

IT-rätt

HT-08

Rättsliga aspekter på serverns placering

Johan Arvidsson

Richard Bergflo

Staffan Malmgren

1. Inledning

Handlingar på Internet kan precis som i den fysiska världen regleras och falla under straff- eller civilrättsliga regleringar. I Internetbaserad kommunikation går ofta trafik från en part till en annan via en server. Utgångspunkten är den i allmän debatt spridda uppfattningen att man undgår eller kan kringgå svensk lag genom att placera servern utanför svenskt territorium. Genom att undersöka tre rättsområden som är särskilt berörda av Internets gränsöverskridande egenskaper försöker vi utröna om det finns en sammanhållen teori kring effekter av serverns placering, eller om regleringen är disparat inom de olika områdena. Undersökningen utgår ifrån ett svenskt rättssubjekt och i vilken mån dennes rättsposition enligt svensk rätt påverkas av serverns placering. Frågor om utländsk rätts tillämplighet och utländskt rättsväsendes jurisdiktion lämnas utanför denna framställning.

1.1 Rättsliga frågor kring jurisdiktion och lagval

Frågan om serverns placering är en delfråga i den större frågeställningen om vilket lands domstol som har rätt att avgöra frågor kring handlingar och avtalsförhållanden som har gränsöverskridande egenskaper. Denna frågeställning har varit aktuell under lång tid och påverkas i många delar inte alls av Internets intåg. Framförallt på privaträttens område har frågorna fått sin lösning genom reglering kring forum- och lagval, där varje land i sin nationella lagstiftning infört regler kring när landets domstolar har kompetens att döma i en gränsöverskridande fråga och vilket lands lag som då ska tillämpas. Dessa nationella regleringar har harmoniserats genom internationella konventioner, vilket minskar risken för kompetenskonflikter.¹

På det offentlighetsrättsliga, inklusive det straffrättsliga området, har harmoniseringen inte alls nått lika långt. Detta kan vara för att frågor kring gränsöverskridande handel och liknande civilrättsliga spörsmål har varit aktuella i många hundra år, medan frågor kring yttrandefrihet, brott, spel och liknande innan Internet sällan hade gränsöverskridande karaktär (på de offentlighetsrättsliga områden som har mycket gränsöverskridande handlande, som skatterätten, är också lagstiftningen till stora delar harmoniserad genom exempelvis dubbelbeskattningsavtal). En annan anledning är att nationalstater i större utsträckning är

¹ På europeisk nivå främst Bryssel I-förordningen och Luganokonventionen (domsrätt) och Romkonventionen (lagval). Se vidare Bogdan, Michael, Svensk internationell privat- och processrätt, s 23 ff

försiktiga med att avhända sig kontrollen över sina domstolars kompetens på straffrättens område.

Det är ovanligt att kompetens- och lagvalsregleringar direkt tar fasta på tekniska omständigheter som serverns placering. Vanligare är att man utgår från vilket land de signifikanta handlingarna företogs i, men när det gäller just kommunikation över Internet är det svårare att bestämma denna plats än i den fysiska världen. Man kan utgå från var informationen finns fysiskt lagrad, var de fysiska knapptryckningarna utfördes, eller göra någon annan typ av platsbestämning, beroende på rättshandlingens beskaffenhet.² Serverns placering kan vidare vara en komponent i en helhetsbedömning.

1.2 Teknisk bakgrund

En server är en dator på ett nätverk vars primära uppgift är att tillhandahålla någon form av tjänst till mottagare, klienter, på nätverket. Några vanligt förekommande typer av servrar på Internet är DNS-servrar, mailservrar och webbservrar, som vanligtvis gör sina tjänster tillgängliga för alla användare på Internet. Det förekommer ofta att en server begränsar tillgängligheten till sin tjänst baserat på mottagarens IP-adress, eller kräver någon typ av inloggningsförfarande.

Det som utgör en server är inte hårdvaran i sig, eller det grundläggande operativsystemet. Alla datorsystem som har någon form av nätverksförbindelse har potentialen att agera både server och klient i olika sammanhang. Det som gör en viss fysisk utrustning till en server är istället installerade tillämpningsprogram (exempelvis DNS-programvaran BIND, mailserverprogramvaran Sendmail eller webbserverprogramvaran Apache) och dess konfiguration.

All kommunikation på Internet går inte via för ändamålet iordningställda servrar. Så kallade peer-to-peer-system bygger istället på att alla deltagande datorer (peers) kommunicerar direkt med varandra. Varje enskild dator agerar i ett sådant system som både klient och server, och går ofta under benämningen noder. Rena peer-to-peer-system (Freenet, Gnutella) fungerar helt och hållet utan någon central server, där varje enskild nod har en direktförbindelse till en fraktion av noderna i det totala nätverket. Förfrågningar och informationsöverföringar kan ske mellan många noder i mer eller mindre komplicerade

2 Åkerman, Rickard & Thunman, Åsa, "Jurisdiktions- och lagvalsproblem på Internet", Juridisk Tidskrift 1997/98 s 440

kedjor. Det är dock vanligare med hybrider mellan klient-server och peer-to-peer-system, där en central server svarar på metadataförfrågningar (exempelvis vilka noder i systemet som har en viss fil tillgänglig), men den faktiska dataöverföringen sker direkt mellan noderna.

Den som vill tillhandahålla en viss tjänst (exempelvis en webbplats) på Internet har flera möjligheter att tillhandahålla de servertjänster som behövs. För enklare behov är det vanligt att anlita ett företag som tillhandahåller ett s.k. webbhotell. Detta företag ansvarar då för hela kedjan från nättillgång till den fysiska hårdvaran till konfigurationen av den nödvändiga webbserverprogramvaran. Allt kunden behöver göra är att ladda upp webbinnehållet (HTML-sidor, bilder m.m) till webbhotellet, och kunden har vanligtvis inte ens möjlighet att göra några ändringar i konfigurationen av serverprogramvaran.

För mer krävande tillämningar är det istället vanligt med colocation, där en kund äger och konfigurerar den fysiska hårdvaran som sedan ställs i colocation-företagets datorhall. I ett sådant förhållande ansvarar colocation-företaget främst för att den fysiska utrustningen har tillgång till el, kyla och nätverksförbindelse. Kunden kan sedan konfigurera om sin utrustning på distans, eller vid behov få tillträde till datorhallen (vid exempelvis hårdvaruuppgaderingar), men har normalt inte fysisk rådighet över utrustningen.

Sedan några år tillbaka har det blivit allt vanligare med VPS-tjänster (Virtual Private Server), där tillhandahållaren administrerar ett fysiskt datorsystem som via virtualiseringsprogramvara utifrån framstår som flera separata system. En VPS-kund kan få fullständiga rättigheter att, på distans, installera och konfigurera serverprogramvara på detta virtuella system. En VPS-tjänst kan ses som ett mellanting mellan en webbhotellstjänst och en colocationtjänst. Det förekommer att en colocation- eller VPS-kund använder det fysiska eller virtuella systemet för att i tur tillhandahålla webbhotellstjänster till en annan kund. Man kan alltså inte utgå från att en tjänstetillhandahållare har fysisk rådighet över serverutrustningen.

För webbtjänster som har mycket stora mängder trafik och som vänder sig till en global publik är det vanligt att delar eller hela innehållet placeras på ett s.k Content Delivery Network (CDN), ett system bestående av många fysiska datorsystem som placeras på många olika platser i världen. När en användare begär en viss sida eller annan resurs hämtas den från det datorsystem som nätverkstopologiskt befinner sig närmast denna användare, vilket gör att systemet i sin helhet kan hantera betydligt större trafikmängder, samt att varje enskild användare upplever systemet som snabbare. Man kan alltså inte utgå från att en tjänstetillhandahållare vet var den fysiska utrustningen som dennes tjänst levereras från

befinner sig.

2. Straffrättsliga frågor

Brott begångna över Internet kännetecknas i stor utsträckning av att den brottsliga gärningen utförs på en plats medan effekten uppstår någon annanstans. Exempelvis kan en dator i Sverige användas för att ladda upp brottsligt material, till exempel uppgifter som utgör förtal eller olaga hot, på en server i ett annat land, till exempel USA. Materialet kan sedan nås från vilken plats som helst i världen. Det ger upphov till frågan om var brottet ska anses ha begåtts. Det har i sin tur betydelse för att avgöra vilket lands domstolar som är behöriga att döma och vilket lands lag som ska tillämpas.

2.1 Var brottet anses begånget

Svensk domsrätt regleras i 2 kap. BrB. Enligt 2 kap. 1 § BrB gäller svensk domsrätt och svensk lag för brott som begåtts i Sverige och även för brott där det är ovisst var brottet förövats, men skäl finns att anta att brottet har begåtts i Sverige. I 2 kap. 2-3 a §§ BrB finns kompletterande bestämmelser som i vissa fall tillåter att svensk domstol dömer till ansvar enligt svensk rätt för brott som begåtts utomlands. Det är dock fråga om specificerade undantagssituationer som i princip saknar betydelse för denna studie.

Enligt 2 kap. 4 § BrB anses ett brott begånget både där den brottsliga handlingen företogs och där brottet fullbordades eller skulle ha fullbordats.

För brott begångna över Internet krävs därför antingen att den brottsliga handlingen företogs i Sverige (handlingsorten) eller att brottet fullbordats eller skulle ha fullbordats här (effektorten). Den brottsliga handlingen utgörs i IT-sammanhang vanligen av att en användare ger kommandon eller utför andra saker med tangentbord, mus eller dylikt. Gärningsorten är i dessa fall den ort där kroppsrörelserna i form av knapptryckningar eller andra åtgärder utförs, d.v.s. den ort där gärningsmannen befinner sig.³ Effektorten är den ort där den omedelbara verkan av handlingen inträffar.⁴

Det är tillräckligt att en del av den brottsliga handlingen utförts i Sverige för att handlingen i sin helhet ska anses begånget här. Brott som utgörs av information som har

3 Kronqvist, Stefan, *Brott och digitala bevis*, 2 u., s. 46

4 A.st.

laddats upp från Sverige kommer därför att behandlas enligt svensk rätt oavsett var servern som informationen finns på är lokaliserad. Det finns däremot en risk att serverns placering leder till att en del av brottet anses begånget i ett annat land vilket kan innebära att också ett annat lands lag är tillämplig och att även det landets domstolar är behöriga.⁵ Det går således inte att undvika att svensk rätt är tillämplig genom att placera brottsligt material på en server i ett annat land. Att göra så kan dessutom leda till att det landet där servern placeras tillämpar sitt rättssystem på informationen som ligger på servern.

2.2 Svensk rätts tillämplighet

I Högsta domstolens dom 2008-12-05 nr B 3064-08 bedrev sex personerna en nätapotekstjänst som gick ut på att köpa billiga läkemedel i bland annat Thailand, Spanien och Bulgaren för att sedan sälja dessa via Internet till kunder i bland annat USA. Verksamheten styrdes av en person i Sverige och en i Thailand. De tog emot beställningar och vidarebefordrade dessa via några hemsidor som fysiskt fanns på en server i Australien. Språket på hemsidorna var engelska, läkemedlen fanns inte i Sverige rent fysiskt och såldes inte heller till kunder bosatta i Sverige. Några av läkemedlen var narkotikaklassade i Sverige och andra var receptbelagda. Läkemedlen var dock, med undantag för Bulgarien, inte olagliga i de länder som de beställdes från och levererades till. I hovrätten dömdes de sex personerna för bland annat grovt narkotikabrott och brott mot lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m. samt medhjälp till dessa brott.

Högsta domstolen prövade frågan om gärningarna kunde anses utgöra brott mot den svenska lagen om handel med läkemedel m.m. HD konstaterade att en del av brottet hade begåtts i Sverige och att medverkan till brott anses begången både där medverkanshandlingen utförs och där huvudbrottet begås. Både de två huvudmännens brott och övrigas medverkan ansågs därför utförda i Sverige. Frågan om svensk lag är tillämplig ska enligt HD utredas mot bakgrund av de skyddsintressen som ligger till grund för lagen. Den i målet aktuella lagen om handeln med läkemedel avser bl.a. att skydda enskildas säkerhet och hälsa. Dessa skyddsintressen gör sig enligt HD lika starkt gällande även om handeln riktar sig mot andra marknader än den svenska. Lagen var därför tillämplig.

5 jfr Lindberg, Agne och Westman Daniel, Praktisk IT-rätt, 3 u., s. 155 f.

2.3 Praktiska följder av serverns placering

Även om serverns placering inte har någon avgörande betydelse för bedömningen av var ett brott ska anses vara begånget kan placeringen ha stor betydelse för själva utredningen av brottet. För att kunna fastställa vem som har begått ett brott krävs ofta tillgång till den fysiska servern där det kan finnas logguppgifter och information om från vilket IP-nummer viss information kommer. IP-numret är avgörande för att kunna ta reda på vem som har lagt ut informationen och fastställa i vilket land den brottsliga gärningen har begåtts. För att komma åt denna information är det ofta inte tillräckligt att ladda ner det som visas via Internet, utan det är många gånger nödvändigt att ta servern i beslag eller utföra en total spegelkopiering av servern. Dessa åtgärder måste utföras där servern är placerad rent fysiskt. Om servern står i ett annat land krävs att svenska myndigheter vänder sig till myndigheterna i det land där servern finns och att de myndigheterna vidtar de nödvändiga tvångsmedlen enligt det landets regler.

För att rättsväsendet i ett annat land ska bistå svenska myndigheter med tvångsmedel i form av till exempel husrannsakan och beslag krävs i princip att den brottsliga gärningen är kriminell även i det land där verkställighet ska ske. Detta krav på dubbel straffbarhet kan leda till att en gärning som har utförts i Sverige eller fått en brottslig effekt i Sverige inte kan utredas på grund av att den inte är kriminell i det land där servern står. Det finns dock ett flertal internationella konventioner som syftar till att harmonisera de nationella reglerna och möjliggöra internationellt samarbete i brottsutredningar. Mellan EU-länderna gäller konventionen av den 29 maj 2000 om ömsesidig rättslig hjälp i brottmål mellan Europeiska unionens medlemsstater. Island och Norge har genom avtalet av den 19 december 2003 mellan Europeiska unionen och Republiken Island och Konungariket Norge om tillämpningen av vissa bestämmelser i konventionen av den 29 maj 2000 om ömsesidig rättslig hjälp i brottmål mellan Europeiska unionens medlemsstater och 2001 års protokoll till denna åtagit sig att harmonisera sina nationella regler.

3. Spel på Internet

Spelbranschen har växt lavinartat under senare år och en rad svenska och utländska spelbolag har etablerats och bedriver nu pokersajter på Internet. En del av dessa företag är etablerade i Sverige, andra inom EU och en tredje grupp är etablerade i exempelvis Asien och Sydamerika.

3.2. Gällande regelverk rörande spel

Den lagstiftning som berör pokerspel är lotterilagen (1994:100) ("lotterilagen"). Lotterilagen är en förbudslag. Med detta menas att de spel som faller inom lotterilagens tillämpningsområde kräver tillstånd för att få anordnas (9 §). Saknas tillstånd är det således förbjudet att bedriva dessa typer av spel. Det är vidare förbjudet att i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet eller ett utom landet anordnat lotteri (38 §). För att den svenska lotterilagen ska vara tillämplig på ett Internetspel måste emellertid spelet anses vara anordnat här i landet.⁶ För att fastställa om ett pokerspel ska anses anordnat i Sverige bör enligt förarbetena till lotterilagen, vikt fästas vid följande omständigheter:

*"Anordnandet av ett Internetspel kan inte sällan hänföras till flera olika länder. Spelanordnaren kan exempelvis ha sitt bolag registrerat i ett land, bedriva sin verksamhet och ha sitt huvudkontor i ett annat land samtidigt som spelservern står uppställd i ett tredje land. Att ta placeringen av den tekniska utrustningen till utgångspunkt för bedömningen förefaller mindre lämpligt/.../istället torde anordnandet av lotteriet i ett sådant fall som det ovan nämnda få hänföras till det land där den huvudsakliga verksamheten bedrivs. Vid bedömningen av denna senare fråga framstår det som naturligt att den del av verksamheten som omfattar organiserandet och ledningen av verksamheten tillmäts särskild vikt. Ytterst är detta dock frågor som får avgöras i rättstillämpningen."*⁷

I förarbetena till 54 § lotterilagen refereras ett hovrättsfall i vilket rätten gjorde en helhetsbedömning i frågan om verksamheten kunde anses vara anordnad i Sverige. Hovrätten fann att verksamheten som hade ägt rum i Sverige inte var av tillräcklig omfattning för att anses vara anordnande av lotteriverksamhet, utan fann att förfarandet i stället föll in under bestämmelsen om förbud om främjande av lotteri anordnat i utlandet. Hovrätten fäste avseende vid att det aktuella bolaget var registrerat i Storbritannien och där bedrev tillåten verksamhet samt att bolagets centraldator var belägen i London.⁸

6 Se prop. 2001/02:53, s. 15 f. Lagrådet framhöll i detta sammanhang att frågan om var ett Internetspel var anordnat var av avgörande betydelse när det gäller att bedöma om svensk lotterilagstiftning överhuvudtaget är tillämplig.

7 Se prop. 2001/02:53, s. 15.

8 Se prop. 1998/99:29, s. 9. Rättsfallet ej refererat i RH.

Även om lotteriverksamhet inte kan anses vara anordnad i Sverige, kan ett svenskt företags verksamhet betraktas som ett förbjudet främjande av utländskt lotteri enligt 38 § lotterilagen. Enligt specialmotiveringen till bestämmelsen kan främjandet av deltagande i utländskt lotteri ske på flera olika sätt, t.ex. genom att förmedla insatser eller förmedla vinster, sprida vinstförteckning, dragningslista eller andra liknande meddelanden beträffande lotterierna. Regeringsrätten fann i RÅ 2004 ref 95 det vara förbjudet att genom en banner på en hemsida länka till ett utländskt vadhållningsföretag. Bannern sågs som ett otillåtet främjande.

Förbudet mot att i förvärvssyfte främja deltagande i ett utom landet anordnat lotteri är sanktionerat del genom att Lotteriinspektionen enligt 52 § lotterilagen kan meddela vitessanktionerade förbudsförelägganden, dels genom straffbestämmelsen i 54 § lotterilagen. För att främjandet ska vara straffbart enligt 54 § krävs emellertid att främjande av deltagande ska vara särskilt avsett för Sverige. I förarbetena till straffbestämmelsen anförs följande:

”TV- och radioutsändningar utomlands som innehåller reklam för utländska lotterier och som kan ses eller höras i Sverige och utländska tidningar med t.ex. annonser för utländska lotterier och som har spridning i Sverige bör inte omfattas av straffbestämmelsen såvida inte reklamen eller annonsen är avsedd för den svenska marknaden”.⁹

En del av de företag som kan anses bedriva spelverksamhet från Sverige har spärrat svenska IP-adresser från att komma åt sina utländska spelsajter. Genom detta förfarande torde främjandeförbudet i 54 § bli svårtillämpat då det därmed inte rör sig om ett främjande av deltagande särskilt avsett för Sverige. Rättsläget är emellertid oklart.

3.2.1 EG-rättsliga regleringar

Sedan Sveriges inträde i EU är EG-fördraget en integrerad del av medlemsstaternas rättsordningar. Svenska domstolar och myndigheter är således skyldiga att tillämpa fördragets regler. En fråga som därigenom uppkommer är om bestämmelserna i lotterilagen är förenliga med EG-fördragets principer om friheten att etablera sig på en annan medlemsstats territorium (artikel 43) samt att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen (artikel 49).

Av praxis kan konstateras att lotterilagens förbud mot utomlands anordnade lotterier

⁹ Se prop. 1998/9929, specialmotiveringen till 54 § lotterilagen.

får anses innebära ett missgynnande av utländska rättssubjekt i förhållande till svenska.¹⁰ Vidare strider lotterilagens bestämmelser mot EG-fördragets bestämmelser om frihet att etablera sig på en annan medlemsstats territorium och att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen.¹¹ En fråga man kan ställa sig är om lotterilagen kan godtas på grund av de undantag som finns föreskrivna i artiklarna 45 och 46 eller på grund av sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som har godtagits av EG-domstolen. Denna fråga lämnar vi därhän i denna promemoria. Vad som däremot är av stor betydelse för dessa EG-rättsliga bedömningar är frågan var Internetspelet kan anses vara anordnat. Om ett Internetspel således anses anordnat inom EG ska en EG-rättslig bedömning göras där EG-fördraget inte får kränkas utom i vissa specifika undantagsfall. Även i denna bedömning kan alltså serverns placering få betydelse.

3.3. Vart anses en spelverksamhet anordnad?

Som tidigare nämnts måste en helhetsbedömning göras för att avgöra om ett Internetspel ska anses anordnat i Sverige eller i utlandet. Enligt förarbetena till lotterilagen framgår att spelverksamhet ska anses vara anordnad i Sverige om den huvudsakliga verksamheten anses anordnad här. Särskild vikt tillmäts den del av verksamheten som omfattar organiserandet och ledningen av en spelverksamhet. Placeringen av server och annan teknisk infrastruktur torde därvid inte ensam ha någon avgörande betydelse för denna fråga. Däremot ingår denna omständighet som ett led i en helhetsbedömning av vart den huvudsakliga verksamheten anses anordnad. Även omständigheter såsom var framtagande och utveckling av spelprogramvara sker, vart underhållet och support utförs samt vart tillhandahållande av licenser till spelprogramvara sker torde kunna ingå som ett led i helhetsbedömningen.

Svenska företag som bedriver Internetpokerverksamhet eller annan spelverksamhet har oftast spellicenser utfärdade av territorier som har en autonom självbestämmanderätt. Vanliga spellicensområden är t.ex. Kahnawake,¹² Costa Rica, Brittiska kanalöarna, Gibraltar och Malta.

För att erhålla en s.k. remote gambling license i t.ex. Kahnawake eller Gibraltar och därigenom få bedriva spel på Internet från licenslandet, måste företaget placera sina servrar

10 Se Hovrätten över Skåne och Blekingens dom i mål B 1143-99, RÅ 2004 ref 95 och RÅ 2004 ref 96.

11 Se Göta Hovrätts dom i mål B 1884-04. Göta Hovrätt ansåg det till och med uppenbart att lotterilagen stred mot artikel 43 och artikel 49 i EG-fördraget.

12 Kahnawake är ett indianreservat i Kanada med egen självbestämmanderätt.

och annan teknisk infrastruktur inom landets gränser. Detta för att spellicenslandets myndigheter ska kunna genomföra erforderliga kontroller av spelverksamheten.¹³ Vidare måste, enligt licensmyndigheten i Gibraltar, ett företag som vill erhålla spellicens i Gibraltar placera sin support- och underhållspersonal samt ett antal nyckelpersoner i Gibraltar. Även Kahnawake har denna typ av reglering där nyckelpersoner måste ansöka om en s.k. key person license för att företaget ska kunna erhålla en spellicens.¹⁴

Konsekvenserna av dessa regleringar blir att ett företag som önskar bedriva spelverksamhet med en spellicens från t.ex. Kahnawake, antingen måste placera en del av sin verksamhet i spellicenslandet, eller vilket är vanligare, lägga ut IT-drift samt support och underhåll på entreprenad i spellicenslandet. Även kontroll av likviditetsflöden och andra säkerhetsfunktioner kan outsourcas till företag i licenslandet. Genom att spellicensländer har dessa typer av regleringar får det konsekvenser för den helhetsbedömning som måste göras för att kunna avgöra om en spelverksamhet anses anordnad här i landet. Rättspraxis för hur denna helhetsbedömning ska göras saknas.

3.3.1 Helhetsbedömningen och rättspolitiska överväganden

Det övergripande syftet med lotterilagen framgår av förarbetena till 1982 års lotterilag. Lotterilagsutredningen angav att regleringen borde vara att bevaka speldeltagarnas intressen, att tillse att lotterier ger en behållning som kommer de intressen tillgodo som samhället vill gynna, samt att regleringen borde syfta till att så långt som möjligt motverka skadeverkningar av lotterier.¹⁵ Föredraganden anförde att ett av syftena med regleringen borde vara att bevaka konsumenternas intressen eftersom lotterier lämnar utrymme för bedrägerier och andra ohederliga förfaranden. Vidare anfördes att regleringen också borde syfta till att säkerställa att lotterier inte anordnas för obehöriga ändamål samt att behållningen i lotterierna i tillräckligt hög grad kommer de avsedda ändamålen till godo.¹⁶ Även i förarbetena till 21 § lotterilagen som rör spel som bedrivs på Internet anfördes att en av svenska statens utgångspunkter för den svenska spel- och lotterimarknaden var att det överskott som uppkommer ska vara förbehållet staten, föreningslivet och hästsporten.¹⁷

13 Se t.ex. Kahnawake Gaming Commissions regulation concerning interactive gaming, part V, art 30 (a)-(b).

14 Se Kahnawake Gaming Commissions regulation concerning interactive gaming, part V, art 29 (d)-(e).

15 Se prop. 1981/82:170, s. 20.

16 Se prop. 1981/82:170, s. 170.

17 Se prop. 2001/02:53, s. 15.

Lotterilagstiftningen är således en skyddslagstiftning. En helhetsbedömning av vart en spelverksamhet ska anses anordnad torde böra göras utifrån lotterilagstiftningens grundläggande ändamål. Mot bakgrund härav torde det vara rimligt att tillmäta vissa kriterier i en helhetsbedömning större betydelse än andra. Vidare måste det vara faktiska omständigheter som ligger till grund för en helhetsbedömning. Att ett svenskt företag bedriver spelverksamhet genom ett utländskt dotterbolag bör inte tillmätas någon betydelse om dotterbolaget endast är ett s.k. bulvanbolag. Den formella rollen i en organisationsstruktur som ett bulvanbolag har, t.ex. att detta dotterbolag är avtalspart med andra speloperatörer eller med spellicensmyndigheter, handhar den tekniska driften av spelservrar och är kontraktspart för olika slags betalningsförmedlingsuppdrag, bör man därmed bortse ifrån vid bedömningen av om en spelverksamhet ska anses vara anordnad i Sverige eller i utlandet.

Den reella verksamhet som man kan tänka sig får en mer avgörande roll i en helhetsbedömning är, såsom till viss del framgår av förarbetena, bl.a. om ägande och koncernledning är hänförligt till Sverige samt att därmed för koncernen väsentliga beslut fattas här. Vidare torde stor vikt också böra tillmätas om en verksamhets centrala funktioner bedrivs i Sverige, såsom framtagande och utveckling jämte underhåll och support av spelprogramvaror, licensiering med rätt till underlicensiering och marknadsföring av spelsajter. Då lotterilagen har en tydlig handlingsdirigerande funktion torde det vara rimligt att tillmäta den organisatoriska ledningen stor betydelse vid en helhetsbedömning för att avgöra om en verksamhet ska anses anordnad i Sverige. Om de beslutsfattande- och ledande funktionerna i en koncern befinner sig utanför Sverige, har lotterilagens syften svårt att få effekt. Därför talar mycket för att den anknytningspunkt som ska viktas mest är den organisatoriska ledningen av spelverksamheten.

En anknytningspunkt som dock bör tillmätas mindre betydelse i en helhetsbedömning är vart spelservrar och den tekniska infrastrukturen är placerad. I mångt och mycket styrs placering av den tekniska infrastrukturen av vart ett bolag erhåller spellicens. Att tillmäta den tekniska infrastrukturen stor betydelse vid bedömningen av vart en spelverksamhet anses anordnad, torde rimma illa med lotterilagens syften. Sannolikt skulle då svenska spelbolag placera sina servrar i länder som har en väldigt generös spellagstiftning, t.ex. Costa Rica, och därigenom undgå den svenska lotterilagen med motiveringen att verksamheten inte anses bedriven i Sverige därför att den tekniska infrastrukturen är placerad utomlands. Serverns placering ingår dock som ett led i en helhetsbedömning, där också support och underhåll av serverna bör tas med i bedömningen.

4. Yttrandefrihet- och persondatarättsliga frågor

Alla stater som godtagit FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna har förbundit sig att dess medborgare ska ha yttrandefrihet (artikel 19). Samtidigt ska samma medborgare skyddas mot intrång i den personliga integriteten (artikel 12). (Mer specifika, men inte fullt lika universellt accepterade, formuleringar finns i Europakonventionen, artikel 10 resp artikel 8). Dessa två rättigheter kan ofta stå i direkt konflikt med varandra. Olika stater har valt olika lösningar på denna konflikt.

Den svenska lagstiftningen präglas å ena sidan av ett starkt nationellt skydd för yttrandefriheten om vissa formalia är uppfyllda, å andra sidan av ett harmoniserat skydd för den personliga integriteten genom EG:s persondataskyddsdirektiv och dess svenska implementation i PUL.

4.1 Yttrandefrihetsreglering

Den svenska ordningen med separat grundlagsskydd för vissa typer av medier utgår från traditionella tidningar och förlagsverksamhet, som omfattas av grundlagen TF. Utöver detta omfattas även TV, radio och "databaser" av den kompletterande grundlagen YGL. Definitionen av databaser i YGL 1:9 kan omfatta alla typer av webbpubliceringar där det finns en utsedd ansvarig utgivare som har kontroll över databasens innehåll. Genom YGL:s exklusivitet (1:4) och även PUL:s subsidiariet och uttryckliga undantag får PUL ge vika när YGL är tillämplig.

Ett yttrande på Internet kan falla under YGL på två olika sätt; antingen genom "bilageregeln" i 1:9 1 st, genom vilket ett s.k traditionellt mediaföretag kan göra en databasanmälan till Radio- och TV-Verket och på så sätt få även innehållet på en webbplats ("bilagan") skyddat enligt YGL:s reglering. Alternativt, för ett företag som inte bedriver traditionell mediaverksamhet, genom att ansöka om utgivningsbevis för databasen enligt 1:9 2 st, vilket på samma sätt gör webbplatsinnehållet skyddat enligt YGL. Till skillnad från databasanmälan krävs för ett sådant utgivningsbevis att "överföringarna utgår från Sverige" (1:9 2 st första strecksatsen). Detta innebär dock inte att servern måste vara fysiskt placerad i Sverige,¹⁸ utan det viktiga är att redaktionen (eller motsvarande) finns i Sverige. För att

18 Radio- och TV-verket, "Att publicera på Internet", s 9

ansöka om utgivningsbevis måste man dock uppge serverns fysiska placering.

Högsta domstolen har i flera fall behandlat frågan om betydelsen av serverns placering för bedömningen av överföringsorten.

I NJA 2001 s 455 gällde frågan i första hand huruvida YGL:s regler för straffansvar skulle tillämpas vid ett fall av hets mot folkgrupp, men för att utröna lagens tillämplighet undersökte man hur utgångsorten för sändningarna skulle bestämmas. Efter att ha konstaterat att sändningarna tekniskt sett utgått från USA, då utrustningen fysiskt var placerad där, kom man ändå till slutsatsen att tillhandahållandet måste ha ansetts ske från Sverige, då databasen helt var kontrollerad av den svenska redaktionen. De tekniska omständigheterna kring sändningarna är underordnade de redaktionella.¹⁹

I fallet NJA 2002 s 314, som rörde TV-utsändningar, inte Internetpublicering, gällde frågan om YGL skulle vara tillämplig på ett direktsänt program i TV3, där själva programutsändningen skett i två steg, först från en studio i Stockholm via satellit till programkontrollen i London, och därifrån (återigen via satellit) till mottagare i Sverige. Domstolen fann att YGL inte var tillämplig då programkontrollen i London, som var en egen juridisk person i Storbritannien, var den punkt från vilken sändningen skulle anses utgå från.

I NJA 2004 s 574, som rörde Internetpublicering och i mycket påminde om NJA 2001 s 455 var också fråga om hets mot folkgrupp genom en webbplats som fysiskt placerats på en amerikansk server. I domskälen berörde HD dock inte överhuvudtaget denna omständighet, vilket får anses tyda på att serverns publicering inte har några direkta följder för tillämpningen av YGL.

Den avgörande skillnaderna mellan de två fall där domstolen ansett att YGL varit tillämplig, och TV3-fallet, tycks inte vara medietypen (webbpublicering respektive TV-sändningar), utan snarare det faktum att det i det senare fallet funnits en utländsk juridisk person som utövat sådan kontroll över sändningen att detta påverkat bedömningen av sändningsorten.

4.2 Persondataskyddet

Om yttrandet inte faller under YGL skyddas det visserligen under de allmänna reglerna om

¹⁹ Seipel, Peter, "Webben och yttrandefriheten", Juridisk Tidskrift 2001/02 s 409.

yttrandefrihet (RF 2:1) som dock kan inskränkas enligt lag (2:12). Det blir därför nödvändigt att undersöka om handlandet sker inom ramen för de inskränkningar som PUL medför.

Vad gäller fråga om serverns placering innehåller PUL en tvingande regler om att personuppgifter inte får överföras till "tredje land" (33 §) som inte har en adekvat nivå för skydd av dessa personuppgifter (med tredje land avses aldrig ett land inom EU/EES, som genom dataskyddsdirektivet anses ha tillräckligt skydd).

Att publicera personuppgifter på nätet anses inte i sig vara överföring till tredje land, även om de genom detta blir tillgängliga för överföring till sådana länder. Att däremot i publiceringssyfte föra över uppgifterna till en webbserver i tredje land omfattas av förbudet. För den som vill använda ett webbhotell eller colocation utanför EU/EES-området blir det därför viktigt att veta om landet ifråga uppfyller kraven som ställs på ett adekvat personuppgiftsskydd. Inom EU har Artikel 29-gruppen utvärderat olika länders lagstiftning för att se om de uppfyller skyddsnivån.²⁰

I praktiken kommer det ofta vara intressant att använda ett webbhotell eller liknande i USA, vars personuppgiftsreglering inte motsvarar dataskyddsdirektivets krav på adekvat skydd. Dock kan det ändå vara tillåtet om det amerikanska företag som driver webbhotellet förbundit sig att följa vissa principer (s.k. safe harbour-avtal).²¹

5. Slutsatser

Det finns inte någon sammanhållen teori om betydelsen av serverns placering. Det är ovanligt att placeringen har en direkt rättslig betydelse, men det förekommer oftare att placeringen spelar in i bedömningen av hur gränsöverskridande aspekter av frågan ska bedömas. Detta gäller såväl straffrätt (var den brottsliga handlingen ägt rum), spellagstiftning (var verksamheten anses anordnad) som yttrandefrihetslagstiftning (varifrån sändningen anses utgå från). Personuppgiftslagstiftningen utgör undantaget med sin explicita reglering kring överföring av personuppgifter till tredje land.

En lagtolkning som utgår från skyddsintresset ger att de ändamål som lagstiftningen är uppställd för ska beaktas vid tillämpningen – i straffrätten den enskildes intresse av att slippa bli utsatt för brott, i spellagstiftningen allmänna folkhälsointressen, i yttrandefrihetsrätten den

²⁰ Se http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/thirdcountries/index_en.htm

²¹ Lindberg, Agne & Westman, Daniel, "Praktisk IT-rätt", 3 u, Norstedts Juridik, Stockholm 2001, s 199

grundläggande rättigheten att kunna yttra sig fritt, men under ansvar. Av denna anledning ska det inte gå att kringgå lagstiftningen och göra svensk rätt icke tillämplig genom en så tekniskt trivial åtgärd som att placera servern i ett annat land. Vilket också har visat sig i praxis.

Inom straffrätten anses ett brott utfört på alla ställen där en del av den brottsliga handlingen begåtts. Vanligen är detta där gärningsmannen agerar fysiskt t.ex. genom knapptryckningar. Serverns placering kan i vissa fall utgöra en del av den brottsliga gärningen och därigenom göra att brottet även anses begånget i det landet där servern är placerad. Den som i syfte att undgå svensk lagstiftning placerar servern utomlands kan istället finna att dennes handlande faller inom både svensk och serverlandets jurisdiktion.

För att svensk spellagstiftning ska vara tillämplig på en verksamhet, måste verksamheten bedrivas i Sverige. För att avgöra om en verksamhet anses anordnad här i riket måste en helhetsbedömning göras av samtliga faktiska omständigheter. Serverns placering ingår härigenom som ett led i helhetsbedömningen. Någon direkt vägledning för hur denna helhetsbedömning ska göras saknas dock. Mot bakgrund av lotterilagstiftningens skyddsändamål torde det emellertid vara rimligt att tillmäta serverns placering en mindre betydelse i sammanhanget. Avgörande vikt bör istället tillmätas det faktum att en verksamhet leds eller organiseras från Sverige.

6. Källor

6.1 Litteratur

- Bogdan, Michael, "Svensk Internationell privat- och processrätt", 6 u, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004
- Kronqvist, Stefan, Brott och digitala bevis, 2 u, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007
- Lindberg, Agne & Westman, Daniel, "Praktisk IT-rätt", 3 u, Norstedts Juridik, Stockholm, 2001
- Seipel, Peter, "Webben och yttrandefriheten", Juridisk Tidskrift 2001/02 s 409
- Åkerman, Rickard & Thunman, Åsa, "Jurisdiktions- och lagvalsproblem på Internet", Juridisk Tidskrift 1997/98 s 432 (cit. Åkerman)

6.2 Offentligt tryck

- Ds 2005:6 Brott och brottsutredning i IT-miljö
- Prop 1981/82:170
- Prop 1998/99:29
- Prop 2001/02:53
- SOU 1992:110 Datastraffutredningen

6.3 Rättsfall

- Hovrätten över Skåne och Blekingens dom i mål B 1143-99
- Göta Hovrätts dom i mål B 1884-04
- RÅ 2004 ref 95
- RÅ 2004 ref 96
- NJA 2001 s 455
- NJA 2002 s 314

- NJA 2004 s 574
- Högsta domstolens dom 2008-12-05 nr B 3064-08