

# Geolokalisering på internet – vissa immaterialrättsliga konsekvenser

Av Tobias Kempas

*Moderna tekniker som möjliggör geografisk lokalisering av internet-användare har hittills inte tilldragit sig någon större uppmärksamhet i den immaterialrättsliga diskursen. I denna artikel diskuterar advokat Tobias Kempas<sup>1</sup> vissa immaterialrättsliga frågor som har aktualiserats genom utveckling och användning av sådana tekniker.*

## 1. Bakgrund

Internet är som bekant världens största datornätverk. Tekniskt sett är internet en förening av flera fysiska datornätverk, som sammankopplas i knutpunkter runtom i världen.

Antalet användare av internet är i dagsläget drygt tre miljarder.<sup>2</sup> Ungefär 45 % av användarna är bosatta i Asien. Omkring 20 % av användarna är européer och det finns ungefär lika många användare i Amerika.

År 2012 uppskattades antalet datorenheter som kommunicerade med internet uppgå till knappt nio miljarder.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Advokatfirman Vinge KB, Stockholm.

<sup>2</sup> Uppgiften har hämtats från <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, senast besökt den 23 april 2015.

<sup>3</sup> Uppgiften har hämtats från <http://www.ne.se/internet>, senast besökt den 9 april 2014.

Under 2017 kommer antalet uppkopplade enheter sannolikt att överstiga 19 miljarder.<sup>4</sup>

Omkring hälften av all trafik över internet kommer då att passera s.k. *content delivery networks*, alltså nätverk av geografiskt spridda internet-serverrar som samarbetar för att snabbt leverera bilder, videofiler, musik och annat innehåll till slutanvändarna.

Eftersom internets konstruktion möjliggör effektiv global kommunikation är det en ganska vanlig uppfattning, att internet "saknar nationsgränser". I den juridiska litteraturen har det också ansetts, att det är omöjligt (eller i vart fall meningslöst) att försöka lokalisera var i världen en viss användare av internet befinner sig.<sup>5</sup> Det har antagits att den som tillgängliggör information (i vid bemärkelse) på en webbsida inte kan förhindra användare i olika delar av världen från att besöka sidan och att vederbörande inte heller kan veta var i världen hans besökare befinner sig.<sup>6</sup> Även domstolar har intagit denna ståndpunkt. Ett, numera klassiskt, uttalande från United States District Court (S.D.N.Y.) är att "[t]he Internet is wholly insensitive to geographic distinctions. In almost every case, users of the Internet neither know nor care about the physical location of the Internet resources they access. Internet protocols were designed to ignore rather than document geographic location".<sup>7</sup>

Från ett rättsligt perspektiv har det samtidigt stor betydelse var i världen en handling begås och/eller var den får effekt. Dessa omständigheter avgör bl.a. vilken/vilka domstolar som kan anses vara behöriga att pröva tvister med internationell anknytning, vilket lands lag som ska tillämpas och vilket ansvar som kan utdömas vid ett konstaterat immaterialrättsintrång.

<sup>4</sup> Beräkningen presenteras i The Cisco Visual Networking Index (VNI) Forecast (2012-2017). Se <http://newsroom.cisco.com/press-release-content?type=webcontent&articleId=1197391>, senast besökt den 23 april 2015.

<sup>5</sup> Se t.ex. David R. Johnson och David G. Post, *Law And Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 Stanford Law Review 1367 (1996).

<sup>6</sup> Se Henrik Spang-Hanssen, *Cyberspace Jurisdiction in the U.S. (From an alien's point of view) – The International Dimension of Due Process* (Complex no. 5/01, Institut for rettsinformatikk, Norwegian Research Center for Computers and Law, University of Oslo – ISBN 82-772-046-8), hämtad den 7 januari 2015 från [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1105703](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105703).

<sup>7</sup> *American Library Association v Pataki*, 969 F. Supp. 160 (S.D.N.Y.1997).

Mot denna bakgrund är det aningen förvånande, att de moderna tekniker som möjliggör geografisk lokalisering av internet-användare inte har tilldragit sig större uppmärksamhet i den immaterialrättsliga diskursen. Företagen har i dag goda tekniska möjligheter att styra och variera utbudet av information, innehåll och tjänster på internet, beroende på var i världen användarna befinner sig. Dessa tekniska framsteg bör rimligtvis kunna få en rad rättsliga konsekvenser, beroende på hur tekniken används (eller inte används). Här märks bl.a. frågan om var ett immaterialrättsintrång ska anses ha begåtts och/eller var det har fått effekt, liksom frågorna om ansvar och vilka sanktioner som kan och bör utdömas. Tekniken kan även användas i förebyggande syfte, d.v.s. för att undvika att begå intrång eller, åtminstone, för att kraftigt reducera risken att begå intrång. Nedan görs ett försök att belysa dessa aspekter, med särskild fokus på upphovsrätten i Sverige och EU.

## 2. Vad är geolokalisering?

I engelskspråkiga länder används vanligen begreppet "geo-location" (med eller utan bindestreck) eller "geolocalization" som samlingsbeteckning på de tekniker som gör det möjligt att (a) bestämma inom vilket geografiskt område en internet-användare befinner sig och (b) anpassa utbudet av innehåll därefter. Det mest frekvent använda begreppet i Sverige torde vara "geolokalisering". Det är också det begreppet som används i denna artikel.

Geolokalisering kan användas för en rad olika ändamål. Några exempel är målinriktad annonsering, geografisk anpassning av innehåll på webbsidor, blockering av åtkomst till webbsidor och tjänster ("geoblockering") och produktion av analyser och statistik.

Geolokalisering kan åstadkommas på olika sätt. I det enklaste utförandet får användaren, som i typfallet är en besökare på en webbplats, själv ange i vilket land eller region han eller hon befinner sig. Många företag, däribland Volvo, IKEA och Coca-Cola Company, använder sådan teknik. Den som t.ex. besöker [www.volvocars.com](http://www.volvocars.com) blir, via huvudsidan, ombedd att välja sitt område ("please select your region") genom att klicka på ett av de alternativ som presenteras. Om användaren klickar på t.ex. "Europe" framträder ytterligare val, i form av klickbara länkar, som möjliggör för användaren att välja "sitt" land, t.ex. Sverige. Den som således klickar på "Sweden" kommer att dirigeras till Volvos svenska webbsida, [www.volvocars.com/se/](http://www.volvocars.com/se/), som är

anpassad för svenska besökare med avseende på språk, utbud, nyheter, försäljningsställen o.s.v.

I mer sofistikerade utföranden bygger lokaliseringen på information hänförlig till användarens IP-adress, eventuellt i kombination med annan information.<sup>8</sup> Om besökaren använder en mobil enhet, t.ex. en mobiltelefon, kan lokaliseringen preciseras ytterligare genom gps-teknik eller triangulering (mobilmastpositionering). Vid anslutning via WiFi kan användarens fysiska position bestämmas till en plats motsvarande routerns signalområde. Vissa moderna tekniker är mycket tillförlitliga och har konstaterats ge korrekt lokalisering information i drygt 99,9 % av fallen.<sup>9</sup>

När jag i det följande talar om geolokalisering åsyftas endast sådana, mer sofistikerade, tekniker.

Ett företag kan använda geolokalisering bl.a. för att anpassa sitt internet-utbud av produkter och tjänster m.m. till gällande rätt i de respektive länder där marknadsföringen sker. Tekniken kan också användas för att helt förhindra att innehåll distribueras i specifika geografiska områden. En rad välbekanta företag, såsom Google, BBC och Virgin Media, använder geolokalisering. Om jag t.ex. befinner mig i Sverige och anger [www.google.com](http://www.google.com) i webbläsarens adressfält, kommer jag således att bli omdirigerad till Googles svenska webbplats, [www.google.se](http://www.google.se), som är anpassad för svenska användare. Virgin Media använder tekniken för att kunna uppfylla gällande geografiska licens-

<sup>8</sup> För en närmare beskrivning av dessa tekniker, se t.ex. Dan Jerker B. Svantesson, *Geo-location technologies and other means of placing borders on the 'borderless' Internet*, John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. XXIII, No. 1, Fall 2004, s. 101-139, hämtad den 22 januari 2015 via [http://epublications.bond.edu.au/law\\_pubs/63](http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/63). I dag finns det flera etablerade tillhandahållare av geolokaliseringstjänster, exempelvis TradeDoubler (se [www.tradedoubler.com](http://www.tradedoubler.com)), Digital Element (se <http://info.digitalelement.com>) och MaxMind (se [www.maxmind.com](http://www.maxmind.com)), senast besökta den 23 april 2015.

<sup>9</sup> Se PWC:s rapport *Neustar IP Intelligence Report on the Design and Operating Effectiveness of Control Objectives and Controls Related to the GeoPoint Solution for the Period February 1, 2013 – January 31, 2014*, hämtad den 22 januari 2015 via <http://www.neustar.biz/resources/product-literature/customer-intelligence/neustar-ip-intelligence-pwc-audit.pdf>. Se även Kevin F. King, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy: The Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, 21 ALB. L.J. SCI. & TECH (2011) s. 70, med vidare hänvisningar, hämtad den 22 januari 2015 via <http://www.albanylaw-journal.org/Documents/Articles/21.1.61-King.pdf>.

förpliktelser med avseende på det innehåll som tillhandahålls via onlinetjänsten Virgin TV Anywhere (tjänsten erbjuds f.n. endast tittare i Storbritannien).

I dag bör internet alltså inte betraktas som ett gränslöst universum i vilket användarna, av tekniska och infrastrukturella skäl, *måste* acceptera (eller har rätt att åtnjuta) obegränsad marknadsföring eller överföring av innehåll (immaterialrättsligt skyddade objekt) över nationsgränserna. Internet är ingen plats. Benämningen "cyberspace" är såtillvida en missvisande metafor. Däremot är det naturligtvis riktigt att internet i hög utsträckning *kan* användas som medel för att tillgängliggöra och konsumera information över nationsgränserna. De tillgängliga teknikerna för geolokalisering innebär att distributörer, leverantörer och andra publicister har en *valmöjlighet*, även i den digitala miljön.<sup>10</sup>

### 3. Rättsliga aspekter

#### 3.1 Begränsning

Användning av geolokalisering på internet väcker ett antal rättsliga, politiska och moraliska frågor. En uppenbar fråga är hur tekniken påverkar användarens personliga integritet. Det har också hävdats att användning av geolokalisering, i syfte att differentiera utbudet av innehåll mellan olika länder, strider mot grundtanken med det ursprungligen "gränslösa" internet.<sup>11</sup> Man kan också identifiera vissa e-handelsrelaterade aspekter, liksom ett antal straffrättsliga frågor, som anknyter till de övergripande frågorna var åtgärden vidtogs och var den fick effekt. Syftet med denna artikel är inte att utveckla eller ta ställning till alla eller merparten av de frågor som aktualiseras vid användning av geolokalisering. Fokus ligger på teknikens konsekvenser för immaterialrätten och i synnerhet på frågorna rörande jurisdiktion, lagval, ansvar och sanktioner.

<sup>10</sup> EU-kommissionens strategi för en inre digital marknad i Europa kan, eventuellt, komma att medföra begränsningar av möjligheten att använda geolokalisering (geoblockering). Frågan är långtifrån okontroversiell. Se vidare avsnitt 3.6 nedan, i anslutning till not 46.

<sup>11</sup> Se t.ex. Patrik Wallströms blogginlägg, *Ett geografiskt uppdelat internet – om upphovsrättsindustrin får bestämma*, <https://www.iis.se/blogg/ett-geografiskt-uppdelat-internet/>, senast besökt den 22 april 2015.

## 3.2 Jurisdiktion

### 3.2.1 Bakgrund

Hanteringen av jurisdiktionskonflikter mellan EU:s medlemsländer (utom Danmark) regleras genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (den nya "Bryssel-I-förordningen"). I förhållandet mellan EU:s medlemsstater, Island, Norge, Danmark och Schweiz gäller konventionen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, antagen i Lugano den 30 oktober 2007 ("Luganokonventionen").

Behörighetsreglerna i Bryssel-I-förordningen och Luganokonventionen är i stort sett identiska. EU-domstolens tolkningsavgöranden rörande Bryssel-I-förordningen ska också beaktas vid tolkningen av Luganokonventionen i de fall där bestämmelserna har samma lydelse (se NJA 1999 s. 673 och NJA 2009 s. 519). Vad som sägs nedan angående Bryssel-I-förordningen gäller därför i princip även enligt Luganokonventionen.

Den grundläggande principen är att talan ska väckas vid domstol i det medlemsland där svaranden bor (*forum domicili*). För juridiska personer, t.ex. ett bolag, bestäms hemvisten utifrån orten för bolagets säte, huvudkontor eller huvudsakliga verksamhet. Enligt Bryssel-I-förordningen kan talan dock, i vissa undantagsfall, i stället väckas vid domstol i ett annat medlemsland. Detta gäller bl.a. i frågor om skadestånd utanför avtalsförhållanden. En sådan talan får, enligt artikel 7(2) i förordningen<sup>12</sup>, väckas vid domstolen i den ort där skadan inträffade eller kan inträffa (*forum delicti*). När ett immaterialrättsintrång begås över internet – och rättighetshavaren och intrångsgöraren inte har hemvist i samma land – ligger det ofta nära tillhands för rättighetshavaren att väcka talan vid *forum delicti*.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Artikel 7(2) motsvarar artikel 5(3) i den tidigare Bryssel-I-förordningen (EG) nr 44/2001.

<sup>13</sup> Om talan avser *registrering* eller *giltighet* av patent, varumärken, mönster och liknande rättigheter för vilka krävs deposition eller registrering, är domstolen i skyddslandet (registreringslandet) exklusivt behörig enligt artikel 24(4) i förordningen. Här diskuteras jurisdiktionsfrågan endast med avseende på intrång.

Immaterialrättsintrång på internet kan dock få mycket stor räckvidd. Därmed inställer sig frågan på vilken/vilka orter skadan inträffade (eller kan inträffa), vilket ju är styrande för jurisdiktionsfrågan.

När den ort där en handling har *företagits* inte är densamma som den ort där handlingen har *orsakat skada*, ska uttrycket "den ort där skadan inträffade" enligt EU-domstolens fasta rättspraxis förstås så, att talan får väckas vid domstolen antingen på den ort där den skadegörande handlingen företogs eller på den ort där skadan inträffade (se EU-domstolens avgörande den 30 november 1976 i mål 21/76, Bier mot Mines de potasse d'Alsace).

Beträffande gränsöverskridande *ärekränkning* (i tryckt skrift) har sedermera fastslagits, att käranden får välja mellan två olika behörighetsregler. Antingen kan talan väckas i den stat där svaranden har sitt hemvist eller utgivaren har sitt driftställe och kan då avse samtliga skador, eller så kan talan väckas i den stat där den drabbade är känd och då kan talan bara avse den skada som den drabbade har lidit i den staten (EU-domstolens avgörande den 7 mars 1995 i mål C-68/93, Shevill). Den sistnämnda begränsningen, d.v.s. att den drabbades rätt splittras upp på alla medlemsländer där han/hon är känd, kallas ibland "mosaikprincipen".

Vid ärekränkning *över internet* har mosaikprincipen ansetts stå i kontrast till den allvarliga kränkning av personlighetsskyddet som följer av att kränkande innehåll finns tillgängligt överallt i världen. EU-domstolen har framhållit att publicering av innehåll på en webbplats i princip riktar sig till en obegränsad publik. Domstolen har konstaterat att innehållet ögonblickligen kan nås av ett obegränsat antal användare överallt i världen, helt oberoende av avsändarens avsikter avseende tillgängligheten utanför den medlemsstat där avsändaren är etablerad och utövar sin kontroll. Mot denna bakgrund har domstolen fastslagit, att käranden kan väcka talan om ersättning för hela skadan även vid domstolen i den medlemsstat där käranden har "sitt centrum för sina intressen" (se EU-domstolens avgörande den 25 oktober 2011 i de förenade målen C-509/09 och C-161/10, eDate Advertising och Martínez). Kriterierna i Shevill-avgörandet (se ovan) har alltså kompletterats med ännu ett anknytningskriterium. Den plats där den skadelidande har sitt centrum för sina intressen antas i allmänhet vara den plats där vederbörande är stadigvarande bosatt.

I Sverige har jurisdiktionsfrågan hanterats på liknande sätt vid bedömning av *intrång i upphovsrätt* online. I avgörandet NJA 2012

s. 483 har svensk domsrätt ansetts föreligga när en svensk, som har varit bosatt i Stockholm och bedrivit sin verksamhet där, har väckt skadeståndstalan mot ett norskt bolag i anledning av olovligt tillgängliggörande av ett fotografi på internet. Det bör dock uppmärksammas att domsrätt, baserad på principen om centrum för den skadelidandes intressen, har ansetts föreligga endast beträffande frågan om intrång i upphovsrättens s.k. *ideella* del, d.v.s. upphovsmannens rätt (a) att bli namngiven när verket utnyttjas och (b) att motsätta sig kränkande ändringar m.m. HD har ansett att upphovsrättslig ersättning för ideell skada, som ju syftar bl.a. till att kompensera konstnärer och framställare vid kränkningar, liknar den ersättning för ärekränkning som EU-domstolen behandlade i förenade målen eDate Advertising och Martinez (se ovan). Eftersom den skadelidande har haft centrum för sina intressen i Sverige har svensk domsrätt ansetts föreligga i fråga om ersättning för den ideella skadan i dess helhet.

HD har inte haft anledning att bedöma, om centrum för den skadelidandes ekonomiska intressen kan grunda domsrätt, i Sverige, beträffande upphovsrättslig ersättning för den totala *ekonomiska* skadan, i situationer då den skadegörande handlingen företagits i ett annat land. Av EU-domstolens praxis följer dock, att domstolen i det land där skadan uppkommit (eller kan uppkomma) är behörig att pröva endast den ekonomiska skada som vållats inom den medlemsstat där domstolen är belägen (se bl.a. EU-domstolens avgöranden den 3 oktober 2013 i mål C-170/12, Pinckney, och den 3 april 2014 i mål C-387/12, Hi Hotel samt, beträffande intrång i varumärkesrätt, den 19 april 2012 i mål C-523/10, Wintersteiger). Om en domstol var behörig att pröva även de ekonomiska skador som vållats på *andra* medlemsstaters territorium skulle domstolen nämligen träda i stället för dessa medlemsstaters domstolar, trots att de senare själva skulle vara behöriga enligt Bryssel-I-förordningen (se EU-domstolens avgörande i Pinckney, punkt 46). Resonemanget stämmer väl överens med det svenska avgörandet NJA 2007 s. 287, i vilket talan avsåg intrång i rätten till ett varumärke i Sverige och i vissa andra länder inom EU. HD konstaterade att "den omedelbara skadan i fall av varumärkesintrång inträffar i skyddslandet" och avvisade därför talan såvitt avsåg andra intrång än det som gjorts gällande i det svenska varumärket.<sup>14</sup> I RH 2008:4, som avsåg bl.a. ett gränsöverskridande upphovsrättsligt intrång

<sup>14</sup> Angående den s.k. territorialitetsprincipen, se även avsnitt 3.3.1 nedan.



via internet, gjorde hovrätten en motsvarande bedömning. Hovrätten fastslog, med hänvisning till bl.a. NJA 2007 s. 287, att svensk domstol var behörig att pröva endast den skada som hade inträffat i Sverige.

Hur ska man då bedöma om en påstådd skada kan uppkomma, i den mening som avses i Bryssel-I-förordningen, inom domkretsen för en viss nationell domstol (t.ex. domstolen i det land där rättighetshavaren har sitt hemvist) när ett påstått intrång har begåtts via internet? Vilka anknytningskriterier ska tillämpas? Enligt Pinckney-avgörandet krävs inte, att den aktuella verksamheten har "riktat sig till" den medlemsstat i vilken talan har väckts.<sup>15</sup> EU-domstolen har fastställt att en skada kan uppkomma bl.a. när det finns möjlighet att, från en webbplats som är tillgänglig inom domkretsen för den domstol där talan har väckts, beställa ett exemplar av det verk som omfattas av de rättigheter som käranden gör gällande (Pinckney, punkt 44 i domskälen). Detta principiella synsätt har bekräftats genom EU-domstolens avgörande den 22 januari 2015 i mål C-441/13 (Hejduk). Det senare avgörandet är intressant eftersom det, till skillnad från Pinckney-avgörandet, tar sikte på publicering av skyddade alster online.<sup>16</sup> Således kan det även vid onlinedistribution uppkomma en jurisdiktionsgrundande skada i de länder från vilka intrångsgörarens webbsida är åtkomlig. En domstol i ett sådant land är, enligt vad som redan har fastslagits i Pinckney, behörig att pröva den skada som har vållats inom den medlemsstat som domstolen tillhör.

Även om EU-domstolens avgöranden i Pinckney och Hejduk formellt avser möjligheten att väcka skadeståndstalan, bör motsvarande principer gälla för förbudstalan. Stöd för detta antagande kan hämtas bl.a. från Wintersteiger-avgörandet (se ovan), i vilket EU-domstolen

<sup>15</sup> Jfr EU-domstolens avgörande den 7 december 2010 i de förenade målen C-585/08 och C-144/09 (Pammer), som avsåg frågan under vilka förutsättningar en näringsidkare kan anses ha riktat sina tjänster till konsumenter i en viss medlemsstat enligt artikel 15.1 c) i den tidigare Bryssel-I-förordningen (numera artikel 17.1 c)).

<sup>16</sup> I Pinckney-avgörandet hade intrångsgöraren bedrivit försäljning av cd-skivor, d.v.s. fysiska produkter, via den aktuella hemsidan. Sådant distribution skiljer sig naturligtvis från onlinedistribution, som kan vara svårare att lokalisera. Det kan också noteras, att artikel 7(2) i Bryssel-I-förordningen utpekar domstolen i den ort där skadan inträffade *eller kan inträffa*. Skador som ännu inte har inträffat torde vara svårare att lokalisera till en bestämd plats än skador som har kommit till konkret uttryck, särskilt vid skadegörande handlingar online.

påpekade att domstolen i skyddslandet var behörig "att pröva dels den samlade skada som varumärkesinnehavaren påstår sig ha lidit av varumärkesintrånget, dels ett yrkande om upphörande av detta intrång". Vidare märks att talan, enligt artikel 7(2) i Bryssel-I-förordningen, kan väckas även i fall när konkret skada ännu inte har uppkommit ("där skadan ... kan inträffa"). Denna möjlighet torde göra sig särskilt gällande med avseende på förbudstalan.<sup>17</sup> Anknypningskriterierna enligt Wintersteiger, Pinckney och Hejduk bör då medföra, i linje med den s.k. territorialitetsprincipen (se avsnitt 3.3.1 nedan), att domstolen får förbjuda endast den intrångsgörande handling som begåtts i domstolslandet.<sup>18</sup> En rättighetshavare som önskar utverka ett territoriellt mer omfattande förbud bör väcka talan i det land där svaranden har sitt hemvist eller säte. Denna ort är vanligen också den ort där svaranden har fattat och verkställt beslutet att vidta den handling som påstås göra intrång.

Sammanfattningsvis får det numera anses vara klarlagt, att en jurisdiktionsgrundande upphovsrättslig skada kan uppkomma, i den mening som avses i Bryssel-I-förordningen, så snart webbsidan har varit tekniskt tillgänglig i domstolslandet. Vid påstått varumärkesintrång, under motsvarande förhållanden, torde talan kunna väckas i skyddslandet, d.v.s. det land där det skyddade varumärket har registrerats och/eller inarbetats. I sådana fall är det strikt taget inte nödvändigt att beakta de varierande anknypningskriterier som annars brukar diskuteras i samband med skadegörande handlingar på internet (verksamhetens karaktär, vilket/vilka språk som har använts, vilka valutor den påstådda intrångsgöraren har accepterat, eventuell användning av utländsk toppdomän m.m.).

### 3.2.2 Effekten av geografisk lokalisering

Eftersom upphovsrättslig ekonomisk skada således får prövas av domstol i alla medlemsländer i vilka det publicerade innehållet har varit till-

<sup>17</sup> Se Ulf Maunsbach, *Svensk domstols behörighet vid gränsöverskridande varumärkesstvister – särskilt om Internetrelaterade intrång*, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2005 s. 136, med vidare hänvisningar. Jfr HD:s uttalande i det tidigare avgörandet NJA 2000 s. 273, på s. 277.

<sup>18</sup> Såvitt gäller *gemenskapsvarumärken* bör dock noteras, att förbud mot fortsatt intrång (eller fortsatta handlingar som skulle kunna innebära intrång) som huvudregel omfattar hela EU. Se EU-domstolens avgörande den 12 april 2011 i mål C-235/09 (DHL), punkt 44.

gängligt online (Hejduk) – eller från vilka ett exemplar av ett verk har kunnat beställas via internet (Pinckney) – har publicisten all anledning att försöka styra var i världen webbsidan faktiskt är åtkomlig. Sådan teknisk styrning kan åstadkommas genom geolokalisering. Härigenom kan publicisten minska risken att behöva försvara sitt agerande på en rad olika ställen i världen. Geolokalisering kan användas t.ex. för att tillse, att innehåll görs tillgängligt endast i länder där risken att göra intrång är liten och/eller i länder där publicisten är väl förtrogen med rättsreglerna (angående lagval, se avsnitt 3.3 nedan). Om ett upphovsrättsligt verk varken har varit tekniskt åtkomligt eller har kunnat beställas online, från ett visst land, har anknytningskriterierna enligt Pinckney- och Hejduk-avgörandena eliminerats med avseende på det landet.<sup>19</sup>

Motsvarande överväganden gör sig gällande vid användning av annans kännetecken på internet. Om t.ex. ett nationellt varumärke används på en webbsida, som inte är tekniskt åtkomlig från det land i vilket varumärket åtnjuter skydd, är det väl oftast rimligt att utesluta jurisdiktion för domstolen i det landet, såvitt gäller påstått intrång i varumärkesrätten.<sup>20</sup>

Möjligheten att använda geolokalisering borde *de lege ferenda* även innebära, att den skadelidandes "centrum för sina intressen" inte alltid är ett relevant anknytningskriterium vid bedömning av upphovsrättslig ideell skada. Sagda anknytningskriterium bygger ju på antagandet, att innehållet på en webbplats riktar sig till en obegränsad publik, inklusive publiken på den plats där den skadelidande har sitt centrum för sina intressen (se avsnitt 3.2.1 ovan). En sådan *presumtion* bör inte gälla om geolokalisering har använts. I sådana situationer bör det utredas om det skyddade verket faktiskt har tillgängliggjorts i – eller har kunnat beställas från – det land där den skadelidande har sitt centrum för sina intressen.

<sup>19</sup> Principen, att domstolen är behörig om webbsidan har varit tekniskt åtkomlig från domstolslandet, bör inte utan vidare tolkas *e contrario* när webbsidan *inte* har varit åtkomlig från det landet. I en sådan situation kan det likafullt vara svårare att finna ett anknytningskriterium enligt artikel 7(2) i Bryssel-I-förordningen, eftersom blockeringen minskar risken att intrångsgärningen leder till skada i domstolslandet. Jfr vad som sägs i avsnitt 3.3.2 nedan angående den s.k. effektlandsprincipen.

<sup>20</sup> Därmed är dock inte sagt att en sådan presumtion aldrig kan brytas.

Det kan möjligen invändas att tekniker för geolokalisering är tämligen enkla att kringgå. En kunnig internet-användare kan använda en rad olika tekniker och tjänster för att skaffa sig åtkomst till webbsidor även från länder som har blockerats genom geolokalisering.<sup>21</sup> Därmed skulle man också kunna hävda att en webbsida är "åtkomlig", i den mening som avses i Pinckney- och Hejduk-avgörandena, även om publicisten har använt geolokalisering för att förhindra åtkomsten. Övervägande skäl talar dock, enligt min mening, för att sådan olovlig "åtkomlighet" ska anses vara irrelevant för jurisdiktionsfrågan. Artikel 7(2) i Bryssel-I-förordningen är en undantagsregel och ska som sådan tolkas restriktivt.<sup>22</sup> Att betrakta en webbsida som åtkomlig, med motiveringen att tekniska åtgärder (geolokalisering) kan kringgå, skulle stå i strid både med andemeningen i EU-domstolens avgöranden och med Bryssel-I-förordningens syfte och systematik.

Möjligheten att kringgå geolokalisering bör således inte tas som intäkt för att tekniken saknar rättslig relevans. I litteraturen påpekas med rätta att "the accuracy of the geo-location technologies is ... high enough for the courts to start taking notice of geo-location technologies".<sup>23</sup> Ännu finns det visserligen inte särskilt många rättsliga avgöranden, för vilka möjligheten att använda geolokalisering har haft betydelse, men en viss utveckling i den riktningen kan ändå uppfattas.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Se t.ex. Jerusha Burnett, *Geographically Restricted Streaming Content and Evasion of Geolocation: The Applicability of the Copyright Anticircumvention Rules*, 19 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 461 (2012), hämtad den 22 januari 2015 via <http://www.mttlr.org/volnineteen/burnett.pdf>. Se även Marketa Trimble, *The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation* (2012). Scholarly Works. Paper 648, hämtad den 22 januari 2015 via <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/648/>.

<sup>22</sup> Se EU-domstolens avgöranden den 16 maj 2013 i mål C 228/11 (Meltzer), punkt 24, den 3 oktober 2013 i mål C 170/12 (Pinckney), punkt 25, den 5 juni 2014 i mål C 360/12 (Coty Germany), punkt 45, och den 22 januari 2015 i mål C 441/13 (Hejduk), punkt 16.

<sup>23</sup> Dan Jerker B. Svantesson, *Geo-Location Technologies and Other Means of Placing Borders on the 'Borderless' Internet*, 23 J. Marshall J. Computer & Info. L. 101 (2004), s. 114, hämtad den 22 januari 2015 via <http://repository.jmls.edu/jitpl/vol23/iss1/3/>.

<sup>24</sup> Se Dan Jerker B. Svantesson, *Delineating the Reach of Internet Intermediaries' Content Blocking – "ccTLD Blocking", "Strict Geo-location Blocking" or a "Country Lens Approach"?*, (2014) 11:2 SCRIPTed, s. 162 f, hämtad den 23 januari 2015 via <http://script-ed.org/?p=1539>.

### 3.3 Lagval

#### 3.3.1 Immaterialrätt

I EU:s medlemsländer (utom Danmark) gäller bestämmelserna i Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) nr 864/2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser ("Rom II-förordningen"). Rom II-förordningen fastställer vilken lag som ska tillämpas på utomobligatoriska förpliktelser på det privaträttsliga området, i de fall olika medlemsstaters länder är i konflikt med varandra. Ifråga om *immaterialrättsintrång* gäller, enligt Rom II-förordningen, att domstolen ska tillämpa lagen i det land där skydd görs gällande (*lex loci protectionis*), d.v.s. lagen i det land i vilket käranden påstår att ett intrång har inträffat.<sup>25</sup> Denna regel, vanligen kallad *skyddslandsprincipen*, utgör ett undantag från huvudregeln, som anvisar lagen på den plats där den skadegörande handlingen eller händelsen har inträffat (*lex loci damni*).

Skyddslandsprincipen kommer till indirekt uttryck även i e-handelslagen (2002:562), som implementerar merparten av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 ("E-handelsdirektivet"). Även om både e-handelslagen och E-handelsdirektivet generellt anvisar tillämpning av den s.k. ursprungslandsprincipen, d.v.s. att det är lagen i det land där tjänsteleverantören är "etablerad" som ska tillämpas på tjänsterna (även i de fall då tjänsteleverantören helt eller delvis riktar sin verksamhet mot en annan stat inom EES-området), gäller den principen således inte beträffande immaterialrätt ("upphovsrätt och närstående rättigheter, skydd för kretsmönster för halvledarprodukter och industriellt rättsskydd"). Då gäller i stället lagen i det land där det relevanta objektet (verket, varumärket m.m.) åtnjuter skydd.

Skyddslandsprincipen kan sägas vara ett uttryck för den internationellt privaträttsliga territorialitetsprincipen, som kommer till uttryck bl.a. i artikel 2(1) i Pariskonventionen. Territorialitetsprincipen innebär att registrerade rättigheter (såsom patent, registrerat varumärke och registrerad design) är begränsade till den stats territorium för vilka de har beviljats. Territorialitetsprincipen gäller även oregistrerade rättigheter (såsom upphovsrätt och varumärkesrätt grundad på inarbetning). Således får varje land självständigt avgöra om en skapelse

<sup>25</sup> Stockholms tingsrätt har genom mellandom den 13 maj 2013, i mål T 2409-12 (Scanpix), bekräftat att tillämplig lag, enligt Rom II-förordningen, är lagen i det land där skydd görs gällande.

eller ett kännetecken uppfyller kraven för oregistrerat skydd. Inom immaterialrätten anses territorialitetsprincipen vanligen innebära, att lagen i det land i vilket käranden påstår att ett intrång har inträffat, ska tillämpas. En variant av denna regel återfinns också i artikel 5(2) i Bernkonventionen.

I litteraturen har emellanåt konstaterats, att territorialitetsprincipen/skyddslandsprincipen kan ge upphov till problem vid immaterialrättsintrång på internet. Principen har sagts innebära att en nationell domstol måste tillämpa en mängd olika länders lagar t.ex. om ett i flera länder registrerat varumärke olovligen används på en hemsida på internet.<sup>26</sup> Slutsatsen är inte oriktig, men bör, för europeiskt vidkommande, nyanseras något i ljuset av EU-domstolens avgöranden i Wintersteiger, Pinckney och Hejduk samt HD:s avgörande i NJA 2007 s. 287 (se avsnitt 3.2.1 ovan). Genom dessa avgöranden har fastslagits att bara den domstol, inom vars territorium rätten är skyddad (där det finns en faktisk risk för att ett intrång ska uppkomma), är behörig. Såvitt gäller skadestånd är domstolen då behörig endast med avseende på de skador som inträffat i det landet. Det sagda gäller alltså när behörigheten grundas på artikel 7(2) i Bryssel-I-förordningen (d.v.s. på påståendet att skadan inträffade i domstolslandet). Eftersom det då bara är intrånget i domstolslandet som kan prövas, innebär territorialitetsprincipen/skyddslandsprincipen att prövningen görs enligt domstolslandets egen lag. Om talan i stället väcks i det land där svaranden har sitt hemvist, kan domstolen behöva tillämpa flera länders immaterialrättsliga lagar.

För en innehållsleverantör eller annan publicist, som tillgängliggör någon annans verk eller använder någon annans kännetecken på internet, kan det vara en fördel att undvika tillämpning av vissa nationella rättsregler på sagda förfoganden. Detta kan åstadkommas genom att tekniskt förhindra åtkomst, från valda länder, till publicistens webbsidor. Den som med "rättsliga" argument vill kritisera geolokalisering skulle kunna hävda, att tekniken gör det möjligt att begå intrång på ett förslaget sätt, för att slippa att bli lagförd med tillämpning av ofördelaktiga bestämmelser. Emellertid vore det väl

---

<sup>26</sup> Se bl.a. Marcus Norrgård, Immaterialrättens territorialitet, JFT 4-5/2005 s. 572-584.

knappast rimligt att hålla publicisten ansvarig i vidare mån än vad som följer av lagen i det land där förfogandet eller nyttjandet äger rum.<sup>27</sup>

Sammanfattningsvis kan användning av geolokalisering öka förutsebarheten med avseende på vilka länders lagar som är tillämpliga på immaterialrättsligt relevanta förfoganden. Detta torde ofta ligga i både rättighetshavares och nyttjanderättshavares intressen.

### 3.3.2 Marknadsrätt

Ovan har nämnts att e-handelslagen som huvudregel anvisar tillämpning av lagen i det land där tjänsteleverantören är etablerad. Ursprungslandsprincipen syftar till att säkerställa fri rörlighet för informationssamhällets tjänster. Den verksamhet som avses är bl.a. marknadsföring av varor online. Avsikten är, något förenklat, att sådan verksamhet som får utövas i leverantörens ursprungsland också ska få utövas i alla andra EES-länder. Av motiven framgår bl.a. att en utländsk leverantör, med säte i annat EES-land, ska få tillhandahålla informationssamhällets tjänster i Sverige utan hinder av svensk marknadsrätt ("krav som gäller marknadsföring, krav som gäller kvaliteten på och innehållet i tjänster samt ansvar för den information som ges vid marknadsföringen").<sup>28</sup>

Följaktligen borde ett utländskt EES-företag, som marknadsför varor eller tjänster på internet, aldrig härigenom riskera att ställas till svars inför svenska Marknadsdomstolen. Den slutsatsen är dock felaktig. Av Marknadsdomstolens praxis följer nämligen att domstolen, oberoende av e-handelslagen, anser sig kunna tillämpa MFL på gränsöverskridande marknadsföring via internet, oavsett från vilket land marknadsföringsåtgärden företas.<sup>29</sup> Om praxis inte utvecklas i annan riktning kommer den traditionella s.k. effektlandsprincipen att äga fortsatt tillämpning på marknadsföring som riktar sig, helt eller delvis, mot Sverige, även om verksamheten bedrivs online av en utländsk aktör.

Marknadsdomstolens synsätt kan kritiseras, eftersom det tycks vara oförenligt med den ursprungslandsprincip som e-handelslagen

<sup>27</sup> Ansvarsfrågan behandlas närmare i avsnitt 3.4 nedan.

<sup>28</sup> Prop. 2001/02:150 s. 63.

<sup>29</sup> Se MD 2004:17.

anvisar.<sup>30</sup> Man får också anta att Marknadsdomstolen inte utan vidare kommer att tillämpa effektlandsprincipen på marknadsföring av audiovisuella medietjänster, t.ex. digitala tv-sändningar och beställvideo, eftersom det s.k. AV-direktivet<sup>31</sup> uttryckligen anvisar tillämpning av ursprungslandsprincipen (med vissa undantag). Tills vidare tycks man dock behöva räkna med att annan internet-marknadsföring, som riktar sig mot den svenska marknaden eller på annat sätt kan få effekter i Sverige, kan prövas enligt svensk marknadsrätt. Således står det också klart att utländska leverantörer, som vill minska risken att lagföras enligt MFL, bör bedriva sin verksamhet online på sådant sätt att den inte kan anses rikta sig mot Sverige. Här kan användning av geolokalisering få stor betydelse. Om en näringsidkare har exkluderat den svenska publiken, genom geolokalisering, borde det förhållandet närmast ge upphov till en presumtion att MFL inte är tillämplig på marknadsföringen. Näringsidkarens aktiva val och åtgärd, att förhindra åtkomst till sin webbplats från Sverige, indikerar starkt att webbplatsen inte är ägnad att främja avsättningen av produkter eller tjänster på den svenska marknaden; låt gå för att det även kan finnas andra faktorer att beakta vid helhetsbedömningen.

### 3.4 Ansvar, ersättning och skadestånd

Om ett intrång har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet har rättighetshavaren alltid rätt till full ersättning för den skada han vållats. I annat fall ska endast skälig ersättning för utnyttjandet utgå, vanligen motsvarande den licensavgift som borde ha utgått om licens hade upplåtits.

Full ersättning kan alltså utdömas vid intrång av den som visste – eller borde ha vetat – att han ägnade sig åt intrångsgörande verksamhet. Härutöver krävs, som alltid inom skadeståndsrätten,

<sup>30</sup> Se t.ex. Patrik Lindskoug, *Om e-handelslagens tillämplighet vid gränsöverskridande marknadsföring*, SvJT 2006 s. 397. Se även SOU 2013:50 s. 92 ff, vari Utredningen framhåller att svenska myndigheter vanligen inte får ingripa mot marknadsföring som omfattas av E-handelsdirektivet och som riktar sig mot den svenska marknaden, om marknadsföringen stämmer överens med lagen i det EES-land där sändaren är etablerad.

<sup>31</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (direktiv om audiovisuella medietjänster).



att skadan kan ses som en påräknelig följd av handlandet, d.v.s. att adekvat kausalitet föreligger. Adekvansbedömningen är, till skillnad från oaktsamhetsbedömningen, objektiv.

Den som tillgängliggör eller annars använder ett skyddat objekt på internet kan, genom användning av geolokalisering, möjliggöra åtkomst inom områden där detta är tillåtet och samtidigt förhindra tillgång i de områden där användningen är förbjuden. En aktör, som utnyttjar sofistikerade tekniker för att åstadkomma en sådan effekt, kan inte rimligen anses som vållande till en immaterialrättslig skada som ändå uppkommer i ett tekniskt exkluderat område. Under sådana förhållanden kan det också ifrågasättas huruvida den uppkomna skadan är en adekvat följd av handlandet. Modern geolokalisering är, som redan nämnts, mycket tillförlitlig (se avsnitt 2 ovan).

Geolokalisering kan visserligen kringgå<sup>32</sup>, men detta borde inte ha någon avgörande betydelse för ansvarsfrågan. En jämförelse kan härvid göras med användning av andra tekniska skyddsåtgärder, t.ex. kopieringsskydd av dvd-skivor eller bruk av lösenord och användarnamn för inloggning till betaltjänster. Den som använder dylik teknik, i syfte att förhindra olovliga förfoganden, bör inte utan vidare hållas ansvarig för intrång som möjliggörs genom tredje parts kringgående av det tekniska skyddet.<sup>33</sup> Ofta kan det nog konstateras att ett intrång över huvud taget inte har begåtts i det exkluderade landet, av den som använder geolokalisering. Som exempel kan nämnas situationen, att en svensk licenstagare (t.ex. ett tv-bolag) med rättighetshavarens tillstånd erbjuder en video-on-demand-tjänst på internet, under villkor att innehållet inte får överföras (strömmas) till konsumenter i något annat land. Om licenstagaren då använder sofistikerad geolokalisering, för att säkerställa att innehållet är åtkomligt endast från Sverige, bör licenstagarens överföring via internet inte anses utgöra upphovsrättsintrång bara för att någon olovligen bereder sig åtkomst till innehållet från annat land. Annorlunda uttryckt bör det vara endast kringgåendet

<sup>32</sup> Se Burnett, a.a. och Trimble, a.a.

<sup>33</sup> Kringgående av geolokalisering torde kunna omfattas av förbudsregeln i 52 d § URL, genom vilken artikel 6.1 i Infosoc-direktivet (2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället) har implementerats. I Burnett, a.a., diskuteras hur kringgåenderegler i amerikansk rätt och WIPO Copyright Treaty bör tillämpas med avseende på geolokalisering. Se även avsnitt 3.5 nedan angående begreppet "tekniska åtgärder" i 52 b § URL.

av geolokaliseringen – och inte överföringen – som är olovligt i en sådan situation. Därmed skulle licenstagaren inte heller behöva betala skäligen (utomobligatorisk) ersättning för överföringen.

### 3.5 Förbud och ålägganden

Det ligger i sakens natur att ett förbud i praktiken ofta innefattar ett åläggande. Som exempel kan nämnas situationen, att en internetleverantör förbjuds att ge sina kunder tillgång till en webbplats genom vilken ett skyddat verk olovligt görs tillgängligt. För att kunna efterleva ett sådant förbud måste operatören i realiteten utföra en positiv handling, d.v.s. förhindra kundernas åtkomst till webbsidan.<sup>34</sup> Om förbudet inte specificerar vilka åtgärder operatören måste vidta, får operatören själv bedöma vilka åtgärder som kan vara tillräckligt verkningsfulla. Enligt EU-domstolens avgörande den 27 mars 2014 i mål C-314/12 (UPC Telekabel) måste åtgärderna hindra, eller åtminstone göra det svårt att få, otillåten tillgång till den intrångsgörande webbplatsen, men åtgärderna får samtidigt inte "onödigtvis frånta internetanvändarna möjligheten att på ett tillåtet sätt ta del av information". Avgörandet markerar också att internetleverantören måste ges möjlighet att undgå vite för överträdelse av förbudet genom att visa att "alla rimliga åtgärder" har vidtagits.

Om tillgänglighetsförbudet av verket är olovligt i ett land, t.ex. domstolslandet, men tillåtet i andra länder, kan geolokalisering övervägas. Det gäller åtminstone om operatören har kunder i något av de sistnämnda länderna. Genom geolokalisering kan tillgången från domstolslandet blockeras, utan att åtgärderna påverkar internetanvändare i andra länder. Om en sådan åtgärd kan anses vara tillräckligt verkningsfull, i den mening som avses i UPC Telekabel-avgörandet och Infosoc-direktivet, återstår att se. Frågan har, såvitt jag känner till, ännu inte prövats. Enligt tidigare svensk rättspraxis ställs tämligen höga aktivitetskrav på den som har att efterkomma ett förbuds föreläggande. Om en överträdelse sker, vilket vederbörande är skyldig att undersöka, måste det göras långtgående försök att stoppa

---

<sup>34</sup> Jfr Svea hovrätts avgöranden den 4 maj 2010 i målen Ö 7131-09 (Black Internet) och Ö 10146-09 (Portlane), enligt vilka de respektive internetleverantörerna förbjöds att tillhandahålla uppkoppling till internet för vissa servrar och tjänster, som var åtkomliga via vissa specificerade domännamn.

överträdelsen.<sup>35</sup> Huruvida geolokalisering kan anses vara tillräckligt verkningsfull i det enskilda fallet torde främst bero på domstolens bedömning av den använda teknikens effektivitet.

En närliggande fråga är om en intrångsgörare kan direkt åläggas att använda geolokalisering. Den frågan inrymmer en större principiell fråga, nämligen i vilken utsträckning en domstol får ålägga en intrångsgörare att utföra en positiv handling, d.v.s. att vidta en specificerad åtgärd. Här synes reglerna delvis skilja sig åt mellan EU:s medlemsstater. De svenska immaterialrättsliga lagarna innehåller en rad särskilt reglerade åtgärder som kan begäras. Här märks bl.a. reglerna om informationsförelägganden, skyldigheten att bekosta åtgärder för att sprida information om meddelad dom och skyldigheten att vidta s.k. korrigeringsåtgärder.

Såvitt gäller geolokalisering är reglerna om korrigeringsåtgärder av särskilt intresse. Enligt upphovsrättslagen, varumärkeslagen, patentlagen, mönsterskyddslagen, fimalagen och växtförädlarrättslagen kan en domstol, efter vad som är skäligt, på yrkande av rättighetshavaren, besluta att intrångsgörande egendom, verk, produkt m.m. ska återkallas från marknaden, ändras eller förstöras eller att *någon annan åtgärd* ska vidtas med den. Detsamma gäller i fråga om *hjälpmedel* som har använts eller varit avsett att användas vid intrånget. Uttrycket "någon annan åtgärd" avser att klargöra, att uppräknningen av de korrigerande åtgärderna inte är uttömmande.<sup>36</sup> Enligt nämnda lagar har domstolen alltså möjlighet att ålägga intrångsgöraren att utföra diverse handlingar, även med avseende på hjälpmedel. Med "hjälpmedel" avses även medel som inte är särskilt konstruerade eller annars särskilt lämpade för intrångsändamål.

Av det sagda synes framgå, att en svensk domstol kan ålägga en intrångsgörare att använda geolokalisering för att avbryta och fortsättningsvis hindra ett intrång som begås via en webbplats. För det första är det tydligt, att en webbplats med tillhörande teknik kan användas som hjälpmedel för att begå ett immaterialrättsintrång. En webbplats är en samling av t.ex. texter, dokument, bilder, video och/eller ljud som lagras på en webbserver och som är åtkomlig via internet. Den teknik och utrustning som används, för att göra innehållet tillgängligt via webbsidan, används uppenbarligen som

<sup>35</sup> Se t.ex. RH 2006:42.

<sup>36</sup> Se prop. 2008/09:67 s. 210, 215, 218, 282, 291 och 315.

hjälpmedel vid intrånget. Här torde det räcka att påtala, att det upphovsrättsliga begreppet "överföring till allmänheten" (2 § URL) förutsätter att ett tekniskt hjälpmedel används vid överföringen ("på trådbunden eller trådlös väg"). För det andra kan det inte heller råda någon tvekan om, att användning av geolokalisering är en "åtgärd" i här angiven bemärkelse. På upphovsrättens område torde effektiv geolokalisering tillhöra kategorin "tekniska åtgärder", närmare bestämt en "verkningsfull teknik, anordning eller komponent som har utformats för att vid normalt bruk hindra eller begränsa [olovliga upphovsrättsliga förfoganden]" (52 b § URL). I motiven anges, som exempel, olika former av tekniska hinder för åtkomst till verk online.<sup>37</sup>

Något principiellt hinder bör alltså inte finnas mot ålägganden att använda geolokalisering. Huruvida ett sådant åläggande i det enskilda fallet kan beslutas torde snarare bero på yrkandets utformning och domstolens egen förmåga att, vid behov, konkretisera det slutliga åläggandet. Vidare krävs att åtgärden är skälig, vilket innebär att ett ingripande inte får ske i större omfattning än vad som är nödvändigt. Geolokalisering kan användas både för att helt blockera åtkomst från vissa territorier och för att anpassa utbudet av innehåll till nationella förhållanden. Från intrångsgörarens perspektiv torde ett åläggande om geolokalisering därför ofta kunna framstå som skäligt, förutsatt att det är tillräckligt tydligt.<sup>38</sup> Om t.ex. ett kännetecken inte får exponeras online i ett land, men lovligt får användas i ett annat land, kan geolokalisering användas för att dirigera besökare från förbudslandet till en webbsida på vilken kännetecknet inte används. För internationellt etablerade mellanhänder, t.ex. tillhandahållare av lagringstjänster, sökmotorer och portaler, kan denna möjlighet ha särskilt stor betydelse. Om publicering av visst innehåll på t.ex. [www.youtube.com](http://www.youtube.com) gör intrång endast i en svensk rättighet vore det knappast rimligt att

---

<sup>37</sup> Prop. 2004/05:110 s. 285, 291 ff, 304 och 413.

<sup>38</sup> EU-domstolen har tidigare berört frågan vad som kan vara ett skäligt föreläggande mot en *mellanhänder*. Se EU-domstolens avgörande den 24 november 2011 i mål C-70/10 (Scarlet Extended) angående möjligheten att förelägga en internetoperatör att använda förebyggande system för filtrering av all trafik i operatörens nät. En sådan långtgående övervakningsskyldighet har inte ansetts vara proportionerlig. För ett liknande resonemang, se EU-domstolens avgörande den 12 juli 2011 i mål C-324/09 (L'Oréal m.fl.), punkt 139.

utfärda föreläggande om (a) total blockering av webbplatsen eller (b) ett generellt borttagande av innehållet.<sup>39</sup>

Det sagda anknyter till domstolens generella plikt, att utforma ett föreläggande så att det blir tillräckligt entydigt och konkret. Ett åläggande om geolokalisering kan nog i vissa fall vara att föredra framför andra typer av förelägganden, eftersom ett sådant åläggande i högre utsträckning kan precisera det aktivitetskrav intrångsgöraren måste uppfylla.

Beträffande gemenskapsvarumärken skulle geolokalisering möjligen också kunna användas i förebyggande syfte, för att begränsa den territoriella räckvidden av framtida förbud mot intrång.<sup>40</sup> Huvudregeln, att förbud mot intrång i gemenskapsvarumärken får effekt i hela EU, synes inte vara tillämplig om intrånget "endast rör en enda medlemsstat eller en viss geografisk del av unionen".<sup>41</sup> Handlingar som inte skadar varumärkets funktion anses nämligen inte kunna bli föremål för förbud.<sup>42</sup> Om det kan fastställas att sådana skadegörande effekter är geografiskt begränsade till vissa territorier bör detta medföra, att förbudets räckvidd får motsvarande geografiska begränsning. Frågan har ännu inte prövats specifikt beträffande effekten av geolokalisering.

### 3.6 Samexistens

En naturlig konsekvens av territorialitetsprincipen är att mer eller mindre identiska skyddsobjekt kan ha olika rättighetsinnehavare i olika länder. Att exempelvis det varumärkesrättsliga skyddet är begränsat till registreringslandet (och/eller till det område där varumärket har inarbetats) innebär att flera likalydande varumärken kan behörigen ägas

<sup>39</sup> YouTube är ett av de många företag som har valt att använda geolokalisering för att anpassa sin verksamhet till varierande förhållanden i olika länder. Tekniken används i kombination med ett system för mottagande av anmälningar om upphovsrättsintrång. Se <https://www.youtube.com/yt/copyright/sv/>, senast besökt den 22 april 2015.

<sup>40</sup> Den geografiska omfattningen av förbud mot intrång i nationella rättigheter kommenteras i avsnitt 3.2.1 ovan.

<sup>41</sup> EU-domstolens avgörande den 12 april 2011 i mål C-235/09 (DHL), punkt 48.

<sup>42</sup> Se även EU-domstolens avgörande den 23 mars 2010 i de förenade målen C-236/08 och C-238/08 (Google France och Google) och HD:s avgörande i NJA 2014 s. 580 (Layher).

av olika personer i olika länder.<sup>43</sup> De konflikter som stundom uppstår mellan sådana rättighetshavare regleras ibland genom att parterna överenskommer att de ska använda sina respektive varumärken i olika territorier. Båda parter åtar sig då att avstå från användning av det egna varumärket på motpartens territorium, samtidigt som de accepterar att motparten använder sitt varumärke på sitt eget territorium.

Sådan samexistens är i praktiken tämligen enkel att åstadkomma i fråga om konventionell varumärkesanvändning, på produkter och förpackningar, i tryckta medier o.s.v., men kan uppfattas vara svårare att uppnå online. Om båda parter använder sina respektive varumärken på internet kan nya konflikter uppstå. Härvidlag kan geolokalisering vara ett remedium. Om en part blockerar åtkomst till sin webbplats från motpartens territorium – eller anpassar det innehåll som visas för besökare från motpartens territorium – kan de avtalade förpliktelserna sannolikt uppfyllas även i den digitala miljön.<sup>44</sup>

Ett annat slags samexistens uppstår när nyttjanderätt avseende samma objekt upplåts till flera licenstagare i olika länder. Spelfilmer och tv-serier hanteras ofta på detta sätt. För en licenstagare (t.ex. ett tv-kanalbolag), som verkar primärt på den inhemska marknaden, är det ofta inte motiverat att betala för rätten att överföra innehållet (filmen, serien m.m.) i flera länder. För en mindre aktör kan det vara omöjligt att betala för omfattande geografiska rättigheter. Däremot kan det förstås vara önskvärt att få exklusiva överföringsrättigheter i det egna landet, åtminstone någon tid. I en digital miljö kan geolokalisering användas för att parallellt tillgodose dylika önskemål från flera licenstagare i olika länder.

En ytterligare situation är att rättighetshavaren själv producerar olika varianter av samma verk, t.ex. en tv-serie, och att dessa adaptationer är avsedda för olika nationella marknader. Geolokalisering kan då användas för att rättighetshavaren ska slippa konkurrera med sig själv,

---

<sup>43</sup> Likalydande varumärken kan dessutom ägas parallellt i ett och samma territorium med avseende på olika varor och tjänster, men den problematiken behandlas inte närmare här.

<sup>44</sup> Jfr avgörandet från WIPO Arbitration and Mediation Centre den 30 juli 2013 i mål LRO2013-0068 (Merck & Co, Inc. v. Merck KGaA), i vilket panelen beaktade sökandens försäkran, att geolokalisering skulle användas "to avoid that Internet users in the territories in which Objector has trademark rights, will be able to visit websites that use the Disputed gTLD String".

d.v.s. för att undvika parallell överföring av olika versioner i samma territorium.

Således kan geolokalisering användas dels för att säkerställa att avtalade åtaganden uppfylls, vilket minskar risken för konflikter, dels för att öka den totala användningen av skyddade objekt (verk, varumärken m.m.) på internet. Geolokalisering möjliggör *marknadssegmentering* på internet, vilket ofta betraktas som en viktig förutsättning för ökad ekonomisk tillväxt.<sup>45</sup> Mot denna bakgrund är det aningen oroväckande, att EU-kommissionen nyligen har aviserat att den under 2016 avser att framlägga lagstiftningsförslag "för att få stopp på oerättigad geografisk blockering".<sup>46</sup> Även om film- och musiktjänster synes vara undantagna från dessa ambitioner finns det anledning att noggrant följa den politiska utvecklingen på området. Det är inte endast film- och musikbranschen som berörs av immaterialrätten i den gränsöverskridande digitala miljön.

## Avslutande kommentar

Ovan har betonats att geolokalisering kan användas för att säkerställa att ett skyddat objekt (verk, varumärke m.m.) görs tillgängligt online endast i de länder där tillgängliggörandet är lovligt.<sup>47</sup> För bolag, vars huvudsakliga verksamhet består i att förmedla digitalt innehåll via internet, är detta ingen nyhet. Tekniken har funnits i flera år och användningen är tämligen utbredd. Däremot tycks det vara angeläget att domstolar och andra normgivande organ i högre utsträckning uppmärksammar fenomenet. Detta tycks, paradoxalt nog, vara extra tydligt på det immaterialrättsliga området.

<sup>45</sup> Se Software & Information Industry Association, *Geolocation Tools and Geographical Market Segmentation*, SIIA Whitepaper, 2014, hämtad den 10 februari 2015 via [http://www.siaa.net/Portals/0/pdf/policy\\_geolocation.pdf](http://www.siaa.net/Portals/0/pdf/policy_geolocation.pdf).

<sup>46</sup> 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 s. 6. Se även IDG:s intervju med EU-kommissionären Andrus Ansip, *EU:s digitalboss i intervju: Därför hatar han geoblockering på nätet*, <http://www.idg.se/2.1085/1.623685/eu-s-digital-boss-i-intervju--darfor-hatar-han-geoblockering-pa-natet>, senast besökt den 15 maj 2015.

<sup>47</sup> Tekniken kan förstås också användas för andra syften, men dessa behandlas inte närmare här.

Användning av immaterialrättsligt skyddade objekt med hjälp av internet har under längre tid varit föremål för ingående diskussioner, lagstiftning och rättspraxis. Förklaringen är givetvis den potentiellt stora genomslagskraft tekniken erbjuder. Tiden verkar nu vara mogen för en mer nyanserad debatt, med större fokus på rättsliga effekter av tekniker som kan hindra eller begränsa immaterialrättsliga förfoganden via internet. EU-domstolens avgöranden, i bl.a. Pinckney, UPC Telekabel och Hejduk, antyder att såväl användning som underlåten användning av geolokalisering kan komma att få betydelse i kommande domstolsförfaranden. Även Marknadsdomstolens hittillsvarande tillämpning av effektlandsprincipen ger anledning att analysera teknikens rättsliga konsekvenser.

Den tidvis framförda uppfattningen, att internet "saknar nationsgränser", är inte bara onyanserad. Den riskerar att leda till oriktiga rättsavgöranden och felaktiga strategiska beslut. Internet är inget moln, inget universum och ingen plats. Det är en sammankoppling av flera fysiska datornätverk. Trafiken i dessa nätverk kan kontrolleras. I vilken utsträckning sådan kontroll är önskvärd är en annan och svårare fråga. Här kan – och bör – immaterialrätten bidra med vissa infallsvinklar.