Remissvar SOU 2018:6 angående Grovt upphovsrättsbrott och grovt varumärkesbrott

**Innehåll**

1. Sammanfattning
2. Immaterialrätten betydelse
3. Om immaterialrätten
4. Verkligheten
5. Rättsfall
6. Behovet av en skärpt lagstiftning
7. Effekterna av skärpta straffskalor
8. Straffskalan
9. När skulle grovt brott tillämpas?
10. Åtalsregler
11. Beslag

|  |
| --- |
|  |
|  |

|  |
| --- |
|  |
|  |
|  |

1. **Sammanfattning**

Den organiserade och kommersiella kriminaliteten bakom intrången i immateriella rättigheter växer snabbt i Sverige och allt fler parter drabbas allt hårdare. Skyddet av immateriell egendom räknas som ett av de sju nyckelelementen för innovation[[1]](#footnote-1) och det finns stora möjligheter att förbättra förutsättningarna för upphovsmän och de kreativa näringarna i Sverige. De förslag som lämnas i utredningen är en del av de åtgärder som bör genomföras och ett välkommet steg för en modern immaterialrätt. Förslaget tillstyrks med de förslag till ändringar som det redogörs för nedan. Detta gäller främst synen på äganderätt samt bedömningen av vinning och skada.

1. **Immaterialrätten betydelse**

Världsekonomin har gradvis utvecklats från en situation där det ekonomiska värde som skapades var rent materiellt, till en modern kunskapsekonomi där en stor del av det värde som skapas är immateriellt – det vill säga sker i form av nya innovationer, uppfinningar, programkod, affärsidéer, musik och film samt framtagande av innovativa tjänster. Dessa värden är ett resultat av investeringar i kunskapsbaserat kapital snarare än fysiskt.

Internationell data visar att en allt större andel av världens investeringar utgörs av kunskapsinvesteringar, samt att denna form av investeringar är vanligare i mer utvecklade ekonomier. I USA och Storbritannien hade investeringar i kunskapskapital redan 2009 kommit att bli större än investeringar i fysiskt kapital. Sverige hade samtidigt nått ett läge där investeringar i kunskap var nästan lika höga som i fysiskt kapital. Tillväxtforskningen visar att utvecklingen alltmer sker genom samverkan mellan innovativa industriföretag och kunskapsintensiva tjänster.

I princip alla verksamheter i utvecklade länder, inklusive Sverige, förlitar sig i viss utsträckning på immateriell egendom i form av patent, varumärkesskydd, design upphovsrätt med mera. Det finns också verksamheter som till exempel film, musik, mjukvara och dataspel där den stora merparten av värdeskapande sker i form av immateriella värden. Andra branscher som i stor utsträckning förlitar sig på immateriell egendom inkluderar innovativa industriföretag, kunskapsintensiva tjänster och mode. En kartläggning visar att näringar som intensivt utnyttjar immateriell egendom står för 30 procent av jobben i Sverige och skapar 40 procent av det samlade ekonomiska värdet i landet. Dessutom bidrar branscherna indirekt till jobbskapande inom enklare tjänster genom att inbringa exportintäkter.

En förändring som skett över tid är att investeringar i immateriella värden har blivit alltmer lättrörliga över gränserna. Flertal länder, som till exempel Japan, Singapore, Kina, Indien, Brasilien, Turkiet, Kanada och Norge verkar därför för att stärka skyddet för immateriella investeringar, för att därmed locka till sig kunskapsbaserade investeringar.

Sverige utsågs nyligen av Global Innovation Index till världens tredje mest innovativa ekonomi, tack vare faktorer som omfattande investeringar i forskning och utveckling. När det kommer till skapande av kreativa varor och tjänster hamnar Sverige dock först på 15:e plats i den internationella jämförelsen. Sett till immateriellt värdeskapande får Sverige en ännu sämre placering, 22:a plats i internationell jämförelse. En förklaring till varför Sverige inte omsätter sitt kunskapsmässiga försprång fullt ut i immateriellt värdeskapande och immateriella investeringar är att skyddet för denna form av ekonomisk aktivitet är för svagt. I en tid när immateriellt värdeskapande blir allt viktigare finns goda skäl för Sverige att stärka detta skydd. [[2]](#footnote-2)

Förslaget om grovt brott innebär här ett tydligt steg i rätt riktning. Effekten av att Sverige signalerar att man ser allvarligt på den grova och organiserade brottsligheten ska inte underskattas. Förslaget innebär vidare på många plan en normalisering och modernisering i synen på lagstiftningen. Att samma straffsatser och åtalsregler införs för upphovsrättsbrott och varumärkesbrott är konsekvent och bör bidra till ökad förståelse. Sett tillsammans med en rad andra värdefulla åtgärder som genomförts under senare tid, specialdomstolar, särskilda enheter inom polis och åklagarväsendet så finns förutsättningar att på allvar stoppa den organiserade brottsligheten på området. Detta innebär i sin tur allt bättre möjligheter för de kreativa näringarna och kulturen att utvecklas.

1. **Om immaterialrätten**

Immaterialrättens grundläggande betydelse för samhällsutvecklingen framgår av dess starka och unika skydd i FN:s mänskliga rättigheter och den svenska grundlagen.

***Var och en har rätt till skydd för de ideella och materiella intressen som härrör från vetenskapliga, litterära och konstnärliga verk till vilka han eller hon är upphovsman.***

(FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna 27:2)

***Författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag.***

(Regeringsformen 2:16)

Den formellt höga skyddsnivån upprätthålls dessvärre inte i praktiken. Intrång i immateriella rättigheter ett av de vanligaste brotten i vårt samhälle och antalet överträdelser mot främst upphovsrätten bedöms uppgå till hundratals miljoner per år i Sverige. Det finns en växande trend att krafterna bakom organiserad och kommersiell piracy allt oftare använder Sverige som bas för sin verksamhet. Det är tydligt att det krävs olika åtgärder för att möta denna utveckling. De förslag som lämnas i utredningen är betydelsefulla och bör införas med de justeringar som föreslås nedan.

Trots den betydelse immaterialrätten tillmäts i lagen ifrågasattes den under en period kraftigt i Sverige av allmänheten, media och politiker. Detta ledde till en utbredd acceptans att begå intrång i rättigheter och effekterna av detta kvarstår alltjämt. Behovet av långsiktiga åtgärder för att framförallt upphovsrättslagen ska vinna acceptans är mycket viktiga. Informationsinsatser är viktiga och välkomna men lagstiftarens viktigaste ansvar i detta sammanhang är att skapa välavvägda, effektiva och förståeliga lagar.

Dessvärre har utvecklingen av immaterialrätten under senare tid varit den motsatta. Framförallt upphovsrättslagen har under senare år blivit ett lapptäcke av svårtydbara tillägg och motsägelsefulla förarbeten och reformbehovet är tydligt. Delvis är detta en följd av EU:s lagstiftningsteknik men också Sveriges arbete med implementering av EU direktiven. Enligt lagrådet har resultatet inneburit att bestämmelserna blivit ”i hög grad svårlästa och detaljerade”.[[3]](#footnote-3)

Oförklarliga skillnader mellan de olika lagarna, främst varumärke och upphovsrätt, trots samma skyddsbehov bidrar till oklarheterna.

På ett övergripande plan beror Sveriges problem delvis på att vi alltför ofta hanterar det nödvändiga reformarbetet genom att alltför sent, eller inte alls, införa EU-direktiv. Bristande implementering och otydliga förarbeten leder till ett oförutsägbart rättsläge på viktiga områden. Detta leder till oförutsägbara och kostsamma processer för alla parter och har bidragit till Sveriges stora problem på området.

Det bör i detta sammanhang anmärkas att en tydligare koppling till äganderätten skulle sätta in varumärke/upphovsrätten i sitt sammanhang och skapa mer respekt för dessa regelverk. Rätten och möjligheten att fullt ut överlåta eller upplåta de ekonomiska rättigheterna är grundläggande i sammanhanget. Detta framgår bland annat tydligt av stycke 9 i ingressen till direktiv 2001/29/EG att upphovsrätt och närstående rättigheter utgör en integrerad del av äganderätten. Som det kommer att betonas nedan bör det framgå att det ekonomiska skyddet tillkommer den som äger en rättighet.

1. **Verkligheten**

Omkring 40 procent av all ekonomisk aktivitet i Europa genereras av verksamhet som bygger på immateriella rättigheter. [[4]](#footnote-4) Det stora ekonomiska värdet av rättigheterna gör dessa intressanta för organiserad brottslighet och en rad studier har genomförts för att mäta omfattningen och konsekvenserna av detta.

Allmänt

Av en studie[[5]](#footnote-5) som Svenskt Näringsliv har genomfört framgår att;

* Alla intervjuade börsbolag har utsatts för immaterialrättsintrång.
* 75 procent av de företag som varit föremål för piratkopiering uppgav att förfalskningar av deras produkter medförde risker för hälsa och säkerhet.
* 73 procent uppgav att immaterialrättsintrång och piratkopiering har ökat de senaste fem åren, och 80 procent uppgav att förfalskning och piratkopiering bedöms öka under kommande femårsperiod.
* 80 procent av företagen ansåg att statens insatser för att motarbeta immaterialrättsintrång och piratkopiering är otillräckliga och att regeringen behöver göra mer. Inget företag ansåg att dagens insatser från statligt håll är tillräckliga.

Film

Trots att i princip all film numera tillgängliggörs lagligt på internet är antalet intrång mot filmbranschen fortfarande mycket högt. Enligt en studie som Internetstiftelsen i Sverige har genomfört ligger nivåerna på andelen som nyttjar illegala fildelningstjänster anmärkningsvärt stabilt sedan 2008 på drygt 20 procent av befolkningen. Utöver detta har användandet av illegala streamingtjänster tillkommit.[[6]](#footnote-6)

Resultaten stämmer väl överens med en studie som Svenska Filminstitutet har genomfört. Denna visar att runt 20 procent av konsumtionen av svensk film sker genom illegala tjänster. [[7]](#footnote-7)

Enligt en rapport från undersökningsföretaget Novus så uppskattas den svenska filmbranschen årligen gå miste om ca 800 miljoner kronor i uteblivna intäkter, motsvarande en fjärdedel av branschens totala slutkundsintäkt, på grund av piratkopiering.[[8]](#footnote-8) Sverige har i flera sammanhang pekats ut som ett av de länder i Norden och Europa som har störst problem med piratkopiering av film.

Nordiska jämförande studier utförda av analysföretaget Mediavision visar att nivåerna på piracy är markant högre än i Sverige än övriga nordiska länder.[[9]](#footnote-9)

Det internationella dataanalysföretaget MUSO gör samma bedömning ur ett internationellt perspektiv och beskriver piracynivåerna i Sverige som ”shockingly high”. [[10]](#footnote-10)

Läkemedel

Europeiska kommissionen bedömer att förfalskade läkemedel är ett stort hot mot den allmänna hälsan. Internet är en viktig källa för spridningen av förfalskade läkemedel och svenskar är de som främst handlar läkemedel online (SE 86 procent, EU 51 procent).[[11]](#footnote-11) Läkemedelsverket ser allvarligt på detta hot och varnar för att privatpersoner i Sverige kan komma i kontakt med förfalskade och farliga produkter via köp från oseriösa handlare på internet.

Omfattningen på problemet är svårt att bedöma men en viss ledning kan hämtas från operation Pangea. Detta är en global operation samordnas av Interpol och som syftar till att bekämpa försäljning av piratkopierade och olagliga läkemedel. I Sverige samverkar man med Läkemedelsverket, Tullverket och Polisen. 2015 genomfördes den åttonde kampanjen, Pangea VIII. I Sverige beslagtogs under den veckolånga operationen omkring cirka 26 000 enheter. De största beslagen innehöll narkotikaklassade läkemedel, hur vanligt det är med immaterialrättsliga intrång är oklart. Det låga straffvärdet för dessa brott innebär att rättsvårdande myndigheter främst förlitar sig på annan lagstiftning vid lagföring.

1. **Rättsfall**

De redovisade studierna visar att många branscher drabbas av intrång. Hur branscherna hanterar detta skiljer sig tydligt åt. Vissa branscher avsätter betydande resurser för att bekämpa intrång medan andra avstår helt eller delvis. Anledningarna att avstå kan vara flera men några är;

* Att det cirkulerar piratkopior av dålig kvalitet skapar badwill för varumärket. Rättighetshavaren kan vilja undvika uppmärksamhet kring detta av affärsekonomiska skäl.
* Många rättighetshavare har direkta eller indirekta erfarenheter av att det blir alldeles för kostsamt, ekonomiskt eller tidsmässigt, att agera och avstår därför.
* Den hat och hotkultur som råder kring detta leder till att många kreatörer som agerar offentligt blir mycket utsatta. Detta innebar att många har avstått från att agera.
* Det krävs att rättighetshavarna avsätter betydande resurser för att få en helhetsbild av problemet. Erfarenheten från ett stort antal utredningar är att omfattningen på intrången oftast är betydlig större än vad man inledningsvis har trott. Okunskap om intrångens hela omfattning gör att man inte agerar.
* Okunskap om vilka möjligheter som finns att stoppa intrången har lett till at man inte agerat.
* Rädsla för att verka giriga. Det är inte ovanligt att kreatörer inom vissa sektorer är rädda för att framstå som giriga och därför avstår från att agera mot intrång.

De olika strategierna för hur branscherna agerar leder till att de rättsfall som redovisas nedan inte ger en rättvisande bild av hela problemets omfattning. Rättsfallen kommer av naturliga skäl från de branscher som väljer att agera. Att det inte finns några rättsfall behöver med andra ord inte betyda att det inte förekommer intrång, det kan lika gärna vara av de orsaker som redovisas ovan. Sammanställningen ger dock en bild av vissa sektorers problem, kriminalitetens karaktär och hur en bransch kan drabbas om man inte agerar.

Film, musik, spel mm, nedladdning

Tjänsten Pirate Bay är sannolikt världens mest kända aktör för illegal distribution av film, musik, spel med mera. Trots sammanlagt 28 domstolsavgöranden från hela världen är tjänsten fortfarande aktiv. Verksamheten är internationell men det finns starka svenska kopplingar. Gärningsmännen använder sig av avancerade tekniska skyddsåtgärder och de betydande intäkterna döljs effektivt. Det är uppenbart att polisen behöver tillgång till de bättre utredningsmöjligheter som ett införande av grovt brott kan medföra.

Läromedel, nedladdning

Den illegala tjänsten Student Bay illustrerar väl hur kriminaliteten sprider sig från bransch till bransch. Med Pirate Bay som förebild byggde en eller flera personer upp en affärsmodell för illegal spridning av läromedel. Student Bay kunde stoppas på ett relativt tidigt stadium.

Film, strömning

Swefilmer var Nordens största illegala strömningstjänst. En turkisk medborgare utan koppling till Sverige och bosatt i Tyskland fälldes för omfattande upphovsrättsbrott och grov penningtvätt. Intäkterna bedöms uppgå till i vart fall 14 000 0000 kr men sannolikt betydligt mer.

Allt tyder på att det fanns fler personer utöver de som fälldes och att den bakomliggande verksamheten var mycket välorganiserad. Uppenbarligen bedömde man att Sverige var ett lämpligt land att begå upphovsrättsbrott i. Den främsta anledning till detta är att svenskar är mycket benägna att utnyttja illegala strömningstjänster då detta har uppfattats som lagligt.

Design

Designers Revolts affärsidé var att tillverka piratkopierade designklassiker i Kina och sälja dem via England där skyddstiderna hade löpt ut. Marknaden var i huvudsak Norden och då framförallt Sverige. Gärningsmännen var svenskar men verksamheten var mycket internationell och innebar mycket omfattande intrång i olika rättigheter. Omsättningen beräknades uppgå till 48 miljoner.

De produkter Designers Revolt sålde var av felaktig kvalitet, hade stora säkerhetsbrister och får inte utbjudas vidare.

Ärendet illustrerar väl hur många parter som skadas av kommersiell piratkopiering.

* Värdet på de immateriella rättigheterna minskar när en köpare måste ta hänsyn till sannolika intrång. Detta drabbar ytterst upphovsmannen.
* Skador på upphovsmännens ideella rättigheter uppstod när Designers Revolt utnyttjade upphovsmännen som påstådda avsändare för budskap som gick rakt emot vad upphovsmännen stod för.
* Producenter, distributörer och återförsäljare förlorar försäljning och drabbas av marknadsstörningar.
* Konsumenterna köper undermåliga, ibland farliga varor som inte får säljas vidare
* Staten drabbas av minskade intäkter när den legala handeln minskar.
* Staten drabbas av mycket stora kostnader i form av direkta och indirekta kostnader för rättsprocessen. Enbart kostnaderna för förvaringen av piratkopiorna under processen uppgår till mångmiljonbelopp.

ATN

Advanced TV Network Sweden AB (ATN) är ett internationellt TV-företag som tidigare bedrev sin verksamhet från Sverige. Affärsidéen var att kringgå olika tekniska skydd för tv-program och film och sända dessa utan tillstånd. De ansvariga har åtalats för bland annat upphovs/varumärkesbrott och åklagaren har yrkat att 307 000 000 kr ska förverkas.

Personerna bakom ATN har åtalats och verksamheten bedrivs numera från annat land.

Sammanfattning rättsfall

Som framgår ovan är Sverige bas för stora internationella, kommersiella och multikriminella nätverk vars affärsverksamhet bygger på intrång i rättigheter. I många fall har det gjorts mycket stora vinster på hundratals miljoner samtidigt som värdet på skadorna är betydligt större.

Det finns inget jämförbart land som kan uppvisa ett så stort antal omfattande ärenden under modern tid som Sverige. Staten Sverige förmår därmed inte att skydda varken svenska eller utländska upphovsmän och uppfyller därmed inte de krav som följer av gemenskapsrättsliga åtaganden om att tillhandahålla effektiva och avskräckande åtgärder mot upphovsrättsintrång, se t.ex. artikel 3 i direktiv 2004/48/EG.

1. **Behovet av en skärpt lagstiftning**

Behovet av ett sanktionssystem avgörs främst av möjligheterna att begå intrång. Historiskt sett har teknikutvecklingen ökat möjligheterna till intrång vilket i sin tur ökat behovet av straffskärpningar. Den digitala utvecklingen bygger på möjligheten att enkelt kopiera och sprida innehåll på allt effektivare sätt och nya tekniker används i stort sett undantagslöst för att begå intrång. När illegal fildelning av film började diskuteras på allvar runt 2004 beräknades antalet illegala nedladdningar mot filmbranschen uppgå till knappt 16 miljoner filmer per år. 2015 hade antalet illegala nedladdningar siffran stigit till drygt 60 miljoner filmer per år. Beaktas även den växande illegala strömmingen beräknades film och tv branscherna utsättas för 314 miljoner intrång år 2016. Även branscher som säljer fysiska varor påverkas av den tekniska utvecklingen genom de allt effektivare möjligheterna att saluföra och distribuera varorna via internet.

Även brottens karaktär har ändrats. När de nuvarande straffsatserna bestämdes bestod brotten normalt av en enskild person som framställde/importerade ett antal fysiska piratkopior och sålde dessa på en marknad eller liknande. Intäkterna uppgick normalt till några tusen kronor och förvarades i fickan. Gärningsmännen idag är främst organiserade kriminella som sprider obegränsade mängder med piratkopior, ofta med digital teknik, och tjänar miljoner som döljs genom avancerad penningtvätt. Förtjänsterna från brottsligheten har under senare tid ökat dramatiskt. En översikt över utbytes-/vinningsförverkanden från de senaste årens stämningsansökningar ger en viss vägledning om hur utvecklingen ser ut. Beloppen är delvis avrundade och räknade manuellt och gäller genomsnittsbeloppet per ärende per år.

2010: 0 kr / ärende

2011: 110 000 kr / ärende

2012: 350 000 kr / ärende

2013: 1 600 000 kr / ärende

2014: 1 500 000 kr / ärende

2015: 12 000 000 kr / ärende

2016: 2 000 000 kr / ärende

2017: 307 000 000 kr / ärende

Uppgifterna är hämtade från Riksenheten mot internationell och organiserad brottslighet.

En tydlig trend under senare tid är att gärningsmännen på området använder allt mer avancerade metoder för att skydda sig. Den krypterade trafiken ökar och användningen av krypterade hårddiskar har blivit vanligare. Polisens arbete försvåras också av internetleverantörer som vägrar lämna ut abonnentuppgifter.

1. **Effekterna av skärpta straffskalor**

Effekterna av polisära insatser är helt tydliga, de leder omgående till en direkt, kraftig, nedgång i antalet intrång. Erfarenheten är dock att de långsiktiga effekterna skiljer sig markant åt beroende på typen av intrång. Gäller det fysiska artiklar kan effekten ibland vara mer beständig medan insatser mot exempelvis illegala filmtjänster ofta är helt tillfällig. De större illegala tjänsterna har numer en kraftfull reservkapacitet så att man omgående kan ta upp verksamheten igen efter ett beslag. Det stora intäkterna och små konsekvenserna gör att det trots det ständigt växande antalet polisingripande fortfarande oavbrutet tillkommer illegala tjänster. Det är tydligt att effektivare åtgärder behövs.

Förbättrade utredningsmöjligheter

Upptäcktsrisken är normalt sett den viktigaste faktorn för att avhålla personer från att begå brott. En straffskärpning förbättrar möjligheten för de rättsvårdande myndigheterna att utreda brott och därmed öka upptäcktsrisken. En straffskärpning skulle vidare leda till att polisen skulle kunna få tillgång till hemliga tvångsmedel i vissa ärenden. Redan kunskapen om detta skulle sannolikt påverka vissa kvalificerade gärningsmän att bli försiktigare och därmed minska deras effektivitet.

Signaleffekt

Samhället signalerar hur allvarligt man ser på olika brott genom straffsatserna. Beträffande immaterialrättsbrott hade många svenska politiker fram tills nyligen ett förhållningssätt att det var ett bagatellartat brott. Vissa politiker gick så långt att man uttrycker stor förståelse och sympati även för de grövsta gärningsmännen och det var brottsoffren som skulle ändra sitt beteende. Detta förhållningssätt har inneburit att det i Sverige finns en mycket stor acceptans för i vart fall vissa immaterialrättsbrott.

De otydliga signalerna från lagstiftaren har inneburit att många uppfattat det som acceptabelt att driva illegala tjänster. Piracy har därmed i många fall kommit att bli inkörsporten till kriminalitet för många tidigare ostraffade personer utan tidigare kriminell identitet.

Prevention

Straffets avskräckande verkan är relativt låg för många brott men bör rimligen vara högre för denna typ av planerad brottslighet. Det rör sig om välplanerad och systematisk brottslighet med ekonomiska motiv. Brotten pågår under lång tid och gärningsmännen är ofta i övrigt välanpassade och välinformerade. Allmänpreventionen sägs fungera bäst på brott som begås för att uppnå en vinning och som är perifera för en livsstil.

Straffet enligt den nu gällande lagen blir, även vid grövre intrång, ofta villkorlig dom vilket inte förefaller ha någon avskräckande effekt. Tvärtom har antalet grova ärenden ökat över tid. Den verkliga avskräckningseffekten uppnås för närvarande främst genom höga skadestånd. Ur ett samhällsperspektiv kan riktigheten i detta diskuteras, skadeståndet ska reparera skadan och avskräckning ska främst uppnås genom straff. Effekten av de höga skadestånden har vidare tydligt minskat under senare tid eftersom kvalificerade intrångsgörare tillämpar allt effektivare metoder för att dölja sina tillgångar.

Inkapacitering

Några av de grövsta gärningsmännen är notoriska i sitt beteende och man fortsätter att begå brott direkt efter avtjänat straff. Detta innebär att antalet intrång i vart fall begränsas under den period dessa individer avtjänar sitt straff.

Preskriptionstid

Bristande utredningsresurser, internationella kopplingar, omfattande brottslighet samt komplexa frågeställningar gör att förundersökningarna ofta tar långt tid. Det är inte ovanligt att frågan om preskription aktualiseras under pågående förundersökningar och processer. Den förlängda preskriptionstid som en utökad straffskala skulle medföra är en fördel.

Prioritet

Polisens interna prioriteringar avgörs till viss del av straffvärdet. En utökad straffskala innebär ökade möjligheter till att det fortsättningsvis finns direkta och indirekta resurser att utreda dessa brott.

Koppling till annan grov brottslighet

Som det framhålls i utredningen finns det enligt Interpol en tydlig koppling mellan internationell piratverksamhet och andra mycket grova brott som människohandel, narkotikabrott med mera. [[12]](#footnote-12)Det finns normalt ingen kunskap om var intäkterna till de producerande aktörerna, annonsintäkter eller intäkterna för försäljningen slutligen hamnar. Att Sverige helt skulle stå utanför den verklighet som Interpol beskriver förefaller osannolikt. Skulle det vara så finns det skäl att agera för att förhindra att Sverige hamnar där.

Av ett antal svenska avgöranden framgår att det är vanligt att gärningsmännen även gjort sig skyldiga till andra brott som en följd av intrången. Vanligtvis gäller det skattebrott och penningtvätt som i vissa fall varit grov.

Effektivare åtgärder mot organiserad piracy kommer därmed att ha en effekt även på annan brottslighet.

1. **Straffskalan**

Det vara en grundprincip med strafflagstiftningen att brott med motsvarande farlighetsgrad och skadeverkan i möjligaste mån värderas och regleras på ett likartat sätt. Den ekonomiska brottsligheten drivs ofta utifrån strikt rationella utgångspunkter där den förmodade utkomsten av brottet vägs mot upptäcktsrisk och straffvärde. Gärningsmännen tenderar i stor utsträckning att söka sig till den typ av brottslighet som för stunden framstår som mest gynnsam för dem. Upphovsrättsbrott har i detta avseende mycket gemensamt med bedrägeribrott, oredlighetsbrott och andra förmögenhetsbrott. Införande av grovt upphovsrättsbrott skulle bidra till en harmonisering mellan upphovsrättsbrotten och andra jämförbara brottstyper, där straffskalan sedan länge innefattat ett grovt brott.

Utredningen föreslår att straffskalan för grovt brott ska vara lägst sex månader och högst sex år vilket stämmer relativt väl med de genomsnittliga nivåerna i vår omvärld. Det bör dock noteras att länder som uppfattas, eller uppfattar sig själva, som viktiga för de kreativa näringarna ofta har markant högre straffskalor. England införde nyligen en lagstiftning som innebär att upp till tio års fängelse kan dömas ut för intrång och i Frankrike kan straffet bli upp till fjorton år. I Sverige har i vart fall en immaterialrättsforskare föreslagit att straffskalan bör sträcka sig upp till tio år vid grova brott.

Det saknas emellertid anledning att i dagsläget gå utöver vad utredningen har föreslagit. Det finns goda förutsättningar för att de önskvärda effekterna uppnås och ett allt för långtgående förslag skulle kunna leda till bristande acceptans för lagstiftningen. De föreslagna nivåerna innebär samma nivåer som för likartad brottslighet och bör innebära en normalisering i synen på upphovs/varumärkesbrotten.

1. **När skulle grovt brott tillämpas?**

Grovt immaterialrättsbrott skulle kunna bli aktuellt när något av nedanstående kriterier är uppfyllt.

Skada

Utredningen föreslår att brottet ska bedömas som grovt om det innebär synnerligen kännbar skada. Kvalifikationsgrunden synnerligen kännbar skada sägs mest få betydelse vid ”intrång i enskilda upphovsmäns skada, även om också små och medelstora företag kan drabbas av sådan skada.”

Utredningens förslag är i denna del felaktigt och motverkar sitt syfte. Upphovsmän, som för övrigt alltid är enskilda, är sällan part i de straffrättsliga processerna. Rättigheterna har normalt överlåtits eller upplåtits under en viss tidsperiod till en juridisk person som blir rättighetshavare. Utredningens användande av termen upphovsman bör ändras till rättighetshavare. Har upphovsrätten inte överlåtits eller upplåtits är upphovsmannen naturligtvis rättighetshavare.

Än mer problematiskt är förslaget att synnerligen kännbar skada bara kan drabba små och medelstora företag. Att dela in rättighetshavarna storleksmässigt enligt förslaget leder till komplexa gränsdragningsproblem för domstolarna när de ska skapa en måttstock för om ett företag är stort eller inte. Det finns ett klart behov av ökad tydlighet och förutsägbarhet på lagstiftningsområdet. Förslaget om en skönsmässig bedömning av ett företags storlek skulle innebära det motsatta.

Vidare kan en skada för en ”stor” rättighetshavare mycket väl vara mer kännbar än en stor skada för en ”mellanstor” rättighetshavare relativt sett. Avgörande är intrångets omfattning och rättigheternas värde. Bristen i resonemanget blir ännu tydligare när reglerna om grovt brott ska tillämpas på varumärken, enligt utredningen ska resonemanget kring upphovrättsbrott gälla även här. Varumärken överlåts så gott som alltid till en juridisk person och att en enskild upphovsman till ett varumärke skulle vara part i varumärkesprocess är i stort sett uteslutet. Först ska det påpekas att den relevanta termen därmed bör vara rättighetshavare även i detta fall. Vidare leder resonemanget om företagets storlek fel. Generellt har större bolag värdefullare varumärken än små vilket leder till att skadorna blir betydligt större vid ett intrång i ett stort bolags varumärke än i ett litet.

Konsekvensen av utredningens förslag är att mycket stora intrång i ett ytterst värdefullt varumärke som tillhör ett företag som bedöms som stort inte skulle bedömas som grovt varumärkesbrott enligt detta kriterium. Motsatsvis skulle ett intrång i en ytterst liten rättighetshavares varumärke kunna bedömas som synnerligen kännbar skada och därmed grovt brott trots att värdet på skadan skulle vara helt försumbar.

Förslaget innebär att en stor rättighetshavare får ett relativt sett sämre skydd än en mindre. Detta kan få en negativ påverkan på stora aktörers intresse av att investera i rättigheter i Sverige vilket dämpar innovationstakten och minskar värdet av rättigheter vilket på sikt kommer att drabba upphovsmännen. Det finns inget juridiskt relevant skäl till varför en rättighetshavares storlek skulle spela någon roll för om brottet ska anses som grovt. Fokus bör vara att skapa en fungerande marknad där nyttjande av skyddade verk sker lagligt. Intäkterna kommer då att öka vilket kommer alla upphovsmän till godo.

Som ett exempel på problemet med förslaget kan rättsfallet Pirate Bay nämnas. Samtliga berörda rättighetshavare skulle sannolikt bedömts vara stora och fallet Pirate Bay skulle därmed inte bedömts som grovt brott enligt detta kriterium.

Utöver intrångets omfattning och rättighetens värde bör också den eventuella skadan på upphovsmannens speciella uttrycksform tillmätas betydelse. Upphovsmän har ofta speciella sätt att skriva, teckna och så vidare och detta kan skadas vid intrång. Denna skada är både ekonomisk och ideell och bör ingå i bedömningen av skada.

För att normalisera synen på dessa brott bör man tillämpa samma bedömningsgrunder som för annan brottslighet. Beträffande skada ligger det nära till hands tillämpa samma regler som för skadegörelse. Detta är ett brott vars effekt ofta påminner om det som uppstår vid upphovsrättsintrång. Drivkrafterna vid exempelvis klotter visar stora likheter med drivkrafterna bakom att tillgängliggöra en film på internet och märka den med sitt gruppnamn. Skadegörelse kan bedömas som grovt om värdet på det som förstörs har stor ekonomisk (överstiger ett basbelopp) eller kulturell betydelse. Motsvarande beloppsgräns bör gälla vid grovt upphovs/varumärkesbrott.

Utredningens förslag att illegal utgivning som sker innan den legala kan innebära synnerligen kännbar skada är riktigt men begreppet upphovsman bör ersättas med rättighetshavare.

Vinning

Utredningen föreslår att ett kriterium gällande vinning på 25 basbelopp införs.

Utvecklingen går mot allt större ärenden, såväl graden av organisation, planeringen som intäkterna har ökat markant under senare år. Omfattningen på intrången är ofta så stora att de av rättighetshavarna som agerar normalt väljer ut ett fåtal av brotten som man anger till åtal. Rättsvårdande myndigheter gör vidare en proportionalitetsbedömning av hur mycket förundersökningen ska omfatta. Detta innebär att åtalet ofta bara omfattar en mindre del av det totala intrånget. Rättsfallet Pirate Bay illustrerar detta tydligt, åtalet begränsades till 33 av de miljontals verk som där tillgängliggjordes illegalt.

De illegala aktörerna använder avancerade åtgärder för att dölja intäkterna och det råder ofta betydande oklarheter kring hur stora dessa verkligen är. I exempelvis Pirate Bay uppgick de möjliga annonsintäkterna till 58 miljoner kr per år[[13]](#footnote-13) men endast 1,5 miljoner kr för hela åtalsperioden kunde bevisas.

Enligt senare hovrättspraxis[[14]](#footnote-14) gällande förverkande ska utbytet bestämmas i förhållande till det antal verk som åtalet omfattar jämfört med hela verksamheten. Ska bedömningen av vinning ske enligt dessa grunder skulle det resulterat i ett ytterst blygsamt belopp i exempelvis rättsfallet Pirate Bay. De 33 verkens andel av de miljoner som tillgängliggörandet skulle beräknas i förhållande till de kända intäkterna på drygt 1,5 miljoner kr. Vinningen skulle därmed röra sig om enstaka kronor och Pirate Bays verksamhet skulle inte ha bedömts som grovt brott enligt utredningens förslag gällande vinning.

Att tillämpa en strikt beloppsgräns innebär att lagstiftaren framöver tvingar rättighetshavare och rättsvårdande myndigheter att genomföra mer omfattande processer än vad som i övrigt är motiverat. Det finns inget som tyder på att trenden där den organiserade brottsligheten blir allt effektivare i att dölja sina intäkter kommer att brytas. Framöver kommer det sannolikt att uppstå svårigheter att bevisa hur omfattande intäkterna varit i många ärenden.

Utredningens förslag gällande vinning på 25 basbelopp blir därmed mycket svårt att uppfylla. Att ställa upp gränsvärden som i praktiken är omöjliga att uppfylla riskerar tvärtom att bli ett argument till varför grovt brott inte skulle dömas ut.

En mer ändamålsenlig och modern gränsdragning vore istället att se till syftet med intrånget. Är detta kommersiellt bör det tala för att brottet bedöms som grovt. Detta stämmer väl överens med utredningens resonemang att brott ”utan något kommersiellt syfte” ska bedömas om upphovsrättsbrott av normalgraden. Om brott med kommersiellt syfte skulle bedömas som grovt skulle en tydlig distinktion i förhållande till brott av normalgraden uppnås. Resonemanget att avsikten ska vägas in följer normala straffrättsliga bedömningsgrunder (29 kap. 1 § andra stycket brottsbalken).

Bedöms det trots allt som nödvändigt att fastställa en beloppsgräns bör det finnas någon relation mellan beloppen för skada och vinning. Immaterialrättsbrott skiljer sig från andra brott vad det gäller denna relation. Vid många andra brott, exempelvis bedrägeri, är gärningsmannens vinning ofta lika stor som brottsoffrets skada. Immaterialrättsbrott karaktäriseras däremot av att vinningen typiskt sett är betydligt mindre är skadan. Den intrångsgörare som lägger ut exempelvis läromedelsböcker på en illegal tjänst kan visserligen göra vissa intäkter men rättighetshavarnas skador i form av uteblivna licenser, goodwillförluster, marknadsstörningar, utebliven vinst och ideella skador är betydligt större.

Detta talar för att beloppsgränsen för vinning i vart inte bör vara högre än den för skada det vill säga maximalt ett basbelopp.

Särskild farlig art

Kvalifikationsgrunden ”särskild farlig art” skapar utrymme för att hantera oförutsägbara situationer och de exempel som redovisas illustrerar väl hur den nu kända brottsligheten kan agera.

Kränkning av upphovsmannen

Kränkning ingår inte som en kvalifikationsgrund i utredningen för om brottet ska anses som grovt. Enligt vanliga straffrättsliga bedömningsgrunder (29 kap. 1 § andra stycket brottsbalken) av straffvärdet ska emellertid bland annat kränkningen beaktas på samma sätt som exempelvis skada eller fara.

Kränkningar av integritet ges allt större uppmärksamhet i den allmänna offentliga och juridiska debatten och denna debatt fokuserar normalt på brottsoffrets integritet. Utmärkande för immaterialrättsområdet är emellertid att debatten helt fokuserar på den misstänkte gärningsmannens behov av integritetsskydd. I stort sett samtliga normala rättsliga åtgärder som tillämpas vid annan brottslighet har när det gäller immaterialrättsintrång påståtts leda till oöverstigliga kränkningar av den misstänkte gärningsmannens integritet. Motsatsen, att ett intrång kan leda till en grov kränkning av upphovsmannens integritet har däremot inte beaktats i den straffrättsliga debatten. Det ska anmärkas att det har blivit ett led i vissa kommersiella illegala verksamheternas affärsidéer att håna, hota och kränka upphovsmännen, de verk de skapat eller de som förvärvat rättigheterna.

Kränkningar av de ideella immateriella rättigheterna är skadeståndsgrundande och det som är skadeståndsgrundande bör även kunna ingå i straffmätningen. Allvarliga kränkningar av rättigheter bör vara ett kriterium för att bedöma om brottet är grovt.

Risk för tredje part

Piratkopiering av vissa varor, exempelvis elektriska artiklar, livsmedel, läkemedel eller kosmetika kan innebära risk för liv och hälsa för användarna. Detta bör beaktas vid bedömningen av om brottet är grovt.

Uppsåt

Som det påpekas i utredningen är det i praktiken sällan problematiskt att visa att de brott som skulle ha bedömts som grova har begåtts uppsåtligen. Ofta skickar rättighetshavaren någon form av varningsbrev där man informerar om rättsläget. Detta är en enkel och processekonomisk metod för att avbryta intrången som kan innebära stora besparingar för alla parter, inte minst staten.

Att ett brottsoffer informerar en gärningsman på detta sätt är en avvikelse i straffrättsliga sammanhang och bör aktivt stödjas av lagstiftaren. Den gärningsman som motar ett varningsbrev och fortsätter att begå intrång har med stor marginal passerat gränsen för normalt uppsåt. Denna form av kvalificerat uppsåt bör vägas in vid bedömningen av om ett brott är grovt.

I detta sammanhang bör det påpekas att gemensamma uppsåtsregler för straff och skadestånd skulle bidra till att göra lagarna mer konsekventa och därmed mer förståeliga. Logiken varför det ska krävas grov oaktsamhet för brott och oaktsamhet för skadestånd är inte helt självklar. I en modern immaterialrätt bör uppsåtsreglerna för straff och skadestånd vara desamma.

|  |
| --- |
|  |
|  |

1. **Åtalsregler**

Förslaget att såväl upphovsrättsbrott som varumärkesbrott ska falla under allmänt åtal innebär att rättsväsendet tillåts fokusera sina insatser samt att samma regler gäller för lagarna. Detta är logiskt och innebär en normalisering i synen på brottsligheten.

|  |
| --- |
|  |
|  |

1. **Beslag**

Förslaget att det ska bli möjligt att beslagta all egendom, exempelvis domännamn, för att säkra ett straffrättsligt förverkande är riktigt och innebär utökade möjligheterna att förhindra pågående brottslighet. Då motsvarande möjlighet redan finns civilrättsligt innebär inte förslaget någon begränsning i informationsspridningen Även om antalet ärenden där denna möjlighet kan tillämpas antagligen blir få är det principiellt riktigt att man utnyttjar de lagtekniska möjligheter som finns att förebygga brott. Mot bakgrund av Sveriges rykte som ett lämpligt land att begå intrång i är behovet särskilt tydligt här. Det är ett steg på vägen till en modern svensk immaterialrätt som skapar bästa möjliga möjligheter för kreativt skapande.

1. Global Innovation Index 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Nima Sanandaji, Samhällsvärdet av immateriell egendom, Reforminstitutet. [↑](#footnote-ref-2)
3. Lagrådets yttrande angående upphovsrätten i informationssamhället 2005-02-08. [↑](#footnote-ref-3)
4. Nathan Wajsman Chief Economist, EUIPO Intellectual Property Rights Intensive Industries and Economic Performance in the European Union 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. Patrick Krassén. Immaterialrättsintrång och piratkopiering - En studie av hur svenska börsbolag drabbas. Svenskt Näringsliv 2015. [↑](#footnote-ref-5)
6. Svenskarna och internet 2017. Internetstiftelsen i Sverige 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. Vem såg filmen? Svenska Filminstitutet 2014?. [↑](#footnote-ref-7)
8. Novus/FTVS, Digital lägesrapport – Digital marknad för film och tv, 2015. [↑](#footnote-ref-8)
9. Mediavision, Nordic Piracy Spring 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. MUSO, Global Film & TV Piracy Report, 2016 A widening bridge: Piracy demand in Sweden, compared with other Nordic countries. [↑](#footnote-ref-10)
11. MarkMonitor® Online Barometer Global Online Shopping Survey 2017 – Consumer Goods. [↑](#footnote-ref-11)
12. SOU 2018:6 s 43. [↑](#footnote-ref-12)
13. Grand Thornton, The Pirate Bay, Utredning avseende prissättning av digitala nedladdningar, 2008. [↑](#footnote-ref-13)
14. Hovrätten för västra Sveriges dom den 28 mars 2018 i mål nr B 3143–17 s. 22. [↑](#footnote-ref-14)