⁰ För att avgöra om en begränsning av yttrandefriheten är nödvändig görs en proportionalitetsbedömning. Bedömningen innebär en avvägning mellan å ena sidan den enskildes intresse av yttrandefrihet och å

⁸⁴ Derlén m.fl. (2020), s. 309 ff.; Gällande förhandscensur se *Unifaun Theatre Productions Limited m.fl. mot Malta*, ansökan nr. 37326/13, den 15 mars 2018.

⁸⁵ Derlén m.fl. (2020), s. 311.

⁸⁶ Danelius m.fl. (2023), s. 563.

⁸⁷ Korpisaari (2022), s. 358.

⁸⁸ Se *Delfi AS mot Estland*, p. 110.

⁸⁹ Derlén m.fl. (2020), s. 315.

⁹⁰ Se *Handyside mot Förenade kungariket*, ansökan nr. 5493/72, den 7 december 1976, p. 48; *Cumpana och Mazare mot Rumänien*, ansökan nr. 33348/96, den 10 juni 2003, p. 46.

andra sidan det intresse som motiverar ett ingrepp. Bedömningen tar hänsyn till en rad olika aspekter, såsom typ av innehåll, kontext samt form.⁹¹

Noteras bör också att Europadomstolen i flera mål och i samband med proportionalitetsprincipen, beaktat den så kallade avkylande effekten ("chilling effect doctrine").⁹² Ett exempel är målet *Cumpana och Mazare mot Rumänien*.⁹³ I målet hade två journalister publicerat en artikel där en biträdande borgmästare och dennes juridiska rådgivare framställdes som ansvariga för ett avtal vars laglighet ifrågasattes. Nationell domstol dömde journalisterna till sju månaders fängelse för förolämpning och förtal. EU-domstolen konstaterade att rädslan för att dömas till fängelse, innebar en avkylande effekt på yttrandefriheten, och att denna faktor är en nackdel för samhället som helhet.⁹⁴ Domen innebär att en sanktions avkylande effekt på en debatt av allmänt intresse, ska beaktas i proportionalitetsbedömningen.⁹⁵ Noteras bör att på grund av medieplattformars stora räckvidd är konsekvenserna över de indirekta avkylande effekterna av en begränsning av en plattform svåra att förutse. Att reglera den digitala infrastrukturen, plattformarna, är på så sätt mer ingripande än att rikta sig mot specifikt innehåll.⁹⁶

Vidare har Europadomstolen uttryckt att staterna har en så kallad "margin of appreciation", alltså ett handlingsutrymme för sin proportionalitetsbedömning. Hur stort handlingsutrymmet är beror bland annat på yttrandets karaktär, aktualitet och räckvidd. Domstolen kategoriserar tre typer av yttranden; politiska, konstnärliga (t.ex. böcker, dikter, sånger, filer etc.) samt kommersiella. Politiska uttalanden har snävast bedömningsmarginal och har därmed minst möjligheter för stater att inskränka, och kommersiella uttalanden har vidast.⁹⁷ Politiska uttalanden ska tolkas brett och omfatta inte bara strikt politiska yttranden utan också yttranden som kan kopplas till en samhällsdebatt. Såsom ovan beskrivits har debatter av allmänt intresse ett skyddsvärde. Politiska uttalanden är ofta subjektiva till sin natur, och att kräva att personer underbygger sina politiska värderingar med fakta har ansetts innebära en otillåten kränkning av artikel 10 EKMR.⁹⁸ Så är dock inte fallet gällande yttranden i form av beskrivningar av sakförhållanden eller fakta, då exempelvis journalisters underbyggande av

⁹¹ Woods, Lorna (2017), Digital freedom of expression in the EU, I *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, red. Nicholas Hatzis, Sionaidh Douglas-Scott, Edward Elgar Publishing Limited, s. 401.

⁹² Fathaigh, Ronan O. (2013), *Article 10 and the chilling effect principle*, European human rights law review, s. 304-313.

⁹³ Se *Cumpana och Mazare mot Rumänien*, ansökan nr. 33348/96, den 10 juni 2003.

⁹⁴ Se *Cumpana och Mazare mot Rumänien*, p. 113–114.

⁹⁵ Fathaigh (2013), s. 304–313.

⁹⁶ Woods (2017), s. 412.

⁹⁷ Ibid, s. 400 f, 410.

⁹⁸ Se *Morice mot Frankrike*, ansökan nr. 29369, den 23 april 2015, p. 126

fakta är en faktor som beaktas i proportionalitetsbedömningen.⁹⁹ Privata yttranden utgör ingen egen kategori, eftersom sådana uttalanden före sociala mediers tillkomst sällan blev offentliga. Det går dock att anta att sådana yttranden inte tillhör de mest skyddade¹⁰⁰ utan, på samma sätt som journalister som ägnar sig åt ren sensationsjournalistik, har ett lägre yttrandefrihetsrättsligt skydd och därför ger stater en större bedömningsmarginal.¹⁰¹ Vidare anses breda begränsningar som gjorts på förhand, ex ante, svårare att rättfärdiga än väl avgränsade begränsningar som gjort i efterhand, ex post.¹⁰² Såsom nämnts ovan, i samband med artikel 17 EKMR, finns också situationer då stater har en skyldighet att begränsa yttranden.¹⁰³

Europadomstolens praxis talar för att rätten att yttra sig är bredare än rätten att ta emot information. Det kan illustreras genom de två följande målen. I målet *Yildirim mot Turkiet* blockerade turkiska nationella myndigheter ett stort antal webbplatser för att neka åtkomst till en webbplats som innehöll påstått olagligt innehåll. Beslutet ifrågasattes eftersom det hindrade tredje man från att få tillgång till och sprida sitt eget lagliga innehåll. Europadomstolen fann en kränkning mot rätten att *sprida information* och beskrev konsekvenserna som ”indirekt censur”.¹⁰⁴ I målet *Akdeniz mot Turkiet* däremot, hade en nationell åklagarmyndighet beslutat att blockera tillgången till ett antal webbplatser, eftersom de spred piratkopierad musik. Akdeniz, som ofta använde dessa webbplatser, överklagade beslutet till de nationella domstolarna utan framgång. Ärendet gick vidare till Europadomstolen som förklarade att ansökan inte kunde tas upp till prövning eftersom det inte förelåg någon kränkning av artikel 10 i Europakonventionen, och att Akdeniz trots den indirekta påverkan på hans möjlighet att *ta emot information* inte hade talerätt som målsägande.¹⁰⁵

3.2.3 Mellanhandsansvaret och Europakonventionen

Europadomstolen har i ett antal domar uttalat sig om mellanhandsansvaret och medlemsstaternas uttolkning av ansvarsfriheten enligt e-handelsdirektivet, se kapitel 4. Nedan följer en redogörelse av domstolens uttolkning av ansvarsfrihetens gränser.

I målet *Delfi AS mot Estland* hävdade Delfi, en av Estlands största internetbaserade nyhetsportaler, att staten hade kränkt företagets rätt att sprida information genom att hålla det ansvarigt för olagliga, anonyma

⁹⁹ Se *McVicar mot Förenade Kungariket*, ansökan nr. 46311/99, den 7 maj 2002; *Bladet Tromsø och Pål Stensås mot Norge*, ansökan nr. 21980/93, den 9 juli 1998.

¹⁰⁰ Woods (2017), s. 400 f, 410.

¹⁰¹ Ibid, s. 409 f.

¹⁰² Ibid, s. 402.

¹⁰³ Se *K.U. mot Finland*, p 43.

¹⁰⁴ *Yildirim mot Turkiet*, ansökan nr. 3111/10, den 18 december 2012.

¹⁰⁵ *Akdeniz mot Turkiet*, ansökan nr. 20877/10, den 11 mars 2014.

användarkommentarer.¹⁰⁶ På Delfis webbplats kunde läsarna anonymt och utan någon föregående registrering kommentera nyhetsartiklar som publicerades på webbplatsen. Delfi kunde inte redigera kommentarerna innan de publicerades men kunde däremot ta bort kommentarer efter anmälningar från användare genom ett så kallat notice-and-take-down-system. I vissa fall togs olämpliga kommentarer bort på nyhetsportalens eget initiativ. På webbplatsen hade det publicerats en kritisk artikel som hade lett till en mängd kommentarer, däribland hot. Sex veckor efter att kommentarerna laddats upp på webbsidan hade de tagits bort efter påpekande från den utsatte, varpå Delfi av nationell domstol förpliktigades att betala skadestånd för förtal till den person som kommentarerna riktats mot. Frågan som Europadomstolen hade att ta ställning till var om det kunde anses proportionerligt att ålägga företaget ansvar för kommentarer som det inte publicerat på egen hand och dessutom raderat så snart kommentarernas olaglighet uppdagats, eller om det kunde strida mot företagets rätt att vidarebefordra information enligt artikel 10.¹⁰⁷ Europadomstolen slog i målet fast att de relevanta faktorerna i avvägningen mellan artikel 10 och artikel 8 avseende en plattformers ansvar var: 1) i vilket sammanhang kommentarerna hade skrivits, 2) vilka åtgärder som mellanhanden vidtagit för att förebygga eller ta bort de kommentarerna, 3) möjligheterna att ställa användaren till svars som alternativ till mellanhanden samt 4) vilka konsekvenser en rättsprocess skulle få för mellanhanden.¹⁰⁸ De fyra faktorerna har använts i flera efterföljande mål.

I målet fäste domstolen vikt vid vilket sammanhang kommentarerna skrivits i, såsom att kommentarerna utlösts av en artikel där kraftiga reaktioner var att vänta, att plattformen genom notice-and-take-down-funktionen hade effektiva rutiner för snabb borttagning av innehåll, att kommentarerna var uppenbart olagliga, att det inte gick att hålla de faktiska upphovsmakarna ansvariga, samt att skadeståndsanspråken mot företaget ”inte på något vis kunde anses oproportionerlig i förhållande till den kränkning som de inhemska domstolarna fastställde”.¹⁰⁹ Emellertid undersökte domstolen inte närmare olagligheten i kommentarerna, något som innebar en avvikelse från domens normalt höga krav i fråga om vad som ska utgöra en otillåten uppmaning till våld. Domstolen gjorde inte heller någon efterforskning om möjligheterna att ställa personerna som skrivit de potentiellt olagliga kommentarerna till svars, vilket senare kritiserades.¹¹⁰ Domstolen påpekade upprepade gånger plattformens ekonomiska natur. Den betonade att Delfi var en ”nyhetsportal som drivs på kommersiell grund och som strävar efter att få in ett stort antal kommentarer till nyhetsartiklar som publiceras” och att

¹⁰⁶ *Delfi AS mot Estland*, ansökan nr. 64569/09, den 16 juni 2015.

¹⁰⁷ Se *Delfi AS mot Estland*, p. 140.

¹⁰⁸ Se *Delfi AS mot Estland*, p. 142–143.

¹⁰⁹ Se *Delfi AS mot Estland*, p. 160.

¹¹⁰ Maroni, Marta (2020), The liability of internet intermediaries and the European Court of Human Rights, *Fundamental Rights Protection Online : The Future Regulation of Intermediaries*, red. Bilyana Petkova, Tuomas Ojanen, Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing, s. 264.

plattformen som sådan hade ”skyldigheter och ansvar”.¹¹¹ Utifrån detta är det rimligt att anta att mindre medieplattformar eller personliga bloggar inte skulle åläggas samma skyldigheter som i detta fall en kommersiell plattform. Detta bekräftades också i målet *Phil mot Sverige* där Europadomstolen påtalade att en liten och icke-vinstdrivande blogg inte åläggs samma krav på snabbt borttagande av innehåll.¹¹²

Domen i Delfi-målet fick kraftig kritik. Dels ansågs den kraftigt förändra tolkningen av e-handelsdirektivets krav på passivitet, och därmed skapa stor osäkerhet kring ansvarsfrihetens räckvidd. Dels tolkades den som att plattformar åläggs en aktsamhetsplikt, eller en skyldighet att moderera kommentarer till artiklar som förväntas locka till sig potentiellt olagliga kommentarer.¹¹³ Detta står i strid med e-handelsdirektivets idé om att plattformar kan vara passiva samt sakna kännedom och kontroll över innehåll som den lagrar.¹¹⁴

Farhågan efter domen var att plattformar skulle börja övervaka användarproducerat innehåll på ett sätt som skulle leda till att lagligt innehåll togs bort, samt att plattformar utan resurser att övervaka innehåll skulle ta bort sina kommentarsfunktioner vilket skulle skada möjligheterna att yttra sig på internet.¹¹⁵ Vidare ansågs konsekvenserna av domen delvis stå i konflikt med den idé om yttrandefrihet som domstolen tidigare gett uttryck för om att yttrandefrihet ”inte bara gäller information eller idéer som tas emot positivt eller betraktas som oförargliga, utan även sådana som kränker, chockerar eller stör staten eller någon del av befolkningen”.¹¹⁶

I målet *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete och Index.hu Zrt mot Ungern*¹¹⁷ (i fortsättningen MTE och Zrt) gjorde Europadomstolen förtydliganden kring plattformars ansvar för användarproducerat innehåll, nu i kommentarsfälten på föreningen MTE:s respektive företaget Zrt:s nyhetsportaler. MTE hade publicerat en kritisk artikel mot två mäklarbolag som i sin helhet hade återpublicerats av Zrt. MTE och Zrt hade i likhet med Delfi öppna kommentarsfält kopplade till sina publicerade artiklar. De uppgav tydligt att användarna själva ansvarade för innehållet i sina kommentarer samt använde ett notice-and-take-down-system för att ta ner anmält innehåll. På samma sätt som i Delfi-målet ansåg den nationella domstolen att MTE och Zrt var ansvariga för de kommentarer som publicerats

¹¹¹ Ibid, s. 266.

¹¹² Se *Pihl mot Sverige*, ansökan nr. 74742/14, den 7 mars 2017.

¹¹³ Polanski, Przemysław Paul (2018) Rethinking the notion of hosting in the aftermath of Delfi: Shifting from liability to responsibility?, *Computer Law and Security Review*, vol. 34, nr. 4, s. 874 f.

¹¹⁴ Maroni (2020), s. 266.

¹¹⁵ Ibid, s. 258.

¹¹⁶ Se *Handyslide mot Storbritannien*, p. 49.

¹¹⁷ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete och Index.hu Zrt mot Ungern*, ansökan nr. 22947/13, den 2 februari 2016.

i samband med artiklarna, och internetoperatörerna väckte talan vid Europadomstolen där de anförde att domsluten innebar en omotiverad begränsning av deras yttrandefrihet enligt artikel 10.¹¹⁸ Mäklarbolaget hade inte anmält innehållet till plattformarna innan det gick till domstol och kommentarerna i målet var inte uppenbart olagliga men däremot enligt Europadomstolen vulgära och osmakliga.¹¹⁹

Europadomstolen använde samma fyra kriterier som i Delfi-målet. Domstolen kom dock fram till att plattformarnas rätt att sprida information hade kränkts. Domstolen konstaterade att det är skillnad mellan ett företags kommersiella intresse av ett gott rykte och en enskild persons.¹²⁰ Domstolen lyfte också fram MTE:s roll som icke-vinstdrivande organisation utan ekonomiska intressen.¹²¹ Domstolen påpekade det faktum att en plattform åläggs ansvar för användarproducerat innehåll direkt eller indirekt kan få en hämmande effekt på yttrandefriheten på internet, och att denna effekt kan vara särskilt skadlig för en icke-kommersiell webbplats.¹²² Vidare avvisade domstolen de nationella domstolarnas resonemang om att MTE och Zrt ”genom att tillåta ofiltrerade kommentarer, borde ha förväntat sig att vissa av dessa skulle kunna strida mot lagen”. Enligt domstolen innebar detta att det krävs en kontroll som riskerar att undergräva rätten att sprida information på internet.¹²³ Domstolen fortsatte att vidareutveckla resonemanget genom att konstatera att de nationella domstolarna inte tagit hänsyn till de yttrandefrihetsrättsliga konsekvenser som följt av att plattformarna skulle åläggas ansvar.¹²⁴ Genom att citera Delfi-målet gjorde domstolen ett tillägg som går att tolka som ett försök att åtgärda de yttrandefrihetsrättsliga problem som Delfi-domen gav upphov till och förtydliga att även vulgära uttryckssätt omfattas av den yttrandefrihet som skyddas av artikel 10. Domstolen skrev: ”Utan att bortse från effekterna av förtal på internet, särskilt med hänsyn till hur lätt, omfattande och snabbt information sprids (se domen i det ovannämnda målet Delfi AS, § 147), anser domstolen även att hänsyn måste tas till den särskilda kommunikationsstil som förekommer på vissa webbplatser. Enligt domstolen är de uttryck som används i kommentarerna, även om de håller en låg stilnivå, vanliga i kommunikationen på många webbplatser – en omständighet som minskar den effekt som kan tillskrivas dessa uttryck.”¹²⁵

Domen innebar en delvis annorlunda avvägning mellan yttrandefrihet och skyddet för privatlivet än Delfi-målet. Till skillnad från Delfi-målet där domstolen huvudsakligen fokuserade på de risker som internet skapar,

¹¹⁸ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 5–23. p. 75.

¹¹⁹ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 75.

¹²⁰ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 66.

¹²¹ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 64.

¹²² *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 86.

¹²³ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 82.

¹²⁴ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 89.

¹²⁵ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 77.

underströk domstolen i MTW och Zrt-målet också internets fördelar. Dock bör noteras att Europadomstolen vidhöll den aktsamhetsplikt som utvecklades i Delfi-målet. Domstolen skrev att kommentarer som utgör hatpropaganda eller direkta hot mot enskilda, kan åläggas ansvar trots att plattformen inte har blivit uppmärksam på kommentarerna genom notice-and-take-down-systemet.¹²⁶ Detta innebär att notice-and-take-down system inte i alla situationer kan skydda plattformar från ansvar enligt artikel 10 EKMR, och att det krävs uppsyn eller förmoderering av kommentarsfält.¹²⁷

Det går att dra vissa slutsatser från de två domarna. Till exempel att plattformarnas ekonomiska möjligheter att utöva kontroll över innehållet är viktigt för bedömningen av om plattformarna kan anses vara ansvariga för innehållet. Praxis öppnar således upp för att göra åtskillnad mellan plattformar av olika storlek och resurser samt av kommersiell eller icke-kommersiell karaktär. Vidare visar domarna att plattformarnas ansvar är avhängigt karaktären på innehållet. Uppenbart olagligt innehåll tycks medföra strängare krav på plattformens ansvar. Avslutningsvis kan sägas att den aktsamhetsplikt som åläggs plattformarna genom domarna riskerar att urholka e-handelsdirektivets och DSA:s förbud mot allmän övervakning och skapa oklarheter kring vilken övervakning som krävs för att undgå ansvar. Ska en plattform anses ha kännedom om olagligt innehåll om plattformen på förhand hade kunnat ana att det skulle postas? Och vilken uppsyn måste en plattform ha över innehållet? Det är frågor som hänger i luften.

3.3 EU-stadgan

Följande avsnitt syftar till att beskriva skyddet för yttrande- och informationsfriheten enligt artikel 11 EU-stadgan, samt möjligheterna att begränsa rätten i enlighet med artikel 52 EU-stadgan. Den praxis som finns kring EU-stadgan är mer sparsam än den som utvecklats av Europadomstolen och redogörelsen är därför mer översiktlig.

Först beskrivs EU-stadgans relation till EKMR. Detta eftersom tolkningen av EKMR har stor betydelse för EU-stadgans yttrandefrihetsrättsliga skydd, se avsnitt 3.3.1. Därefter görs en beskrivning av yttrandefriheten enligt EU-stadgan i mer generella termer och med fokus på internet. Sedan beskrivs möjligheterna till inskränkning av yttrandefriheten och avslutningsvis redogörs kortfattat för EU-domstolens praxis kring mellanhanders ansvar för användargenererat innehåll.

3.3.1 EU-stadgans relation till Europakonventionen

EU-stadgan är tillämplig när EU-rätten tillämpas av EU:s institutioner eller av medlemsstaterna. Det innebär att stadgans tillämpbarhet i medlemsstaterna

¹²⁶ MTE och Zrt mot Ungern, s. 91.

¹²⁷ Enarsson, Therese (2017), Avlägsnande av näthat – skyldigheter, möjligheter och motstående intressen, *Juridisk Publikation*, nr. 2, s. 377.

är beroende av unionsrättens tillämplighet, men att stadgan i princip alltid är tillämplig gentemot EU:s institutioner.¹²⁸ Stadgan innebär inte att det överlätna området till lagstiftaren i Bryssel utökas, utan tvärtom begränsar EU-stadgan hur EU:s befogenheter får utövas, vilket följer av artikel 51.1 EU-stadgan.¹²⁹

Av artikel 52.3 EU-stadgan framgår att vad gäller de rättigheter som skyddas av både EKMR och EU-stadgan, ska EKMR tillämpas om inte EU-stadgans skydd är mer omfattande än EKMR.¹³⁰ Det innebär att Europakonventionen ska ses som en miniminivå för skyddet av grundläggande rättigheter gällande motsvarande bestämmelser i stadgan.¹³¹ Trots detta tillför EU-stadgan någonting utöver Europakonventionen. Den utgör, till skillnad från Europakonventionen, primärrätt för samtliga av EU:s medlemsstater, och även medlemsstater som inte tillträtt Europakonventionen är bundna av EU-stadgans rättighetskapitel. Eftersom EU-stadgan, även av EU:s institutioner ska tillämpas på ett sätt som inte ger ett sämre skydd än EKMR, bidrar den också till att skapa genomslag för Europakonventionen inom EU.¹³² Vidare inför EU-stadgan rättigheter som inte tidigare varit bindande för medlemsstaterna, samt har en något annan inriktning än Europakonventionen, se avsnitt 3.3.3.¹³³

3.3.2 Yttrande- och informationsfriheten enligt EU-stadgan

Av EU-stadgan framgår att ”var och en har rätt till yttrandefrihet”, vilket omfattar såväl åsiktsfrihet som frihet att ta emot och sprida yttranden utan offentliga myndigheters inblandning. Rätten att yttra sig och rätten att ta emot information är i EU-stadgan två sidor av samma mynt.¹³⁴ De kategorier av yttranden som i första hand omfattas är politiska, religiösa, vetenskapliga och konstnärliga yttranden. Därigenom är yttrande- och informationsfrihetens syfte att möjliggöra en demokratisk debatt, ansvarsutkrävande samt frihet för enskilda att uttrycka sig konstnärligt, religiöst och vetenskapligt. Pluralismen i yttrandena som skyddas är således av värde i sig.¹³⁵ Kommersiella uttalanden omfattas av ett betydligt lägre skydd än andra yttranden och EU-domstolen har konsekvent ansett att medlemsstaterna har en stor skönsrättlig frihet när det gäller att exempelvis begränsa reklam.¹³⁶ Det ligger i linje med den praxis som utvecklats genom Europakonventionen.

¹²⁸ Lebeck, Carl (2016), *EU-stadgan : om grundläggande rättigheter*, 2 uppl., Lund: Studentlitteratur AB, s. 59.

¹²⁹ Åhman (2019), s. 62 f.

¹³⁰ Lebeck (2016), s. 68 f.

¹³¹ Åhman (2019), s. 63.

¹³² Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus (2020), *Konstitutionell rätt*, 2 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, s. 299.

¹³³ Åhman (2019), s. 63 f.

¹³⁴ Lebeck (2016), s. 324.

¹³⁵ *Ibid*, s. 325.

¹³⁶ Se GA Fenelly i C-376/98 *Tyskland mot Parlamentet och Rådet*, EU:C:2000:544, p. 152–176.

Frågan om huruvida EU-stadgan, på samma sätt som Europakonventionen, medför positiva förpliktelser för medlemsstater (och för EU:s institutioner), har varit omtvistad. Innan vi undersöker rättspraxis ska nämnas att både artikel 51 och 52 EU-stadgan talar för att stadgan skulle kunna innebära sådana positiva skyldigheter. Artikel 51 EU-stadgan säger att EU:s institutioner och medlemsstaterna ska ”respektera rättigheterna, iakttå principerna och *främja* tillämpningen av dem”, och artikel 52 EU-stadgan innebär att stadgan inte får erbjuda en lägre skyddsnivå för rättigheterna än Europakonventionen.¹³⁷ EU-domstolen har vidare i ett antal mål ålagt medlemsstaterna att säkerställa att de grundläggande rättigheterna i stadgan får ett *effektivt genomslag* inom EU-rätten, vilket, även om domstolen inte uttryckligen hänvisat till doktrinen om positiva skyldigheter, i praktiken torde få samma effekt. I målet *Laserdisken* underströk domstolen att medlemsstaterna är skyldiga att skydda rätten att sprida och ta emot information i förhållande till privata aktörer.¹³⁸ I målet *Digital Rights Ireland*, ogiltigförklarade EU-domstolen ett datalagringsdirektiv (2006/24/EG) ”eftersom det inte gav tillräckliga garantier [...] för att säkerställa ett effektivt skydd av de lagrade uppgifterna” enligt artikel 8 EU-stadgan.¹³⁹ Utifrån fallen går det att hävda att det finns en positiv skyldighet att säkerställa att rättigheterna enligt stadgan kan få ett effektivt genomslag, och att EU-domstolen, trots avsaknaden av hänvisning till begrepp som ”positiva skyldigheter”, uppnår ett liknande resultat som Europadomstolen. Avslutningsvis gäller skyldigheten om att garantera rättigheternas fulla genomslag inte bara medlemsstaterna när de genomför EU-rätten, utan också EU:s institutioner när dessa agerar som lagstiftare.¹⁴⁰

3.3.3 Möjligheten till begränsningar av yttrande- och informationsfriheten enligt EU-stadgan

Av artikel 52.3 EU-stadgan framgår att yttrande- och informationsfriheten får begränsas. Stadgans möjligheter till begränsningar står i hög grad i överensstämmelse med EKMR. Emellertid är de grunder på vilka det går att inskränka yttrandefriheten, dock mer utvecklade i EKMR än i EU-stadgan. Det torde innebära större oklarheter kring var gränserna för yttrande- och informationsfriheten enligt EU-stadgan går.¹⁴¹ Detta avsnitt är därför mer kortfattat än motsvarande för Europakonventionen.

Begränsningarna ska precis som för Europakonventionen vara föreskrivna i lag, ha legitima syften, vara nödvändiga samt proportionerliga. Kravet på laglighet ska på samma sätt som för Europakonventionen förstås materiellt och handlar om ett antal rättsstatliga krav såsom förutsebarhet och tydlighet,

¹³⁷ Kuczerawy (2017), s. 232.

¹³⁸ C-479/04 *Laserdisken Asp mot Kulturministeriet*. EU:C:2006:549.

¹³⁹ C-293/12 och C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications och andra*. EU:C:2014:238.

¹⁴⁰ Kuczerawy (2017), s. 233f.

¹⁴¹ Lebeck (2016), s. 324.

se avsnitt 3.2.2. Gällande kravet på ett ändamålsenligt syfte, stadgar artikel 52.2 EU-stadgan att begränsningen måste svara mot ”mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för människors rättigheter och friheter”. Detta krav kan tyckas vara mer generöst än Europakonventionens. Det gäller dock inte för sådana rättigheter som motsvarar bestämmelser i EKMR, då dessa enligt artikel 52.3 EU-stadgan ska motsvara konventionens.¹⁴² Vad avser kravet på nödvändighet framgår detta av artikel 52.1 EU-stadgan, och innebär precis som i Europakonventionen, att åtgärden ska vara den som begränsar rättigheten minst och ändå uppnår det avsedda ändamålet.¹⁴³

Proportionalitetsbedömningen i stadgan tar hänsyn till flera olika faktorer. Däribland hur skyddsvärda olika yttranden är, om det är ett politiskt eller kommersiellt yttrande samt om begränsningen är permanent och generell, eller en tillfällig och avgränsad.¹⁴⁴ I EU-domstolens proportionalitetsbedömning har framkommit att begränsningar inte får kränka rättighetens ”kärna”. Kärnan avser rättighetens mest centrala aspekter. Exakt vad det är måste bedömas från fall till fall. Detta kan exemplifieras av målet *Schrems*,¹⁴⁵ då tog EU-domstolen ställning till kärnområdet för respekten till privatliv i artikel 7 EU-stadgan. Domen har tagits som intäkt på att rättigheterna i stadgan, inte alltid kan betraktas som intressen som kan balanseras mot varandra, utan att det finns en kärna som inte får inskränkas. Detta kommer inte minst till uttryck genom artikel 52 EU-stadgan som föreskriver att inskränkningen ska vara ”förenlig med det väsentliga innehållet” i rättigheten.¹⁴⁶

Även om det yttrandefrihetsrättsliga skyddet i EKMR och stadgan liknar varandra, finns vissa skillnader i avvägningarna när det kommer till proportionalitetsbedömningen. EU-domstolen väger i sin proportionalitetsbedömning normalt funktionen av EU:s inre marknad och doktrinen om fri rörlighet tyngre än vad Europadomstolen gör. Det visar sig inte minst i det starka skydd för immaterialrätt och skydd för allmän ordning som finns i EU-domstolens praxis, där särskilt den senare har ansetts vara skäl för att inskränka också den politiska yttrandefriheten.¹⁴⁷ Ett exempel på detta är fallet *Mesopotamia Broadcast*.¹⁴⁸ Där föreslog generaladvokat Bot att vad gäller gränsöverskridande tv-sändningar, borde sändningstillstånd begränsas med hänsyn till allmän ordning, inte bara på grund av yttranden som uppmanar till hat på grund av ras, etnicitet, kön eller sexuell läggning, utan också av yttranden som kan främja ”animositet” mellan etiska grupper eller

¹⁴² Derlén, m.fl. (2020), s. 312.

¹⁴³ Ibid, s. 315.

¹⁴⁴ Ibid, s. 317 f.

¹⁴⁵ C-362/14 *Maximillian Schrems mot Data Protection Commissioner*. EU:C:2015:650.

¹⁴⁶ Derlén m.fl. (2020), s. 305.

¹⁴⁷ Woods (2017), s. 401.

¹⁴⁸ C-244/10 och C-245/10 *Mesopotamia Broadcast A/S METV resp. Roj TV A/S mot Tyskland*. EU:C:2011:607, p. 82-94.

skada ”internationell förståelse”. Domstolen bedömde i enlighet med generaladvokatens förslag. Domen är ett uttryck för en mer extensiv tolkning av möjligheten till inskränkningar på grund av allmän ordning än EKMR, och visar på en snävare och delvis annorlunda syn på yttrandefriheten än Europadomstolen.¹⁴⁹ Vad som kan konstateras med anledning av detta är att det snävare yttrandefrihetsrättsliga skyddet normalt kommer till uttryck när yttrande- och informationsfriheten ställs mot rättigheter som är kopplade till EU:s marknadseffektivitet. Detta kan förstås utifrån att unionssamarbetet i hög grad handlar om att värna den inre marknaden, och att kommersiell aktivitet därför är mycket viktig inom unionen.¹⁵⁰

Slutligen bör nämnas att på samma sätt som artikel 17 EKMR, begränsar artikel 54 EU-stadgan vilka yttranden som skyddas av EU-stadgan. Bestämmelsen innebär att artiklarna i stadgan inte får tolkas som att den medför en rätt att bedriva verksamhet eller utföra handlingar som syftar till att sätta någon av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan ur spel. Bestämmelsen har emellertid inte prövats av EU-domstolen, och bestämmelsens vidd är därför oklar.¹⁵¹ Eftersom bestämmelsen återfinns i Europakonventionen, finns det anledning att tro att den ska tillämpas med hänsyn till Europakonventionen, i enlighet med artikel 52.3 EU-stadgan.

3.3.4 Mellanhandsansvaret och EU-stadgan

I merparten av EU-domstolens vägledande mål, har EU-stadgan inte används i samband med uttolkandet av e-handelsdirektivets ansvarsfrihet. Det finns emellertid undantag. Nedan följer en genomgång av avgörandet *Scarlet Extended mot SABAM* och *SABAM mot Netlog*, där EU-domstolen tolkar gällande rätt utifrån EU-stadgan.

Omständigheterna i det förstnämnda målet var sådana att upphovsrättsorganisationen SABAM funnit att användare av internetleverantören Scarlets tjänster olovligen laddade ner verk som fanns i organisationens katalog. SABAM menade på att Scarlet som internetleverantör var bäst lämpad att vidta åtgärder för att få nedladdningarna att upphöra. SABAM yrkade på att Scarlet skulle åläggas att införa ett filtreringssystem som gjorde det omöjligt att skicka och ta emot filer med musikaliska verk via deras tjänst utan SABAM:s tillstånd.¹⁵²

Domstolen vägde det immaterialrättsliga skyddet som stadgas i artikel 17.2 EU-stadgan mot de motstående intressena hos dels internetleverantörens kunder vad gäller att ta emot samt sprida uppgifter enligt artikel 11 EU-stadgan, dels avseende internetleverantörens näringsfrihet enligt artikel 16

¹⁴⁹ Lebeck (2016), s. 335 f.

¹⁵⁰ Wood (2017), s. 401 f.

¹⁵¹ Lebeck (2016), s. 195 ff; Wilman (2020), s. 198.

¹⁵² C-70/10, *Scarlet Extended SA mot Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. EU:C:2011:771, p. 20

EU-stadgan.¹⁵³ Vad gäller skyddet för yttrande- och informationsfriheten, konstaterade domstolen att ett filtreringssystem utgjorde en alltför långtgående inskränkning av informationsfriheten enligt EU-stadgan. Detta på grund av att det fanns en risk för att systemet inte skulle kunna göra en tillräckligt tydlig åtskillnad mellan lagligt och olagligt innehåll, och att systemet därmed skulle riskera leda till blockering också av lagligt innehåll.¹⁵⁴

Samma slutsats – att ett filtreringssystem som var obegränsad i tid, samt krävde övervakning av samtliga kunder – utgjorde en för långtgående inskränkning av artikel 11 EU-stadgan, fann EU-domstolen i målet *SABAM mot Netlog*.¹⁵⁵ I målet krävde upphovsrättsorganisationen SABAM, på samma sätt som ovan, att sociala medieplattformen Netlog skulle installera ett filtreringssystem för att hindra att upphovsskyddat material från SABAM:s katalog skulle kunna spridas på medieplattformen.

EU-domstolen är mycket kortfattat i sin bedömning av rättighetskyddet i EU-stadgan, och ger överlag liten vägledning kring bedömningen av EU-stadgan i förhållande till mellanhandsansvaret. Vad som går att konstatera är dock att förpliktelser gentemot mellanhänder som innebär en överhängande risk för att för mycket innehåll tas bort, är en långtgående inskränkning av yttrande- och informationsfriheten som inte alltid tillåts enligt EU-domstolen. Detta har EU-domstolen även i andra sammanhang kommit fram till.¹⁵⁶

¹⁵³ *Scarlet Extended mot SABAM*, p. 46.

¹⁵⁴ *Scarlet Extended mot SABAM*, p. 52.

¹⁵⁵ C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) mot Netlog NV*. EU:C:2012:85.

¹⁵⁶ Se *Digital Rights Ireland*, p. 28.

4 Mellanhandsansvaret inom EU

4.1 Inledning

Följande kapitel syftar till att ge en genomgång av EU:s reglering av mellanhandsansvaret, med fokus på EU:s ansvarsfrihetsreglering. Detta görs genom att först beskriva ansvarsfriheten enligt e-handelsdirektivet och hur denna har tolkats i praxis, och därefter genom att beskriva ansvarsfrihetsregleringen i DSA.

4.2 E-handelsdirektivet

Fram till DSA:s ikraftträdande, se avsnitt 4.4, har den primära lagen som hanterar mellanhänders ansvar varit e-handelsdirektivet. Direktivet trädde i kraft den 17 juli år 2000 och grundades på ett förslag som kommissionen lagt fram två år tidigare. Rättsakten syftade till att eliminera hinder för en väl fungerande inre marknad och introducerade bland annat ett gemensamt system för medieplattformars ansvarsfrihet inom EU. Före direktivets införande var förmedlingstjänsternas ansvar på internet oreglerad och bestod av ett lapptäcke av olika nationella regleringar, vilket ansågs påverka den fria rörligheten inom unionen negativt.¹⁵⁷ Bestämmelserna är, trots att de inte längre är gällande rätt, relevanta för denna uppsats eftersom de i hög grad har förts över till DSA.

Den ansvarsordning som introducerades genom e-handelsdirektivet hade fyra huvudsakliga syften: 1) att fördela ansvaret för ett säkert internet mellan alla berörda aktörer och att främja ett gott samarbete med offentliga myndigheter, 2) att uppmuntra utvecklingen av e-handel inom EU genom att säkerställa att onlineplattformar inte åläggs att övervaka allt innehåll som de lagrar, 3) att skapa en balans mellan olika grundläggande rättigheter, i synnerhet integritet, yttrandefrihet, näringsfrihet samt rätten till egendom (däribland immateriella rättigheter), och 4) att främja en digital inre marknad genom att anta en gemensam EU-reglering om ansvarsfrihet.

Direktivets ansvarssystem bygger på fyra pelare.¹⁵⁸ Det består för det första av en ursprungslandsprincip som innebär att en medieplattform endast omfattas av reglerna i den medlemsstat där den är etablerad och inte reglerna i stater där den tillhandahåller sina tjänster. Den består för det andra, som ovan nämns, av en ansvarsfrihet för medieplattformar som innebär att plattformar i vissa situationer inte kan hållas ansvarig för innehållet på plattformen. För det tredje innehåller direktivet ett förbud för medlemsstaterna att ålägga mellanhänderna en allmän

¹⁵⁷ Buiten, Miriam C., de Stree, Alexandre & Peitz, Martin (2020), Rethinking liability rules for online hosting platforms, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 28, nr. 2, s. 145.

¹⁵⁸ Buiten, de Stree & Pietz (2020), s. 143.

övervakningsskyldighet av innehållet, och för det fjärde en uppmuntran till medlemsstaterna att skapa frivilliga uppförandekoder för att genomföra direktivet.¹⁵⁹ Nedan följer en kort genomgång av e-handelsdirektivets tillämpningsområde, innan en vidare genomgång av ansvarsfriheten samt förbudet att ålägga en allmän övervakningsskyldighet följer. Uppförandekoder kommer att behandlas i kapitel 5.

4.2.1 E-handelsdirektivets tillämpningsområde

För att ansvarsfriheten i e-handelsdirektivet ska vara applicerbart krävs att mellanhanden tillhandahåller ”informationssamhällets tjänster”. Begreppet definieras i direktivets skäl 17 och omfattar tjänster som utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare.¹⁶⁰ Det avser förenklat ”varje aktivitet som sker online, med någon ekonomisk innebörd”.¹⁶¹ Enligt skäl 18 kan dock ersättningskravet uppfyllas trots att ingen ersättning utgår från tjänstemottagaren och gratistjänster på internet kan vara av ekonomisk natur. Detta har bekräftats av EU-domstolen i flera mål där kostnadsfria tjänster ansetts uppfylla ersättningsrekvisitet genom att näringsverksamheterna fått sin inkomst via exempelvis reklam.¹⁶² Rekvisten innebär att radiosändningar och sändningsverksamhet för television inte omfattas av begreppet, eftersom dessa inte tillhandahålls på individuell begäran.¹⁶³ Vidare omfattas endast tjänster som är etablerade i EU.¹⁶⁴ Definitionen av informationssamhällets tjänster omfattar ett brett spektrum av tjänster som förekommer på internet. Av skäl 18 framgår att informationssamhällets tjänster kan delas upp i tre kategorier; tjänster för vidarebefordran (mere conduit), cachningstjänster (caching services) och värdtjänster (hosting services). Centralt för denna uppsats är den sistnämnda kategorin.

En värdtjänst avser en metodisk och permanent lagring av information på grundval av ett avtal mellan användare och mellanhand. Det är omtvistat exakt vilka tjänster som omfattas av begreppet. Enligt de svenska förarbetena omfattas så kallade elektroniska anslagstavlor, alltså hemsidor med användargenererat innehåll, såsom Facebook, X (tidigare Twitter), eBay och Youtube.¹⁶⁵ Att sociala medieplattformar omfattas, trots att begreppet är svårdefinierat, följer också av EU-domstolens praxis.¹⁶⁶

¹⁵⁹ Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa (2021), *The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy*, ERA Forum, s. 76.

¹⁶⁰ Se skäl 17 e-handelsdirektivet.

¹⁶¹ Ds 2001:13 *E-handelsdirektivet, genomförande av direktivet 2001/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster*, s. 1.

¹⁶² Buiten, de Streef & Pietz (2020), s. 142.

¹⁶³ Ds 2001:13, s. 25 f.

¹⁶⁴ Se skäl 58 e-handelsdirektivet.

¹⁶⁵ Duivenvoorde, Bram (2022), *The Liability of Online Marketplaces under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-commerce Directive and the Digital Services Act*, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, nr. 2, s. 45.

¹⁶⁶ Se *SABAM mot Netlog NV*, p. 27.

4.2.2 Ansvarsfriheten enligt e-handelsdirektivet

I artikel 14 e-handelsdirektivet finns bestämmelser om värdtjänsternas ansvarsfrihet, så kallade trygga hamnar ("safe harbours"). Det finns en allmän uppfattning om att ansvarsfriheten omfattar såväl utomobligatoriskt skadeståndsrättsligt ansvar som straffrättsligt ansvar. Undantaget är vidare horisontellt och gäller alla typer av olagligt innehåll.¹⁶⁷ Bestämmelserna påverkar dock inte upphovsmannens ansvar, vilket gäller oberoende av mellanhänders ansvar. Sådant innehåll som produceras av plattformen självt, omfattas inte av ansvarsfriheten, och inte heller innehåll som produceras av någon som står under plattformens kontroll.¹⁶⁸ Vidare ska noteras att direktivet inte reglerar när plattformar ska hållas ansvariga, utan endast när de *inte* ska hållas ansvariga. Vilket ansvar som föreligger utanför e-handelsdirektivets ansvarsfrihet ankommer således på nationell lagstiftning att avgöra. Inte heller regleras medlemsstaternas möjligheter att kräva att en tjänsteleverantör upphör med eller förhindrar en specifik överträdelse.¹⁶⁹ De nationella myndigheterna ska också säkerställa att plattformar snabbt kan ställas till svars på ett sätt som gör det möjligt att avbryta överträdelser.¹⁷⁰ E-handelsdirektivet riktar sig mot olagligt innehåll, och inte mot så kallat skadligt innehåll.¹⁷¹ Direktivet innehåller ingen självständig definition av begreppet olagligt innehåll utan hänvisar i stället till medlemsstaternas egna bestämmelser.

När e-handelsdirektivet introducerades var internet ungt och sociala medier inte utvecklade. Litteraturen har därför lyft frågor kring huruvida direktivet är anpassat efter sociala medieplattformar.¹⁷² Nedan följer en genomgång av ansvarsfrihetens rekvisit samt hur dessa tolkats i praxis.

4.2.2.1 Passiv natur

För att ansvarsfriheten ska vara applicerbar krävs att värdtjänsten är av passiv natur. Första gången EU-domstolen tolkade rekvisitet var i de förenade målen *Google France och Google*.¹⁷³ Omständigheterna i målen var sådana att Google drev ett annonssystem där kunderna kunde köpa ett antal "adwords" för att visas högre upp på listan över sökresultat, tydligt markerat som reklam. Google bestämde därmed visningsordningen med hänsyn bland annat till hur

¹⁶⁷ Wilman (2021), s. 321

¹⁶⁸ Wilman, Folkert (2020) *The responsibility of online intermediaries for illegal user content in the EU and the US*, Edward Elgar publishing, s. 21.

¹⁶⁹ Europeiska kommissionen, *Första rapporten om tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (2003)*, KOM/2003/0702 slutlig.

¹⁷⁰ Wilman (2020), s. 24.

¹⁷¹ Se avsnitt 4.3.2 för närmare beskrivning av skadligt innehåll.

¹⁷² Folkert (2020), s. 28 ff.

¹⁷³ C-236/08–C-238/08, *Google France SARL, Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL mot Viaticum SA, Luteciel SARL och Google France SARL mot Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL m.fl.* EU:C:2010:159.

mycket annonsörerna betalade.¹⁷⁴ En användare upptäckte att den som sökte på varumärket Louis Vuitton dirigerades till hemsidor med imitationer av varumärket, varpå Louis Vuitton Corp inledde ett förfarande om varumärkesintrång. Domstolen använde sig av skäl 42 i e-handelsdirektivet och konstaterade att för att ansvarsfriheten ska bli tillämpbar krävs att verksamheten är av ”rent teknisk, automatisk och passiv natur” vilket innebär att verksamheten varken har ”kunskap eller kontroll över informationen”. Ett sätt att avgöra om plattformen omfattas av ansvarsfriheten är därför att undersöka om verksamheten är av passiv natur.¹⁷⁵

Domstolen gav viss vägledning kring hur bedömningen av passiviteten ska göras. Bland annat konstaterades att enbart den ”omständigheten att söktjänsten är avgiftsbelagd, att Google beslutar om hur betalningen ska gå till eller att Google ger allmänna upplysningar till sina kunder” inte innebär att Google nekas ansvarsfrihet.¹⁷⁶ Vikt ska läggas vid vilken roll Google haft vid redigeringen av reklammeddelandet vid reklamlänken och vid valet av sökord.¹⁷⁷ I slutet av domen förtydligar domstolen att ansvarsfriheten gäller så länge ”leverantören i fråga inte har utövat en aktiv roll av den art som kan ge honom kännedom om eller kontroll över lagrade uppgifter”.¹⁷⁸ Ansvarsfriheten kräver alltså inte en passiv mellanhand, utan mellanhanden kan i praktiken vara aktiv så länge det inte innebär att den har en sådan kännedom och kontroll som krävs för att falla utanför ansvarsfriheten.¹⁷⁹ Vad som krävs för att en mellanhand ska ha ”kontroll” gavs ingen vägledning kring. Att det skulle avse förmågan att radera innehåll framstår som mindre rimligt eftersom alla mellanhänder har förmågan att göra detta.

Domstolen mottog kritik för inte ha diskuterat frågan vad kontroll innebär, samt för att ha använt skäl 42 om passivitet i bedömningen. Den sistnämnda kritiken återkom i fler mål. Få värdtjänster lagrar i dag information utan att filtrera och värdera innehållet och det går att ifrågasätta hur passiva sociala medieplattformar egentligen är.¹⁸⁰

Efter målet Google France fick domstolen en ny möjlighet att tolka rekvisiten, då i målet *L'Oréal mot eBay*. Målet handlade om eBay, en elektronisk marknadsplats där personer kan sälja varor genom att upprätta ett säljarkonto. eBay hjälpte säljarna att på olika sätt främja och öka försäljningen, bland annat genom att optimera försäljningserbjudanden och marknadsföra varor genom att skapa annonser i sökmotorer såsom Google. eBay använde sig av ett så kallat notice-and-take-down-system för att plocka bort otillåtet innehåll.

¹⁷⁴ *Google France och Google*, p. 115.

¹⁷⁵ *Google France och Google*, p. 114.

¹⁷⁶ *Google France och Google*, p. 116.

¹⁷⁷ *Google France och Google*, p. 118.

¹⁷⁸ *Google France och Google*, p. 120.

¹⁷⁹ Bretonniere, Jean-Francois (2011), *Liability for internet host providers in the European Union: time for a reform?*, IP Value, s. 29-31.

¹⁸⁰ Manganelli & Nicita (2022), s. 172.

I målet hade företaget L'Oréal väckt talan mot eBay efter att eBay inte agerat på L'Oréals anmälan om intrång i företagets immateriella rättigheter. L'Oreal yrkade att eBay skulle hållas ansvarigt för försäljningen av dels förfalskade produkter, dels äkta varor som sålts utan tillstånd eller på felaktigt sätt. Domstolen hade att ta ställning till om e-handelsdirektivets ansvarsfrihetsregler var tillämpliga, bland annat utifrån kravet på passivitet.¹⁸¹ I målet nämnde inte domstolen ordet passiv. Däremot vidhöll man att plattformar som inte är neutrala med ”en rent teknisk och automatisk behandling av innehållet” utan i stället intar en aktiv roll ”som kan ge honom kännedom om eller kontroll över lagrade uppgifter” hamnar utanför ansvarsfriheten.¹⁸² Kritik mot detta lyftes av bland annat generaladvokaten Niilo Jääskinen. Han argumenterade för att resonemanget vore bättre tillämpligt på tjänster för vidarebefordran (artikel 12) och lagring (artikel 13), eftersom en värdtjänst per definition har en grundläggande nivå av ”kontroll” över den information som lagras. För att skäl 42 ska kunna tillämpas på värdtjänster krävs att kravet på kontroll ställs mycket högt.¹⁸³

I målet konstaterade domstolen vidare att en mellanhand som ”lagrar försäljningserbjudandena på sin server, fastställer villkoren för sin tjänst, uppbär betalning för denna och ger allmänna upplysningar till sina kunder” inte intar en sådan aktiv roll. Det gör däremot aktivitet som består i att plattformen engagerar sig i innehållet genom att till exempel göra reklam för innehållet eller på annat sätt för allmänheten framställa informationen på ett sätt som får den att förefalla tillhöra plattformen.¹⁸⁴ Slutsatsen av detta, tillsammans med lärdomarna från Google France är att generella åtgärder inte anses innebära att plattformen utövar kontroll, men att engagemang i särskilt innehåll innebär att plattformen haft en sådan aktiv roll som gör att aktiviteten övergår i kontroll.¹⁸⁵ Kravet på passivitet är alltså inte absolut, utan omfattar en rad aktiviteter innan mellanhanden anses vara ”aktiv”. Det går också att konstatera att tillämpningen av skäl 42 har lett till förvirring när det kommer till omfattningen av ansvarsfriheten.¹⁸⁶

4.2.2.2 *Kännedom och agerande utan dröjsmål*

Om mellanhanden uppfyller kravet på passivitet som diskuterades ovan, krävs vidare att värdtjänsten saknar kännedom om att viss olaglig verksamhet eller information förekommer på tjänsten, eller att plattformen, så snart informationen blivit känd, utan dröjsmål avlägsnar eller gör innehållet

¹⁸¹ C-324/09 *L'Oréal SA m.fl. mot eBay International*, EU:C:2011:474.

¹⁸² *L'Oréal mot eBay*, p. 113.

¹⁸³ van Hoboken, Joris m.fl. (2018), *Hosting intermediary services and illegal content online : An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape*, EU-kommissionen, s. 31-32.

¹⁸⁴ C-682/18 och C-683/18, *Frank Peterson mot Google LLC m.fl. och Elsevier Inc. mot Cyando AG*, EU:C:2020:586, p. 52.

¹⁸⁵ Wilman, (2020), s. 33.

¹⁸⁶ van Eecke, Patrik (2011), *Online service providers and liability: A plea for a balanced approach*, *Common Market Law Review*, vol. 48, nr. 5, s. 1458 f.

oåtkomligt. Detta följer av artikel 14.1 e-handelsdirektivet. Det går således att tala om ett ”kunskapsbaserat ansvar”.¹⁸⁷ Bestämmelsen avser två olika krav på kännedom: faktisk kännedom samt medvetenhet (också kallat konstruerad kännedom). Det senare avser fall där olagligheten var uppenbar och där mellanhanden inte hade kännedom om det olagliga innehållet, men borde ha haft det. Prövning av medvetenheten är objektiv och utgår från den medvetenhet som en hypotetiskt omsorgsfull ekonomisk aktör skulle ha haft.¹⁸⁸ Prövningen av om en mellanhand har faktisk kunskap är däremot subjektiv och tar i stället avstamp i vad mellanhanden faktiskt visste i den aktuella situationen.¹⁸⁹ För att ålägga en mellanhand straffrättsligt ansvar krävs att den haft faktisk kännedom, medan det för civilrättsligt ansvar enbart krävs medvetenhet. Detta innebär att det är lättare att utkräva skadestånd än straffrättsligt ansvar från en medieplattform.¹⁹⁰ Om kravet på medvetenhet tolkas för strikt riskerar det att i praktiken leda till en allmän övervakningsskyldighet, vilket enligt artikel 15 e-handelsdirektivet inte är tillåtet, se avsnitt 4.2.3.¹⁹¹

Det finns många olika sätt för en plattform att få kännedom om förekomsten av olagligt innehåll. I eBay-målet konstaterades att det inte spelar någon roll hur det går till. Det kan röra sig om domstol- eller myndighetsförelägganden, anmälningar från tredje part eller egna undersökningar.¹⁹²

För att undgå ansvar krävs som nämnts att värdtjänsten utan dröjsmål avlägsnar innehållet eller gör det oåtkomligt. EU-kommissionen har meddelat att vad skyndsamt innebär i praktiken beror på detaljerna i det aktuella fallet, däribland på typen av olagligt innehåll, riktigheten i anmälan och den skada som eventuellt orsakas om innehållet får ligga kvar. Exempelvis är det enklare att avgöra olagligheten i barnpornografi, vilket därför ska tas bort snabbare än innehåll som inte är uppenbart olagligt. EU-kommissionen sätter inga generella tidsramar,¹⁹³ däremot har kommissionen i uppförandekoden för att motverka olaglig hatpropaganda online, angett en tidsram på 24 timmar.¹⁹⁴ EU-kommissionen har vidare uttalat att ”borttagning som härrör från anmälningar från så kallade betrodda anmälare bör göras snabbare”. En betrodd anmälare kan vara en intresseorganisation, myndighet eller annat offentligt organ som har särskild sakkunskap när det gäller att upptäcka, identifiera och anmäla olagligt innehåll och vars anmälningar om olagligt innehåll till plattformen därför har en större tyngd.¹⁹⁵ Vidare bör plattformar

¹⁸⁷ Wilman (2021), s. 319.

¹⁸⁸ *L'Oréal mot eBay*, p. 122.

¹⁸⁹ Wilman (2020), s. 37.

¹⁹⁰ *Ibid*, s. 36.

¹⁹¹ Savin (2017), s. 143–173.

¹⁹² Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén – Hantering av olagligt innehåll online, Bryssel av den 28 september 2017, COM(2017) 555 final, p. 3.

¹⁹³ *Ibid*, p. 13.

¹⁹⁴ EU:s uppförandekod för att motverka olaglig hatpropaganda på nätet, Bryssel 2016.

¹⁹⁵ COM(2017) 555 final, p. 13.

arbete i nära samarbete med nationella myndigheter för att snabbt kunna ta bort olagligt innehåll som myndigheter uppmärksammar dem på.¹⁹⁶ Kravet på skyndsamhet har i praktiken visat sig skapa incitament för medieplattformar att avlägsna innehåll så fort en användare anmäler det, utan att först undersöka dess olaglighet.¹⁹⁷ Studier har samtidigt visat att upp till en tredjedel av alla anmälningar inte motsvaras av olagligt innehåll.¹⁹⁸ I utvärderingar av direktivet har medieplattformar uttryckt att de känner sig pressade att ta bort innehåll trots att de inte har möjlighet att avgöra dess innehåll.¹⁹⁹ Risken för att helt lagligt innehåll tas bort är därmed överhängande.²⁰⁰

4.2.2.2.1 Anmälningar från tredje part

Ett sätt för plattformar att få kännedom om olagligt innehåll är som nämnts genom anmälningar från tredje part. Sådana anmälningar sker ofta genom så kallade notice-and-take-down-system. Det är ett samlingsnamn för en rad mekanismer utformade för att vem som helst ska kunna upptäcka och anmäla innehåll.²⁰¹ Nämnas bör att det i e-handelsdirektivet inte finns något bindande krav på onlineplattformar att införa notice-and-take-down-system. En sådan reglering är upp till varje medlemsstat att införa.²⁰²

Generellt anses en anmälan genom en notice-and-take-down-mekanism ge upphov till faktisk kunskap hos plattformen. Detta gäller emellertid endast om anmälan är ”tillräckligt precis eller underbyggd”. Vad som krävs för att en anmälan ska betraktas som tillräckligt precis och underbyggd är inte säkert, men för att systemet ska fungera effektivt bör kravet inte vara satt för högt. Enligt en rekommendation från EU-kommissionen måste anmälaren uppge varför innehållet är olagligt samt var innehållet finns för att plattformen ska anses ha kännedom.²⁰³ Vilka efterforskningar som krävs av en plattform efter en anmälan som inte når upp till nämnda krav är dock inte säkert. Plattformens skyldighet att undersöka anmälan bör inte, i enlighet med förbudet mot en allmän övervakningsskyldighet i artikel 15 e-handelsdirektivet, vara alltför omfattande och betungande.²⁰⁴

¹⁹⁶ Se artikel 15.2 e-handelsdirektivet.

¹⁹⁷ van Hoboken m.fl. (2018), s. 27.

¹⁹⁸ Urban, Jennifer M., Karaganis, Joe & Schofield, Brianna L. (2017), Notice and takedown in everyday practice, *UC Berkeley Public Law Research Paper*, s. 11.

¹⁹⁹ Europeiska kommissionen, Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC), s. 10.

²⁰⁰ Kuczerawy (2017), s. 226-237.

²⁰¹ Wilman (2021), s. 333.

²⁰² Brussels school of governance, ‘Safeguards for Freedom of Expression in the DSA – Seminar recording’; se skäl 40 e-handelsdirektivet.

²⁰³ Kommissionens rekommendation om åtgärder för att effektivt bekämpa olagligt innehåll online 2018/334, p. 6.

²⁰⁴ Wilman (2020), s. 40 f.

Vidare ska en plattform inte enligt e-handelsdirektivet automatiskt ta ner innehåll utan att dessförinnan vidta ansträngningar för att säkerställa att innehållet är olagligt.²⁰⁵ Skäl 46 stadgar att avlägsnandet ska göras ”med beaktande av principen om yttrandefrihet och av förfaranden etablerade på nationell nivå”. Vidare fastställs medlemsstaternas möjligheter att ”fastställa särskilda krav som måste uppfyllas skyndsamt innan information avlägsnas eller görs oåtkomlig”.²⁰⁶ Trots detta har få EU-länder infört rättsliga garantier för att säkerställa att nedtagningen är förenlig med grundläggande friheter.²⁰⁷ Även om det finns krav på att plattformarna ska säkerställa anmälans riktighet, har notice-and-take-down-systemet visat sig skapa incitament för mellanhänderna till att ta bort innehåll utan att först undersöka dess olaglighet.²⁰⁸ Studier av EU-kommissionen har visat att få plattformar har infört möjlighet för användare att motanmäla borttaget innehåll.²⁰⁹

Avsaknaden av bindande regler i e-handelsdirektivet kring notice-and-take-down-system innebär inte att en plattform kan undgå ansvar genom att hålla sig oinformerad om innehållet som den lagrar. Europadomstolen har genom sin rättspraxis utvecklat en aktsamhetsplikt för sociala medieplattformar, se avsnitt 3.2.3 ovan. Den innebär att en plattform som agerar oaktsamt inför det innehåll som finns på plattformen faller utanför ansvarsfriheten.²¹⁰ Domstolen har i bedömningen av en plattformens medvetenhet utgått från vad en ”omsorgsfull ekonomisk operatör” borde ha insett.²¹¹ Exakt vad detta innebär utreds inte närmare, men det går i linje med EU-kommissionens tankar vid utformandet av artikel 14, samt med de olika aktsamhetsnormer som utvecklats genom uppförandekoder.²¹²

4.2.2.2 Eegna undersökningar

Det finns inga uttryckliga krav på uppsökande åtgärder för mellanhänder, vilket bland annat följer av förbudet mot allmän övervakningsskyldighet i artikel 15, se avsnitt 3.2.3. Däremot uppmuntrar EU-kommissionen plattformarna att genomföra egna undersökningar för att ”upptäcka och ta bort olagligt innehåll på internet, och inte bara begränsa sig till att agera på de anmälningar som de tar emot”. Uppmuntran sker bland annat genom olika former av uppförandekoder.²¹³

²⁰⁵ Ibid, s. 40 f.

²⁰⁶ Ausloos, Jef & Kuczerawy, Aleksandra (2015), *Noc online intermediaries case studies series: european union and google spain*, Interdisciplinary Centre for Law & ICT, KU Leuven, s. 12.

²⁰⁷ Ibid, s. 12.

²⁰⁸ van Hoboken (2018), s. 27.

²⁰⁹ Europeiska kommissionen (2018), Overview of the legal framework of notice-and-action procedures in Member States, SMART 2016/0039, s. 5.

²¹⁰ Maroni (2020), s. 256.

²¹¹ *Delfi mot Estland*, p. 53.

²¹² Wilman (2020), s. 22.

²¹³ COM(2017) 555 final, p. 10.

Åtgärderna som uppmuntras kan dock innebära att mellanhanden intar en sådan aktiv roll att den går miste om ansvarsfriheten. EU-domstolen har inte berört paradoxen i sin praxis men EU-kommissionen argumenterar, utifrån e-Bay- domen, för att proaktiva åtgärder inte automatiskt leder till att onlineplattformen förlorar ansvarsfriheten. Argumentationen går ut på att plattformar kan vidta generella åtgärder, exempelvis att sätta upp regler i sina användarvillkor för att sedan vidta proaktiva åtgärder för att säkerställa efterlevnaden, utan att anses vara aktiva.²¹⁴ I stället leder det till att ”plattformen får kännedom eller blir medveten om olaglig verksamhet eller olaglig information” och därefter kan avlägsna eller göra innehållet oåtkomligt.²¹⁵ Många plattformar har klagat på den osäkerhet som regleringen har gett upphov till. Onlineplattformar som vidtar proaktiva åtgärder löper nämligen större risk att hitta olagligt innehåll och därmed gå miste om ansvarsfriheten, om inte innehållet plockas bort i tid.²¹⁶

4.2.3 Allmän övervakningsskyldighet

Nationella domstolar eller myndigheter får inte ålägga medieplattformar en allmän skyldighet att aktivt övervaka användargenererat innehåll. Det innebär att det inte finns någon skyldighet att observera trafik eller att leta efter lagöverträdare på plattformen. Det är ett viktigt undantag eftersom en sådan övervakningsskyldighet skulle vara mycket kostsam och därmed hämma internets utveckling. Det skulle vidare riskera innebära att mellanhanden intar en form av redaktörsroll och därmed förlorar sin ansvarsfrihet.²¹⁷

Medlemsstater och domstolar får däremot ålägga plattformar en aktiv övervakning av specifika situationer eller specifikt innehåll. På vilka grunder en sådan övervakning får åläggas nämns inte i direktivet.²¹⁸ Inte heller är skillnaden mellan en allmän och specifik övervakningsskyldighet klar. Frågan har varit föremål för diskussion, och EU-domstolen har vid ett antal tillfällen fått anledning att pröva gränserna för vad som anses utgöra en allmän övervakningsskyldighet. I målet *SABAM mot Netlog* (beskrivet i avsnitt 3.3.4) konstaterade EU-domstolen att krav på ett automatiskt filtreringssystem innebar en sådan allmän övervakning att i princip all kommunikation och alla uppladdningar behöver kontrolleras aktivt, vilket inte är förenligt med artikel 15 i e-handelsdirektivet. Vad som utgör en specifik övervakningsskyldighet har utvecklats i målet *Eva Glawischnig-Piesczek mot Facebook Irland*.²¹⁹ Domstolen slog där fast att sociala medieplattformar såsom Facebook, kan åläggas att söka efter och radera kommentarer som är *identiska* med information som tidigare förklarats olaglig. Enligt vissa bedömare öppnar domen upp för att plattformar kan

²¹⁴ Wilman (2020), s. 46.

²¹⁵ Savin (2017), s. 143–173.

²¹⁶ Europeiska kommissionen (2018), s. 4–5.

²¹⁷ Westman (2020), s. 689.

²¹⁸ Skäl 47 e-handelsdirektivet.

²¹⁹ C-18/18 *Eva Glawischnig-Piesczek mot Facebook Ireland Limited*. EU:C:2019:821.

åläggas skyldigheter att proaktivt övervaka innehåll. Vidare har det lyfts att det skulle vara svårt att genomföra i praktiken utan att det medför en allmän övervakningsskyldighet. Domen har också kritiserats för att inte ge någon närmare definition av vad som avses med ”identiskt”.²²⁰ Även i eBay-målet stadgar domstolen att plattformen måste vidta åtgärder för att förhindra upprepade överträdelser.²²¹

4.3 Avslutande kommentar

Det bör avslutningsvis nämnas att e-handelsdirektivet sedan år 2010 återkommande har utvärderats. Av utvärderingarna har framkommit både problem med spridningen av olagligt innehåll, att det saknats harmoniserade regler för att skydda användarnas grundläggande rättigheter mot alltför omfattande borttagning av lagligt innehåll, samt att rekvisiten för ansvarsfrihet är oklara.²²²

I litteraturen har e-handelsdirektivets brist på garantier mot att inte för mycket innehåll ska tas bort, ansetts innebära att e-handelsdirektivet förenlighet med EU-stadgan kan ifrågasättas. Ansvarsfriheten kräver förvisso inte att värdtjänstleverantörerna tar bort innehåll, men borttagningen av innehåll är ofta ett resultat av bestämmelsen i artikel 14 i e-handelsdirektivet. Av EU-domstolens praxis följer att medlemsstaterna och EU-institutionerna har en skyldighet att garantera att rättigheterna i EU-stadgan skyddas effektivt och får fullt genomslag vid rättstillämpningen. Att utvärderingarna trots det visar att det finns en överhängande risk för överborttagande, pekar på en oförmåga från lagstiftarens sida att effektivt skydda yttrande- och informationsfriheten på det sätt som stadgan föreskriver.²²³ Ett liknande resonemang går att föra utifrån Europakonventionens doktrin om positiva förpliktelser, se avsnitt 3.2.1, samt kapitel 6.

4.4 Digital Services Act

I mars 2021 utfärdade Europeiska kommissionen en enhetlig europeisk strategi kring internet och lovade att göra 2030 till sitt ”digitala decennium”. Grunden i strategin var att harmonisera mellanhändernas ansvar, att skydda användarnas rättigheter och att underlätta avlägsnandet av olagligt innehåll.²²⁴ Detta skulle bland annat förverkligas genom DSA, som presenterades i december 2020.²²⁵ De skyldigheter som avser mycket stora onlineplattformar trädde i kraft den 25 augusti 2023. DSA kommer att träda i

²²⁰ Pepper, Carolyn E. (2019), ‘Monitoring online content: the impact of *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*’, Reed Smith Client Alerts.

²²¹ *L’Oréal SA mot eBay*, p. 127.

²²² SWD(2020) 348 final, del 1 av 2, s. 38 f.

²²³ Kuczerawy (2017), s. 234.

²²⁴ Europeiska kommissionen (2021), ‘EU:s digitala decennium: digitala mål för 2030’.

²²⁵ Europeiska kommissionen, Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om en inre marknad för digitala tjänster (rättsakten om digitala tjänster) och om ändring av direktiv 2000/31/EG, Bryssel av den 15 december 2020 COM(2020) 825 final.

kraft för samtliga plattformar den 17 februari 2024.²²⁶ I samband med ikraftträdandet utgår också artikel 12–15 e-handelsdirektivet.²²⁷

Huvudprinciperna från e-handelsdirektivets ansvarsfrihetsmodell har förts över till DSA. Modellen beskrevs som en erkänd ”grund för den digitala ekonomin” och tycktes balansera olika intressen väl.²²⁸ Dessutom ansågs en förändring av e-handelsdirektivets ansvarssystem riskera att skapa osäkerhet och att skada befintlig plattformsekonomi.²²⁹ Det innebar att ansvarsfriheten bibehölls, liksom förbudet mot att ålägga mellanhänderna en allmän övervakningsskyldighet och uppmuntran till medlemsstaterna att skapa frivilliga uppförandekoder för att genomföra direktivet. Däremot lämnar DSA ursprungslandsprincipen. DSA är därför, till skillnad från e-handelsdirektivet, tillämplig på alla leverantörer av förmedlingstjänster som riktar sig mot tjänstemottagare inom EU, oavsett var leverantörerna av förmedlingstjänster har sina etableringsställen. En förmedlingstjänst som har sitt etableringsställe utanför EU omfattas så länge det riktar sig till tjänstemottagare inom EU. Det ger DSA ett bredare tillämpningsområde än e-handelsdirektivet.²³⁰

Nämnas bör att DSA, i skälen och delvis i artiklarna, i högre grad än e-handelsdirektivet understryker vikten av att rättsakten respekterar de grundläggande rättigheterna i EU-stadgan, däribland yttrande- och informationsfriheten. Detta torde ha att göra med den kritik som riktats mot e-handelsdirektivets avsaknad av skydd för användarnas grundläggande rättigheter.²³¹

Följande avsnitt syftar till att beskriva ansvarsfriheten enligt DSA, bland annat genom jämförelser med e-handelsdirektivet. De processuella och formella krav som DSA introducerar redogörs för under kapitel 5.

4.4.1 Digital Services Act’s tillämpningsområde

Begreppet informationssamhällets tjänster definieras på samma sätt i DSA som i e-handelsdirektivet. Vidare behålls uppdelningen av tjänster i tre kategorier; vidarebefordran, cachningstjänster och värdtjänster. Värdtjänster delas i sin tur upp i underkategorierna onlineplattformar och onlinesökmotorer. En onlineplattform är en värdtjänst som på begäran av en tjänstemottagare inte bara lagrar information, vilket är fallet med en värdtjänst, utan också sprider informationen till allmänheten, exempelvis via

²²⁶ Europeiska kommissionen (2023a), ’Rättsakten om digitala tjänster: EU-kommissionen utser den första gruppen mycket stora onlineplattformar och onlinesökmotorer’.

²²⁷ Se artikel 89 DSA.

²²⁸ Wilman (2021), s. 334; SWD(2020) 348 final, del 2 av 2, s. 42.

²²⁹ Buiten (2021), s. 369.

²³⁰ Turillazzi, Aina, Taddeo, Mariarosaria, Floridi & Casolari (2023) *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, nr. 1, s. 86.

²³¹ SWD(2020) 348 final, del 1 av 2, s. 38 f.

ett socialt medienätverk eller marknadsplats.²³² Beroende på onlineplattformens storlek görs ytterligare en uppdelning av sådana onlineplattformar som i genomsnitt har minst 45 miljoner eller tio procent av unionens befolkning i aktiva användare per månad, så kallade mycket stora onlineplattformar.²³³ Det är kommissionen som fattar beslut om huruvida en plattform ska betraktas som mycket stor, utifrån beräkningsgrunderna i artikel 33 DSA, och som ska offentliggöra detta i en offentlig förteckning.²³⁴ Kategoriseringen har framförallt betydelse för vilka skyldigheter som en plattform ska åläggas men har inte bäring på ansvarsfrihetens tillämplighet.²³⁵ Vi återkommer till skyldigheternas utformning under kapitel 5. Nedan följer en genomgång av rekvisiten för ansvarsfrihet under DSA.

4.4.2 Ansvarsfriheten enligt Digital Services Act

Huvuddragen i e-handelsdirektivets ansvarsfrihetsreglering har som tidigare nämnts förts över till DSA. Det innebär att en värdtjänst, onlineplattform eller mycket stor onlineplattform inte ska vara ansvarig för innehåll producerat av en tredje part, så länge värdtjänsten uppfyller kravet på passivitet, medvetenhet och agerande utan dröjsmål.²³⁶ Samtidigt som DSA kodifierar stora delar av den praxis som utvecklats under e-handelsdirektivet, gör den vissa förtydliganden i delar som tidigare varit oklara.

DSA:s ansvarsfrihetsregler riktar sig på samma sätt som e-handelsdirektivet, i första hand mot olagligt innehåll. Begreppet definieras inte självständigt i DSA utan hänvisar på samma sätt som e-handelsdirektivet till nationell lagstiftning. Förordningen innehåller dock en vägledning kring hur begreppet ska förstås. I skäl 12 DSA uppges att olagligt innehåll ska definieras så brett som möjligt för att omfatta både olagligt innehåll, olagliga produkter, olagliga tjänster och olaglig verksamhet. Begreppet omfattar information som är olagligt i sig, såsom olaglig hatpropaganda, diskriminerande innehåll eller terrorisminnehåll, men också information som rör olagligt innehåll, produkter, tjänster och verksamhet. Exempelvis delning av bilder som visar sexuella övergrepp mot barn, olagligt utbyte av privata bilder utan samtycke, nätstalkning, försäljning av förfalskade produkter eller otillåten användning av upphovsrättsskyddat material. Däremot är en video av ett potentiellt brott inte olagligt innehåll bara för att det avbildar en olaglig handling, så länge spridningen till allmänheten inte är olaglig enligt gällande rätt. Vad som är olagligt innehåll framgår av sektorsspecifik lagstiftning, antingen på nationell nivå eller på EU-nivå.²³⁷

²³² SOU 2023:2 *En inre marknad för digitala tjänster – ansvarsfördelningen mellan myndigheter*, s. 36.

²³³ Se skäl 76 DSA.

²³⁴ Se artikel 33.6 DSA.

²³⁵ Se skäl 18 DSA.

²³⁶ Se skäl 18 DSA.

²³⁷ Cappello (2020), s. 13–14.

Kommissionen beslutade att inte inkludera kategorin skadligt innehåll i DSA kopplat till ansvarsfriheten. Orsaken var att det enligt intressenterna skulle kunna leda till en allvarlig begränsning av yttrandefriheten.²³⁸ Trots detta innehåller DSA regler kring borttagande av skadligt innehåll. Skadligt innehåll utgör nämligen en sådan systemrisk som mycket stora onlineplattformar ska bedöma och motverka som en del av de skyldigheter som plattformarna åläggs under DSA, se avsnitt 5.3.5.

DSA innehåller också regler för genomförandet av så kallade frivilliga uppförandekoder som bland annat innehåller bestämmelser om skadligt innehåll.²³⁹ Indirekt innehåller DSA även på detta sätt regler om skadligt innehåll, vilket närmare beskrivs under kapitel 5. Trots detta definieras inte begreppet i DSA, vilket har ansetts utgöra ett problem. En definition av begreppet ges dock i ett meddelande från EU-kommissionen från år 1996.²⁴⁰ Där beskrivs skadligt innehåll som innehåll som kan ”kränka andra personers värderingar och känslor” såsom ”politiska åsikter, religiösa övertygelser eller åsikter om rasfrågor”. Det är med andra ord en mycket bred kategori av innehåll som omfattas av begreppet, och vars definition är både vag och subjektiv till sin natur. Det öppnar upp för att innehåll kan tas bort på godtyckliga grunder.²⁴¹ Några av dessa begrepp definieras i EU-kommissionens uppförandekoder, se under avsnitt 5.

4.4.2.1 *Passiv natur*

EU-kommissionen konstaterade i sin utvärdering av e-handelsdirektivet att det var oklart vad som krävs för att en värdtjänstleverantör ska anses ha spelat en aktiv roll som leder till vetskap eller kontroll, samt att EU-domstolens praxis har skapat en paradox gällande incitamenten att vidta proaktiva åtgärder.²⁴² Trots kritiken utvecklas inte vidare vad som krävs för att aktivitets-villkoret ska vara uppfyllt. DSA stadgar att en plattform som ”spelar en aktiv roll av ett sådant slag att leverantören får kännedom om eller kontroll över denna information” faller utanför ansvarsfriheten.²⁴³ Noteras ska att termen ”passiv” inte används i förordningen. I stället ska plattformen agera ”neutralt genom en rent teknisk och automatisk behandling”.²⁴⁴ Detta ligger i linje med EU-domstolens praxis.

DSA förtydligar att ansvarsfriheten inte gäller för information som har tagits fram av förmedlingstjänsten själv, vilket ”inbegriper när informationen har

²³⁸ Europeiska kommissionen, COM(2020) 825 final, s. 9.

²³⁹ Salvador, Sara (2021), *The Digital Services Act as a new tool to deal with the spreading of Illegal content online*, Università Ca Foscari Venezia, s. 74.

²⁴⁰ Europeiska kommissionen, *Communication from the commission – illegal and harmful content on the Internet*, COM(96) 487 final.

²⁴¹ Cappelletto (2020), s. 4, 17.

²⁴² Madiaga, Tambiana (2020), *Reform of the EU liability regime for online intermediaries*, European Parliamentary Research Service, s. 4–6.

²⁴³ Se skäl 18 DSA.

²⁴⁴ Se skäl 18 DSA.

tagits fram under denna leverantörs redaktionella ansvar”.²⁴⁵ Vad som krävs för att aktivitet ska övergå i ett redaktörskap är dock inte säkert, men torde motsvara villkoret om att spela en ”aktiv roll”. Om ansvarsfriheten kommer att tolkas mer snävt under DSA återstår att se.²⁴⁶

Med tanke på den omfattande innehållsmoderering som onlineplattformar utför, samt har krav på sig att utföra, är det svårt att tänka sig en medieplattform som är av ”enbart teknisk och automatisk natur”. Litteraturen har därför varit kritisk till att detta rekvisit har förts över till DSA.²⁴⁷

4.4.2.1.1 *Den goda samariten*

Kravet på passivitet i e-handelsdirektivet skapade en paradox gällande incitamenten att vidta proaktiva åtgärder.²⁴⁸ Samtidigt som lagstiftaren genom uppförandekoder uppmuntrade plattformar att vidta proaktiva åtgärder för att upptäcka och hantera olagligt innehåll, fanns en farhåga att medieplattformar som vidtog sådana åtgärder på grund av kravet på passivitet skulle riskera att gå miste om ansvarsfriheten.²⁴⁹ DSA gör ett försök att förtydliga vad som gäller.

Genom införandet av artikel 7 DSA stadgas att inte ”enbart det faktum att leverantörer av förmedlingstjänster i god tro och aktsamt utför frivilliga undersökningar på eget initiativ eller vidtar andra åtgärder som syftar till att upptäcka, identifiera och avlägsna olagligt innehåll, eller göra det oåtkomligt” får innebära att en plattform förlorar ansvarsfriheten. Om detta innebär att plattformar som vidtar proaktiva åtgärder i god tro under DSA är fria från ansvar trots att potentiellt olagligt innehåll inte tas bort, är dock osäkert. Bestämmelsen ger således upphov till nya oklarheter. I nuvarande lydelse kan man fortfarande dra slutsatsen att ju mer aktiva plattformarna är, desto större är risken att de får kännedom om potentiellt olagligt innehåll som de missar att ta bort och därmed åläggs ansvar.

Artikel 7 DSA har också kritiserats för att leda till överborttagning.²⁵⁰ Litteraturen har lyft det tveksamma att ur ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv uppmuntra plattformar till att övervaka, ta bort och på annat sätt minska synligheten av inte bara innehåll som är olagligt enligt medlemsstaternas lag, utan också enligt plattformarnas allmänna villkor. Plattformar kan således utan risk för att gå miste om ansvarsfriheten ta bort sådant innehåll. Regeln kan vidare ses som ett sätt att kringgå det allmänna

²⁴⁵ Se skäl 18 DSA.

²⁴⁶ Cauffmann, Caroline & Goanta, Catalina (2021), A new order: The Digital Services Act and Consumer Protection, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, nr. 4, s. 765.

²⁴⁷ Buiten (2021), s. 363.

²⁴⁸ Madiega (2020), s. 4–6.

²⁴⁹ Cauffmann (2021), s. 765 f.

²⁵⁰ Cappello (2020), s. 15.

övervakningsförbudet, eftersom det inte finns någon skyldighet att proaktivt övervaka, bara en uppmuntran.²⁵¹

4.4.2.2 *Kännedom och agerande utan dröjsmål*

DSA kodifierar e-handelsdirektivets praxis om att plattformar kan skaffa sig faktisk kunskap dels genom undersökningar på eget initiativ, dels genom anmälningar som lämnats till den av individer eller enheter ”i den mån dessa anmälningar är tillräckligt exakta och tillräckligt väl underbyggda”.²⁵² Vad det innebär att något är tillräckligt exakt eller underbyggt var något som många mellanhänder önskade klarhet kring i samband med utvärderingen av e-handelsdirektivet.²⁵³ Artikel 16 DSA om mekanismer för anmälan och åtgärder (också kallat notice-and-take-down-mekanism) kan ses som ett försök till ett förtydligande. Bestämmelsen radar upp fyra faktorer som en anmälan ska innehålla för att betraktas som tillräckligt exakt och underbyggd. Om anmälan innehåller informationen anses det vara möjligt för värdtjänsten att fastställa om innehållet är olagligt utan att behöva göra någon egen detaljerad rättslig undersökning. På så sätt anses anmälan ge upphov till kännedom hos plattformen. Vad som blir konsekvensen av en anmälan som inte innehåller den uppräddade informationen är dock oklart. Kräver en sådan anmälan att plattformen måste gå vidare med en egen undersökning för att fastställa olagligheten eller kan en plattform ignorera en bristfällig anmälan och ändå omfattas av ansvarsfriheten? Frågan förblir obesvarad.²⁵⁴

Precis som under e-handelsdirektivet kan en plattform skaffa sig faktisk kunskap eller medvetenhet om olaglig information, genom anmälningar från tredje part eller genom undersökningar på eget initiativ.²⁵⁵ Distinktionen mellan faktisk kunskap och medvetenhet kvarstår alltså, detta trots att den har kritiserats i utvärderingar av e-handelsdirektivet för att vara oklar.²⁵⁶ Vidare är det fortfarande oklart vad aktsamhetsplikten som utvecklats i praxis innebär, alltså vad som krävs för att en plattform *borde* ha kännedom om det olagliga innehållet.

Anmälningar från tredje part kan ske genom notice-and-take-down-system eller genom system för så kallade betrodda anmälare. DSA inför krav på båda mekanismer, något som bland annat efterfrågats i samband med e-handelsdirektivets utvärdering. Hur skyldigheterna ser ut kommer att beskrivas i avsnitt 5. Detta eftersom avsaknaden av mekanismerna inte har

²⁵¹ Kuczerawy, Aleksandra (2021), 'The Good Samaritan that wasn't: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act'. Verfassungsblog.

²⁵² Se skäl 22.

²⁵³ Europeiska kommissionen, SEC(2011) 1641 final, s. 45.

²⁵⁴ Barata, Joan (2021), 'The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions', Verfassungsblog.

²⁵⁵ Se skäl 22.

²⁵⁶ Brussels school of governance (2021), 'Safeguards for Freedom of Expression in the DSA – Seminar recording'.

någonting med ansvarsfriheten att göra, utan hänför sig till det sanktionssystem som DSA knyter till kraven på aktiva åtgärder.²⁵⁷

Olagligt innehåll ska precis som tidigare tas bort utan onödigt dröjsmål. Vad avser mycket stora onlineplattformar anges 24 timmar som en riktlinje i DSA,²⁵⁸ åtminstone för innehåll som innefattar olagligt pornografiskt innehåll. Andra typer av innehåll kan kräva längre eller kortare tidsfrister. Trots att EU-domstolens praxis har stadgat att medlemsstater får ålägga plattformar att ta bort ”identiska” inlägg, se avsnitt 4.2.3, presenterar inte DSA någon *notice-and-stay-down*-mekanism för att försäkra att olagligt innehåll inte återpubliceras.²⁵⁹ Däremot kodifierar DSA lärdomarna från eBay- domen (om att plattformar måste vidta åtgärder för att förhindra upprepade överträdelser) genom att introducera en skyldighet att stänga av användare som ”ofta tillhandahåller innehåll som är uppenbart olagligt”.²⁶⁰ Vidare introduceras en skyldighet för plattformar att införa en *notice-and-take-down*-mekanism, se avsnitt 5.3.2.

4.4.3 Allmän övervakningsskyldighet

EU-domstolens praxis har ansett göra det svårt att skilja mellan en sådan allmän innehållsövervakning som är förbjuden och sådan specifik innehållsövervakning som är acceptabel.²⁶¹ DSA gör inga förtydliganden kring detta. DSA stadgar att medlemsstater inte får ålägga plattformarna någon allmän övervakningsskyldighet för att exempelvis undersöka fakta som kan tyda på olaglig verksamhet, men att medlemsstaterna får förelägga om agerande mot specifika delar av olagligt innehåll. Till skillnad från e-handelsdirektivet måste förmedlingstjänsten samarbeta med myndigheterna genom att utan onödigt dröjsmål informera om vilken verkan det aktuella åläggandet fått.²⁶² I och med detta stärks myndigheternas ställning över plattformarna.

4.4.4 Avslutande kommentar

Det görs ett antal försök att räta ut frågetecken som uppstått i samband med e-handelsdirektivet och att kodifiera gällande rätt. Emellertid kvarstår flera frågor, exempelvis om en plattform ska anses ha kännedom om olagligt innehåll om plattformen på förhand hade kunnat ana att olagligt innehåll skulle postas, och vad som krävs för att en anmälan ska anses vara ”tillräckligt exakt och väl underbyggd”, om det är möjligt att förlita sig på en *notice-and-take-down*-mekanism, samt vilken tidsgräns efter att en plattform blivit medveten om innehållet som accepteras gällande borttagande av innehåll.

²⁵⁷ Se artikel 16, 22 och 51 DSA.

²⁵⁸ Se skäl 97 DSA.

²⁵⁹ Buiten (2021), s. 374.

²⁶⁰ Se artikel 23 DSA.

²⁶¹ Madiaga (2020), s. 4–6.

²⁶² Buiten (2021), s. 369.

5 Aktiva åtgärder

5.1 Inledning

Följande avsnitt syftar till att beskriva kravet på aktiva åtgärder, i form av processuella- samt formella skyldigheter, som DSA inför för medieplattformar. Detta görs först genom en relativt översiktlig genomgång av de samregleringsverktyg i form av frivilliga uppförandekoder som tidigare har reglerat området. Därefter följer en analys av de mest centrala processuella lagkrav som DSA inför. Slutligen presenteras kortfattat regleringen kring övervakning och efterlevnad.

5.2 Samreglering

Under 2010-talet har en rad själv- och samregleringsverktyg i form av uppförandekoder, råd och rekommendationer utvecklats parallellt med e-handelsdirektivet, ofta för att begränsa spridningen av olagligt eller skadligt innehåll.²⁶³ Genom direktivet har både medlemsstaterna och kommissionen uppmuntrat medieplattformarna till utformandet av själv- och samregleringsverktyg i form av uppförandekoder.²⁶⁴ I DSA får koderna ytterligare betydelse – det framgår bland annat av artikel 45 DSA, genom vilken uppförandekoderna blir ett sätt att hantera så kallade ”betydande systemrisker”, se avsnitt 5.3.5.1.

Uppförandekoderna, som traditionellt har varit frivilliga och inte inneburit sanktioner vid bristande efterlevnad, förlorar genom DSA sin frivilliga karaktär. En vägran att ansluta sig till en uppförandekod på kommissionens ”inbjudan” utan ”tillräckliga förklaringar” kan, enligt skäl 104 DSA, innebära ett åsidosättande av plattformens skyldigheter och föranleda sanktioner enligt DSA:s sanktionssystem, se avsnitt 5.3.6. Vad som avses med ”tillräckliga förklaringar”, framgår inte, inte heller vilket organ som har att avgöra när en förklaring är tillräcklig. Detta innebär att uppförandekoderna, trots att de i DSA beskrivs som frivilliga, svårligen kan betraktas som sådana.²⁶⁵

Bristande regelefterlevnad av en uppförandekod kan få ekonomiska konsekvenser också på andra sätt. Att uppfylla en uppförandekod kan nämligen utgöra en riskbegränsande åtgärd enligt artikel 35 DSA, varpå underlåtenhet att uppfylla koden kan innebära att plattformen åläggs

²⁶³ Cappello (2020), s. 24

²⁶⁴ Se skäl 38 e-handelsdirektivet och skäl 103 DSA.

²⁶⁵ Se skäl 104 DSA; Griffin, Rachel & Vander Maelen, Carl (2023), ‘Twitter’s retreat from the Code of Practice on Disinformation raises a crucial question: are DSA codes of conduct really voluntary?’, DSA Observatory.

sanktioner enligt artikel 71 DSA.²⁶⁶ Mer om riskreducerande åtgärder finns att läsa under avsnitt 5.3.5.2.

Nedan följer en genomgång av de två mest centrala uppförandekoderna – uppförandekoden mot olaglig hatpropaganda, samt uppförandekoden mot desinformation. Detta eftersom flera av kodens bestämmelser liknar de aktiva åtgärderna i DSA, och eftersom att koderna genom DSA, såsom ovan beskrivits, får ny aktualitet.

5.2.1 Åtgärder mot olaglig hatpropaganda

År 2016 presenterades uppförandekoden om motverkande av olaglig hatpropaganda online. Koden riktar sig mot ”allt beteende som offentligt uppmanar till våld eller hat riktat mot en grupp av personer eller en medlem av en sådan grupp som definieras med hänvisning till ras, hudfärg, religion härstamning eller nationellt eller etniskt ursprung”. Det bör noteras att vad som utgör olaglig hatpropaganda, till skillnad från olagligt innehåll i e-handelsavtalet och DSA, inte bestäms av medlemsstaterna själva, utan har harmoniserats genom Ramverket mot rasism från 2008.²⁶⁷ Definitionen är emellertid mycket bred vilket har inneburit att det har implementerats olika i olika medlemsstater. Således måste globala medieplattformar ta hänsyn till olika nationella straffrättsliga bestämmelser, vilket gör regelefterlevnaden komplex och riskerar att leda till överborttagning av innehåll.²⁶⁸

Uppförandekoden mot hatpropaganda ställer krav på en rad åtgärder, däribland upprättande av effektiva anmälningsprocesser, såsom en notice-and-take-down-mekanism, processer för borttagande av innehåll samt upprättandet av en tidsfrist på 24 timmar för att bedöma anmält innehåll.²⁶⁹ Vidare uppmantras onlineplattformarna att använda så kallade betrodda anmälare (i koden under termen ”tillförlitliga rapportörer”), att upprätta kontaktpunkter med myndigheter på nationell nivå, att publicera rapporter kring hur innehållsmodereringen fungerar samt att möjliggöra för användare att överklaga borttagandet av innehåll.²⁷⁰ Koden ställer också krav på att regelbundet utbilda plattformarnas personal kring samhällsutvecklingen.²⁷¹ Koden innehåller dock inga skyldigheter vad gäller att meddela användare som har fått sitt innehåll borttaget, inte heller om innehållet tagits bort trots

²⁶⁶ Buijs, Doris & Buri, Ilaria (2023), ‘The DSA’s crisis approach: crisis response mechanism and crisis protocols’, DSA Observatory.

²⁶⁷ Rådets rambeslut 2008/913/RIF om bekämpande av vissa former av och uttryck för rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen.

²⁶⁸ Ullrich, Carsten & Quintel, Teresa (2020), Self-regulatory of fundamental rights? The EU code of Conduct on Hate Speech, related initiatives and beyond, *Fundamental Rights Protection Online : The Future Regulation of Intermediaries*, red. Bilyana Petkova & Tuomas Ojanen, Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing, s. 204.

²⁶⁹ Europeiska kommissionen, Information note – Progress on combating hate speech online through the EU Code of conduct, Bryssel 2019.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Cappelletto (2020), s. 24.

att det varit lagligt.²⁷² Inte heller innehåller koden några yttrandefrihetsrättsliga garantier för att inte lagligt innehåll ska tas bort.²⁷³

Även om åtgärderna i uppförandekoden har lyfts fram som framgångsrika i arbetet mot hatpropaganda har också kritik lyfts. Bedömare har varnat för risker för censur, brister när det gäller att fastställa giltigheten av användares anmälningar, avsaknad av överklagandemekanismer för användare vars innehåll har tagits bort, avsaknad av krav på att olagligt innehåll ska rapporteras till de behöriga nationella myndigheterna när det tas bort, och att den korta 24-timmarsfristen kan leda till att lagligt innehåll tas bort.²⁷⁴ Det görs dock vissa försök att balansera kraven av borttagande av innehåll med yttrandefrihetsrättsliga aspekter. Exempelvis nämns i uppförandekoden vikten av yttrandefrihet varpå det görs en hänvisning till Europadomstolen om mänskliga rättigheter om att yttrandefrihet är ”tillämplig inte bara på ’information’ eller ’idéer’ som tas emot positivt eller betraktas som stötande eller som en fråga om ligkiltighet, utan också som kränker, chockerar eller stör staten eller någon del av befolkningen”. Kommissionen skriver också att notice-and-take-down system på olika sätt kan missbrukas och uppmanar plattformarna att nedprioritera anmälningar från en anmälare som har skickat ett stort antal ogiltiga anmälningar, att ta bort statusen som betrodd anmälare, eller att tydligt peka ut problemet i användarvillkoren.²⁷⁵

Arbetet mot olagligt innehåll har utvecklats ytterligare i två rapporter från kommissionen: Meddelande från kommissionen om hantering av olagligt innehåll online²⁷⁶ och Kommissionens rekommendation om åtgärder för att effektivt bekämpa olagligt innehåll online²⁷⁷. Båda dokumenten syftar till att öka transparens och effektivitet i notice-and-take-down-systemen, att uppmuntra förebyggande arbete och att öka samarbetet mellan plattformar, myndigheter och betrodda anmälare. Bland annat rekommenderar EU-kommissionen plattformarna att använda automatiska filtreringssystem för att proaktivt arbeta mot olagligt innehåll,²⁷⁸ samt automatiserade system för att hindra återpublicering av innehåll som har tagits bort.²⁷⁹ Kommissionen rekommenderar plattformarna att informera anmälnaren och/eller innehållsskaparen om att innehåll har avlägsnats, och att skapa system för motanmälan.²⁸⁰ Vidare bör plattformen enligt kommissionen utan onödigt

²⁷² Ullrich & Quintel (2020), s. 205.

²⁷³ Ibid, s. 205.

²⁷⁴ Ullrich & Quintel (2020), s. 197 ff.

²⁷⁵ COM(2017) 555 final, s. 18.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Kommissionens rekommendation (EU) 2018/334 av den 1 mars 2018 om åtgärder för att effektivt bekämpa olagligt innehåll online.

²⁷⁸ Ibid, p. 24.

²⁷⁹ COM(2017) 555 final, s. 19.

²⁸⁰ Kommissionens rekommendation 2018/334 av den 1 mars 2018 om åtgärder för att effektivt bekämpa olagligt innehåll online, p. 19–20.

dröjsmål återpublicera innehåll eller låta användare publicera samma innehåll igen om det framkommit att innehållet var lagligt.²⁸¹

5.2.2 Åtgärder mot desinformation

År 2018 enades branschen för första gången om självreglerande standarder för att bekämpa desinformation. EU konstaterade att desinformation som sprids på sociala medieplattformar är ett stort problem och att medieplattformarna hittills ”stått handfallna inför problemen med desinformation och manipulativt utnyttjande av plattformarnas infrastruktur”.²⁸² Dessutom konstaterade EU-kommissionen att medieplattformar tagit på sig roller som traditionellt förknippats med redaktionella mediekanaler, men utan att omfattas av dessas ramar och regler.²⁸³ I koden definieras desinformation som ”bevisligen oriktiga eller missvisande uppgifter” som ”skapas, presenteras och sprids för att uppnå ekonomisk vinning eller avsiktligt vilseleda allmänheten”, och som ”kan orsaka skada för allmänheten” i form av ”hot mot demokratiska politiska och beslutsfattande processer eller mot kollektiva nyttigheter som skyddet av EU-medborgarnas hälsa, miljö eller säkerhet”.²⁸⁴ Desinformation är dock inte vilseledande reklam, felrapporterade uppgifter, satir och parodi eller tydligt markerade partiska nyheter och kommentarer. Det krävs således ett uppsåt för att kategoriseras som desinformation.²⁸⁵ Termen är inte heller tillämplig på spridning av olagligt innehåll online.²⁸⁶ Definitionen har kritiserats för att vara både vag och subjektiv,²⁸⁷ och för att det normalt är mycket svårt att utan kontext avgöra vad som är desinformation.

Uppförandekodens mål är flera, däribland att främja ”rimliga politiska åtgärder mot falska uppgifter” och att ”intensifiera och demonstrera effektiviteten hos arbetet med att stänga falska konton”.²⁸⁸ Koden innebär också krav på ökad transparens gällande politisk reklam för att användarna ska förstå varför en viss annons har riktats till dem, samt krav på plattformarna att utarbeta verktyg för att användarna ska kunna rapportera desinformation och för plattformarna att prioritera ”relevant, giltig och tillförlitlig information” samt intensifiera arbetet mot konton vars syfte är att sprida desinformation.²⁸⁹

²⁸¹ COM(2017) 555 final, s. 17.

²⁸² Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén – Bekämpande av desinformation online: en EU-strategi, COM(2018) 236 final, s. 2

²⁸³ Ibid, s. 5.

²⁸⁴ Ibid, s. 4.

²⁸⁵ Ibid, s. 4.

²⁸⁶ Kuczerawy, Aleksandra (2020), Fighting Online Disinformation: Did the EU Code of Practice Forget about Freedom of Expression?, *Disinformation and Digital Media as a Challenge for Democracy*, red. Georgios Terzis m.fl., vol. 6, Intersentia, s. 293.

²⁸⁷ Cappello (2021), s. 17 f.

²⁸⁸ EU-uppförandekod om desinformation, Bryssel 2018.

²⁸⁹ Ibid.

Av 2018 års uppförandekod framgår att plattformarna inte, i enlighet med artikel 10 EKMR, bör tvingas radera lagligt innehåll enbart på grundval av att innehållet är falskt. Däremot uppmanas parterna enligt uppförandekoden att minska synligheten av sådan information. I praktiken är skillnaden mellan dessa åtgärder liten.²⁹⁰

Efter en utvärdering år 2020 förstärktes koden.²⁹¹ Den nya koden är uppbyggd på samma sätt som den tidigare och innehåller huvudsakligen samma åtgärder.²⁹² Vissa av åtgärderna är däremot mer långtgående, dessa kommer inte att beskrivas djupare i denna uppsats.

Vad gäller skyddet för yttrande- och informationsfriheten samt de grundläggande rättigheterna i Europakonventionen och EU-stadgan nämns vikten av dessa flera gånger i den nya koden.²⁹³ Det finns dock en inneboende konflikt mellan det nämnda skyddet för lagligt innehåll och uppförandekoden. Koden riktar nämligen in sig på lagligt innehåll som ofta åtnjuter skydd enligt Europakonventionen och stadgan. Att ta bort, nedgradera eller på annat sätt minska detta innehålls synlighet, innebär en begränsning av tillgången till och spridningen av det riktade innehållet och ett ingrepp i rätten att ta emot och sprida information.²⁹⁴ Detta bör inte göras utan en bedömning av åtgärdens nödvändighet och proportionalitet, se avsnitt 3.2.2 och 3.3.3, och förenligheten med EKMR och stadgan torde därför kunna ifrågasättas.

5.2.3 Avslutande kommentar

Avslutningsvis kan sägas att det är anmärkningsvärt att privata företag som potentiellt saknar juridisk kompetens, genom uppförandekoder uppmanas till begränsningar av inte bara olagligt utan också lagligt innehåll. Att på detta sätt delegera offentliga uppgifter till privata organ, gör det möjligt att kringgå yttrandefrihetsrättsliga skyddsmekanismer som annars vore tillämpliga på direkt statlig inblandning.²⁹⁵ Om detta är förenligt med Europakonventionens doktrin om positiva skyldigheter och stadgans uttalade skyldighet att säkerställa ett effektivt skydd av rättigheterna i stadgan, kan ifrågasättas, se avsnitt 3.2.2 och 3.3.3.

Att använda privata enheter för att fatta beslut som påverkar yttrandefriheten kan förvisso vara nödvändigt i vissa situationer som kräver snabba beslut. För att säkerställa proportionalitet och ett effektivt skydd för grundläggande rättigheter bör dock införas tydliga gränser för den delegerade beslutsbefogenheten, vilket kräver avgränsningar och processuella garantier mot överborttagning av innehåll. Uppförandekodernas vaga definitioner av

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Europeiska kommissionen, *Assessment of the Code of Practice on Disinformation – Achievements and areas for further improvement*, SWD(2020) 180 final.

²⁹² EU-uppförandekod om desinformation, Bryssel 2022, s. 2.

²⁹³ Ibid, p. 1(c), 5(i).

²⁹⁴ Kuczerawy (2020), s. 300.

²⁹⁵ Ibid, s. 301.

både desinformation och olaglig hatpropaganda samt avsaknaden av sådana garantier som skyddar yttranden, ökar risken för godtycklig innehållsmoderering.²⁹⁶

5.3 Aktiva åtgärder i Digital Services Act

Det har som tidigare nämnts funnits en kritik kring att e-handelsdirektivet saknat garantier mot överborttagning av innehåll.²⁹⁷ Som ett svar på detta innehåller DSA flera processuella- samt formella krav som plattformar ska uppnå i samband med innehållsmodereringen. Ett antal av dessa krav känns igen från de frivilliga uppförandekoderna. Skyldigheterna är frikopplade från regleringen om ansvarsfrihet under kapitel 4 och i stället kopplade till ett bötes- samt vitessystem som beskrivs närmare under avsnitt 5.3.6.²⁹⁸ Det har dock under lagstiftningsprocessens gång funnits diskussioner om att villkora ansvarsfriheten med de processuella- samt formella kraven i DSA. Detta ansågs dock riskera att skapa ytterligare rättslig osäkerhet och oförutsebarhet kring gränserna för ansvarsfriheten, samt innebära att efterlevnaden av kraven i praktiken blev frivilligt. En plattform skulle nämligen kunna välja att inte leva upp till kraven utan i stället vara ansvarig för de användarproducerade innehållet, vilket inte ansågs vara en tillfredsställande ordning.²⁹⁹

Skyldigheterna i DSA är asymmetriskt uppbyggda. Det innebär att olika kategorier av tjänsteleverantörer åläggs olika skyldigheter. I artiklarna 11–15 finns regler som är tillämpliga på leverantörer av förmedlingstjänster. I artiklarna 16–18 utökas ansvaret för värdtjänster. I artiklarna 19–28 finns ytterligare regler för onlineplattformar och i 29–43 finns regler som enbart gäller mycket stora onlineplattformar. Strukturen motiveras av de mycket stora onlineplattformarnas räckvidd, möjlighet att forma debatten, den allmänna opinionen, samt utgöra samhällsrisker.³⁰⁰

Nedan följer en genomgång av några av de processuella- samt formella krav som har bäring på användarnas yttrande- och informationsfrihet. Först ska dock nämnas att DSA i skälen gör flera allmänna hänvisningar till skyddet för grundläggande rättigheter.³⁰¹ Av detta följer, precis som av EU:s rättskällelära, att rättsakten ska tolkas i ljuset av EU-stadgan.³⁰² Frågan är emellertid om dessa allmänt hållna garantier, är tillräckliga för att säkerställa att rättsakten är förenlig med de grundläggande rättigheterna i stadgan och Europakonventionen. Frågan kommer analyseras i kapitel 6.

²⁹⁶ Ibid, s. 301 f.

²⁹⁷ SWD(2020) 348 final, del 1 av 2, s. 38 f.

²⁹⁸ Se artikel 52 och 74 DSA.

²⁹⁹ SWD(2020) 348 final, del 2 av 2.

³⁰⁰ Se skäl 76 DSA.

³⁰¹ Se t.ex. skäl 3, 9, 22, 36, 40, 41, 47, 51, 63, 79, 81, 86, 91, 109, 119, 140, 153 och 155 DSA.

³⁰² Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40.

5.3.1 Transparens vid innehållsmoderering

Flera av de processuella- samt formella krav som DSA innehåller utgörs av bestämmelser som syftar till att öka transparensen i samband med innehållsmodereringen. I det sammanhanget är artikel 14 DSA en hörnsten. Artikeln stadgar att plattformarnas innehållsmoderering ska kodifieras i de allmänna villkoren. Tilltaget är nytt, eftersom plattformarnas allmänna regler tidigare i princip lämnats oreglerade, även om flera stora medieplattformar på frivillig basis har publicerat delar av sina modereringsregler.³⁰³

Bestämmelsen är ett sätt att skapa ökad förutsebarhet och transparens kring plattformarnas innehållsmoderering, både för användare, forskare och myndigheter. Litteraturen har emellertid frågat sig hur mycket förutsebar detta kommer att ge. Plattformarnas innehållsmoderering tenderar att ske snabbt och utan noggranna överväganden eller faktainsamling. Det innebär att de kodifierade policyreglerna ändå kommer att skilja sig från tillämpningen.³⁰⁴

DSA stadgar också att förmedlingstjänster genom återkommande rapporter i efterhand ska offentliggöra den innehållsmoderering som bedrivs.³⁰⁵ Ytterligare transparensregler, t.ex. gällande plattformarnas rekommendationssystem, annonsering samt grafisk utformning finns.³⁰⁶ Noteras bör att termen innehållsmoderering i DSA definieras brett och inte enbart avser borttagande av innehåll eller nedstängning av konton, utan också avser synlighetsbegränsningar och nedprioritering av innehåll. Det innebär att i princip all plattformens hantering av innehåll omfattas av reglerna om innehållsmoderering.³⁰⁷

5.3.2 Mekanismer för anmälan och åtgärder

DSA stadgar att det är obligatoriskt för värdtjänster att införa en så kallad notice-and-take-down-mekanism, se avsnitt 4.2.2.2.1 och 4.4.2.2. Tidigare tillhörde detta medlemsstaternas kompetens, vilket ansågs skapa fragmentisering inom unionen.³⁰⁸ Kravet på en notice-and-take-down-mekanism kopplas till det bötes- och vitessystem som finns i DSA, vilket innebär att en plattform som underlåter att införa en mekanism kan åläggas böter. En värdtjänst som däremot har en notice-and-take-down-mekanism, men underlåter att ta bort olagligt innehåll som den medvetandegjorts om genom mekanismen, går miste om sin ansvarsfrihet.

³⁰³ Leerssen (2023), s. 6.

³⁰⁴ Ibid, s. 6 f.

³⁰⁵ Se artikel 15 DSA.

³⁰⁶ Se skäl 67–70 DSA; artikel 24, 25 och 27 DSA.

³⁰⁷ Se artikel 3(t) DSA.

³⁰⁸ Savin (2021), s. 18.

Det görs i skälen till DSA allmänna garantier för alla parter grundläggande rättigheter i samband med borttagande av innehåll.³⁰⁹ Emellertid finns det inga uttryckliga skyddsåtgärder för ett alltför omfattande borttagande av vissa typer av innehåll i den materiella bestämmelsen om notice-and-take-down-mekanism, vilket utifrån ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv måste betraktas som problematiskt. Under DSA:s förhandlingsfas lyftes behovet av att införa ett yttrandefrihetsrättsligt skydd i samband med att innehåll tas bort. Eftastaterna önskade exempelvis att redaktionella medier som lägger upp innehåll på sociala medier skulle kunna ges ett särskilt skydd. Detta infördes dock inte.³¹⁰

Vem som helst kan anmäla innehåll genom ett notice-and-take-down-system. Genom att DSA innehåller bestämmelser om så kallade betrodda anmälare görs dock skillnad mellan olika anmälare.³¹¹ Systemet förväntas resultera i anmälningar av högre kvalitet och snabbare borttagningar.³¹² Att en myndighet kan utses till betrodd anmälare och därmed verka för att specifik information tas bort, kan dock anses problematiskt eftersom det ger statliga organ en möjlighet att indirekt ta bort enskildas yttranden. Samtidigt har Europadomstolen visat att det finns situationer då staten kan ha en positiv skyldighet att agera, inte bara för att skydda yttranden, utan också för att förhindra att vissa yttranden sprids.³¹³ Att en myndighet utgör en betrodd anmälare, torde inte i sig självt strida mot EKMR.

I artikel 23 DSA anges att onlineplattformar ska stänga av en användare som ”ofta tillhandahåller innehåll som är uppenbart olagligt”. Vidare ska plattformar avbryta behandlingen av anmälningar som lämnas in av användare som ”ofta lämnar in anmälningar eller klagomål som är uppenbart ogrundade”. Vid bedömningen ska beaktas antalet uppenbart olagliga inlägg samt uppenbart ogrundade anmälningar, graden av allvar i missbruket, samt användarens avsikt med missbruket. Kriterierna för vad som betraktas som missbruk ska tydligt stadgas i plattformarnas allmänna villkor enligt bestämmelserna.³¹⁴

Åtgärderna mot missbruk i artikel 23 kräver att plattformen skapar system för att hålla koll på vem som postar vad. Det ställer i praktiken krav på plattformen att kontrollera allt användargenererat innehåll. Kravet är därför

³⁰⁹ Se skäl 50–51 DSA.

³¹⁰ EEA EFTA comment on the Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, s. 3.

³¹¹ Se artikel 22 DSA.

³¹² COM(2017) 555 final, s. 8

³¹³ Se *K.U. mot Finland*, p 43.

³¹⁴ Artikel 22.4 DSA.

svårt att skilja från ett åläggande av en allmän övervakningsskyldighet, vilket är förbjudet enligt artikel 8 DSA.³¹⁵

5.3.3 Motiveringskyldighet

DSA stadgar att vissa delar av innehållsmodereringen ska följas av en motivering till den berörda användaren. Det gäller exempelvis åtgärder som att nedprioritera innehåll eller att tillfälligt stänga ner användares konto. Motiveringen ska bland annat innehålla den vidtagna åtgärden, den juridiska eller avtalsmässiga överträdelsen som åtgärden är ett svar på, de fakta som åberopats för att fatta beslutet, huruvida åtgärden vidtogs som svar på ett meddelande från tredje part samt användarens möjlighet till rättelse.³¹⁶ Bestämmelsen är i praktiken ett förbud mot skuggförbud ("shadow banning"), alltså att plattformar utan användarens vetskap nedprioriterar eller kraftigt minskar innehålls räckvidd.³¹⁷ Detta är en åtgärd som har efterfrågats i litteraturen, och som anses möjliggöra för den som får sitt innehåll borttaget att inleda en överprövningsprocess.³¹⁸

Motiveringskyldigheten gäller dock inte om borttagandet kommer efter anmälan från offentliga myndigheter eller om innehållet utgör vilseledande kommersiellt innehåll i stora volymer.³¹⁹ Det sistnämnda undantaget kräver alltså att plattformen gör en faktakoll av innehållet för att avgöra om det är vilseledande. Noteras bör att kommissionen genom undantaget signalerar att politiskt innehåll är mer skyddsvärt än kommersiellt, vilket går i linje med Europadomstolens praxis.³²⁰ Att inte borttagandet gäller efter anmälan från offentliga myndigheter kan tyckas problematiskt utifrån en yttrandefrihetssynpunkt, men tänkas spegla en tilltro till myndigheter.

5.3.4 Klagomålsprocess

DSA innehåller regler för intern och extern klagomålshantering i samband med innehållsmodereringen.³²¹ Den interna klagoprocessen innebär att en användare som fått sitt innehåll nedtaget eller konto avstängt, inom en viss tidsfrist ska kunna klaga. Överklagandemekanismen får enligt DSA inte skötas på enbart automatiserad väg, utan det krävs en mänsklig övervakning – något som kan vara kostsamt för en plattform.³²² Om plattformen kommer fram till att ett felaktigt beslut har fattats utifrån lagen i aktuell medlemsstat eller utifrån plattformens egna användarvillkor, ska plattformen utan onödigt

³¹⁵ Kuczerawy, Aleksandra (2020a), From 'Notice and Take Down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, red. Giancarlo Frosio, Oxford Academic, s. 524-543.

³¹⁶ Se artikel 17 DSA.

³¹⁷ Leerseen (2023), s. 1 f.

³¹⁸ Kuczerawy (2020), s. 303.

³¹⁹ Se artikel 17 DSA.

³²⁰ Leerseen (2023), s. 7 f.

³²¹ Se artikel 20 DSA.

³²² Savin (2021), s. 19.

dröjsmål ändra sitt beslut.³²³ Detta lär vara positivt ur ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv. Samtidigt återstår att se vilken benägenhet plattformarna kommer att ha att ändra sina tidigare beslut, samt om tillräckligt mycket resurser kommer att åsidosättas för att en plattform ska kunna adekvat utreda huruvida ett yttrande varit olagligt eller skadligt.

Användare som fått sitt innehåll borttaget, samt anmälare av innehåll, kan överklaga plattformens beslut att ta bort eller låta innehåll vara kvar, till ett särskilt organ för tvistlösning utanför domstol. Plattformar ska som huvudregel samarbeta med organet men får vägra om tvisten ”redan har lösts rörande samma information och samma grunder för innehållets påstådda olaglighet eller oförenlighet” av plattformen. Det torde innebära att en plattform kan blockera en prövning i organet om plattformen anser att ingen ytterligare information tillkommit.³²⁴

Det är huvudsakligen plattformen som bär kostnaderna för tvistelösningen. Det skapar incitament för användare att överklaga plattformens modereringsbeslut, vilket riskerar att bli mycket kostsamt för plattformarna, särskilt för mindre plattformar.³²⁵ Det har i litteraturen diskuterats om huruvida tvistelösningens modellen kommer att skapa incitament för plattformarna att inte ta bort för mycket innehåll, vilket i så fall kan väga upp andra, tidigare nämnda, incitamentsstrukturer som tenderar att verka för att ta bort för mycket innehåll.³²⁶ Om så blir fallet återstår att se. Organets beslut har nämligen inte någon bindande verkan, utan är enbart rekommendationer.³²⁷

5.3.5 Skyldigheter för mycket stora plattformar

En av de mest omdebatterade frågorna kring DSA, är de skyldigheter som åläggs mycket stora onlineplattformar. De omfattar plattformar såsom Facebook, X (tidigare Twitter) och Youtube, men genom att införa en löpande gransknings- och verifieringsprocess också nya snabbt expanderande plattformar. Två gånger per år ska nämligen samordnaren för digitala tjänster, se avsnitt 5.3.6.1, identifiera om fler onlineplattformar kan kategoriseras som mycket stora.³²⁸ Idéen om att särskilt reglera mycket stora onlineplattformar har funnits inom EU sedan åtminstone 2015, men vann mark först i samband med införandet av DSA.³²⁹

5.3.5.1 Riskbedömning

³²³ Se artikel 20 DSA.

³²⁴ Se artikel 21 DSA.

³²⁵ Holznagel, Daniel (2022), 'A Self-Regulatory Race to the Bottom through Out-of-Court Dispute Settlement in the Digital Services Act', Verfassungsblog.

³²⁶ Holznagel (2022).

³²⁷ Se artikel 21.2 DSA.

³²⁸ Cappello (2021), s. 47.

³²⁹ Savin (2021), s. 20.

DSA ålägger mycket stora onlineplattformar att göra riskbedömningar som ett sätt att på förhand förebygga potentiella risker. Det innebär att plattformarna minst en gång per år ska ”identifiera, analysera och bedöma alla eventuella risker som härrör från utformningen av tjänsten”.³³⁰

Det finns fyra kategorier av systemrisker som varje plattform ska beakta. Den första kategorin handlar om risken för att olagligt innehåll sprids på plattformen. Denna risk kan utgöra en betydande systemrisk om tillgången till olagligt innehåll riskerar att ”utökas snabbt och med stor utbredning genom konton med särskilt stor räckvidd”.³³¹ Mer precist vad detta innebär framgår inte. Hur omfattande riskbedömningen ska vara och vad den ska innehålla beskrivs inte vidare.³³²

Den andra kategorin systemrisker handlar om negativa effekter på utövandet av grundläggande rättigheter som skyddas av EU-stadgan, däribland användarnas yttrande- och informationsfrihet samt rätt till privatliv och konsumentskydd. En sådan risk kan uppstå i samband med att plattformen använder automatiserade system för prioritering av innehåll, eller vid oriktiga anmälningar av innehåll från tredje part.³³³ Hur detta intresse ska vägas mot de andra uppräpnade riskerna, lämnar emellertid förordningen därhän.

Den tredje systemrisken handlar om risker kopplade till negativa effekter på samhällsdebatten, valprocesser och den allmänna säkerheten. Den fjärde handlar om plattformens negativa effekter på könsrelaterat våld, skydd av folkhälsan, minderåriga och effekter på personers fysiska och psykiska välbefinnande. Av skälen framgår att den sistnämnda kan handla om samordnade desinformationskampanjer som rör folkhälsan eller utformning av onlineplattformen som bidrar till beroende hos användarna.³³⁴ Nämnas bör att artikeln inte tar upp att skillnader mellan olika avsändare. Ska exempelvis effekterna av innehåll som lagts ut av en enskild användare betraktas på samma sätt som verksamheten på konton som förvaltas av redaktionellt styrda medier? Detta är oklart i nuläget.

De två sistnämnda kriterierna gäller inte olagligt innehåll, utan i stället olika former av skadligt innehåll, såsom hat och desinformation. Kriterierna är vagt utformade och det framgår inte närmare vad som avses med exempelvis negativa effekter på samhällsdebatten, folkhälsan eller på personers fysiska och psykiska välbefinnande. Innehåll med en negativ effekt på en persons psykiska välbefinnande skulle i princip kunna utgöra vilket innehåll som helst, eftersom människor tenderar att ta illa upp av olika innehåll. Vagheten riskerar att skapa utrymme för godtycke och skönsmässiga bedömningar från

³³⁰ Se artikel 34.1 DSA.

³³¹ Se skäl 80 DSA.

³³² Cappello (2021), s. 15–16.

³³³ Se skäl 81 DSA.

³³⁴ Se skäl 80–83 DSA.

såväl plattformarna som övervakande myndigheter.³³⁵ I motiveringen till DSA anges att ”’skadligt’ (men inte, eller åtminstone inte nödvändigtvis, olagligt) innehåll inte bör definieras i lagen om digitala tjänster och bör inte omfattas av skyldigheter att avlägsna innehåll, eftersom detta är ett känsligt område med allvarliga konsekvenser för skyddet av yttrandefriheten”. Genom de två sistnämnda kategorierna i riskanalysen blir plattformarna dock skyldiga att hantera inte bara olagligt innehåll, utan också skadligt innehåll.³³⁶ Det finns utöver de som redan nämnts, flera invändningar mot detta. T.ex. är det ofta svårt att avgöra vad som utgör skadligt innehåll eftersom det normalt krävs kontext för att avgöra vad som är desinformation eller hat (vad som är legitim kritik eller oacceptabelt hat kan bero på kontexten, såsom målet *MTE och Zrt* visade). Om de mycket stora plattformarna har förmågan att ta hänsyn till de olika samhällsklimat som råder i olika europeiska länder, och bedöma huruvida något som kan vara en risk i ett land inte nödvändigtvis behöver vara det i ett annat, återstår att se.³³⁷ Risken är att riskbedömningarna misslyckas med att beakta varje samhälles inbördes maktodynamik, och på så sätt uppfatta risker som inte finns eller missar risker som finns. Europadomstolen har vidare uttryckt att vulgära och osmakliga uttryckssätt omfattas av yttrandefriheten i artikel 10 EKMR, och att kommentarer med låg stilnivå (som kan betraktas som mycket otrevliga) skyddas av Europakonventionen.³³⁸ Att skadligt innehåll blir föremål för riskanalys och åtgärder, se nedan, kan därför krocka med Europadomstolens praxis.³³⁹

Vid bedömningen av systemrisker ska onlineplattformen inte bara fokusera på externa risker (såsom de ovan uppräknade), utan också på vilka av plattformens interna system som kan ge upphov till risker. Det inkluderar exempelvis utformningen av rekommendationssystem, innehållsmoderering, allmänna villkor samt urval av annonser.³⁴⁰

5.3.5.2 Riskreducering

Utifrån riskbedömningen i artikel 34 DSA ska plattformarna utarbeta ”rimliga, proportionella och effektiva” sätt att begränsa riskerna.³⁴¹ Detta har emellertid ansetts vara en klen vägledning med beaktande av komplexiteten i de uppgifter som artikel 34 och 35 ålägger plattformarna.³⁴² DSA anger en lång rad åtgärder såsom anpassning av innehållsmoderering och rekommendationssystem, begränsning av reklam, skärpt insyn, anpassat

³³⁵ Cappello (2021), s. 17.

³³⁶ Cappello (2021), s. 17.

³³⁷ Cappello (2021), s. 49.

³³⁸ *MTE och Zrt mot Ungern*, p. 77.

³³⁹ Barata, John (2021a), 'The Digital Services Act and its impact on the right of freedom of expression: Special focus on risk mitigation obligation', DSA Observatory.

³⁴⁰ Artikel 34.2 DSA.

³⁴¹ Se artikel 35 DSA.

³⁴² Barata (2021a).

samarbete med betrodda anmälare och samarbete med andra plattformar genom uppförandekoder och krisprotokoll, som ska begränsa riskerna.³⁴³

Avseende den första riskkategorin om olagligt innehåll, kan riskreducerande åtgärder handla om att bedriva innehållsmoderering som riktar sig särskilt mot användare, konton eller sidor som bevisligen har blivit, eller som förutses, bli en källa för olagligt innehåll.³⁴⁴ Som en riskreducerande åtgärd nämnder DSA borttagande av innehåll inom 24 timmar som ett riktmärke, genom att hänvisa till uppförandekoden för motverkande av olaglig hatpropaganda.³⁴⁵

Normalt är det plattformarna själva som bedömer vilka åtgärder som är lämpliga att vidta utifrån den egna riskanalysen. Kommissionen och den europeiska nämnden för digitala tjänster, se avsnitt 5.3.6.2, ska dock en gång om året identifiera och bedöma de mest framträdande riskerna samt bedöma bästa sätt att hantera dem. Kommissionen och nämnden utfärdar därefter riktlinjer för vilka åtgärder som bör vidtas av plattformarna.³⁴⁶ Den juridiska statusen på dessa riktlinjer är dock oklar. Eftersom plattformar tenderar att vara följsamma inför lagstiftarens krav, se avsnitt 2.2, finns det anledning att tro att kommissionen har stort inflytande, inte bara vad avser eventuella uppförandekoder, utan också över vilka riskreducerande åtgärder som blir aktuella.

Att kommissionen åläggs att göra riskbedömningar och föreslå åtgärder, ger upphov till flera frågor. Exempelvis om ett politiskt organ bör anförtros samt har legitimitet att göra omfattande bedömningar av mångfalden i samhällsdebatten, rättvisan i valprocessen eller skyddet av den allmänna säkerheten. Det går att argumentera för att detta utgör kärnan i demokratin och därför kräver de mest öppna samhällsdebatterna och institutionella förfarandena, samt att det inte bör vara ett politiskt organs roll att bedöma kvaliteten på samhällsdebatten och vad som kan skada den.³⁴⁷

Nämnas bör att uppförandekoder betraktas som ett sätt att genomföra de mycket allmänt hållna riskreducerande åtgärderna på, och därmed blir ett viktigt sätt att efterleva DSA, se avsnitt 5.2.³⁴⁸

DSA hänvisar genom skäl 86 till att de riskreducerande åtgärderna ska ”vara proportionella mot bakgrund av den ekonomiska kapaciteten” samt att hänsyn ska tas till ”behovet att undvika onödiga begränsningar av användningen av deras tjänster, med vederbörlig hänsyn till potentiella negativa effekter på dessa grundläggande rättigheter”, särskilt yttrandefriheten. Det bör dock

³⁴³ Artikel 35 DSA.

³⁴⁴ Cappello (2021), s. 16.

³⁴⁵ Se skäl 87 DSA.

³⁴⁶ Se artikel 35.2 DSA.

³⁴⁷ Buri, Ilaria (2022), 'A Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives', Verfassungsblog.

³⁴⁸ Se skäl 104 DSA.

noteras att systemriskerna i många fall endast kan hanteras genom automatiserade filtreringsmekanismer,³⁴⁹ och att sådana automatiska mekanismer kan generera fel som skadar användarnas rättigheter avseende yttrandefrihet och integritet. Några konkreta skyddsmekanismer som skyddar användarnas yttrandefrihet i samband med detta finns inte. Litteraturen har uttryckt att bestämmelserna väcker farhågor kring deras möjliga inverkan på grundläggande rättigheter, och i synnerhet yttrandefriheten.³⁵⁰

Det är också viktigt att ha med sig att ett avlägsnandebeslut inte är det enda som har en stark inverkan på möjligheten att yttra sig. Andra åtgärder som plattformar vidtar för att begränsa effekterna av vissa systemrisker, såsom att nedprioritera innehåll eller göra innehåll oåtkomligt, påverkar i hög grad användarnas möjligheter att både sprida och ta emot information. Slutligen kan konstateras att de åtgärder som vidtas inom ramen för artikel 34 och 35 DSA sker genom ett komplext samspel mellan plattformen, politiska organ och statliga myndigheter. Genom riskanalyserna sker ingripandena både på förhand och i efterhand.³⁵¹ Det förstnämnda har problematiserats under avsnitt 2.3.2.

5.3.6 Verkställighet och övervakning

Till skillnad från e-handelsdirektivet innehåller DSA ett långtgående system för verkställighet och övervakning av plattformarna. Nedan följer en översiktlig genomgång av den nya regleringen. Detta genom att kortfattat gå igenom de instanser som huvudsakligen ansvarar för efterlevnaden av förordningen samt dessas befogenheter.

5.3.6.1 Samordnare för digitala tjänster

Enligt DSA ska varje medlemsstat utse en inhemsk myndighet till samordnare för digitala tjänster som ska samordna och övervaka efterlevnaden av plattformar (dock inte mycket stora plattformar, se avsnitt 5.3.6.3). Samordnarna ska fungera som en slags kontaktpunkt mellan medlemsstaten, EU-kommissionen, den så kallade nämnden (se avsnitt 5.3.6.2) och samordnare i andra medlemsstater.³⁵² Samordnarna har mycket långtgående befogenheter för att fullgöra sina uppgifter. De kan begära samarbete från samtliga som har relevant information om överträdelser samt genomföra inspektioner i plattformens lokaler. Samordnarna har rätt att beslagta information som rör en misstänkt överträdelse, samt befogenhet att förhöra anställda vid misstänkt överträdelse av DSA.³⁵³ Samordnaren får också besluta om en tillfällig begränsning av mottagarnas tillgång till plattformen

³⁴⁹ Cappello (2021), s. 18.

³⁵⁰ Barata (2021a).

³⁵¹ Cappello (2021), s. 19

³⁵² Artikel 49–50 DSA.

³⁵³ Artikel 51 DSA.

om samordnaren inte anser att plattformen vidtagit åtgärder för att få överträdelser enligt DSA att upphöra.³⁵⁴

Samordnaren får besluta om böter eller vite som uppgår till högst 6 procent av den globala årsomsättningen, om plattformen inte uppfyller skyldigheterna i DSA.³⁵⁵

5.3.6.2 *Nämnden för digitala tjänster*

DSA inrättar en nämnd för digitala tjänster som består av samordnare från varje medlemsstat. Nämnden är i första hand ett rådgivande organ som ska ge råd till samordnarna och till EU-kommissionen i deras tillsynsuppdrag.³⁵⁶ Nämnden utarbetar också yttranden, stödjer myndigheter i analysen av rapporter samt är med i utformandet av uppförandekoder.³⁵⁷

5.3.6.3 *EU-kommissionen*

Vad gäller övervakningen av mycket stora medieplattformar har EU-kommissionen, inte medlemsstaternas samordnare, exklusiva befogenheter att utöva tillsyn- och verkställighet. Detta gäller dock enbart de särskilda krav som åläggs enbart de mycket stora plattformar, alltså bland annat riskanalys och riskreducering.³⁵⁸ Systemet innebär en ökad centralisering av kontrollen över mycket stora plattformar.³⁵⁹

Artikel 65 DSA ger kommissionen mycket breda befogenheter i tillsynen av plattformarna. Kommissionen kan antingen på eget initiativ eller på uppmaning av en samordnare vidta utredningar som syftar till att säkerställa att en plattform uppfyller kraven i DSA. Under utredningen får kommissionen långtgående befogenheter att vidta åtgärder. Dessa inkluderar sådant som att granska räkenskaper, intervjua personal och inspektera lokaler.³⁶⁰ Artikel 71 stadgar att ”för att utföra de uppgifter som den anförtros enligt detta avsnitt får kommissionen vidta de åtgärder som är nödvändiga för att övervaka att denna förordning genomförs och efterlevs på ett effektivt sätt”. Detta är en mycket långtgående formulering som ger kommissionen stort svängrum i övervakningen. Vidare kan kommissionen, om en mycket stor onlineplattform har gjort egna åtaganden som ett led i att uppfylla DSA, göra dessa åtaganden bindande.³⁶¹ De bindande åtagandena kan senare ligga till grund för ett beslut om bristande efterlevnad.³⁶²

³⁵⁴ Artikel 51.3 DSA.

³⁵⁵ Se artikel 51.2 DSA.

³⁵⁶ Se artikel 61 DSA.

³⁵⁷ Se artikel 63 DSA.

³⁵⁸ Se artikel 56 DSA.

³⁵⁹ Buri, Ilaria (2022), 'A Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives', Verfassungsblog.

³⁶⁰ Se artikel 66–70 DSA.

³⁶¹ Se artikel 71 DSA.

³⁶² Se artikel 74 DSA.

Om kommissionen i samband med utredningen misstänker överträdelser av DSA kan kommissionen i enlighet med artikel 66 DSA besluta att inleda ett förfarande, varpå informationen från undersökningen kan ligga till grund samtidigt som ytterligare information insamlas.³⁶³ Förfarandet kan leda till ett beslut om bristande efterlevnad vilket kan föranleda böter på upp till 6 procent av plattformens totala globala årsomsättning.³⁶⁴ Beslut kan överklagas till EU-domstolen.³⁶⁵

Systemet för övervakning av de mycket stora plattformarna, som ovan beskrivits översiktligt, väcker vissa betänkligheter utifrån ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv. Dels har de höga bötes- och vitesbeloppen ansetts öka risken för överborttagning, se avsnitt 2.3.1. Dels har det faktum att ett politiskt organ övervakar plattformarnas regelefterlevnad ifrågasatts.³⁶⁶ DSA och dess efterlevnad har nämligen bäring på grundläggande rättigheter såsom användarnas yttrandefrihet och eventuella begränsningar av dessa rättigheter anförtros normalt oberoende organ. Kommissionen är däremot inte någon opartisk, oberoende myndighet, utan ett högst politiskt organ med egna agendor och politiska visioner – inte minst att ta hårdare tag mot olagligt och skadligt innehåll.³⁶⁷ Det inflytande som EU-kommissionen får över tillämpningen av DSA, är därför problematiskt. Dessutom har kommissionen som ett lagstiftande organ varit en del av att utforma DSA, vilket enligt traditionell maktodelningslära innebär att ett annat organ tar rollen som verkställande.³⁶⁸

Tillsynen över plattformar som regleras av samordnarna för digitala tjänster karaktäriseras i högre grad av oberoende och opartiskhet. Det går dock att argumentera för att kraven på opartiskhet kan vara lägre när det kommer till mycket stora plattformar, då dessa har råd att ta mål till EU-domstolen. Samtidigt lyftes röster under förhandlingarna kring DSA om att inrätta en oberoende tillsynsmyndighet, vilket har varit normen inom medie- och dataskyddslagstiftning. Detta infördes inte, bland annat eftersom liknande lösningar tidigare, exempelvis vad GDPR, har visat sig vara ineffektiva.³⁶⁹

³⁶³ Europeiska kommissionen (2023b), 'Tillsynsramen enligt lagen om digitala tjänster'.

³⁶⁴ Se artikel 73 DSA.

³⁶⁵ Artikel 81 DSA.

³⁶⁶ Buri (2022).

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Jämför Nationalencyklopedin, 'Maktodelningsläran'.

³⁶⁹ Wagner, Ben & Janssen, Heleen (2021), A first impression of regulatory powers in the Digital Services Act.

6 Avslutande analys

Syftet med uppsatsen har varit att undersöka EU:s reglering av sociala medieplattformar samt hur regleringen förhåller sig till skyddet för yttrande- och informationsfriheten i EKMR och EU-stadgan. Nedan följer en analys för att besvara frågeställningarna var för sig.

I vad mån kan sociala medieplattformar gå fria från ansvar för yttranden de lagrar på sin plattform?

En viktig del av denna uppsats har varit att reda ut hur det ansvarsfrihetsrättsliga området ser ut för medieplattformar inom EU. Möjligheten för en plattform att gå fri från ansvar vad gäller olagligt innehåll som lagras på dess tjänst, har visat sig vara relativt begränsad. Det krävs att plattformen inte varit ”aktiv”, samt att plattformen varit omedveten om innehållet samt agerat skyndsamt vid borttagandet av det. Rekvisiten har emellertid visat sig ge upphov till tolkningssvårigheter.

Gällande kravet på passivitet, tycks det i praktiken handla om att plattformen inte har engagerat sig i det specifika innehållet som ansvarsfriheten avser, på ett sätt som kan skapa ”kännedom om eller kontroll över lagrade uppgifter”. Var gränserna för ett sådant engagemang går är dock oklart, likväl vad rekvisitet tillför utöver rekvisitet om medvetenhet. En plattform kan per definition sägas ha kontroll över det innehåll som den lagrar, och ett agerande som skapar kännedom om innehållet faller in under rekvisitet för kännedom (vilket självt dock är behäftad med oklarheter). Får en plattform kännedom eller kontroll så fort någon av dess automatiserade rekommendationssystem engagerar sig i det specifika innehållet? Eller krävs det en mänsklig interaktion för att rekvisitet ska vara uppfyllt? Detta är frågor som är oklara.

Vad gäller kravet på kännedom förtydligar DSA vad en anmälan ska innehålla för att anses ge upphov till kännedom, men anger inte vilket eventuellt ansvar som en bristande anmälan kan ge upphov till. Samtidigt kan en plattform åläggas civilrättsligt ansvar utan att ha faktisk kunskap om innehållet (medvetenhet kan uppstå när en plattform *borde* känna till innehållet). Därmed är inte DSA:s regler kring vad en anmälan ska innehålla för att ge upphov till kännedom en gräns mellan ansvar och ansvarsfrihet (även om lagtexten i DSA får det att låta så), utan mellan faktisk kunskap och medvetenhet. Gränsen mellan ansvar och ansvarsfrihet, ter sig i stället fortsatt luddig liksom bedömningen kring vad en plattform *borde* känna till (plattformens aktsamhetsplikt).

I bedömningen av vad en plattform *borde* känna till har EU-domstolen beaktat sådant som plattformens vinstintresse, hur uppenbart olagligt innehåll är och om det finns ett effektivt system för notice-and-take-down. I praktiken innebär detta, att stora plattformar med ett effektivt notice-and-take-down-

system måste övervaka allt innehåll för att undgå civilrättsligt ansvar. DSA:s kraftfulla sanktionssystem torde ytterligare öka plattformarnas behov av att övervaka innehållet, liksom införandet av artikel 6 DSA om proaktiva åtgärder.

Den oklara tidsgränsen skapar ytterligare oklarhet kring ansvarsfrihetens gränser. DSA:s angivelse av 24 timmar för olagligt pornografiskt innehåll är en tidsgräns som inte torde vålla problem i uppenbara fall, men som för innehåll som befinner sig i en legal gråzon, kan omöjliggöra ordentliga utredningar och därmed leda till att lagligt innehåll tas bort. Även om det anges i DSA att 24 timmarsgränsen behöver anpassas utifrån olika typer av innehåll, är oklarheten i sig ett problem utifrån ett legalitetsperspektiv, eftersom det leder till oförutsebarhet.

Noteras ska att en potentiell konsekvens av införandet av några av de aktiva åtgärderna i DSA, t.ex. notice-and-take-down och betrodda anmälare, är att området för ansvarsfrihet minskar. Det följer att av möjligheten av att vara omedveten om innehållet som lagras på plattformen krymper. Avslutningsvis kan sägas att ett av syftena bakom DSA har varit att i högre utsträckning komma åt olagligt och skadligt innehåll. Såsom uppsatsen har visat, även om praxis i princip ännu saknas, tycks flera av åtgärderna leda till ett ökat behov av övervakning av innehållet för plattformarna för att inte riskera att gå miste om ansvarsfriheten, vilket väntas leda till mer borttagande av innehåll.

Vilka yttrandefrihetsrättsliga problem finns det med regleringen av ansvarsfrihet samt aktiva åtgärder och hur förhåller sig regleringen till artikel 10 EKMR och 11 EU-stadgan?

Såsom uppsatsen har visat finns det yttrandefrihetsrättsliga problem gällande mellanhansansvaret. Nedan följer först en analys av hur DSA:s mellanhansansvar och aktiva åtgärder förhåller sig till artikel 10 EKMR och 11 EU-stadgan, därefter görs en kortfattad summering som svar på frågeställningen.

Vi kan börja med att konstatera att bestämmelserna i DSA, både vad avser ansvarsfriheten och kraven på aktiva åtgärder, kan utgöra begränsningar av yttrande- och informationsfriheten i den mening som artikel 10 EKMR och artikel 11 EU-stadgan avser, se avsnitt 3.2.2 och 3.3.3. I första hand eftersom det innebär att innehåll tas bort eller osynliggörs. Begränsningarna kan avse antingen medborgarnas möjligheter att sprida och ta del av information, eller plattformsföretagens möjligheter att lagra och vidareförmedla innehåll. I denna uppsats har fokus legat på det förstnämnda.

Vad gäller de frivilliga uppförandekoder som plattformarna kan ansluta sig till, är det inte lika tydligt att de åtgärder som vidtas inom ramen för dessa kan betraktas som begränsningar enligt EKMR och EU-stadgan. Orsaken är att de skyldigheter som följer av artiklarna riktar sig till konventionsstaterna,

medlemsstaterna och EU, se avsnitt 3.3.1. Konventionen och EU-stadgan har ingen direkt bäring på vad en privat aktör gör på eget initiativ, däremot på när en privat aktör åläggs skyldigheter enligt en EU-rättsligt bindande rättsakt såsom DSA. Här kan dock påtalas att stater har positiva förpliktelser, och en skyldighet att skapa en miljö där rätten kan utövas effektivt utan att inskränkas på ett otillbörligt sätt, se avsnitt 3.2.1 och 3.3.3.

Emellertid går det att argumentera för att de yttrandefrihetsrättsliga begränsningar som följer av frivilliga uppförandekoder bör kunna bedömas utifrån det skydd som konventionen och stadgan ger. Detta eftersom artikel 34 och 35 DSA, skäl 104 DSA samt artikel 71 DSA (se avsnitt 5.2) innebär att graden av självreglering och frivillighet i uppförandekoden minskar avsevärt, och att det därför finns skäl att inte betrakta uppförandekoderna som egeninitierade frivilliga åtgärder utan som bindande rättsliga åtaganden som härrör från statlig reglering. På det sättet är det möjligt att se uppförandekodernas krav på borttagande av innehåll som begränsningar av yttrandefriheten i enlighet med artikel 10 EKMR och artikel 11 EU-stadgan.

Det ska också påminnas om att alla yttranden inte skyddas av konventionen, vilket följer av artikel 17 EKMR och artikel 54 EU-stadgan. Av bestämmelserna följer att uttalanden som har ett icke-demokratiskt syfte får medlemsstaten eller EU:s institutioner inskränka obehindrat, se avsnitt 3.2.1 och 3.3.3. Bestämmelserna tillämpas emellertid mycket restriktivt, och att merparten av DSA:s breda krav på borttagande av innehåll skulle vara yttranden med ett odemokratiskt syfte, och därmed falla utanför konventionen och stadgans skydd, är tveksamt. Om så ändå vore fallet, är frågan om plattformsföretagen har resurser att vidta en sådan ”noggrann och djupgående analys av syftet bakom yttranden”, som Europadomstolen anses krävs för att avgöra om artikel 17 EKMR kan bli aktuell, se avsnitt 3.2.1 (motsvarande bör gälla inom EU-rätten i enlighet artikel 52.3 EU-stadgan). Såsom uppsatsen har visat tas stora delar av innehållet bort på automatiserad väg och går så snabbt att någon verklig bedömning av innehållet är osannolik. Kraven på borttagande av innehåll som följer av artikel 34 och 35 DSA och vad t.ex. avser ”negativa effekter på samhällsdebatten, eller skydd mot folkhälsan”, torde inte falla in under artikel 17 EKMR eller 54 EU-stadgan. I stället lär stora delar av det innehåll som DSA ställer krav på moderering av, kräva en prövning enligt artikel 10.2 EKMR och artikel 52.1 i EU-stadgan.

För att få inskränka innehåll som skyddas av EKMR eller EU-stadgan, krävs att inskränkningen uppfyller krav på legalitet, ändamålsenlighet samt nödvändighet, se avsnitt 3.2.2. och 3.3.3. Nedan följer en kort analys av hur regleringen i DSA kan tänkas uppfylla dessa tre krav.

Legalitet

Vad avser kravet på legalitet handlar det i första hand om förutsebarhet och transparens, se avsnitt 3.2.2. För att beakta DSA:s förenlighet med EKMR

och EU-stadgan, bör återigen nämnas de oklarheter som finns gällande gränserna för ansvarsfriheten, vilka skapar osäkerhet kring vilka inlägg som kommer att tas bort, och hur yttrande- och informationsfriheten kan komma att inskränkas.

En annan del av DSA som svårligen är förenlig med kravet på legalitet, är att DSA tillåter innehållsmoderering baserat på företagens egna användarvillkor. Detta, att EU:s reglering uppmuntrar plattformsföretag att ta bort innehåll utan annat stöd än plattformens egna villkor, kan inte betraktas som förenligt med kraven på legalitet och förutsebarhet. Inte minst för att användarvillkoren ofta är relativt vagt formulerade och när som helst kan ändras. Förvisso innehåller DSA regler om användarvillkoren i syfte att göra dem tydligare, men om användarvillkoren blir så transparenta och tydliga att det uppstår förutsebarhet kring innehållsmodereringen återstår att se., se avsnitt 5.3.1.

Vidare är vagheten kring vilket innehåll som plattformsföretagen enligt DSA måste ta bort, problematiskt utifrån kravet på legalitet eftersom den skapar oförutsebarhet. DSA riktar sig mot flera typer av innehåll, både olagligt och skadligt innehåll. Vad som är olagligt innehåll varierar mellan olika länder, och plattformsföretag torde varken ha resurser eller kompetens att ta hänsyn till individuella medlemsstaters respektive lagstiftning i samband med borttagandet av innehåll. Således blir, även om vad som är olagligt innehåll kan vara tydligt i respektive medlemsstat, begreppet olagligt innehåll i DSA oförutsebart.

Avslutningsvis bör nämnas kraven på riskreducering som riktar sig mot mycket stora plattformar och som framgår av artikel 34 och 35 DSA. Genom bestämmelserna införs begreppet ”systemrisk” – en ny och bred kategori, som sträcker sig från grundläggande rättigheter och spridning av olagligt innehåll till skydd av negativa effekter på samhällsdebatten och folkhälsan. DSA innehåller en lång lista med faktorer att ta hänsyn till när man (plattformen eller kommissionen) bedömer risker och en ännu längre lista över möjliga begränsningsåtgärder. Begreppen är mycket vaga, och har potentiellt en mycket stor räckvidd. Detta gör det mycket svårt att på förhand säga hur bestämmelserna kommer att tolkas.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det finns frågetecken kring om DSA i sin nuvarande form lever upp till Europakonventionens och EU-stadgans krav på legalitet.

Ändamålsenlighet

Såsom nämnades i avsnitt 3.2.2 vållar detta villkor, på grund av sin vaga karaktär, sällan praktiska problem. Ändamålet för borttagande av innehåll, att motverka olagligt och skadligt innehåll, i DSA kan mycket väl falla in under någon av de mål som räknas upp i artikel 10.2 EKMR samt 52.1 EU-stadgan. Borttagandet av olagligt och skadligt innehåll kan hänföras till såväl allmän

säkerhet, medborgarens hälsa som allmän ordning. Således finns ingen anledning att tro att DSA inte skulle nå upp till kravet på ändamålsenlighet.

Nödvändighet

Vad gäller kravet på nödvändighet, krävs att begränsningen ska vara nödvändig för att nå det utpekade målet med åtgärden. Det är dock förekomsten av ett tvingande socialt eller samhälleligt behov som i första hand torde vara avgörande för att regleringen ska kunna rättfärdigas utifrån kravet på nödvändighet, se avsnitt 3.2.2. Det innebär att det är bedömningen av hur allvarliga samhällsriskerna är, som avgör huruvida en åtgärd kan betraktas som nödvändig. När det kommer till mycket stora onlineplattformar ger DSA vägledning kring hur plattformans bedömning av samhällsrisker ska göras, se avsnitt 5.3.5.1. Det ökar risken för att innehåll tas bort utan att det föreligger sådana allvarliga samhällsrisker som krävs.

Gällande regleringen i stort, går det att argumentera för att det är nödvändigt att ställa krav på borttagande av såväl olagligt som skadligt innehåll för att skydda exempelvis allmän säkerhet, medborgarnas hälsa och allmän ordning. Samtidigt är det svårt att dra några generella slutsatser kring den breda palett av innehåll som DSA begränsar genom dels ansvarsfriheten, dels uppförandekoder. Det faktum att Europadomstolen vid bedömningen av om en åtgärd som begränsar ett yttrande är nödvändig, beaktar innehållets kontext, karaktär, hur uppenbart olagligt innehållet är, mot vem det är riktat samt om åtgärden har en avkylande effekt på yttrandefriheten står i stor kontrast till DSA:s krav på snabb borttagning och avsaknad av krav på kontextuell bedömning. Avsaknaden av vidare bedömning innebär att ansvarsregleringen i DSA inte utgör en garant för att borttagning av innehåll endast sker när det är nödvändigt för att nå ett mål av allmänt samhällsintresse, i den mening som Europakonventionen och EU-stadgan kräver (se avsnitt 3.2.2 om ogiltigförklarande av rättsakt på grund av bristande garantier för de grundläggande rättigheterna i stadgan).

Emellertid kan DSA:s processuella- och formella krav på plattformar, exempelvis möjligheten att klaga på modereringen i artikel 21 och 22, motiveringsskyldigheten i artikel 17, samt kraven på transparens kring innehållsmodereringen i de allmänna villkoren i artikel 14, ses som ett sätt att minska risken för att innehåll tas bort när det inte är nödvändigt. Det öppnar, i bästa fall, upp för mindre av godtycke och mer av transparens i samband medieplattformarnas innehållsmoderering, och en möjlighet för att tveksamma borttagningar omprövas. Huruvida dessa faktiskt kommer att utgöra en garant för att inte för mycket innehåll tas bort, är dock tveksamt. Framställningen har pekat på potentiella brister i utformandet av de respektive åtgärderna, som innebär att de ur en yttrandefrihetsrättslig synpunkt riskerar att bli slag i luften, se kapitel 5. Eftersom lagstiftningen är ny och ännu inte tillfullo tillämpas återstår utfallet att se.

Nämnas bör att DSA, i högre utsträckning än e-handelsdirektivet, i sina skäl gör allmänna garantier för alla parter grundläggande rättigheter i samband med anmälan och borttagande av innehåll. Ändå visar uppsatsen att de materiella bestämmelserna i många fall saknar uttryckliga skyddsåtgärder. Exempelvis vad gäller regleringen av notice-and-take-down-mekanismen och betrodda anmälare finns inga säkerhetsgarantier för att inte plattformsföretagen ska ta bort mer innehåll än vad som kan anses godtagbart enligt artikel 10 EKMR och artikel 11 EU-stadgan.

En rad omständigheter gör att DSA tenderar att skapa incitament för plattformarna att ta bort mer innehåll än vad som är nödvändigt, se avsnitt 1.1. Här bör regleringens sanktionssystem nämnas. De mycket höga bötes- och vitesbeloppen som DSA innehåller, ökar riskerna för att för mycket innehåll tas bort jämfört med tidigare. Samtidigt uppmuntrar DSA till proaktiva åtgärder – åtgärder som också tros leda till att mer innehåll tas bort. Vidare bör det faktum att ett politiskt organ (kommissionen), som återkommande har pekat på behovet av att ta bort innehåll, ges stort inflytande över förordningens efterlevnad, vara skäl för oro angående risken för att för mycket innehåll tas bort.

Emellertid går det att hävda att den typ av innehåll som DSA riktar sina krav på moderering mot (olagligt och skadligt innehåll) befinner sig i utkanten av yttrande- och informationsfrihetens skyddsområde, se avsnitt 3.3.3, och att skälen för att inskränka dessa yttranden väger lättare än skälen för att inskränka exempelvis politiska yttranden (se avsnitt 3.2.2 om olika kategorier av yttrandens skyddsvärde). Det problematiska med denna uppdelning är dock att vad som av en plattform kan betraktas som hat eller desinformation, av någon annan kan vara politisk provokation med syfte att skapa debatt, se exempelvis *Vejdeland m.fl. mot Sverige*. Ett plattformsföretag, torde inte vara förmögen att se de kontextuella skillnaderna som krävs för att avgöra skillnaderna mellan dessa, varpå regleringen – även om den ter sig vara riktad sig mot innehåll som befinner sig i utkanten av det yttrandefrihetliga skyddsområdet – kan drabba också yttranden med högt skyddsvärde, såsom politiska uttalanden.

Sammanfattningsvis finns det anledning att misstänka att DSA inte tillgodoser kravet på nödvändighet enligt Europakonventionen och EU-stadgan.

Som svar på frågeställningen finns det alltså potentiella yttrandefrihetsrättsliga problem med utformningen av DSA och dess avsaknad av garantier för att inte för mycket innehåll ska tas bort. Det finns frågetecken kring regleringen både vad gäller Europakonventionens och stadgans krav på legalitet och nödvändighet. Detta kan, utifrån den betydelse som sociala medieplattformar har för medborgarnas möjligheter att uttrycka sig, tyckas anmärkningsvärt.

Källförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Ds 2001:13 E-handelsdirektivet, genomförande av direktivet 2001/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster.

SOU 2020:56 Det demokratiska samtalet i en digital tid.

SOU 2023:2 En inre marknad för digitala tjänster – ansvarsfördelningen mellan myndigheter.

Europeiska unionen

Rättsakter

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/93/EU av den 13 december 2011 om bekämpande av sexuella övergrepp mot barn, sexuell exploatering av barn och barnpornografi samt om ersättande av rådets rambeslut 2004/68/RIF.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/541 av den 15 mars 2017 om bekämpande av terrorism, om ersättande av rådets rambeslut 2002/475/RIF och om ändring av rådets beslut 2005/671/RIF.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG och direktivet om audiovisuella medietjänster.

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/784 av den 29 april 2021 om åtgärder mot spridning av terrorisminnehåll online.

EU:s uppförandekod för att motverka olaglig hatpropaganda på nätet, Bryssel 30 juni 2016.

EU:s uppförandekod om desinformation, Bryssel 2018.

EU:s uppförandekod om desinformation, Bryssel 2022.

Rådets rambeslut 2008/913/RIF av den 28 november 2008 om bekämpande av vissa former av och uttryck för rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen.

Förberedande lagstiftning, meddelanden, riktlinjer, utvärderingar

Europeiska kommissionen, Assessment of the Code of Practice on Disinformation – Achievements and areas for further improvement, SWD(2020) 180 final.

Europeiska kommissionen, Communication from the commission – illegal and harmful content on the Internet, COM(96) 487 final,

Europeiska kommissionen, Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om en inre marknad för digitala tjänster (rättsakten om digitala tjänster) och om ändring av direktiv 2000/31/EG, Bryssel av den 15 december 2020 COM(2020) 825 final.

Europeiska kommissionen, Första rapporten om tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (2003), COM/2003/0702 slutlig.

Europeiska kommissionen, Information note – Progress on combating hate speech online through the EU Code of conduct, Bryssel 2019.

Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén – En strategi för en inre digital marknad i Europa, COM(2015) 192 final.

Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén – Hantering av olagligt innehåll online, COM(2017) 555 final.

Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén – Bekämpande av desinformation online: en EU-strategi, COM(2018) 236 final.

Europeiska kommissionen (2018), Overview of the legal framework of notice-and-action procedures in Member States, SMART 2016/0039.

Europeiska kommissionen, Staff working document, Impact assesment, Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic

commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC), del 1 och 2, SWD(2020) 348 final.

Europeiska kommissionen, Staff working document – Online services, including e-commerce, in the Single Market, SEC(2011) 1641 final.

Europeiska kommissionen, Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC).

Europeiska kommissionen, Kommissionens rekommendation (EU) 2018/334 av den 1 mars 2018 om åtgärder för att effektivt bekämpa olagligt innehåll online.

Europeiska rådet (2020), Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights.

Europeiska rådet (2018), Thematic factsheet – Prior restraints’ and freedom of expression: the necessity of embedding procedural safeguards in domestic systems.

Rättsfall

EU-domstolen

C-376/98 *Tyskland mot Parlamentet och Rådet*. EU:C:2000:544.

C-479/04 *Laserdisken Asp mot Kulturministeriet*. EU:C:2006.

C-324/09 *L’Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl.* EU:C:2011:474.

C-244/10 och C-245/10 *Mesopotamia Broadcast A/S METV resp. Roj TV A/S mot Tyskland*. EU:C:2011:607.

C-70/10 *Scarlet Extended. SA mot Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. EU:C:2011:771.

C-360/10 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) mot Netlog NV*, EU:C:2012:85.

C-293/12 och C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications m.f.* EU:C:2014:238.

C-362/14 *Maximillian Schrems mot Data Protection Commissioner*. EU:C:2015:650.

Europadomstolen

Handyside mot Förenade kungariket, ansökan nr. 5493/72, den 7 december 1976.

Costello-Roberts mot Storbritannien, ansökan nr. 13134/87, den 25 mars 1993.

Hertel mot Switzerland, ansökan nr. 25181/94, den 19 september 1994.

Bladet Tromsø och Pål Stensås mot Norge, ansökan nr. 21980/93, den 9 juli 1998.

McVicar mot Förenade Kungariket, ansökan nr. 46311/99, den 7 maj 2002.

Appleby m.fl. mot Förenade Konungariket, ansökan nr. 44306/98, den 6 maj 2003.

Cumpana och Mazare mot Rumänien, ansökan nr. 33348/96, den 10 juni 2003.

Özgür Gündem mot Turkiet, ansökan nr. 35071/97, den 4 december 2003.

Steel och Morris mot Storbritannien, ansökan nr. 68416/01, den 15 februari 2005.

Guja mot Moldavien, ansökan nr. 14277/04, den 12 februari 2008.

K.U. mot Finland, ansökan nr. 2872/02, den 2 december 2008.

Khurshid Mustafa och Tarzibachi mot Sverige, ansökan nr. 23883/06, den 16 december 2008.

Dink mot Turkiet, ansökning nr. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, den 14 september 2010.

Heinisch mot Tyskland, ansökan nr. 28274/08, den 21 juli 2011.

Vejdeland mot Sverige, ansökan nr. 1813/07, den 9 februari 2012.

Axel springer AG mot Tyskland, ansökan nr 39954/08, den 3 april 2012.

Yildirim mot Turkiet, ansökan nr. 3111/10, den 18 december 2012.

Akdeniz mot Turkiet, ansökan nr. 20877/10, den 11 mars 2014.

Morice mot Frankrike, ansökan nr. 29369, den 23 april 2015.

Delfi AS mot Estland, ansökan nr. 64569/09, den 16 juni 2015.

Pihl mot Sverige, ansökan nr. 74742/14, den 7 mars 2017.

Unifaun Theatre Productions Limited m.fl. mot Malta, ansökan nr. 37326/13, den 15 mars 2018.

Litteratur

Alaphilippe, Alexandre, Gizikis, Alexis, Hanot, Clara & Bontcheva, Kalina (2019), Automated tackling of disinformation, *European Parliamentary Research Service*.

Ausloos, Jef & Kuczerawy, Aleksandra (2015), *Noc online intermediaries case studies series: European union and google Spain*, Interdisciplinary Centre for Law & ICT, KU Leuven.

Balkin, Jack M. (2018), Free speech is a triangle, *Columbia law Review*, vol. 118, nr. 7.

Balkin, Jack M. (2017), *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance and New School Speech Regulation*, Yale Law School, Public Law Research Paper, Nr. 615.

Benkler, Yochai (2011). *A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle Over the Soul of the Networked Fourth Estate*, 46 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 311.

Bretonniere, Jean-Francois (2011), *Liability for internet host providers in the European Union: time for a reform?*, IP Value.

Buiten, Miriam C., de Streel, Alexandre & Peitz, Martin (2020), Rethinking liability rules for online hosting platforms, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 28, nr. 2, s. 139-166.

Buiten, Miriam C. (2021), The Digital Services Act From Intermediary Liability to Platform regulation, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 12, nr. 5, s. 361-380.

Cauffmann, Caroline & Goanta, Catalina (2021), A new order: The Digital Services Act and Consumer Protection, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, nr. 4, s. 758 – 774.

Cappello, Maja (red.) (2021), *Unravelling the Digital Services Act package*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg.

Carlsson, Anni (2021), Tyst vår? – När Twitter och Facebook tystade en presidents kvitter och vad det innebär för yttrandefrihet på sociala medier, *SvJT*, s. 169–178.

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Stockholm: Nordstedts förlag.

Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naartijärvi, Markus (2020), *Konstitutionell rätt*, 2 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik.

Duivenvoorde, Bram (2022), The Liability of Online Marketplaces under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-commerce Directive and the Digital Services Act, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, nr. 2, s. 43-52.

Enarsson, Therese (2017), Avlägsnande av näthat – skyldigheter, möjligheter och motstående intressen, *Juridisk Publikation*, nr. 2, s. 369–395.

Fathaigh, Ronan O. (2013), Article 10 and the chilling effect principle, *European human rights law review*.

Heldt, Amélie (2022), EU digital services Act: The White hope of Intermediary Regulation, *Digital platform regulation*, red. Flew, Terry & Martin, Fiona R, Palgrave Global Media Policy and Business.

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.) (2011), EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning. 2 uppl., Stockholm: Nordstedts juridik.

Korpisaari, Paivi (2022), From Delfi to Sanchez – When Can an Online Communication Platform Be Responsible for Third-Party Comments? An Analysis of the Practice of the ECtHR and Some Reflections on the Digital Services Act, *Journal of Media Law*, Vol. 14 nr 2, s.352-377.

Kuczerawy, Aleksandra (2014), Intermediary Liability & Freedom of expression: Recent developments in the EU Notice & Action Initiative, Interdisciplinary Centre for Law and ICT. *Published in Computer Law and Security Review*, Vol 31. Issue 1, s. 46-56.

Kuczerawy, Aleksandra (2017), The power of positive thinking: intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression,

Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Vol. 8, nr. 3, s. 226-237.

Kuczerawy, Aleksandra (2020), Fighting Online Disinformation: Did the EU Code of Practice Forget about Freedom of Expression?" I *Disinformation and Digital Media as a Challenge for Democracy* red. Georgios Terzis m.fl., Vol. 6, Intersentia.

Kuczerawy, Aleksandra (2020a), From 'Notice and Take Down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, red. Giancarlo, Frosio, Oxford Academic, s. 524-543.

Lebeck, Carl (2016), *EU-stadgan: om grundläggande rättigheter*, 2 uppl., Lund: Studentlitteratur AB.

Leerssen, Paddy (2023), An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation, *Computer law and security review*, vol. 48.

Madiega, Tambiama (2020), *Reform of the EU liability regime for inline intermediaries*, European Parliamentary Research Service.

Manganelli, Antonio & Nicita, Antonio (2022), Regulating Platforms' Digital Services: Speech and Reach, *Regulating digital markets*, Palgrave Studies in Institutions, Economics and Law, Springer International Publishing.

Maroni, Marta (2020), The liability of internet intermediaries and the European Court of Human Rights, *Fundamental Rights Protection Online : The Future Regulation of Intermediaries*, red. Bilyana Petkova, Tuomas Ojanen, Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing, s. 255-278.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Lund: Studentlitteratur.

Polanski, Przemysław Paul (2018), Rethinking the notion of hosting in the aftermath of Delfi: Shifting from liability to responsibility?, *Computer Law and Security Review*, vol. 34, nr. 4, s. 870-880.

Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa (2021), *The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy*, ERA Forum, s. 75–86.

Salvador, Sara (2021), *The Digital Services Act as a new tool to deal with the spreading of Illegal content online*, Università ca Foscari Venezia.

Savin, Andrej (2017), *EU internet law*, 2 uppl., Edward Elgar Publishing, Northampton.

Savin, Andrej (2021), The EU digital services Act: toward a more responsible internet, *Journal of internet law*, vol. 24, nr. 7, s. 14-25.

Stevenson, Michael (2018), The Rise of Blogging: Personal Publishing, Content Management and Web Filtering, *The SAGE Handbook of Social Media*, red. Jean Burgess, Alice Marwick & Thomas Poell, Sage publications, s. 69-89.

Turillazzi, Aina, Taddeo, Mariarosaria, Floridi & Casolari (2023) *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, nr. 1, s. 83-106.

Ullrich, Carsten & Quintel, Teresa (2020), Self-regulatory of fundamental rights? The EU code of Conduct on Hate Speech, related initiatives and beyond, I *Fundamental Rights Protection Online : The Future Regulation of Intermediaries*, red. Bilyana Petkova, Tuomas Ojanen, Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing, s. 197-229.

Urban, Jennifer M. Urban, Karaganis, Joe & Schofield, Brianna L. (2017), *Notice and takedown in everyday practice*, UC Berkeley Public Law Research Paper.

van Hoboken, Joris m.fl. (2018), *Hosting intermediary services and illegal content online : An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape*, EU-kommissionen.

Van Eecke, Patrik (2011), Online service providers and liability: A plea for a balanced approach, *Common Market Law Review*, vol. 48, nr. 5, s. 1455 – 1502.

Westman, Daniel (2020), Sociala medier – yttrandefrihet och ansvar. *Ord och rätt : Festskrift till Hans-Gunnar Axberger*, red. Anna Skarhed, Johan Hirschfeldt, Mikael Ruotsi, Daniel Westman & Stephan Carlsson, Visby, s. 675–704.

Wilman, Folkert (2021), The EU's system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, s. 317-341.

Wilman, Folkert (2020) *The responsibility of online intermediaries for illegal user content in the EU and the US*, Edward Elgar publishing.

Woods, Lorna (2017), Digital freedom of expression in the EU, *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, red. Nicholas Hatzis, Sionaidh Douglas-Scott, Edward Elgar Publishing Limited.

Åhman, Karin (2019), *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2 uppl., Stockholm: Nordstedts Juridik AB.

Övrigt

Anderson, Nate (2010), 'The day the music blogs died: behind Google's musicblogocide'.

Hämtad: 2023-10-10. Senast uppdaterad: 2010-02-15.

<https://arstechnica.com/tech-policy/2010/02/the-day-the-music-blogs-died-behind-googles-musicblogocide/>

Barata, Joan (2021), 'The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions', Verfassungsblog.

Hämtad: 2023-10-24. Senast uppdaterad: 2021-03-02.

<https://verfassungsblog.de/dsa-confusions/>

Barata, John (2021a), 'The Digital Services Act and its impact on the right of freedom of expression: Special focus on risk mitigation obligation', DSA Observatory.

Hämtad: 2023-12-30. Senast uppdaterad:

<https://dsa-observatory.eu/2021/07/27/the-digital-services-act-and-its-impact-on-the-right-to-freedom-of-expression-special-focus-on-risk-mitigation-obligations/>

BBC News (2012), 'YouTube under new pressure over anti-Muslim film'.

Hämtad: 2023-10-10. Senast uppdaterad: 2023-09-19.

<https://www.bbc.com/news/technology-19648808>

Brussels school of governance (2021), 'Safeguards for Freedom of Expression in the DSA – Seminar recording'.

Hämtad: 2023-12-15. Senast uppdaterad: 2021-05-27.

<https://brussels-school.be/output/in-the-media/safeguards-freedom-expression-dsa-seminar-recording>

Buijs, Doris & Buri, Ilaria (2023), 'The DSA's crisis approach: crisis response mechanism and crisis protocols', DSA Observatory.

Hämtad: 2023-12-01. Senast uppdaterad: 2023-02-21.

<https://dsa-observatory.eu/2023/02/21/the-dsas-crisis-approach-crisis-response-mechanism-and-crisis-protocols/>

Buri, Ilaria (2022), 'A Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives', Verfassungsblog.

Hämtad: 2023-11-27. Senast uppdaterad: 2022-10-31.

<https://verfassungsblog.de/dsa-conflicts-commission/>

EDRi (2022), Public statement on new crisis response mechanism and other last minute additions to the DSA.

Hämtad: 2023-11-27.

<https://edri.org/our-work/public-statement-on-new-crisis-response-mechanism-and-other-last-minute-additions-to-the-dsa/>

European Court of human rights (2023), Factsheet – hate speech.

Hämtad: 2023-10-25.

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Hate_speech_ENG

Europeiska kommissionen (2021), 'EU:s digitala decennium: digitala mål för 2030'.

Hämtad: 2023-10-15. Senast uppdaterad: 2023-09-27.

https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_sv

Europeiska kommissionen (2022), 'Online plattformar'.

Hämtad 25 november, 2023. Senast uppdaterad: 7 juni 2022.

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-platforms>

Europeiska kommissionen (2023), 'Frågor och svar: Rättsakten om digitala tjänster'.

Hämtad: 2023-12-29. Senast uppdaterad: 2023-12-19.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348

Europeiska kommissionen (2023a), 'Rättsakten om digitala tjänster: EU-kommissionen utser den första gruppen mycket stora onlineplattformar och onlinesökmotorer'.

Hämtad: 2023-10-30. Senast uppdaterad: 2023-04-25.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/IP_23_2413

Europeiska kommissionen (2023b), 'Tillsynsramen enligt lagen om digitala tjänster'.

Hämtad: 2024-01-01. Senast uppdaterad: 2023-12-22.

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/sv/policies/dsa-enforcement>

Galperin, Eva (2023), 'Why Google Shouldn't Have Censored The Anti-Islamic Video', Techcrunch.

Hämtad: 2023-10-10. Senast uppdaterad: 2023-09-17.

<https://techcrunch.com/2012/09/17/why-google-shouldnt-have-censored-the-anti-islamic-video/>

Griffin, Rachel & Vander Maelen, Carl (2023), 'Twitter's retreat from the Code of Practice on Disinformation raises a crucial question: are DSA codes of conduct really voluntary?', DSA Observatory.

Hämtad: 2023-12-20. Senast uppdaterad: 2023-06-12.

<https://dsa-observatory.eu/2023/06/12/twitters-retreat-from-the-code-of-practice-on-disinformation-raises-a-crucial-question-are-dsa-codes-of-conduct-really-voluntary/>

Holznel, Daniel (2022), 'A Self-Regulatory Race to the Bottom through Out-of-Court Dispute Settlement in the Digital Services Act', Verfassungsblog.

Hämtad: 2023-11-16. Senast uppdaterad: 2022-03-16.

<https://verfassungsblog.de/a-self-regulatory-race-to-the-bottom-through-art-18-digital-services-act/>

Kuczerawy, Aleksandra (2021), 'The Good Samaritan that wasn't: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act', Verfassungsblog.

Hämtad: 2023-11-04. Senast uppdaterad: 2021-01-12.

<https://verfassungsblog.de/good-samaritan-dsa/>

Kuczerawy, Aleksandra (2021a), 'Does Twitter trump Trump?: A european perspective', Verfassungsblog.

Hämtad: 2023-11-04. Senast uppdaterad: 2021-01-29.

<https://verfassungsblog.de/twitter-trump-trump/>

Nationalencyklopedin, 'Maktdelningsläran'.

Hämtad: 2024-01-01.

<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/maktf%C3%B6rdelningsl%C3%A4ran>

Nationalencyklopedin, 'Sociala medier'.

Hämtad 2023-11-15.

<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/sociala-medier>

Pepper, Carolyn E. (2019), 'Monitoring online content: the impact of Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited', Reed Smith Client Alerts.

Hämtad: 2023-10-10. Senast uppdaterad 2019-11-12.

<https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2019/11/monitoring-online-content-the-impact-of-eva-glawischnig-piesczek-v-facebook>

Reynders, Didier (2022), 7th evaluation of the Code of Conduct, Europeiska kommissionen.

<https://commission.europa.eu/system/files/2022-12/Factsheet%20-%207th%20monitohttps://commission.europa.eu/system/files/2022-12/Factsheet%20-%207th%20monitoring%20round%20of%20the%20Code%20of%20Conduct.pdf>

Statista (2023), 'Number of social media users worldwide from 2017 to 2027'.

Hämtad: 2023-12-29. Senast uppdaterad: 2023-08-29.

<https://www.statista.com/statistics/278414/number-of-worldwide-social-network-users/>

Wagner, Ben & Janssen, Heleen (2021), 'A first impression of regulatory powers in the Digital Services Act', Verfassungsblog.

Hämtad: 2023-10-24. Senast uppdaterad: 2021-01-04.

<https://verfassungsblog.de/regulatory-powers-dsa/>