



UPPSALA
UNIVERSITET

IMK

Akademien för Immaterial-,
Marknadsförings- och Konkurrensrätt



Juridiska
fakulteten

IMK serien 2015/1 (December 2015)

Straffrättsligt ansvar för intrång på det industriella rättsskyddets område

Postdoctoral researcher Jur. Dr *Stojan Arnerstål*

Akademien för Immaterial-, Marknadsförings- och Konkurrensrätt (IMK)
Juridiska fakulteten, Uppsala universitet
Uppsala
stojan.arnerstal@jur.uu.se

URI: <http://www.imk.uu.se/publications/imcpaperseries/2015/1.aspx>

Akademien för Immaterial-, Marknadsförings- och Konkurrensrätt (IMK)
Juridiska fakulteten Uppsala universitet
Box 512, 751 20 Uppsala
www.imk.uu.se

Straffrättsligt ansvar för intrång på det industriella rättskyddets område

Av jur. dr Stojan Arnerstål¹

Inledning

Möjligheten att utkräva straffrättsligt ansvar som en påföljd vid intrång på det industriella rättskyddets område aktualiseras sällan i praktiken. Det är i vart fall den bilden som tecknas i förarbetena till lagstiftningen.² Ett färskt exempel är att det i utredningen till ny patentlag påpekas att inget allmänt åtal har väckts i patentmål sedan patentlagen trädde i kraft år 1968.³ Bilden skiljer sig väsentligen från vad som framkommer om man vid en tentamen i immaterialrätt på juristprogrammet frågar studenterna om vilka sanktioner som kan komma ifråga vid ett intrång. Inte sällan är juriststudenterna pigga på att skicka intrångsgöraren i fängelse för minsta lilla intrångsöverträdelse. Möjligen beror studenternas iver att tillgripa straffrättsligt ansvar på straffbestämmelsernas centrala plats i immaterialrättslagstiftningen – först i respektive sanktionsavsnitt.

Det finns flera anledningar till att immaterialrättsintrång sällan leder till åtal. I förarbetena förklaras sällsyntheten med att de immaterialrättsliga målen ofta är komplicerade och att de skiljer sig från andra straffrättsliga ansvarsregler.⁴ En ytterligare anledning är att förutsättningarna för att en åklagare ska väcka allmänt åtal vid intrång i de industriella rättsskydden är kvalificerade på sätt att åtal av särskilda skäl måste vara påkallat från allmän synpunkt. Mot bakgrund av att straffrättsligt ansvar för immaterialrättsintrång sällan aktualiseras är det inte förvånande att ämnet inte behandlats i den rättsvetenskapliga litteraturen i någon vidare omfattning.⁵ I litteraturen och den praktiska tillämpningen är det istället främst de civilrättsliga förbuds- och skadeståndssanktionerna som tilldragit sig uppmärksamhet.

Frågan har emellertid fått förnyad aktualitet under senare år, bland annat i det lagstiftningsarbete som följt av att den immaterialrättsliga lagstiftningen uppdaterats i flera avseenden. Ett konkret

¹ Artikeln har framställts inom ramen för ett forskningsprojekt som finansierats av Sveriges Ingenjörer och ICC Sverige, till vilka jag riktar ett stort tack.

² Se t.ex. SOU 2001:26 s. 352 ff. och SOU 2015:41 s. 197 f.

³ SOU 2015:41 s. 198.

⁴ NU 1963:3 s. 333; prop. 1966:40 s. 205 f. och SOU 2015:41 s. 202.

⁵ Vissa undantag finns emellertid, vilket framgår i det följande.

exempel är just utredningsförslaget till ny patentlag som nyligen presenterats i SOU 2015:41.⁶ Det förefaller också ha skett ett trendbrott i att allt fler intrångsmål kommit att behandlas inom ramen för straffrättsliga förfaranden. Exempelvis tycks åtal för varumärkesintrång förekomma i större utsträckning än vad som tidigare varit fallet. En viktig anledning till detta är sannolikt att Åklagarmyndigheten sedan år 2008 inrättat en särskild arbetsgrupp med åklagare som är specialiserade på immaterialrätt. Arbetsgruppen är organiserad inom den internationella åklagarkammaren.⁷ Bakgrunden till denna nya ordning var bl.a. de särskilda svårigheter som utredningar om brott på det immaterialrättsliga området ansågs medföra för åklagare och polis.⁸ Genom att utse särskilda åklagare som handlägger immaterialrättsbrott är målsättningen att åklagarna ska kunna skaffa sig den erfarenhet som är nödvändigt för att handlägga ärendena snabbt och effektivt.⁹

I denna artikel behandlas frågan om när ett straffrättsligt ansvar kan aktualiseras till följd av ett intrång på det industriella rättsskyddets område samt vilka påföljder som kan komma ifråga härför. Avgränsningen till det industriella rättsskyddet innebär att undersökningen främst behandlar intrång i patent, varumärke och mönster.¹⁰ Syftet med artikeln är att diskutera och analysera de senaste årens rättspraxis på området samt att undersöka hur domstolarna tillämpar de aktuella straffbestämmelserna. Det ska påpekas att denna rättspraxis, med några få undantag, utgörs av publicerade underrättsavgöranden.¹¹ Givetvis är det därför diskutabelt vilka slutsatser om rättslägets beskaffenhet man kan dra genom att analysera dessa avgöranden. Likväl är domarna intressanta, eftersom de på ett konkret sätt åskådliggör hur de aktuella reglerna faktiskt tillämpas av underrätterna. Det finns därför ett värde i att analysera domar av detta slag, även om avgörandenas auktoritet och vägledande betydelse är begränsad.

Straffrättsligt ansvar för intrång i Sverige och i Norden

Straffansvarsreglerna inom det industriella rättsskyddet är konstruerade på i huvudsak samma sätt. Till exempel framgår följande av 57 § patentlagen (1967:837):

Gör någon intrång i den ensamrätt som patent medför (patentintrång) och sker det uppsåtligen eller av grov oaktsamhet, skall han eller hon dömas till böter eller fängelse i högst två år. Den som har överträtt ett vitesförbud enligt 57 b § får inte dömas till ansvar för intrång som omfattas av förbudet.

För försök eller förberedelse till brott enligt första stycket döms till ansvar enligt 23 kap. brottsbalken.

⁶ Se även t.ex. prop. 2009/10:225 s. 271; SOU 2001:26 s. 353 ff. och SOU 2001:68 s. 139 ff.

⁷ Utöver att handlägga allvarigare brott med internationell anknytning, handlägger den internationella åklagarkammaren mål om organiserad nationell brottslighet samt IT-relaterad brottslighet. Se Åklagarmyndighetens föreskrifter om indelning av den operativa verksamheten, ÅFS 2014:4, senast ändrad genom ÅFS 2014:17.

⁸ Åklagarmyndighetens rapport, En effektivare bekämpning av immaterialrättsliga brott, ÅM-A 2006-06-15.

⁹ Åklagarmyndighetens rapport, En effektivare bekämpning av immaterialrättsliga brott, ÅM-A 2006-06-15, s. 1.

¹⁰ De straffrättsliga ansvarsreglerna inom upphovsrätten kommer att behandlas i en separat artikel av docent Sanna Wolk.

¹¹ Författaren vill rikta ett stort tack till åklagarna vid Internationella åklagarkammaren Stockholm, som frikostigt bidragit med att identifiera de senaste årens straffrättsliga mål på immaterialrättens område.

Åklagaren får väcka åtal för brott som avses i första eller andra stycket endast om målsäganden anger brottet till åtal och åtal av särskilda skäl är påkallat från allmän synpunkt.

Straffansvaret bygger på en objektiv förutsättning i att intrång ska föreligga samt på ett subjektivt krav i att intrånget ska ha gjorts uppsåtligt eller av grov oaktsamhet.¹² Motsvarande ansvarsregler finns i 8 kap. 1 § varumärkeslagen (2010:1877) och 35 § mönsterskyddslagen (1970:485). Samtliga dessa bestämmelser har haft motsvarande materiella innehåll sedan år 1994, när straffansvaret för det industriella rättsskyddet reviderades.¹³ Efter denna revision är straffansvarsreglerna likartade på hela immaterialrättens område.¹⁴

Genomförandet av det civilrättsliga sanktionsdirektivet¹⁵ föranledde inte några ändringar av straffansvarsreglerna.¹⁶ De straffrättsliga sanktionerna är följaktligen inte harmoniserade inom EU. Det har visserligen funnits ett förslag från EU-kommissionen om att utöka sanktionsdirektivets tillämpningsområde till att även omfatta straffrättsliga sanktioner, men förslaget drogs sedermera tillbaka.¹⁷ Ett av problemen med förslaget var att det enligt EU:s dåvarande trepelarstruktur var oklart i vilken utsträckning EU hade behörighet att anta direktiv av straffrättslig natur.¹⁸ I direktivförslaget framhölls särskilt behovet av harmoniserade straffrättsliga bestämmelser för en effektiv kamp mot förfalskning och pirattillverkning. Den främsta skillnaden mot de befintliga svenska ansvarsreglerna var att direktivförslaget föreskrev strängare påföljder för vissa immaterialrättsbrott – fängelse med en högsta straffsats på minst fyra år om brottet hade begåtts inom en kriminell organisation eller innebar en risk för människors hälsa och säkerhet.¹⁹ En ytterligare skillnad avsåg under vilka förutsättningar allmänt åtal för intrång skulle kunna väckas, en fråga som diskuteras nedan i avsnitt **Error! Reference source not found.**

Visserligen förefaller möjligheten att åstadkomma ett EU-harmoniserat straffrättsdirektiv på immaterialrättens område som begränsad i dagsläget, eftersom frågan tycks vara infekterad mellan medlemsstaterna. Men mot bakgrund av den uppmärksamhet som EU-kommissionen tidigare

¹² Om objektiva och subjektiva brottsrekvisit, se Berggren m.fl., *Brottsbalken* (Zeteo, 1 januari 2015) kommentaren till 1 kap. 1 §.

¹³ Se prop. 1993/97:122 s. 54 ff.

¹⁴ Om revisionen, se vidare Nordell, 1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem s. 309 ff.

¹⁵ Direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

¹⁶ I skäl 28 till direktivet betonas emellertid att straffrättsliga påföljder, utöver de civila och administrativa åtgärder, förfaranden och sanktioner som följer av direktivet, i lämpliga fall också utgör ett sätt att säkerställa skyddet av immateriella rättigheter.

¹⁷ Ändrat förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter KOM/2006/168 slutlig, 2005/0127/COD. Förslaget utgjordes av en revidering av Förslag till rådets rambeslut om stärkta straffrättsliga åtgärder mot intrång i immateriella rättigheter, KOM/2005/276 slutlig och Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter, 2005/0127/COD. Se även EUs officiella tidning den 18 september 2010, Återkallande av kommissionsförslag som inte längre är aktuella, (2010/C 252/04).

¹⁸ Se Justitiedepartementets faktapromemoria 2005/06:FPM26, Förslag till straffrättsliga åtgärder på immaterialrättens område s. 6 f.

¹⁹ Ändrat förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter KOM/2006/168 slutlig, COD 2005/0127, s. 11.

ägnat frågan är det emellertid inte osannolikt att vi framöver kommer att se förnyade försök till harmonisering av sanktionsreglerna.

Även om det inte åstadkommit någon harmonisering av de straffrättsliga reglerna inom EU, finns i de Nordiska länderna en tydlig likformighet i utformningen av ansvarsreglerna. Exempelvis stadgas i de danska lagarna på det industriella rättsskyddets område att uppsåtliga eller grovt oaktsamma intrång straffas med böter.²⁰ Därutöver föreskrivs att om intrånget begåtts uppsåtligt och under försvårande omständigheter kan påföljden bestämmas till fängelse i upp till ett år och sex månader. Den danska lagtexten tillhandahåller exempel på när försvårande omständigheter särskilt ska anses föreligga – när överträdelsen är betydande och vid uppenbart rättsstridig vinning.²¹ Följaktligen är de danska reglerna snarlika de motsvarande bestämmelserna i Sverige, men med en något lägre straffskala samt en uttrycklig anvisning för när påföljden kan leda till fängelse. Som kommer att framgå i det följande har dessa skillnader emellertid inte någon praktisk betydelse, mot bakgrund av hur de svenska bestämmelserna har tillämpats av domstolarna.

De norska immaterialrättslagarna tillhandahåller snarlika bestämmelser om straffrättsligt ansvar för intrång. Konstruktionen av bestämmelserna är väldigt lik de danska motsvarigheterna. Straffansvarsreglerna stadgar att den som begår intrång straffas med böter eller fängelse i upp till ett år.²² Om det föreligger försvårande omständigheter kan påföljden bestämmas till böter eller fängelse i upp till tre år. I lagtexten påpekas att det vid bedömningen av om försvårande omständigheter föreligger ska lägga särskild vikt vid den skada som rättighetshavaren orsakats, vilket inbegriper hänsyn till skada på rättighetshavarens kommersiella rykte, samt intrångsgörarens vinning och intrångets omfattning. Straffansvaret förutsätter att gärningen skett uppsåtligt.²³

Den finska regleringen av straffrättsligt ansvar för immaterialrättsintrång skiljer sig från övriga Nordiska länder genom att de grundläggande ansvarsbestämmelserna förts in i den allmänna strafflagen²⁴, dvs. motsvarande den svenska brottsbalken. I strafflagens 49 kap. 2 § regleras ansvaret för brott mot industriell rättighet. Av bestämmelsen följer att den som gör intrång i t.ex. ett patent, varukännetecken eller mönsterrätt – om gärningen är ägnad att åsamka innehavaren av den kränkta rätten betydande ekonomisk skada – döms för brott mot industriell rättighet till böter eller fängelse i högst två år. Bestämmelsen innehåller inte något särskilt subjektivt rekvisit, dvs. krav på uppsåt eller oaktsamhet, vilket innebär att man faller tillbaka på strafflagens allmänna regel i 3 kap. 5 § andra stycket, som anger att om inte annat föreskrivs är en gärning straffbar endast när den begås

²⁰ Se 57 § patentloven (lovbekendtgørelse nr. 108 af 24. januar 2012); 42 § varemærkeloven (lovbekendtgørelse nr. 109 af 24. januar 2012) samt 36 § designloven (lovbekendtgørelse nr. 102 af 24. januar 2012). Se vidare Lindgreen m.fl., Patentloven med kommentarer s. 418 ff. om straffbestämmelsen i patentlagen samt Wallberg, Varemærkeret s. 312 ff., som behandlar den motsvarande straffbestämmelsen i den gamla danska varumärkeslagen.

²¹ Se vidare Schovsbo m.fl.; Immaterialret s. 792 ff.

²² Se 57 § lov om patenter (patentloven) (LOV-1967-12-15-9); 61 § lov om beskyttelse av varemerker (varemærkeloven) (LOV-2010-03-26-8) samt 44 § lov om beskyttelse av design (designloven) (LOV-2003-03-14-15). Det kan emellertid noteras att den straffrättsliga bestämmelsen i norska upphovsrättslagen är annorlunda utformad, se 54 § lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) (LOV-1961-05-12-2).

²³ Helset m.fl., Immaterialrett og produktetterlikning s. 695 och Stenvik, Patentrett s. 394 f.

²⁴ Strafflagen (19.12.1889/39).

uppsåtliga.²⁵ Möjligheten att utkräva straffrättsligt ansvar i Finland tycks följaktligen, på samma sätt som i Norge, innebära ett strängare krav i subjektivt avseende än vad som gäller Sverige och Danmark. Den allmänna straffbestämmelsen om brott mot industriell rättighet kompletteras med bestämmelser om förseelser i respektive immaterialrättslag. Exempelvis framgår av 57 § andra stycket i finska patentlagen²⁶ att den som uppsåtligen begår patentintrång ska, om inte gärningen ska bestraffas enligt 49 kap. 2 § strafflagen, dömas för patentförseelse till böter.²⁷ Även för dessa fall är således ansvaret begränsat till uppsåtligt intrång.

På det internationella planet kan slutligen noteras att TRIPS-avtalet²⁸ innehåller en miniregel om straffansvar i artikel 61. Av artikeln följer att medlemsstaterna ska ha regler om åtal och straffrättsligt ansvar för immaterialrättsliga intrång, i vart fall vid uppsåtliga fall av varumärkesförfalskning eller upphovsrättslig piratkopiering i kommersiell omfattning. Kravet på viss kommersiell omfattning förutsätter att intrånget har haft en betydande kommersiell effekt.²⁹ Detta innebär således en ytterligare kvalificering än att intrånget ska ha skett i näringsverksamhet samt innebär att medlemsstaterna inte är skyldiga att föreskriva straffansvar för enstaka intrång, även om dessa gjorts med vinstintresse. Av artikel 61 följer vidare att fängelse och/eller böter ska ingå i straffskalan samt att sanktionerna ska vara tillräckligt effektiva för att avskräcka från intrång. Kraven för de straffrättsliga sanktionerna är således generellt utformade. I övrigt lämnar TRIPS-avtalet det till medlemsstaterna att reglera förutsättningar för straffrättsligt ansvar vid intrång.

TRIPS-avtalets bestämmelser om straffansvar är följaktligen begränsad till två särskilda typer av intrång – uppsåtliga fall av varumärkesförfalskning eller upphovsrättslig piratkopiering i kommersiell omfattning. I litteraturen har man traditionellt skilt mellan varumärkesförfalskning (counterfeiting) och piratkopiering av upphovsrätt (piracy), vilket alltså återspeglas i begrepps-användningen i TRIPS-avtalet.³⁰ Begreppen har använts för att beskriva klara fall av immaterialrättsliga intrång, varigenom någon olovligen kopierar eller förfalskar annans verk, produkt eller varumärke för att ge sken av att det är fråga om en ”äkta” vara (originalprodukt). I begreppet ligger alltså att kopian ska tas för eller uppfattas som originalet eller härrörande från samma kommersiella ursprung.³¹ I TRIPS-avtalet definieras intrångstyperna i artikel 51 (fotnot 14), vari framhålls att varumärkesförfalskning innebär ”any goods, including packaging, bearing without authorization a trademark which is identical to the trademark validly registered in respect of such goods, or which cannot be distinguished in its essential aspects from such a trademark, and which thereby infringes the rights of the owner of the trademark in question ...”. Piratkopiering definieras som ”any goods which are copies made without the consent of the right holder or person duly authorized by the right holder in the country of production and which are made directly or

²⁵ Jämför 1 kap. 2 § brottsbalken.

²⁶ Patentlagen (15.12.1967/550).

²⁷ Motsvarande ansvarsregler för förseelser finns i 39 § finska varumärkeslagen (10.1.1964/7) och 35 § finska mönsterrättslagen (12.3.1971/221).

²⁸ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, bilaga 1C av Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 15 April 1994.

²⁹ Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* s. 492.

³⁰ Om begrepps-användningen, se Levin, *Vad är counterfeiting?*, NIR 1986/1 s. 33 ff.

³¹ Levin, *Vad är counterfeiting?*, NIR 1986/1 s. 46 f.

indirectly from an article where the making of that copy would have constituted an infringement of a copyright or a related right ...”. Medlemsstaterna är fria att föreskriva om straffrättsliga sanktioner för andra typer av intrång, t.ex. patentintrång (en s.k. TRIPS-plus metod). Under förhandlingarna till TRIPS-avtalet hade vissa delegationer argumenterat för att samtliga immateriella rättigheter skulle behandlas på samma sätt med avseende på straffrättsliga sanktioner.³² Enighet kunde emellertid endast nås avseende varumärkesförfalskning och piratkopiering.

Av TRIPS-avtalet följer således en skyldighet att tillhandahålla i vart fall grundläggande straffansvarsregler för att beivra varumärkesförfalskningar och piratkopiering. Mot bakgrund av att svensk rätt föreskriver straffansvar för samtliga immaterialrätter framstår det som att vi uppfyller dessa skyldigheter. Det kan emellertid diskuteras om den faktiska tillämpningen av ansvarsreglerna i alla avseenden uppfyller Sveriges åtagande enligt TRIPS-avtalet, särskilt med beaktande av de stränga åtalsprövningsregler som följer av svensk rätt. Innan åtalsprövningsreglerna behandlas ska emellertid de allmänna straffreglerna för intrång diskuteras.

Intrång som objektiv förutsättning för straffansvar

En grundläggande förutsättning för att straffrättsligt ansvar ska komma ifråga vid ett immaterialrättsintrång är att straffstadgandets objektiva förutsättningar för ansvar är uppfyllda. Som objektiva rekvisit räknas de brottsförutsättningar som uppställs i brottsbeskrivning för att brottet ska föreligga. Rekvisten för den otillåtna gärningen i de immaterialrättsliga straffbestämmelserna är att någon gör intrång i ensamrätten, dvs. att ett intrång i objektiv mening förekommer.³³ I artikeln diskuteras inte i någon närmare utsträckning vilka förutsättningar som krävs för att ett intrång i de industriella rättsskydden ska anses föreligga. Det finns en mängd annan litteratur som behandlar intrångsförutsättningarna.³⁴

Därmed är inte sagt att det alltid är en okomplicerad operation att fastställa om ett intrång föreligger i objektiv mening. Det gäller givetvis med undantag för uppenbara fall av piratkopiering och varumärkesförfalskningar. Den konkreta avvägningen av skyddsomfånget för en ensamrätt kan vara mycket invecklad. Att bedöma huruvida en viss produkt eller visst förfarande omfattas av patentkraven för ett registrerat patent förutsätter regelmässigt att teknisk expertis anlitas.³⁵ Att rådfråga en teknisk expert är emellertid inte någon garanti för att man härigenom med säkerhet kan uttala sig om utgången av en eventuell senare intrångsprocess. I förslaget till ny patentlag framhålls att parter som verkar på samma marknad lätt kan hamna i konfliktsituationer, eftersom

³² Se Correa, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement s. 449.

³³ Berggren m.fl., Brottsbalken (Zeteo, 1 januari 2015), kommentaren till 1 kap. 4 §.

³⁴ För en mer grundläggande genomgång, se framförallt Bernitz m.fl., Immaterialrätt och Levin, Lärobok i immaterialrätt.

³⁵ Se Westlander, Patent: allmänna domstolars praxis åren 1983-1991 s. 160. Om patentkravstolkning och frågan om ekvivalens, se t.ex. NJA 2000 s. 497 och Domeij, The Swedish Doctrine of Equivalence.

avgränsningen mellan deras respektive uppfinnings skyddsomfång kan vara svår att göra.³⁶ Även bedömningar av varumärkesintrång kan inbegripa komplicerade avvägningar av ett flertal faktorer, t.ex. varumärkets egenskaper, användningen av varumärket och marknadsförhållanden.³⁷ Därutöver kan varumärkets skyddsomfång variera över tid, på grund av att användningen ökar eller minskar.³⁸

Svårigheterna som kan vara förenade med att avgöra om ett intrång föreligger har inte någon betydelse för om straffstadgandenas objektiva förutsättningar är uppfyllda eller inte. Antigen förekommer ett intrång, eller så gör det inte det. Däremot kan komplexiteten ha betydelse för bedömningen av om de subjektiva ansvarsförutsättningarna är uppfyllda.

Uppsåt eller grov oaktsamhet som subjektiv förutsättning för straffansvar

Uppsåtliga intrång

Utöver det objektiva rekviritet om att ett intrång ska ha skett, förutsätter straffansvarsreglerna täckning av subjektiva rekvirit – att intrånget gjorts med uppsåt eller av grov oaktsamhet.³⁹ Beträffande kravet på uppsåt är det den allmänna straffrättens uppsåtsbegrepp som avses.⁴⁰ I svensk lagstiftning finns emellertid inte någon övergripande definition av uppsåtsbegreppet. Begreppets innebörd och närmare avgränsning har istället preciserats i rättspraxis och doktrin.⁴¹

I den allmänna straffrätten skiljer man mellan direkt uppsåt, indirekt uppsåt och likgiltighetsuppsåt.⁴² För att *direkt* uppsåt ska föreligga krävs kännedom om sakförhållandena samt

³⁶ SOU 2015:41 s. 202. I sammanhanget påpekas också att det kan finnas ett intresse i att kunna utnyttja närliggande uppfinningar utan att riskera åtal.

³⁷ Se exempelvis Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (kodifierad version). I skäl 11 till direktivet framhålls att risken för förväxling ska bedömas mot bakgrund av flera faktorer, men särskilt i hur hög grad märket är känt på marknaden, den association som det använda eller registrerade märket framkallar, graden av likhet mellan märket och tecknet samt mellan de ifrågasvarande varorna eller tjänsterna. Det ska således göras en helhetsbedömning med hänsyn till samtliga relevanta fakta i det enskilda fallet.

³⁸ Se t.ex. EU-domstolens mål C-251/95 (Sabel), punkt 24; mål C-342/97 (Lloyd), punkt 20 och Wessman, Varumärkeskonflikter s. 349 ff. och 386 f.

³⁹ Det finns i den här artikeln inte utrymme att diskutera beviskraven för att uppsåt eller grov oaktsamhet ska anses styrkt. Se istället exempelvis Stockholms tingsrätts dom den 12 november 2014 i mål B 6299-14 (varumärkesförfalskade cigaretter), där det görs en noggrann genomgång av beviskravet och vad som i målet ansågs vara styrkt.

⁴⁰ Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten (Zeteo, 1 januari 2008), kommentaren till 57 § patentlagen samt Nilsson & Holtz, Patentlagen s. 254.

⁴¹ Se t.ex. NJA 2004 s. 176. I domskälen framhåller Högsta domstolen att det inte finns någon enighet om hur uppsåtsbegreppet lämpligen bör beskrivas eller organiseras, även om de olika formuleringar som brukar användas i allmänhet torde leda till samma eller likartade resultat i den praktiska tillämpningen.

⁴² Se t.ex. Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 310 ff. och Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 55 ff. Jfr emellertid uppsåtsbegreppet i Asp m.fl., Kriminalrättens grunder s. 321 ff., som delar upp begreppet i avsiktsuppsåt (tidigare

en viss viljeriktning.⁴³ Direkt uppsåt kan exempelvis förekomma om gärningsmannen haft avsikt att åstadkomma effekten antingen som ett mål i sig eller som ett genomgångsled till ett mål.

För immaterialrättsliga förhållanden skulle således krävas att intrångshandlingen görs med vetskap om att det finns en ensamrätt som tillkommer annan samt att intrångsgöraren är medveten om att den egna handlingen ligger inom ramen för ensamrätten. I förarbetena till den numera upphävda 1960 års varumärkeslag åskådliggörs detta med att uppsåt i typiska fall föreligger endast om intrångsgöraren beträffande samtliga moment haft klart för sig att förfarandet varit otillåtet.⁴⁴ Som exempel nämns att någon märker sina varor med vetskap om att dessa gör intrång i annans ensamrätt samt att intrångsgöraren vetat att det andra märket med ensamrätt tillkommer annan person.⁴⁵

Med *indirekt* uppsåt avses avsikt som är en biprodukt till vad gärningsmannen åsyftar.⁴⁶ Man kan även tala om indirekt uppsåt till en effekt, om gärningsmannen inser eller är övertygad om att denna effekt kommer att inträda som en följd av handlingen eller har uppfattat effekten som praktiskt taget oundviklig.⁴⁷ Effekten är emellertid inte åsyftad, vare sig som slutligt mål eller som genomgångsled, utan utgör en nödvändig biverkan. Ett indirekt uppsåt skulle således eventuellt kunna aktualiseras när immaterialrättsintrånget utgör en nödvändig bieffekt till en annan handling, exempelvis ett bedrägeri.

Likgiltighetsuppsåt är ett uttryck för uppsåtets nedre gräns. Uppsåt av detta slag föreligger när gärningsmannen insett risken för att en viss omständighet föreligger samt att denne varit likgiltig till förverkligandet av förekomsten av omständigheten.⁴⁸ Det krävs därför likgiltighet inte endast till risken, utan också till förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten.⁴⁹ Det ska följaktligen visas att intrångsgöraren vid intrångstillfället varit likgiltig i förhållande till om handlingen utgjorde ett intrång eller inte, dvs. att förekomsten av ett intrång inte utgjorde ett för intrångsgöraren relevant skäl för att avstå från handlingen.⁵⁰ Risktagandet från intrångsgörarens

direkt uppsåt), insiktsuppsåt (tidigare indirekt uppsåt) och likgiltighetsuppsåt. Samma uppdelning görs av Borgeke, Likgiltighetsuppsåtet i teori och praktik, SvJT 2015 s. 384 f.

⁴³ Berggren m.fl., Brottsbalken (Zeteo, 1 januari 2015) kommentaren till 1 kap. 2 §.

⁴⁴ SOU 1958:10 s. 329 f. och prop. 1960:167, s. 176. Bestämmelsen i 37 § i 1960 års varumärkeslag har överförs oförändrad till nuvarande 8 kap. 1 §, se prop. 2009/10:225 s. 473.

⁴⁵ SOU 1958:10 s. 329 f. och prop. 1960:167, s. 176. Jämför även RH 1995:128 (KRISJ-jackor), om att uppsåtligt intrång i en upphovsrätt torde förutsätta inte bara att gärningsmannen har kännedom om att han efterbildar annans plagg, utan också att han äger insikt om att plagget i fråga är originellt och självständigt skapat med en individuell och konstnärlig formgivning, dvs. med insikt om att plagget besitter de egenskaper som innebär att efterbildning är otillåten.

⁴⁶ Berggren m.fl., Brottsbalken (Zeteo, 1 januari 2015) kommentaren till 1 kap. 2 §.

⁴⁷ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 57.

⁴⁸ Se t.ex. NJA 2004 s. 176.

⁴⁹ Jfr NJA 2004 s. 519 där likgiltighetsuppsåt förelåg i förhållande till kravet på åsidosättande av bokföringsskyldighet enligt 11 kap. 5 § brottsbalken. Enligt Högsta domstolen stod det klart att förekomsten av bokföringsskyldighet vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att uppfylla densamma. Gärningsmannens befanns ha insett att det förelåg en risk för att den bedrivna verksamheten omfattades av bokföringsskyldighet.

⁵⁰ Eftersom gärningsmannens inställning vid gärningstillfället är avgörande, kan en serie av intrångsgörande handlingar behandlas olika i subjektivt hänseende. Att t.ex. importera, lagerföra och sälja intrångsgörande varor är självständiga handlingar som kan bedömas var för sig. Jämför t.ex. Stockholms tingsrätt, dom 3 april 2012 i mål B

sida ska således ha varit medvetet. Likgiltighetsuppsåt kan aktualiseras om intrångsgöraren varit osäker på om det aktuella förfarandet omfattades av patentkraven, men att förekomsten av ett intrång ändå inte utgjorde ett skäl för att avstå från handlingen.⁵¹

Liggiltighetsuppsåtet kan sägas ha ersatt det som tidigare kallades det eventuella uppsåtet.⁵² Eventuellt uppsåt ansågs föreligga om gärningsmannen ansett det möjligt att gärningen skulle uppfylla brottsrekvisitetet ifråga och måste antas ha begått gärningen även om denne varit viss om detta.⁵³ Det eventuella uppsåtet förutsatte således ett hypotetiskt prov (om hur gärningsmannen eventuellt skulle ha agerat om denne haft insikt), något som under åren utsattes för omfattande kritik.⁵⁴

I förarbetena till 1960 års varumärkeslag pekades det eventuella uppsåtet ut särskilt. Det framhålls att straffansvaret även kunde aktualiseras när eventuellt uppsåt förelåg – i situationer när intrångsgöraren möjligen inte klart vetat hur det förhållit sig med ensamrätten, men omständigheterna var sådana att denne uppenbarligen inte skulle ha avhållit sig från intrång även med full klarhet i det hänseendet.⁵⁵ Bedömningen inbegrep följaktligen ett hypotetiskt prov om hur intrångsgöraren skulle ha agerat med insikt om att handlingen utgjorde ett intrång. Eftersom det eventuella uppsåtet numera inte anses lämpligt för att fastställa den nedre gränsen för uppsåt, får hänvisningarna i förarbetena idag förstås som att det är likgiltighetsuppsåtet som avses. Ett intrång förutsätter alltså att intrångsgöraren varit likgiltig inför förekomsten av ett intrång.

En förutsättning för att straffrättsligt ansvar ska komma i fråga är att det råder huvudsaklig kongruens mellan det subjektiva rekvisitetet och de objektiva rekvisiten för den otillåtna gärningen.⁵⁶ Detta ger uttryck för den s.k. täckningsprincipen, vilken innebär att gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet vid tidpunkten för gärningen ska täcka sakförhållandena bakom de brottsrekvisit som ställts upp för den aktuella gärningen.⁵⁷ Intrångsgörarens uppsåt ska således täcka intrångshandlingen som sådan.

8020-11 (Björn Borg II), som behandlas nedan i avsnitt **Error! Reference source not found.** I målet ansågs det, beträffande en av flera gärningsmän, inte styrkt att gärningsmannen förstått att det var fråga om varumärkesförfalskade varor vid inköpstillfället av varorna, men där likväl likgiltighetsuppsåt till intrång ansågs föreligga när varorna sedermera vidareförsålles. Mot bakgrund av senare inträffade omständigheter var det visat att intrångsgöraren måste ha förstått att det fanns en risk för att varorna utgjorde plagiat, men att han förhållit sig likgiltig till riskens förverkligande.

⁵¹ I ett avgörande från Stockholms tingsrätt har påpekats att en insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet för att risken skulle förverkligas normalt är tillräckligt för att gärningsmannen ska anses ha varit likgiltig på ett sådan sätt att uppsåt är bevisat, se Stockholms tingsrätt, dom den 12 november 2014 i mål B 6299-14 (varumärkesförfalskade cigaretter).

⁵² Se framförallt NJA 2004 s. 176.

⁵³ Berggren m.fl., Brottsbalken (Zeteo, 1 januari 2015) kommentaren till 1 kap. 2 § under rubriken Begreppet uppsåt.

⁵⁴ Se t.ex. NJA 2004 s. 176 och Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 315 ff. med vidare hänvisningar till annan rättspraxis och litteratur i vilken diskuteras eventuellt uppsåt kontra likgiltighetsuppsåt.

⁵⁵ SOU 1958:10 s. 330.

⁵⁶ Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 36.

⁵⁷ Berggren m.fl., Brottsbalken (Zeteo, 1 januari 2015) kommentaren till 1 kap. 2 §. Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 334

Detta innebär att intrångsgöraren måste ha insikt dels om förekomsten av en ensamrätt som tillkommer annan, dels om att den egna handlingen omfattas av denna ensamrätt. I patentlagens förarbeten beskrivs kravet på uppsåt som att den som begått intrång måste haft vetskap om patentet, att detta tillhörde annan, att de av intrångsgöraren vidtagna åtgärderna faller inom patentets skyddsområde samt slutligen att tillstånd till nyttjandet av uppfinningen saknas.⁵⁸ Det betyder inte att intrångsgöraren därmed också måste förstå att handlingen är otillåten som sådan, utan det räcker att gärningsmannen förstår att denne gör något visst (vilket är otillåtet).⁵⁹

Kravet på subjektiv täckning av de objektiva rekvisiten kan föra med sig bedömningsvårigheter i fall där intrångsbedömningen inte är given. Som påpekats ovan är prövningen av om en viss användning faller inom ett patents skyddsomfång inte sällan komplicerad. Rättsläget är inte helt klart om vad som gäller i subjektivt hänseende om förhållandet mellan det subjektiva rekvisitet och rättighetens skyddsomfång. I nyss nämnda patentlagsförarbeten förutsätts att intrångsgöraren haft vetskap om att de vidtagna åtgärderna faller inom patentets skyddsomfång. I propositionen till patentlagen framhålls vidare att straffansvar i regel endast aktualiseras i grövre och mer uppenbara fall samt att de mest komplicerade målen i allmänhet torde handläggas som civila patentprocesser.⁶⁰ För varumärkesrättsliga förhållanden anges i förarbetena att straff framstår som en olämplig påföljd när frågan om intrånget berott på svårbedömda faktorer som graden av inarbetning eller av förväxlingsbarhet.⁶¹

Förarbetena till patentlagen och varumärkeslagen får förstås som att svårigheter att bedöma skyddsomfånget för rättigheten kan innebära att uppsåtligt intrång inte föreligger.⁶² Det subjektiva rekvisitet tycks alltså förutsätta vetskap om att de av intrångsgöraren vidtagna åtgärderna omfattas av ensamrätten. Felbedömningar av rättighetens skyddsomfång skulle därmed kunna utesluta ansvar för uppsåtligt intrång. Kravet på subjektiv täckning av de objektiva intrångsförutsättningarna bör fordra att intrångsgöraren i vart fall insett att det funnits en verklig risk för att intrång föreligger, men att denne – ställd inför denna risk – varit likgiltig till om intrång förekommer eller inte.⁶³ Utrymmet för att fastställa att uppsåtligt intrång föreligger framstår följaktligen som begränsade till situationer när intrångsgöraren insett att det funnits en ensamrätt samt att det är tämligen enkelt att avgöra att de ifrågavarande handlingarna faller inom skyddsomfånget.⁶⁴

⁵⁸ NU 1963:3 s. 332.

⁵⁹ Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 36. Se även Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 69 om *villfarelse* och att det för subjektiv täckning räcker att gärningsmannens uppfattning om de faktiska förhållandena är sådan att den utgör underlag för en rubricering under brottsbeskrivningens uttryck, dvs. att ensamrätten tillkommer annan (intrång).

⁶⁰ Prop. 1966:40 s. 205 f. Jfr även prop. 1969:168 s. 235 avseende mönsterrättsliga förhållanden, där det betonas att straffhot främst har preventiv verkan när det gäller att avhålla från uppsåtliga intrång i mönsterrätt.

⁶¹ Prop. 1960:167 s. 176 och SOU 1958:10 s. 330.

⁶² Som redan nämnts är rättsläget emellertid inte helt klarlagt. Se även Stenvik, Patentrett s. 395 f. som med hänvisning till de norska förarbetena framhåller att en felaktig bedömning av skyddsomfånget sannolikt är att betrakta som en faktisk villfarelse och således inte som en rättsvillfarelse, även om frågan anges vara diskutabel.

⁶³ Se även Westlander, Patent: allmänna domstolars praxis åren 1983-1991 s. 160.

⁶⁴ Se Westlander, Patent: allmänna domstolars praxis åren 1983-1991 s. 161 som uttrycker det som att de klart illojala fallen som föranleder straffansvar främst är de fall då intrångsföremålet så klart faller in under patentets skyddsomfång att intrångsgörarens påstående om motsatsen inte förtjänar tilltro.

Det finns emellertid exempel från rättspraxis i vilka den varumärkesrättsliga straffbestämmelsen tillämpats – trots att intrångsbedömningen inte varit given på förhand. Det gäller två sammanhängande mål där domstolen nödgats genomföra en sedvanlig prövning av om förväxlingsrisk förelåg för att avgöra om de objektiva förutsättningarna för straffansvar var uppfyllda.⁶⁵ Omständigheterna i målen är säregna, eftersom intrångsgöraren tidigare hade haft ett avtalsförhållande med varumärkeshavaren om marknadsföring och försäljning av de aktuella produkterna (rengöringsmedel). Avtalsförhållandet hade emellertid upphört, varefter säljaren istället börjat importera och sälja ett rengöringsmedel från en annan leverantör. Problemet var att förpackningarna för de nya produkterna hade utformats på ett väldigt snarlikt sätt som rengöringsmedlet som tidigare hade marknadsförts. Till saken hör också att försäljningen av de nya produkterna tidigare hade varit föremål för marknadsdomstolens prövning i MD 2004:15, där domstolen konstaterade att en av de nya produkterna utgjorde en vilseledande efterbildning.⁶⁶ Försäljningen fortsatte emellertid, varvid intrångsgöraren successivt gjorde små förändringar i förpackningarnas utformning, i ett försök att distansera sig från de tidigare produkterna. Trots dessa försök att distansera sig förefaller produkterna varit tämligen lika, mot bakgrund av att åklagaren sedermera väckte åtal om varumärkesintrång i två separata mål.

I det första målet prövades om intrångsgörarens etikett var förväxlingsbar med varumärkeshavarens registrerade varumärke (utformningen av en etikett).⁶⁷ Etiketterna hade samma gröna bottenfärg, men det skilde sig något i hur texten på etiketten presenterades samt att texten i sig hade skild innebörd. Domstolen framhöll att det var fråga om identiskt produktslag, med samma omsättningskrets och avsättningsform. Med beaktande av helhetsintrycket av etiketterna och konsumenternas bleknande minnesbild, ansågs skillnaderna i etiketternas detaljer ha en begränsad betydelse. Följaktligen förelåg förväxlingsrisk enligt domstolen. Intrånget bedömdes ha gjorts uppsåtligt, eftersom intrångsgöraren enligt hovrätten eftersträvat att produkterna skulle uppfattas som identiska med dem som han tidigare sålt.⁶⁸

Det andra målet avsåg andra försäljningstillfällen samt i vissa avseende burkar med en något annorlunda etikett.⁶⁹ Även i detta mål gjordes en förväxlingsbedömning av domstolen, varvid utformningen av vissa av burkarna ansågs utgöra intrång. Dessa två mål får emellertid betraktas som undantagsfall avseende uppsåtligt intrång, varigenom domstolarna tvingats till en mer utvecklad bedömning av om handlingen faller inom ensamrättens skyddsomfång.

⁶⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 1 oktober 2009 i mål B 3156-08 (Original I) och Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 8 november 2011 i mål B 313-11 (Original II).

⁶⁶ Det förekommer ytterligare domar, varigenom säljaren ansågs ha brutit mot marknadsdomstolens vitesförbud och därför ålagts att utge vite och skadestånd.

⁶⁷ Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 1 oktober 2009 i mål B 3156-08 (Original I).

⁶⁸ Påföljden bestämdes till 80 dagsböter.

⁶⁹ Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 8 november 2011 i mål B 313-11 (Original II).

Mot bakgrund av uppsåtskravets innebörd förefaller straffansvarsgrunden istället främst ha betydelse vid renodlad piratkopiering eller förfälskningar, dvs. klart illojala fall.⁷⁰ Det kan även tänkas att ett straffansvar för uppsåtligt intrång aktualiseras om intrångsgöraren erhållit ett varningsbrev, men trots detta inte upphör med intrångshandlingen.⁷¹ I en situation av detta slag måste emellertid beaktas att straffansvar för uppsåtligt intrång förutsätter vetskap om såväl ensamrätten, som att den egna handlingen omfattas av ensamrätten. Ett intrång bör alltså inte per automatik bli uppsåtligt efter att intrångsgöraren mottagit ett varningsbrev, om det fortfarande råder osäkerhet om handlingen faller inom skyddsomfånget – låt vara att man i dessa situationer kan hamna i diskussioner om i vilken utsträckning intrångsgöraren varit likgiltig inför förekomsten av ett intrång (dvs. likgiltighetsuppsåt).

Kravet på uppsåt fångar inte heller upp situationen att en intrångsgörare medvetet låter bli att undersöka om det finns någon eventuell ensamrätt som står i vägen för exploatering av produkten, dvs. att intrångsgöraren medvetet håller sig okunnig.⁷² Denna synpunkt är ett av skälen till att lagstiftaren vid revisionen av sanktionsreglerna år 1994 valde att utvidga det straffrättsliga ansvaret till att även omfatta ansvar vid grov oaktsamhet.⁷³ I förarbetena påpekades att förhållandet att man medvetet håller sig okunnig om hur saker och ting förhåller sig, dvs. avseende annans immaterialrätt, framstod som lika straffvärt som om uppsåt hade förelegat.⁷⁴

Grov oaktsamma intrång

Det finns inte någon allmän straffrättsligt kvalificerad norm om vad som ska anses utgöra grov oaktsamhet. Istället blir det en bedömningsfråga av de enskilda brotten, för att avgöra om intrångsgöraren agerat grovt med avseende på hur en förnuftig och hänsynsfull person av samma kategori skulle antas ha handlat.⁷⁵ I grunden handlar det alltså om en avvikelse från en aktsam handlingsnorm, där den önskvärda aktsamhetsstandarderna beror på det aktuella straffstadgandet.⁷⁶

⁷⁰ Se även Westlander Patent: allmänna domstolars praxis åren 1983-1991 s. 160. Jämför även Hellberg, Skadestånd vid patentintrång s. 74 om kravet på uppsåt vid bedömningen av rätt till ersättning för patentintrång enligt 58 § patentlagen. Hellberg framhåller att uppsåtliga intrång med full insikt kan komma ifråga först när intrångsgörarens vetskap om intrånget framstår som påfallande tydligt, t.ex. vid ren piratkopiering av patentskyddade uppfinningar.

⁷¹ Om varningsbrev, se Bengtsson & Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång s. 72 ff.

⁷² Prop. 1993/94:122 s. 54.

⁷³ Se prop. 1993/94:122 s. 54.

⁷⁴ Prop. 1993/94:122 s. 54.

⁷⁵ För vissa brott förklaras i lagtexten vad som där menas med oaktsamhet. Se t.ex. 1 § lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott, där oaktsamhet/vårdslöshet vid förandet av motorfordon beskrivs såsom att man i väsentlig mån brister i den omsorg och varsamhet som till förekommande av trafikolycka betingas av omständigheterna. Straffansvaret förutsätter att föraren gjort sig skyldig till ett medvetet risktagande eller annan allvarlig oaktsamhet, se prop. 1994/95:23 s. 60. I bestämmelsens andra stycke föreskrivs ansvar för grov vårdslöshet i trafik för den som gör sig skyldig till grov oaktsamhet eller visar uppenbar likgiltighet för andra människors liv eller egendom. Kvalificeringen av gärningen såsom grovt oaktsam förutsätter således ett medvetet risktagande och uppenbar likgiltighet för andras liv eller egendom.

⁷⁶ Jämför 3 kap. 7 § i finska strafflagen (19.12.1889/39) som innehåller en allmän bestämmelse om vad bl.a. grov oaktsamhet innefattar. Bestämmelsen stadgar följande: ”Frågan om oaktsamheten skall anses vara grov (*grov oaktsamhet*) avgörs utifrån en helhetsbedömning. Vid bedömningen skall beaktas hur betydande den åsidosatta aktsamhetsplikten är, hur viktiga de äventyrade intressena och hur sannolik kränkningen är, hur medveten

För att straffansvar för immaterialrättsintrång ska komma ifråga, vid sidan av uppsåtliga intrång, krävs alltså att intrångsgöraren är grovt oaktsam i förhållande till förekomsten av ett intrång.⁷⁷ I förarbetena till 1994 års revision av sanktionsreglerna finns viss ledning för hur kravet på grov oaktsamhet ska förstås. Som ett exempel anförs att omständigheterna i samband med att intrångsgöraren tar emot varor till försäljning kan vara sådana att denne rimligen måste misstänka att det rör sig om olovligen framställda varor, t.ex. på grund av att priset är osedvanligt lågt eller att kvaliteten är undermålig.⁷⁸ Grov oaktsamhet kan anses föreligga om mottagaren då inte vidtar någon åtgärd och därigenom håller sig okunnig om de rätta förhållandena, trots misstanken. På motsvarande sätt kan grov oaktsamhet föreligga om den källa varifrån produkterna kommer är sådan att det är motiverat att undersöka om produkterna är lovligt framställda, men att mottagaren underlåter att ta reda på hur det verkligen förhåller sig.⁷⁹

Enligt förarbetsuttalandena följer alltså någon form av aktivitetskyldighet, om omständigheterna är sådana att misstanke om intrång bör föreligga. I annat fall kan intrånget anses vara grovt oaktsamt. Sammanhanget för uttalandena i förarbetena tycks förutsätta att det är fråga om piratkopior eller andra uppenbara intrång.⁸⁰ Omständigheterna som lyfts fram som relevanta hänför sig nämligen till misstankar om ursprunget, priset eller kvaliteten etc. Skrivningarna utgår alltså närmast utifrån en typsituation, varigenom intrångsgöraren köper in varor, men underlåter att kontrollera ursprunget trots omständigheter som bort föränleda misstankar. En möjlig förklaring till uttalandena är att de tar sikte på de svårigheter som kan finnas med att bevisa uppsåt i situationer när intrångsgöraren inte själv tillverkat varorna, utan köpt in dessa från en annan källa.⁸¹

Som diskuterats ovan förefaller straffansvaret för uppsåtliga intrång främst ha bäring på klara fall av intrång, dvs. främst piratkopiering och varumärkesförfalskningar. Mot bakgrund av skrivningarna i förarbetena framstår det som att avsikten med straffansvar redan vid grov oaktsamhet och är begränsat till intrång av dessa slag. I förarbetena diskuteras nämligen i huvudsak endast eventuella mellanhanders handhavande med sådana varor – alltså vilken grad av undersökningskyldighet som kan anses föreligga. Straffansvarets gräns med avseende på grov oaktsamhet tycks alltså främst ha betydelse för vilken undersökningsplikt som kan anses finnas i fråga om varor som köps in från annan.⁸² Av vad som framgår förutsätter undersökningsplikten, vid bedömningen av om intrånget är grovt oaktsamt, att det finns omständigheter som gör att intrångsgöraren borde ha blivit misstänksam. Att underlåta att göra undersökningar eller kontroller när misstanke om att varorna är olovligt framställda kan utgöra omedveten culpa, på sätt att

gärningsmannen är om att han eller hon tar en risk samt övriga omständigheter som har samband med gärningen och gärningsmannen.”

⁷⁷ Det förutsätts emellertid inte att intrångsgöraren är likgiltig i förhållande till riskens inträdande, dvs. att intrång faktiskt är för handen, eftersom det då är fråga om ett uppsåtligt intrång genom likgiltighetsuppsåt.

⁷⁸ Prop. 1993/94:122 s. 54. Se även prop. 1981/82:152 s. 17.

⁷⁹ Prop. 1993/94:122 s. 54

⁸⁰ Se även prop. 1981/82:152 s. 16, som behandlar upphovsrättens straffansvar.

⁸¹ Jfr även DS 1993:24 s. 49 om att utvidgningen av det straffrättsliga ansvaret till att omfatta även grovt oaktsamt handlande torde få sin största betydelse när det gäller distribution av produkter som någon fått in till försäljning.

⁸² Se t.ex. prop. 1981/82:152 s. 16.

intrångsgöraren inte insett att ett intrång var på väg att begås, men att man anser att denne borde ha förstått att så var fallet.⁸³

Risken för att begå intrång av grov oaktsamhet ska följaktligen bedömas i förhållande till den rättighetsklarering som är nödvändig innan användningen av t.ex. en ny teknologi eller varumärke påbörjas på marknaden. Av förarbetena framgår inget om vilken generell skyldighet som kan finnas att hålla sig underrättad om eventuella registrerade rättigheter, exempelvis när man lanserar en ny produkt. En snarlik handlingsnorm finns emellertid vid bedömningar av vilken ersättning som kan utgå till följd av ett intrång. Ersättning för skada, som går utöver rätten till skälig ersättning för utnyttjandet av immaterialrätten, förutsätter att intrånget har gjorts uppsåtligt eller av oaktsamhet, dvs. ett aktsamhetskrav av normalgraden.⁸⁴ Enligt vad som framgår av rättspraxis och litteraturen anses det i normala fall vara oaktsamt att inte respektera en registrerad rättighet.⁸⁵ En sökning i respektive register bör resultera att i vart fall identiska uppfinningar, kännetecken eller mönster identifieras.

I doktrinen har framhållits att felbedömningar av rättskyddets omfång normalt inte är något som friar från ersättningsansvar.⁸⁶ Eventuella svårigheter att bedöma om en handling faller inom skyddsomfånget ska alltså inte ha betydelse för frågan om intrångsgöraren agerat oaktsamt. Visserligen kan detta enligt min mening anses utgöra en rimlig utgångspunkt, men det är tveksamt om oaktsamhetsnormen kan dras så långt att alla missbedömningar beträffande risken för intrång därmed anses oaktsamma. I sådant fall uppstår ingen skillnad mellan intrång som gjorts i god tro och oaktsamma intrång. Det måste finnas utrymme för att intrång i en registrerad ensamrätt kan ha skett i god tro, särskilt när bedömningen av skyddsomfånget av den äldre rättigheten inte framstår som helt klar.⁸⁷

Även aktsamhetsstandarden av normalgraden förutsätter någon grad av aktivitetsplikt i form av rättighetsklarering innan man för ut en produkt på marknaden. En ytterligare jämförelse kan göras med NJA 1995 s. 164 (stickad tunika), där Högsta domstolen framhöll att oaktsamhet i enlighet med den upphovsrättsliga ersättningsbestämmelsen kan anses föreligga om en aktör inte iakttar normal branschmedvetenhet.⁸⁸ I domskälen exemplifieras detta med att en aktsam detaljhandlare i klädbranschen normalt med uppmärksamhet antas följa den presentation av mode och trender som

⁸³ Berggren m.fl., Brottsbalken (Zeteo, 1 januari 2015) kommentaren till 1 kap. 2 §. Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 320 f. Omedveten culpa brukar åtskiljas från *medveten oaktsambet*, varmed avses att gärningsmannen insett möjligheten av omständighetens förekomst, men så att säga tagit risken ändå, se Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 63.

⁸⁴ Se 58 § patentlagen, 8 kap. 4 § varumärkeslagen samt 36 § mönsterskyddslagen. Ersättningsbestämmelsen i patentlagen behandlas utförligt i Hellberg, Skadestånd vid patentintrång.

⁸⁵ Se till exempel NJA 1988 s 543 (Levi Strauss), NJA 2008 s. 1082 (North Face), Bernitz m.fl., Immaterialrätt s. 429; Levin, Lärobok i immaterialrätt s. 568 och Pehrson, Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång s. 461 ff.

⁸⁶ Levin, Lärobok i immaterialrätt s. 568 och Stuevold Lassen & Stenvik, Kjennetegnrett s. 447.

⁸⁷ Se även Levin, Noveller i varumärkesrätt s. 190.

⁸⁸ Det ska emellertid noteras att upphovsrätten är ett efterbildningsskydd, till skillnad från det industriella prioritetsskyddet (med undantag för det EU-rättsliga oregistrerade formskyddet). För att upphovsrättsligt intrång ska föreligga krävs således att det visas att efterbildning skett, se t.ex. NJA 1994 s. 74 (smultron).

sker i modetidskrifter och andra branschpublikationer – således att man aktivt håller sig fortlöpande informerad.⁸⁹

Det ska emellertid noteras att det med avseende på det straffrättsliga ansvaret för grovt oaktsamma intrång i förarbetena till upphovsrättslagen framhålls att den omständigheten att även oaktsamt förfarande i viss utsträckning straffbelagts inte borde innebära att en i vanliga former verkande företagare ska behöva vidta alltför betungande kontrollåtgärder.⁹⁰ Det finns alltså en skiljelinje mellan den undersökningsskyldighet som relateras till möjligheten att utverka ersättning för oaktsamma intrång och den undersökningsskyldighet som relateras till det straffrättsliga ansvaret för grovt oaktsamma intrång. Straffansvaret för grovt oaktsamma intrång tycks förutsätta förekomsten av omständigheter som gör att intrångsgöraren borde ha blivit misstänksam, men att intrångsgöraren därvid underlåtit att göra några undersökningar.

Av vad som framgår förutsätter undersökningsplikten, i vart fall utifrån bedömningen av om intrånget är grovt oaktsamt, att det finns omständigheter som gör att mellanhanden borde ha blivit misstänksam. Att underlåta att göra undersökningar eller kontroller när misstanke om att varorna är olovligen framställda kan utgöra omedveten culpa, på sätt att intrångsgöraren inte insett att ett intrång var på väg att begås, men man anser att denne borde ha förstått att så var fallet. Förekommer inte sådana omständigheter tycks ansvaret vara begränsat till att utge ersättning för oaktsamt intrång, om en rättighetsklarering av normalgraden hade inneburit att den äldre rättigheten identifierats.

De mest komplicerade bedömningarna lär emellertid inte uppstå i situationer med regelrätta kopior, exempelvis att mellanhanden vidareförsäljer förfalskade varor såsom äkta designprodukter. Bedömningen av om grov oaktsamhet föreligger i dessa fall kommer framförallt att avse omständigheterna kring produkternas förvärvande och om det är något vid inköpet som borde föranleda misstankar om att varorna var olovligen framställda. Bedömningssvårigheter uppstår snarare när det kommer till att identifiera förekomsten av äldre rättigheter samt att avgöra om den egna handlingen ligger inom den äldre rättighetens skyddsomfång.

Det förefaller inte som att de straffrättsliga bestämmelserna är avsedda att tillämpas i situationer där det är komplicerat att bedöma rättighetens skyddsomfång och att avgöra om ett intrång förekommer. Som påståtts ovan måste det finnas utrymme för att intrång i en registrerad ensamrätt kan ha sett i god tro när bedömningen av skyddsomfånget inte framstår som helt klar. Det finns visserligen en handlingsnorm varigenom aktsamhet av normalgraden förutsätter att man genomför någon form av undersökning innan man för ut varor på marknaden. Men för att det straffrättsliga kravet på grov oaktsamhet ska vara uppfyllt måste det förekomma något utöver att intrångsgöraren underlåtit att göra en undersökning om eventuella hinder för användningen. Det är därför inte självklart att aktsamhetsnormen även inbegriper svårigheter att bedöma skyddsomfång.

⁸⁹ Se även RH 1998:89 (Röllakansmattor).

⁹⁰ Se prop. 1960:17 s. 288 och prop. 1981/82:152 s. 16.

I sammanhanget kan noteras att det i förarbetena till 1960 års varumärkeslag, när oaktsamhet i och för sig inte var straffbelagt, påpekas att straff framstår som en olämplig påföljd när frågan om intrånget berott på svårbedömda faktorer som graden av inarbetning och av förväxlingsbarhet.⁹¹ Bedömningssvårigheter avseende de objektiva förutsättningarna för straffansvar är uppfyllda bör ha betydelse för att avgöra om de subjektiva förutsättningarna (grov oaktsamhet) är för handen. Även om en normal grad av aktsamhet förutsätter att man i förväg undersöker och försöker identifiera identiska användningshinder, framstår det som alltför långtgående att dra slutsatsen att grov oaktsamhet förekommer i situationer när skyddsomfånget avseende t.ex. en patenträtt inte är helt givet, utan skulle förutsätta att intrångsgöraren anlitar teknisk expertis. Det bör krävas något mer av situationen, t.ex. att det finns omständigheter som tydligt indikerar att intrång föreligger.

Gärningsmannens identitet vid företagsrelaterade intrång

Det förekommer att intrång begås inom ramen för en näringsverksamhet. En juridisk person kan emellertid inte begå brott eller dömas till straff för ett immaterialrättsintrång. Straffsystemet förutsätter istället personlig skuld, vilket innebär att det för brott begångna inom ramen för en juridisk persons verksamhet handlar om att identifiera de fysiska personer som ska anses ha förövat brottet.⁹² Principerna för hur man ska fastställa gärningsmannens identitet vid företagsrelaterade brott är emellertid inte självklara.

Ett straffrättsligt ansvar för brott inom en näringsverksamhet tycks förutsätta att den ansvarige eller de ansvarande finns inom den juridiska personens ledning, dvs. att personen ifråga har möjlighet att påverka företagets förvaltning och drift.⁹³ Företagaransvaret bör alltså bäras av den person som haft bäst möjlighet att genom ledning, organisation och kontroll motverka lagöverträdelse inom verksamheten.⁹⁴ Det är emellertid inte fråga om ett principalansvar, eller ett övergripande ansvar, varigenom företagsledningen har ett allmänt straffansvar för underordnades brott i verksamheten.⁹⁵ Företagsledaren måste således straffas för en egen gärning som begåtts.⁹⁶ Det avgörande är om brottsbeskrivningen passar, och om allmänna krav på subjektiva rekvisit och personligt ansvar är uppfyllda.⁹⁷

⁹¹ Prop. 1960:167 s. 176 och SOU 1958:10 s. 330.

⁹² Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 147. Jag bortser här från möjligheten att ålägga en juridisk person att betala en företagsbot, se 1 kap 8 § och 36 kap. 7 § brottsbalken, såsom en särskild rättsverkan av brott. En företagsbot utgår således inte en påföljd för brott, utan är en annan typ av rättsföljd som grundar sig på brottet, se vidare NJA 2014 s. 139 (Företagsbot I–IV).

⁹³ Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 147.

⁹⁴ SOU 1997:127 s. 105.

⁹⁵ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 78.

⁹⁶ Jämför t.ex. det upphovsrättsliga målet vid Hovrätten för Västra Sverige, dom den 23 december 2011 i mål B 4278-10 (Slinky), som gällde frågan om ett upphovsrättsligt intrång i ett cirkusnummer som utförts av en anställd cirkusartist. Åtal hade väckts mot ägaren av cirkusen, tillika ensam styrelseledamot i bolaget, med påståendet att intrånget begåtts genom att denne *anordnat vissa cirkusföreställningar* under vilka numret framfördes. Åtalet ogillades emellertid eftersom det inte gick att slå fast att cirkusnumret i vilket intrång påståtts var upphovsrättsligt skyddat.

⁹⁷ Asp m.fl., Kriminalrättsens grunder s. 218.

Detta innebär att anställda i företaget också kan straffas för intrånget, om brottsbeskrivningen matchar deras handlingar. Det s.k. Brandwill-målet utgör ett exempel på detta.⁹⁸ Det var i målet fråga om ett omfattande varumärkesintrång, med flera företag inblandade. Företaget Brandwill importerade och sålde kläder till andra näringsidkare samt sålde kläder direkt till konsument genom två butiker som drevs genom två närstående bolag. Det rörde sig om ett flertal olika kända varumärken som hade kopierats. En av de tilltalade gjorde emellertid gällande att han inte kunde hållas straffrättsligt ansvarig för intrånget, eftersom han inte hade varit legal företrädare för huvudbolaget Brandwill (han var endast anställd) samt att han endast varit suppleant i de två närstående bolagen. Tingsrätten framhöll emellertid att gärningsmannen hade varit djup involverad i verksamheten och att det framkommit att han i praktiken ansvarade för olika delar av verksamheten. Han ansågs därför ha haft en sådan ställning i verksamheten att han var att betrakta som gärningsman, dvs. att han i princip hade fungerat som faktisk företrädare samt att han hade begått gärningarna gemensamt och i samförstånd med företagsledaren.

Om det är fråga om enstaka intrång är det inte självklart att företagsledningen har med brottet att göra, vilket innebär att man måste undersöka om vederbörande antingen är den aktive gärningsmannen eller främjaren.⁹⁹ Är det däremot fråga om ett omfattande intrång som pågått under en längre tid, kan man tänka sig att det blir lättare att påstå att företagsledaren på ett eller annat sätt tydliggjort att denne vill att verksamheten ska fortgå, även om denne inte är den som faktiskt utför den brottsliga gärningen.¹⁰⁰

Det skulle även vara möjligt att utkräva ett straffrättsligt intrångsansvar för ledningen, såsom ett grovt oaktsamt intrång, om ledningen underlåter att tillse att det genomförs tillräckliga kontroller av varornas ursprung.¹⁰¹ Man kan härvid jämföra med NJA 1985 s. 43, i vilket prövades om en företagsledare handlat grovt oaktsamt och därigenom föranlett att ett brott begåtts, nämligen att bolaget förfogat över gods i strid mot ett införselbud. Högsta domstolen pekade på att den verkställande direktören som åtalats var ansvarig för att företaget drevs och organiserades på ett sådant sätt att lagöverträdelser inte skedde i verksamheten. Därmed hade företagsledaren att sörja för att företaget hade tillfredsställande organisation och att underordnad personal var kompetent och tillräckligt instruerad för sina uppgifter samt att han hade en skyldighet att kontrollera att personalen fullgjorde sina uppgifter ordentligt. För att ansvar skulle kunna ådömas i det aktuella fallet krävdes att den verkställande direktören av grovt oaktsamhet hade åsidosatt sina skyldigheter såvitt avser organisation och ledning av tull och licensärenden eller att han av grovt oaktsamhet hade underlåtit att vidta åtgärder som varit påkallade ifråga om det i målet aktuella varupartiet.

⁹⁸ Stockholms tingsrätt dom den 16 januari 2015, i mål B 17726-11 (Brandwill). Målet är överklagat till Svea hovrätt.

⁹⁹ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 78. Jfr även det straffrättsliga intrångsmålet NJA 2014 s. 559 (SKF), där den tilltalade hade arbetat i och varit faktiskt företrädare för bolaget som bedrivit den intrångsgörande näringsverksamheten. SKF-målet diskuteras strax nedan.

¹⁰⁰ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 78.

¹⁰¹ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar s. 79. Underlåtenheten ska omfatta sådana handlingar som finns anledning att förvänta sig att den ansvarige skulle göra.

Mot bakgrund av Högsta domstolens avgörande kan argumenteras för att företagsledaren eller ledningen, angående risken för att begå intrång i annans immaterialrätt, behöver säkerställa en tillräckligt genomtänkt organisation för klarering av rättigheter och undersökningar av varornas ursprung. Personalen måste alltså ha tillräckliga instruktioner för att kunna genomföra erforderlig rättighetsklarering samt att det måste kontrolleras att dessa uppgifter verkligen följs. Om sådana rutiner finns på plats behöver enstaka misstag av enskilda befattningshavare, t.ex. pga. bristande noggrannhet vid bedömningen eller klareringen, inte innebära att företagsledaren därigenom brutit i ledningen av företaget på så sätt att det kan åläggas denne ett personligt straffansvar för eventuellt intrång. I NJA 1985 s. 43 ogillades åtalet av just dessa skäl.

Påföljder och påföljdsbestämning

Straffet som döms ut för ett brott ska bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan – efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde.¹⁰² Som redan nämnts är straffskalan för intrång på det industriella rättsskyddets område fastställd till böter eller fängelse i högst två år.¹⁰³ Av den allmänna regeln i 26 kap. 2 § brottsbalken följer att straffskalan sträcker sig upp till tre års fängelse, om fängelse döms ut som ett gemensamt straff för flera brott. Straffskalan kan sägas återspegla lagstiftarens syn på hur allvarlig brottstypen är i relation till andra brottstyper.¹⁰⁴

Genom 1994 års revision av straffbestämmelserna höjdes straffmaximum till två års fängelse, från att tidigare ha varit högst sex månaders fängelse.¹⁰⁵ Anledningen till höjningen var att lagstiftaren ville ge domstolarna ett större spelrum, varigenom verkligen klandervärda intrång skulle kunna bestraffas på en lämplig nivå. Avsikten var alltså inte att generellt höja nivån på de straff som faktiskt ska utgå. Ett ytterligare syfte med att höja gränsen till två års fängelse var att likrikta påföljderna med de som vid tidpunkten redan fanns på upphovsrättens område.¹⁰⁶

Den höjda gränsen för straffet har fört med sig vissa processuella följder. En sådan följd är att fristen för åtalspreskription enligt 35 kap. 1 § brottsbalken blivit längre – fem år för brott på vilka svåraste straffet är fängelse i två år, istället för två års åtalspreskription för brott med svåraste straff upp till fängelse ett år. Höjningen har även haft betydelse för möjligheten att tillgripa tvångsmedel till följd av intrånget. En förutsättning för att en misstänkt gärningsman ska kunna häktas är, enligt 24 kap. 1 § rättegångsbalken, att denne är misstänkt för brott för vilket är föreskrivet fängelse minst ett år.

Med utgångspunkt i straffskalan har domstolen att fastställa det konkreta straffvärdet för den aktuella gärningen. Straffvärdet kan sägas utgöra en funktion av gärningens skadlighet eller farlighet

¹⁰² Se 29 kap. 1 § brottsbalken. Ett tankeschema över hur den allmänna påföljdsbestämningen i straffrätten går till presenteras i Borgeke, Att bestämma påföljd för brott, s. 36 ff.

¹⁰³ 57 § patentlagen, 8 kap. 1 § varumärkeslagen och 35 § mönsterskyddslagen.

¹⁰⁴ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära s. 104.

¹⁰⁵ Prop. 1993/94:122 s. 55.

¹⁰⁶ Prop. 1993/94:122 s. 55.

och gärningsmannens skuld, sådan den kommit till uttryck i gärningen.¹⁰⁷ Vid bestämmandet av straffvärdet ska domstolen, enligt 29 kap. 1 § andra stycket brottsbalken, beakta bl.a. den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade har insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon har haft.¹⁰⁸ Bestämmelsen kompletteras av 29 kap. 2 och 3 §§ brottsbalken, i vilka anges sådana försvårande respektive förmildrande omständigheter som ska fästas avseende vid. Straffvärdet utgör grund för domstolens efterföljande straffmätning och påföljdsval.¹⁰⁹

Ett exempel på hur straffvärdet kan bestämmas vid immaterialrättsliga intrång samt vilka omständigheter som kan beaktas finns i NJA 2014 s. 559 (SKF).¹¹⁰ Gärningsmannen i målet hade arbetat i, och var faktisk företrädare för, företaget Transmissionsteamet i Stockholm AB. Bolaget bedrev verksamhet bestående i bl.a. import, lagerföring och försäljning av produkter. I verksamheten hade emellertid också lagerförts och saluförts en relativt stor mängd varumärkesförfalskade produkter; drygt 6 600 produkter (främst rullager och kullager) olovligen märkta med svenska företaget SKF:s varumärke. Intrånget var tämligen förslaget, eftersom intrångsgöraren utöver de förfalskade produkterna även saluförde äkta SKF-produkter. Tredje man som köpte kullagren från intrångsgöraren hade alltså ingen vetskap om att vissa av produkterna var förfalskningar, utan hade snarare vilseletts till att tro att det var originalprodukter som införskaffats. En ytterligare graverande omständighet var att intrångsgöraren hade börjat lagerföra piratkopierade produkter igen, drygt två månader efter att polisen gjort den första husrannsakan och beslagtagit intrångsgörande lagerprodukter.¹¹¹

Nyss nämnda omständigheter hade betydelse för bestämningen av straffvärdet i målet. Högsta domstolen lyfte i sammanhanget fram att den intrångsgörande verksamheten varit av tämligen stor omfattning, att brottsligheten hade skett med uppsåt (likgiltighetsuppsåt) och att brottsligheten hade skett i vinningssyfte.¹¹² Den samlade brottslighetens straffvärde ansågs motsvara fängelse i åtta månader.¹¹³ Av särskilt intresse är också att Högsta domstolen vid bedömningen av straffvärdet för den aktuella brottsligheten framhöll att det var möjligt att beakta de risker som brottsligheten hade kunnat medföra för tredje man, vilket hovrätten uttryckt inte skulle beaktas. Detta innebär att

¹⁰⁷ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära s. 103.

¹⁰⁸ Omständigheternas straffvärdepåverkan begränsas av att dessa ska vara subjektivt täckta, dvs. att endast sådan skada, kränkning eller fara an beaktas som gärningsmannen haft uppstått till eller varit täckt av grov oaktamhet från gärningsmannens sida, se NJA 2014 s. 559 (SKF), punkt 6.

¹⁰⁹ Friberg, Straffmätning – om övervärden och andra värden s. 714 och Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära s. 104.

¹¹⁰ Målet kommenteras i von Heidenstam, Peter och Östblom, Helena, Straffvärde och brottslighetens art vid immaterialrättsintrång. Kommentar till Högsta domstolen dom den 4 juli 2014 (NJA 2014 s. 559) (SKF), NIR 2015/2, s. 224 ff.

¹¹¹ Se von Heidenstam, Peter och Östblom, Helena, Straffvärde och brottslighetens art vid immaterialrättsintrång. Kommentar till Högsta domstolen dom den 4 juli 2014 (NJA 2014 s. 559) (SKF) s. 232.

¹¹² Graden av gärningsmannens oaktamhet eller uppsåt kan påverka straffvärdet, se Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära s. 110. Exempelvis anses medveten oaktamhet ge ett högre straffvärde än omedveten. Se avsnitt **Error! Reference source not found.** angående medveten och omedveten oaktamhet vid intrång.

¹¹³ NJA 2014 s. 559 (SKF), punkt 12.

man i olika grad kan ta hänsyn till den tredjemansskada som kan uppstå genom att den intrångsgörande produkten är farlig eller av undermålig kvalitet.¹¹⁴

Efter att ett brotts straffvärde har fastställts återstår att bestämma straffmättningsvärdet. Vid straffmätningen beaktas även andra omständigheter med avseende på gärningsmannens person, t.ex. att gärningsmannen återfallit i brott (vilket kan verka i skärpande riktning); alternativt att gärningsmannen försökt begränsa de skadliga verkningarna av brottet, att gärningsmannen frivilligt angett sig eller att denne lämnat uppgifter av väsentlig betydelse för utredningen av brottet (vilket kan lindra straffmätningen).¹¹⁵

Straffmättningsvärdet ligger till grund för valet av påföljd. Påföljdsvalet regleras i 30 kap. brottsbalken, varvid huvudregeln framgår av 30 kap. 4 §. Enligt bestämmelsens första stycke ska domstolen vid val av påföljd fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Att fängelse ska väljas som påföljd i sista hand innebär att villkorlig dom och skyddstillsyn har företräde.¹¹⁶ Av förarbetsuttalanden framgår att denna riktning endast gäller så länge brottsligheten inte har ett straffvärde som motsvarar fängelse i ett år eller mer, i annat fall föreligger en presumtion för att fängelse ska dömas ut.¹¹⁷ Riktvärdet har bekräftats i rättspraxis, även om tillämpningen därav har kritiserats för att vara alltför kategorisk.¹¹⁸

För vissa typer av brott kan emellertid brottslighetens art beaktas såsom ett skäl för att fängelse ska väljas som påföljd, även om straffvärdet är lägre. För dessa s.k. artbrott anses fängelse motiverat som påföljd, trots att brottsligheten inte har ett särskilt högt straffvärde. Ett par exempel är grovt rattfylleri, misshandel och våld mot tjänsteman.¹¹⁹ Det rör sig i dessa fall om brott som främst av allmänpreventiva skäl normalt anses borde föranleda ett kort fängelsestraff.¹²⁰

I SKF-målet har Högsta domstolen emellertid slagit fast att varumärkesintrång inte är brottslighet av sådan art att det finns anledning till särbehandling vid påföljdsvalet, dvs. att huvudregeln gäller om fängelsepresumtion vid ett straffmättningsvärde motsvarande ett års fängelse eller mer.¹²¹ I domskälen förs en tämligen omfattande diskussion om förutsättningarna för att ta hänsyn till brottslighetens art vid utdömande av fängelse som påföljd. Mot bakgrund av Högsta domstolens tydliga ställningstagande framstår det som sannolikt att inte heller andra intrång på det industriella

¹¹⁴ NJA 2014 s. 559 (SKF), punkt 11. Högsta domstolen pekar emellertid på att det finns en gräns för hur långt bort t.ex. en skadlig effekt får ligga för att den ska beaktas.

¹¹⁵ 29 kap. 4 och 5 §§ brottsbalken.

¹¹⁶ Förutsättningarna för att döma till villkorlig dom regleras i 27 kap. brottsbalken. I 28 kap. brottsbalken regleras förutsättningarna för att döma till skyddstillsyn.

¹¹⁷ Prop. 1987/88:120 s. 100. De ska därtill beaktas att de s.k. billighetsskälerna som framgår av 29 kap. 5 § brottsbalken kan påverka riktvärdet för fängelsepresumtion.

¹¹⁸ Se Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära s. 143 ff.

¹¹⁹ Prop. 1987/88:120 s. 100 och NJA 2014 s. 559 (SKF), punkt 20–22.

¹²⁰ Prop. 1987/88:120 s. 100.

¹²¹ NJA 2014 s. 559 (SKF), punkt 34.

rättsskyddets område är att betrakta som artbrott.¹²² Utdömmande av fängelse som påföljd för intrång av detta slag torde därför i normalfallet förutsätta att straffvärdet överstiger ett års fängelse.

Beträffandet straffmättningsvärdet i SKF-målet fastställde Högsta domstolen att straffvärdet i målet ansågs motsvara fängelse i åtta månader. Några s.k. billighetskäl enligt 29 kap. 5 § brottsbalken ansågs inte föreligga, bortsett från att gärningsmannen även ålades näringsförbud i tre år. Enligt den rådande huvudregeln medförde det fastställda straffvärdet att det förelåg en presumtion mot att döma intrångsgöraren till en fängelsepåföljd. Högsta domstolen ansåg att villkorlig dom utgjorde en tillräckligt ingripande påföljd, vilken förenades med 140 dagsböter.¹²³

Mot bakgrund av den mängd förfalskade produkter som det var fråga om i SKF-målet (ca 6 600 produkter), samt att intrångsgöraren vilselett köparna till att tro att rörde sig om originalprodukter, kan det diskuteras om inte Högsta domstolen var något snål i sin bestämning av straffvärdet. Vidare bör man ha i åtanke att de förfalskade produkterna (kullager) vanligen används i maskiner av många olika slag. Det är därför inte svårt att föreställa sig att bristfälligt tillverkade förfalskningar skulle kunna åstadkomma stora skador, inklusive risk för omfattande personskador.

Att påföljden fängelse faktiskt döms ut vid intrång förefaller vara mycket ovanligt. Av de senare årens rättspraxis på det industriella rättsskyddets område är det endast det ovan nämnda s.k. Brandwill-målet som sticker ut.¹²⁴ I målet hade tingsrätten funnit att det var styrkt att de två gärningsmännen importerat drygt 30 000 piratkopierade plagg samt att ca 15 000 plagg hade sålts.¹²⁵ Eftersom varje inköp och försäljning av en piratkopia är att betrakta som ett separat brott dömdes följaktligen intrångsgörarna för ett mycket stort antal brott mot varumärkeslagen. Vid flerfaldig brottslighet sträcker sig straffskalan, som redan nämnts, upp till tre års fängelse.¹²⁶

Vad beträffar brottslighetens straffvärde och straffmätningen framhöll tingsrätten att brottsligheten utgjort ett led i en affärsverksamhet som syftat till att ge ekonomisk vinning och att straffvärdet redan av dessa skäl uppgick till cirka tio månaders fängelse. Därutöver beaktade domstolen att brotten begåtts uppsåtligt samt tillfogat varumärkeshavarna betydande skada. Som försvårande omständighet hade det även betydelse att intrångsgörarna vid försäljningen bl.a. påstått att det var fråga om konkurs- eller katastrofutförsäljning och därmed försökt vilseleda kunderna om varornas ursprung samt att de vid förfrågan hade tillhandahållit vilseledande dokumentation om ursprunget. Påföljden bestämdes följaktligen till ett års fängelse vardera för intrångsgörarna.¹²⁷

¹²² Jämför emellertid domen i det s.k. Pirate Bay-målet (Svea hovrätt i dom den 26 november 2010 i mål B 4041-09), där Svea hovrätt betraktat upphovsrättsintrång genom fildelning i kommersiell verksamhet som ett artbrott med fängelsepresumtion som följd. Det är oklart hur hovrättens ställningstagande står sig idag efter SKF-målet.

¹²³ NJA 2014 s. 559 (SKF), punkt 40.

¹²⁴ Stockholms tingsrätt dom den 16 januari 2015, i mål B 17726-11 (Brandwill). Målet är överklagat till Svea hovrätt. Målet behandlas också ovan i avsnitt **Error! Reference source not found.**

¹²⁵ Åklagaren hade gjort gällande att ytterligare ca 15 000 plagg hade importerats och ytterligare ca 15 000 hade sålts, vilket emellertid inte ansågs styrkt.

¹²⁶ Se 26 kap. 2 § brottsbalken.

¹²⁷ Den tredje gärningsmannen dömdes till villkorlig dom samt 100 dagsböter, eftersom straffvärdet för dennes brottslighet ansågs ligga på sex månaders fängelse (intrånget omfattade ansvar för drygt 7 000 piratkopierade plagg).

Därutöver ålades intrångsgörarna att solidariskt utge drygt 2 100 000 kr till varumärkeshavarna såsom skadestånd för intrånget samt att de till staten ålades att betala ca 920 000 kr vardera såsom förverkat utbyte av brott.¹²⁸

Om man enbart tittar på mängden intrångsvaror kan man konstatera att Högsta domstolen i SKF-målet ansåg att straffvärdet för ca 6 600 produkter motsvarade åtta månaders fängelse. Domstolen beaktade härvidlag att brottsligheten hade skett med uppsåt samt i vinningssyfte. I Brandwill-målet var det istället fråga om import av drygt 30 000 varumärkesförfalskade plagg samt att 15 000 plagg hade sålts, något som motsvarande ett straffvärde på tio månaders fängelse, bl.a. pga. att importen och försäljningen utgjort ett led i en affärsverksamhet som syftat till att ge ekonomisk vinning. I båda dessa fall rör det sig om en ansevärd mängd varumärkesförfalskade produkter.¹²⁹

SKF-målet och Brandwill-målet förefaller spegla hur svenska domstolar ser på straffvärdet vid intrång genom varumärkesförfalskning. Ett snarlikt mål från Svea hovrätt kan användas som ett ytterligare åskådliggörande exempel.¹³⁰ Intrångsgöraren i målet bedrev verksamhet i ett bolag, bestående i att importera kläder och sälja vidare till detaljister samt direkt till konsumenter i egen butik. En del av dessa varor visade sig sedermera vara varumärkesförfalskade plagiat. Förutsättningarna i målet var alltså inte helt olika omständigheterna i Brandwill-målet. Beträffande de subjektiva rekvisiten för ansvar hade intrångsgöraren påstått att han trots att det varit fråga om äkta märkesvaror, men att han inte gjort några egna kontroller av varornas äkthet, eftersom säljaren garanterat att det var originalprodukter. Till saken hör att intrångsgöraren ett par år tidigare hade erhållit ett varningsbrev från en av varumärkesinnehavarna, med påstående om att denne sålde piratkopior. Trots detta fortsatte försäljningen i vart fall i två år till. Tingsrätten framhöll att gärningsmannen, som hade arbetat i klädbranschen i större delen av sitt liv, måste ha varit fullt medveten om den uppenbara risk för att märkeskläder som köps in på det sätt som hade skett är piratkopior samt att han därvid inte gjort några som helst undersökningar av varornas äkthet. Han hade därmed i det inledande skedet varit i vart fall grovt oaktsam. Efter att han mottagit varningsbrevet om intrång hade han därutöver visat sådan likgiltighet i fråga om varornas äkthet att han från den tidpunkten ansågs ansvarig för uppsåtligt brott.

Därutöver ålades han ett skadeståndsansvar till varumärkeshavarna med totalt ca 1 250 000 kr samt att han skulle betala 930 000 kr till staten såsom förverkat utbyte av brott.

¹²⁸ De immaterialrättsliga bestämmelserna om förverkande är utformade på samma sätt som förverkandebestämmelserna i narkotikastrafflagen. Vid exempelvis försäljning av piratkopior är utgångspunkten därför, på samma sätt som vid förverkande enligt narkotikastrafflagen, att utbytet av brottet ska förverkas, om det inte är uppenbart oskäligt, se Svea hovrätts dom den 20 december 2013 i mål B 7713-13 (Andresen). Med utbyte avses i detta sammanhang hela det belopp som mottagits som betalning för de olovligt sålda piratkopiorna.

¹²⁹ Straffvärdet i de två målen kan ställas mot en senare dom från Stockholms tingsrätt, som rörde import och försäljning av piratkopierade datorprogram. Se Stockholms tingsrätt, dom den 17 februari 2015 i mål B 5962-14. Tingsrätten konstaterade att det rörde sig om ca 400 konstaterade intrång i både upphovsrätt och varumärkesrätt (eftersom intrångsgörarna marknadsfört datorprogrammen såsom äkta). Straffvärdet för denna brottslighet ansågs uppgå till åtta månaders fängelse, vilket därmed inbegrep en presumption mot att utdöma fängelse. Påföljden bestämdes till villkorlig dom förenad med 20 timmars samhällstjänst. Det förefaller som att upphovsrättsintrång föranleder ett mycket högre straffvärde än andra intrångsformer.

¹³⁰ Svea hovrätt, dom den 20 december 2013 i mål B 7713-13 (Andresen).

I ansvarsdelen ansågs det visat att intrånget omfattat nästan 16 000 varumärkesförfalskade varor samt att intrånget varit utdraget och pågått i flera år. Hovrätten fann att straffvärdet motsvarade sex månaders fängelse samt att brottsligheten inte var av sådan art att fängelse skulle utgå. Påföljden bestämdes därför till villkorlig dom förenat med 80 dagsböter.¹³¹ Straffvärdet och påföljden framstår som minst sagt mildt, mot bakgrund av den ansevärd mängden intrångsgörande varor. I påföljdsdelen ska emellertid beaktas att intrångsgöraren, utöver påföljden, även ålades näringsförbud i tre år, vilket enligt hovrätten innebar att han var tvungen att upphöra med sin verksamhet och försörja sig på annat sätt. Med hänsyn till gärningsmannens ålder (63 år vid tidpunkten för domen), kunde det enligt hovrätten tänkas bli svårt för honom att erhålla annat arbete. Det meddelade näringsförbudet beaktades därför i sänkande riktning vid bestämmandet av antalet dagsböter.

Det kan följaktligen konstateras att intrång på det industriella rättsskyddets område endast i undantagsfall leder till att en fängelsepåföljd faktiskt döms ut. Det gäller även om intrånget är omfattande. Man kan fråga sig vad som skulle krävas av ett varumärkesintrång för att maxstraffet på fängelse två år, eller tre år vid samlad brottslighet, ska komma ifråga. Synen på brottslighetens straffvärde tycks emellertid stämma väl överens med uttalandena i förarbetena om de ursprungliga straffbestämmelserna.

I förarbetena till både patentlagen och 1960 års varumärkeslag framhålls att normalstraffet för intrång bör begränsas till dagsböter, samt att fängelsestraff är förbehållet för gärningar begångna under försvärande omständigheter.¹³² Som exempel på sådana omständigheter lyfts fram att synnerlig skada kommit av gärningen eller att intrångsgöraren, trots upprepade varningar, fortsatt med intrånget. I förarbetena till mönsterskyddslagen framhålls att det får överlämnas till rättstillämpningen att avgöra under vilka förhållanden frihetsstraff bör tillämpas.¹³³ Vidare påpekas att det finns anledning att räkna med att domstolarna ska visa återhållsamhet när det gäller användningen av frihetsstraff och att sådan påföljd endast ska tillämpas i graverande fall.¹³⁴ Visserligen var fängelsestraffet för samtliga industriella rättigheter vid tidpunkten begränsat till sex månader. Men som nämnts ovan var avsikten med 1994 års revision, varigenom straffmaximum höjdes till två års fängelse, inte att generellt höja nivån på de straff som faktiskt utgick, utan snarare att ge domstolarna ett större spelrum med straffskalan.

Strängare fängelsepåföljder för intrång har förekommit i praxis, men i dessa fall har det varit fråga om att intrångsgöraren dömts för kombinerad brottslighet. Ett sådant uppmärksammat mål är Svea hovrätts dom 20 december 2012 i mål B 8539-12 (Svejd). Målet var omfattande med bl.a. sex tilltalade som åtalats, varav en av personerna var huvudansvarig för intrånget (övrige dömdes för

¹³¹ Därutöver ålades han att utge skadestånd för intrånget med drygt 750 000 kr till varumärkeshavarna samt att han ålades att till staten betala 750 000 kr såsom förverkat utbyte av brott.

¹³² SOU 1958:10 s. 330 och NU 1963:3 s. 332.

¹³³ Prop. 1969:168 s. 235.

¹³⁴ Från äldre rättspraxis kan även nämnas det s.k. La Copie-målet, RH 1990:68, refererat i NIR 1990/3 s. 466 ff. Målet gällde försäljning av varumärkesförfalskade kläder i en butik i centrala Stockholm, varvid det vid försäljningen angavs att det rörde sig om kopior av märkesvaror. För kunderna var det alltså tydligt att det rörde sig om kopior. Påföljden bestämdes till 60 dagsböter för de två huvudmännen.

medhjälp). Under en utdragen period om drygt tre år hade intrångsgöraren, en svensk bosatt i Thailand, handlat med varumärkesförfalskade kläder och marknadsfört dessa i Sverige via annonser i massmail. Gärningsmannen köpte kläderna i bl.a. Thailand och skickade dessa till Sverige, där medhjälparna mottog varorna, packade om dem och skickade ut dem till rätt kunder. Han fälldes till ansvar för varumärkesintrång dels för utbudandet av varorna, dels för 129 specifika transaktioner, varav han hade erkänt ansvar för varumärkesintrång avseende huvuddelen av gärningarna.

Av intresse är att åklagaren även valde att åtala gärningsmannen för grovt bedrägeri i enlighet med 9 kap. 1 och 3 §§ brottsbalken med anledning av försäljningen av de förfalskade varorna. Genom att för köparna påstå, uttryckligen eller underförstått, att varorna var äkta varvid köparna trodde på uppgiften, ansågs gärningsmannen ha vilselett dem på sådant sätt att han därigenom ådrog sig ett ansvar för bedrägeri. Den oriktiga uppgiften ska ha haft avgörande betydelse för deras köp av varorna, dvs. det är en ansvarsförutsättning att köparna trott sig köpa originalprodukter och att detta varit avgörande för deras handlande. För att ansvar ska kunna utkrävas är det en ytterligare förutsättning att transaktionen inneburit en vinning för bedragaren och en skada för köparen, en s.k. förmögenhetsöverföring. Eftersom köparna hade betalat för varorna utifrån antagandet att dessa var äkta, och förfalskningarna ansågs ha ett lägre värde än originalprodukten, var kravet på förmögenhetsöverföring uppfyllt – produkterna som erhållits representerade inte ett värde som motsvarade vad som avtalats.¹³⁵ Följaktligen dömdes intrångsgöraren även för grovt bedrägeri avseende 61 fall samt två försök till grovt bedrägeri.

Påföljden för den samlade brottsligheten bestämdes av hovrätten till två års fängelse.¹³⁶ I domskälen utvecklades emellertid inte vilket straffvärde respektive brott föranledde.¹³⁷ Istället framhölls att vid en samlad bedömning av brottsligheten, och med särskilt beaktande av systematiken, förslagenheten, omfattningen och det direkta uppsåtet, ansågs det sammantagna straffvärdet uppgå till fängelse två år. Med hänsyn till det höga straffvärdet kunde inte annan påföljd än fängelse komma ifråga.

Betraktat i ljuset av mängden intrångsgörande handlingar, t.ex. i jämförelse med Brandwill-målet, framstår bedömningen i Svejdmålet som tämligen sträng. I sammanhanget kan visserligen beaktas att straffskalan för grovt bedrägeri enligt 9 kap. 3 § brottsbalken omfattar fängelse lägst sex månader och högst sex år, dvs. ett mycket allvarligare brott än varumärkesintrång. Enligt vad som framgår av domen i Svejdmålet är bedrägeri emellertid inte brottslighet av sådan art att fängelsepresumtion föreligger. I Svejdmålet hade gärningsmannen i själva verket inte begått några ytterligare handlingar än vad som exempelvis förekom i Brandwill-målet. Skillnaden var att åklagarna i Svejdmålet även

¹³⁵ Se även Nordell, Om immaterialrättens sanktionssystem i beaktande av riksåklagarens beslut i överprövningsärendet s. 256 f. om varumärkesskydd och förmögenhetsöverföringsrekvisitet i straffrättslig mening.

¹³⁶ Gärningsmannen dömdes även för tullbrott, med denna gärning var av begränsad omfattning.

¹³⁷ Hovrättens hänvisade till Svea hovrätts dom den 19 november 2001 i mål B 5377-00 och framhöll att man i det målet tagit ställning till straffvärdet för liknande brottslighet, men att den tidigare brottsligheten varit mer omfattande (vid husrannsakan påträffades 18 000 varumärkesförfalskade plagg). I det äldre målet hade påföljden bestämts till fängelse fyra månader. Det utvecklades emellertid inte närmare hur straffvärdet i det äldre målet förhöll sig till prövningen i Svejdmålet.

valde att ta fasta på att kunderna vilseletts om varornas egenskaper (såsom originalvaror), vilket man kan anta måste ha förekommit även vid Brandwills försäljning, eftersom varorna i det fallet marknadsfördes som originalvaror. Ett varumärkesintrång, varigenom varumärkesförfalskade varor marknadsförs som äkta, bör typiskt sätt innebära ett vilseledande som inneburit en vinning för intrångsgöraren och en skada för köparen. För att en gärningsman ska kunna fällas till ansvar för bedrägeri krävs emellertid att åklagaren lyckats identifiera målsäganden – den vilseledde köparen – vilket innebär att handläggningen av målen blir komplicerad och omfattande. I Svejd-målet omfattade exempelvis tingsrättens förteckning över målsäganden totalt 66 fysiska och juridiska personer (exklusive varumärkeshavarna).

Möjligheten att gå omvägen via annan brottslighet, som har ett nära samband med immaterialrättsintrånget, för att få till ett högt straffvärde framkommer även i ett senare mål från Stockholms tingsrätt.¹³⁸ Målet rörde varumärkesförfalskade cigaretter, vilket innebar att åklagaren även kunde väcka åtal om grov olovlig befattning med punktskattepliktiga varor pga. intrångsgöraren inte hade erlagt någon punktskatt för tobaksvarorna.¹³⁹ Gärningsmannen drev en tobaksbutik. I ett garage som denne hyrde påträffade polisen en stor mängd varumärkesförfalskade cigaretter (över 35 000 förfalskade cigarettförpackningar, dvs. totalt över 700 000 cigaretter). Beträffande varumärkesintrånget konstaterade tingsrätten att straffvärdet motsvarade fängelse sex månader. Den olovliga befattningen med punktskattepliktiga varor ansågs emellertid medföra ett högre straffvärde, motsvarande fängelse åtta månader, eftersom befattandet med cigaretterna innebar att staten undandragits skatt om drygt 1 280 000 kr (för punktskatt på tobaksvaror och mervärdesskatt). Därtill framhöll tingsrätten att den senare brottsligheten var av sådan art att fängelse normalt bör väljas, vilket innebar att påföljden bestämdes till 11 månaders fängelse.

Påföljden i cigarett-målet framstår som aningen märklig i jämförelse med övriga mål som diskuteras ovan. Ansvaret omfattade över 35 000 förfalskade cigarettförpackningar, med ett varuvärde om nästan två miljoner kronor (55 kr/paket). Därutöver är det inte svårt att föreställa sig vilka eventuella hälsorisker piratkopierade cigaretter skulle kunna föranleda, om man bortser från allmänna hälsorisker med rökning. Detta innehav av förfalskade varor ansågs motsvara ett straffvärde om sex månaders fängelse, vilket därigenom innebar en presumtion mot fängelsepåföljd. Samtidigt hade intrångsgöraren, genom samma handling, emellertid undandragit 1 280 000 kr i skatt från staten, vilket var att anse som grov olovlig befattning med punktskattepliktiga varor, med ett straffvärde om åtta månaders fängelse samt fängelsepresumtion pga. brottets art.

Som framgår ovan kommer straffvärdet avseende intrång på det industriella rättsskyddets område sällan upp i sådana nivåer att presumtion för fängelsepåföljd föreligger. Även i situationer när det rör sig om ansevärd mängder intrångsgörande varor hamnar straffvärdet i den lägre delen av straffskalan. Det är visserligen möjligt att gå via brottsbalkens bedrägeribestämmelser för att skärpa straffvärdet. Men detta leder emellertid till att handläggningen av målen blir väldigt komplicerad,

¹³⁸ Stockholms tingsrätt, dom den 12 november 2014 i mål B 6299-14 (varumärkesförfalskade cigaretter).

¹³⁹ Se 5 kap. 1 a och 1 b §§ lagen (1998:506) om punktskattekontroll av transporter m.m. av alkoholvaror, tobaksvaror och energiprodukter.

vilket framkommer särskilt tydligt i Svejd-målet med en stor mängd målsäganden. Och i egentlig mening är det i många av dessa fall inte fråga om att intrångsgöraren vidtagit några ytterligare åtgärder för att bedrägeribestämmelserna ska aktualiseras, utan ansvaret följer snarare av att man utöver att beakta den skada som drabbar rättighetsinnehavaren även tar hänsyn till skadan för den enskilde, som lurats till att tro att man införskaffat originalvaror. Det kan därför diskuteras om inte domstolarna borde ges utrymme att i större utsträckning beakta ”typskador” av detta slag vid bestämningen av straffvärdet inom ramen för intrångsgärningen – istället för att behöva gå omvägen via bedrägeribestämmelsen. I SKF-målet uttalar Högsta domstolen visserligen att det vid bedömningen av straffvärdet är möjligt att beakta de risker som brottsligheten kan medföra för tredje man, men det är oklart vilket genomslag detta fått i underrättspraxis och om det ens är möjligt att beakta eventuellt vilseledande av köpare i detta avseende.¹⁴⁰

Åtalsförutsättningar

Om allmänna och särskilda förutsättningar för väckande av åtal

En trolig förklaring till att straffrättsligt ansvar sällan aktualiseras vid intrång på det industriella rättsskyddets område är att det i lagstiftningen ställts upp särskilda åtalsprövningsregler. En förutsättning för att en åklagare ska väcka allmänt åtal om brott till följd av intrång i patent, varumärke eller mönster är att målsäganden anger brottet till åtal *och* att åtal är av särskilda skäl påkallat från allmän synpunkt.¹⁴¹ Åtalsförutsättningarna har således kvalificerats genom två krav; angivelse från rättshavaren samt att åtal ska vara av särskilda skäl påkallat från allmän synpunkt. Tröskeln för åtal är därigenom högre än motsvarande bestämmelse i upphovsrättslagen. Den upphovsrättsliga regeln i 59 § första stycket föreskriver att åtal får väckas av åklagare endast om målsäganden anger brottet till åtal *eller* om åtal är påkallat från allmän synpunkt.

Åtalsprövningsreglerna på immaterialrättens område skiljer sig från den allmänna åtalsregeln i rättegångsbalken. Enligt den allmänna regeln i 20 kap. 6 § rättegångsbalken ska åklagare, om ej annat är stadgat, tala å brott som hör under allmänt åtal.¹⁴² Bestämmelsen reglerar åtalsplikten och anses innebära att åklagaren är skyldig att väcka talan om gärningen är straffbar och bevisningen är tillräckligt stark för att kunna ligga till grund för en fällande dom, dvs. när tillräckliga skäl föreligger.¹⁴³ Utgångspunkten är alltså en absolut åtalsplikt i detta avseende. Åklagaren har följaktligen att ta ställning till om gärningen innefattar ett brott, varvid samtliga omständigheter

¹⁴⁰ NJA 2014 s. 559 (SKF), punkt 11.

¹⁴¹ 57 § tredje stycket patentlagen; 35 § tredje stycket mönsterskyddslagen och 8 kap. 1 § tredje stycket varumärkeslagen.

¹⁴² Av 3 § i samma kapitel framgår att under allmänt åtal hör alla brott som inte är uttryckligen undantagna. Stadgandet innehåller en precisering i andra stycket om att särskilda villkor kan gälla, t.ex. krav på angivelse av målsägande.

¹⁴³ SOU 1992:61 Del A s. 147. Åtalsplikten är förenad med en förundersökningsplikt. Om det finns anledning att anta att ett brott som hör under allmänt åtal förövats ska således, enligt 23 kap. 1 § rättegångsbalken, förundersökning inledas.

som hänför sig till gärningens objektiva och subjektiva sida ska beaktas.¹⁴⁴ Vidare ska åklagaren pröva styrkan av den bevisning som finns. Bevisningen måste vara tillräckligt stark för att åklagaren på objektiva grunder ska kunna förvänta sig en fällande dom.¹⁴⁵ Enligt den allmänna åtalsregeln är åklagaren alltså inte skyldig att väcka åtal så snart sannolika skäl mot den misstänkte föreligger, utan åklagaren ska på objektiva grunder motse att den misstänkte blir fälld.¹⁴⁶

Som synes finns det emellertid undantag från den absoluta åtalsplikten. Av 20 kap. 3 § andra stycket rättegångsbalken framgår att det för en del brott ställs särskilda villkor för åtal; angivelse anges som ett exempel.¹⁴⁷ Ett annat sådant villkor som kan ställas upp är s.k. särskild åtalsprövning. Särskild åtalsprövning förutsätter att åtal ska vara påkallat från allmänt synpunkt och innebär en presumtion mot åtal i varierande grad, t.ex. beroende på om prövningen kvalificeras med krav på särskilda skäl.¹⁴⁸ Den särskilda prövningen kan även kombineras med villkor om att målsäganden ska ange brottet till åtal.¹⁴⁹ Det rör sig alltså för dessa särskilt angivna brottstyper om inskränkningar i åtalsplikten. De brottstyper för vilka särskilda åtalsprövning är ett villkor, är vanligen brott som har utpräglat civilrättsliga inslag, rör förhållanden inom familjen eller annars anses tillhöra privatlivet eller där andra sanktionsformer gäller vid sidan av straffrätten.¹⁵⁰ I grunden handlar det om prioriteringsregler för straffrätten och om en fördelning av samhällets resurser.¹⁵¹

På det industriella rättsskyddets område råder således särskilda åtalsförutsättningar av det slag som nyss nämnts. Exempelvis stadgar 57 § tredje stycket patentlagen att åklagaren får väcka åtal för patentintrång endast om målsäganden anger brottet till åtal och åtal av särskilda skäl är påkallat från allmän synpunkt. Det är följaktligen fråga om en åtalsprövningsregel av restriktivt slag, innebärande att åtal anses befogat endast i väldigt speciella situationer.¹⁵²

Även om förutsättningarna för att en åklagare ska väcka allmänt åtal för intrång är väldigt restriktiva, kan kort nämnas att åtalsregeln är subsidiär. Enligt 20 kap. 8 § rättegångsbalken kan enskilt åtal väckas för brott som hör under allmänt åtal, om målsäganden angett brott till åtal och åklagare beslutat att underlåta att väcka åtal. Detta innebär att om åklagaren beslutat att inte väcka åtal, kan rättshavaren själv föra en straffrättslig ansvarstalan för intrånget. Möjligheten att subsidiärt väcka en straffrättslig talan har sannolikt ytterst begränsad betydelse, eftersom rättshavaren kan uppnå en snarlik effekt genom att föra en civilrättslig talan om vitesförbud.¹⁵³ Möjligen kan en

¹⁴⁴ Fitger m.fl., Rättegångsbalken (Zeteo, april 2015) kommentaren till 20 kap. 6 §.

¹⁴⁵ SOU 1992:61 Del A s. 147.

¹⁴⁶ Fitger m.fl., Rättegångsbalken (Zeteo, april 2015) kommentaren till 20 kap. 6 §.

¹⁴⁷ Undantag från åtalsplikten finns också i de situationer förutsättning för åtalsunderlåtelse finns, se strax nedan.

¹⁴⁸ Bring & Diesen, Förundersökning s. 218.

¹⁴⁹ Ett par allmänna exempel på särskilda villkor för åtal kan nämnas. Exempelvis förutsätter väckande av åtal om företagsbot enligt 36 kap. 10 a § brottsbalken, om brottet begåtts av oaktsamhet och inte kan antas föranleda annan påföljd än böter, att åtal är påkallat från allmänt synpunkt. Åtal för vållande till kroppsskada, om brottet inte är grovt, kräver enligt 3 kap. 12 § brottsbalken att målsäganden anger brottet till åtal och att åtal är påkallat ur allmänt synpunkt. Ett slutligt exempel är åtalsregeln för hemfridsbrott eller olaga intrång som inte är grovt, vilken enligt 4 kap. 11 § brottsbalken förutsätter angivelse eller att åtal är påkallat från allmän synpunkt.

¹⁵⁰ SOU 1992:61 Del A s. 150 och prop. 1994/95:23 s. 87.

¹⁵¹ Prop. 1994/95:23 s. 87.

¹⁵² Se t.ex. prop. 1993/94:122 s. 58 och SOU 2015:41 s 202.

¹⁵³ Se även prop. 1960:167 s. 176 och SOU 1992:61 s. 147.

subsidiär straffrättslig talan ha en moralisk inverkan, varigenom andra potentiella intrångsgörare uppmärksammas på att intrång i rättshavarens ensamrätt kan föra med sig straffrättsliga påföljder. Men frågan är vad denna poäng är värd i en konkret intrångssituation, med hänsyn till den ökade risk och ökade kostnader som en sådan process kan föra med sig. Talan om vitesförbud i det immaterialrättsliga prioritetsskyddet förutsätter endast att rättshavaren objektivt visar att intrång förekommer, vilket alltså innebär att man inte behöver föra bevisning om subjektiva förhållanden på intrångsgörarens sida.

Bakgrunden till de särskilda åtalsreglerna och förslagen om ändring

De särskilda åtalsprövningsreglerna på det industriella rättsskyddets område har haft samma konstruktion sedan 1960-talet, i samband med att den nu gällande patentlagen antogs. Kravet på särskild åtalsprövning ska förstås mot bakgrund av att patentlagens tillkomst innebar att straffansvarsreglerna ändrades på sätt att patentintrång lades under allmänt åtal, vilket redan var fallet för varumärkes- och upphovsrättsintrång. Tidigare kunde straffrättslig talan väckas endast av patenthavaren.¹⁵⁴

I förarbetena motiverades att patentintrång skulle läggas under allmänt åtal med att patentintrång står nära de egentliga förmögenhetsbrotten och bör åtnjuta det förhöjda skydd som ett läggande under allmänt åtal medför.¹⁵⁵ Det ansågs även stötande att i fråga om ett så pass allvarligt brott som patentintrång helt och hållet överlämna frågan om utkrävande av ansvar åt målsäganden.¹⁵⁶ Övervägande skäl ansågs därför finnas för att lägga patentintrång i form av angivelsebrott under allmänt åtal, med den begränsningen att åtal endast får ske om detta är av särskilda skäl påkallat ur allmän synpunkt.¹⁵⁷

Det ges emellertid inte någon egentlig förklaring till varför åtalsregeln skulle vara inskränkt och kräva att åtal av särskilda skäl ska vara påkallat ur allmän synpunkt. Än mindre ges någon förklaring till varför det samtidigt gjordes en ändring i dåvarande 37 § varumärkeslagen på så sätt att en motsvarande begränsning fördes in i den varumärkesrättsliga åtalsregeln.¹⁵⁸ Vid den tidpunkten låg redan varumärkesintrång under allmänt åtal som ett angivelsebrott och åtalsprövningsregeln hade samma innehåll som motsvarande bestämmelse i upphovsrättslagen.¹⁵⁹

Visserligen framhålls i förarbetena att straffansvar för patentintrång endast undantagsvis torde aktualiseras och att de mer komplicerade målen istället skulle komma att handläggas som civila patentprocesser mellan större företag.¹⁶⁰ Men det framstår som att inskränkningen i åtalsregeln fördes in som en motvikt för att patentintrång lades under allmänt åtal. Patentlagskommittén hade

¹⁵⁴ NU 1963:6 s. 331.

¹⁵⁵ Prop. 1966:40 s. 205.

¹⁵⁶ Prop. 1966:40 s. 205.

¹⁵⁷ Prop. 1966:40 s. 206.

¹⁵⁸ Prop. 1966:40 s. 206 och s. 277.

¹⁵⁹ Se SOU 1958:10 s. 331 och prop. 1960:167 s. 176.

¹⁶⁰ Prop. 1966:40 s. 205.

förslagit att den gamla ordningen skulle behållas, dvs. att talan endast skulle få väckas av patenthavaren.¹⁶¹ Motiveringen härför var att utredningen i frågor om patentintrång enligt kommitténs uppfattning inte lämpade sig för handläggning av allmän åklagare, bl.a. för att patenthavaren i allmänhet är ett företag som är bättre rustat att åstadkomma en utredning och som ofta är ekonomiskt så starkt att det är mindre tilltalande att det på det allmännas bekostnad ska kunna angripa mindre näringsidkare. Utredningen tycks här ha utgått från en typsituation varigenom det skulle vara skadligt för näringslivet att resursstarka patenthavaren kan ta i anspråk allmänna resurser för att angripa konkurrenter.¹⁶²

Någon förklaring till åtalsprövningsregeln lämnas inte heller till den motsvarande bestämmelsen i mönsterskyddslagen, vid dess antagande ett par år senare. I propositionen till mönsterskyddslagen sägs inte mer än att det ansågs vara en avgörande synpunkt att man bör uppnå en enhetlig reglering på de varandra närliggande patent- och mönsterområdena.¹⁶³ I övrigt hänvisas till patentlagens förarbeten angående motiven till bestämmelsen. Förklaringen i detta fall var således enhetlighet med patentsystemet, snarare än att det fördes någon diskussion om i vilken utsträckning de farhågor man haft vid patentlagens införande gör sig gällande också vid mönsterintrång.

Vid införandet av kraven på särskild åtalsprövning för de olika rättsskydden gavs följaktligen aldrig någon förklaring till bestämmelsernas konstruktion, annat än att det framstår som en kompromiss för att patentintrång lades under allmänt åtal. Inte heller gavs någon motivering till varför varumärken eller mönster ligger närmare patent än upphovsrätt i detta avseende. I lagberedningen har frågan generaliserats, på så sätt att vikten av att det industriella rättsskyddet behandlas på samma sätt har prioriterats, framför att pröva om förutsättningarna för intrång leder till samma problematik för alla skydd.

De särskilda åtalsprövningsreglerna har vid ett flertal tillfällen varit föremål för utredning och diskussion, utifrån eventuella behov av att ändra reglerna. Åtalsregeln i patentlagen behandlades nyligen i utredningsförslaget till ny patentlag.¹⁶⁴ Anledningen till att frågan behandlades särskilt i utredningen var att det i olika sammanhang hade ifrågasatts att straffbestämmelsen inte tillämpas mer än den gör. I utredningsdirektiven framhölls därför att det var viktigt att bestämmelsen är tydlig och att allmänt åtal väcks när det är motiverat.¹⁶⁵ Utredaren fick således i uppdrag att kartlägga och analysera tillämpningen av patentlagens straffbestämmelse och vid behov föreslå nödvändiga författningsförslag.

¹⁶¹ NU 1963:3 s. 332 f.

¹⁶² I utredningen påpekades att det inom patentområdet sällan torde förekomma att uppfinnarna själva uppträdde som kåranden i intrångsmål, eftersom rätten till uppfinningen vanligen överlätits till företag med tillräckliga ekonomiska resurser för att kunna exploatera densamma, se NU 1963:3 s. 333. Utgångspunkten var följaktligen starkt generaliserande, utan att grunda antagande i något som helst empiriskt stöd.

¹⁶³ Prop. 1969:168 s. 236.

¹⁶⁴ SOU 2015:41.

¹⁶⁵ Dir. 2014:67, Tilläggsdirektiv till Patentlagsutredningen (JU 2012:12).

Patentlagsutredningen har i det slutliga betänkandet emellertid förslagit att den nuvarande åtalsprövningsregeln ska föras över oförändrad till den nya patentlagen.¹⁶⁶ Utredningen konstaterade att möjligheten till allmänt åtal aldrig har utnyttjats och att inga av de få intrång som anmälts till åtal har resulterat i att åtal väckts av åklagare.¹⁶⁷ I utredningen framhölls också att det inte gått att utröna varför patentintrång så sällan anmäls till åtal.¹⁶⁸ En möjlig förklaring som lyfts fram är att åtalsprövningsregelns restriktiva utformning skulle kunna avhålla uppfinnare från åtalsanmälan, men att konkreta belägg för ett sådant antagande inte hade framkommit.

Utgångspunkten för patentlagsutredningens resonemang förefaller vara en mycket skeptisk inställning till ändamålsenligheten med straffansvarsprocesser på patenträttens område. Till exempel framhålls att det inte finns något egenvärde i att antalet åtal för patentintrång ökar samt att det finns ett principiellt problem med ökad användning av straffrätt på patentområdet.¹⁶⁹ I sammanhanget anges vidare att det inte är så att varje påstått intrång utgör en grund för ingripande från samhället och att det bakom åtalsprövningsregeln ligger ett intresse av att koncentrera samhällets resurser till de allvarligaste brotten. Utredningen pekar på att parter som verkar på samma marknad lätt kan hamna i konfliktsituationer, när avgränsningen mellan deras respektive uppfinnings skyddsomfång kan vara svår att göra.¹⁷⁰ En prövning av ett patentintrång kan förutsätta komplicerade bedömningar som i de flesta fall kräver teknisk expertis. Den skeptiska inställningen till straffansvar är tydlig i konstaterandet att det under dessa förutsättningar är tveksamt om en enskild individ bör ställas till ansvar för brott.¹⁷¹ Istället pekar man på att ett skydd mot patentintrång särskilt bör beakta betydelsen av att tidig ombudskontakt tas, eftersom detta ger förutsättningar för att snabbt få tillgång till de civilprocessuella tvångsmedlen.¹⁷²

Frågan är emellertid om inte patentlagsutredningen kraftigt har överskattat möjligheten att tillämpa de straffrättsliga ansvarsreglerna. Vidare förefaller utredningen ha utgått från en typsituation av intrång där två jämstarka aktörer tvistar. Som diskuterats ovan är straffansvarsreglerna inte avsedda att tillämpas regelmässigt vid patentintrång. I det subjektiva kravet på uppsåt eller grov oaktsamhet ligger en betydande kvalificering som innebär att reglerna främst är tillämpliga vid klara fall av intrång. De intrångssituationer som beskrivs i patentlagsutredningen, dvs. när respektive uppfinnings skyddsomfång kan vara svår att avgöra på förhand, skulle därför typiskt sätt inte föranleda ett straffansvar över huvud taget. Svårigheterna som kan finnas med att bedöma om en handling inbegriper ett intrång eller inte tar främst sikte på prövningen av om kraven på uppsåt eller grov oaktsamhet är uppfyllda. Den frågan är i egentlig mening skild från vilka åtalsförutsättningsregler som bör gälla, vilket diskuteras mer nedan.

¹⁶⁶ SOU 2015:41 s. 203.

¹⁶⁷ SOU 2015:41 s. 198. Bakgrunden till de specifika åtalsanmälningarna anges inte i patentlagsutredningen. Det har inte varit möjligt att utröna vari dessa intrång som anmälts till åtal har bestått i, eftersom polismyndigheten inte har velat lämna ut den underliggande polisanmälan.

¹⁶⁸ SOU 2015:41 s. 202.

¹⁶⁹ SOU 2015:41 s. 202 f.

¹⁷⁰ SOU 2015:41 s. 202.

¹⁷¹ SOU 2015:41 s. 203.

¹⁷² SOU 2015:41 s. 202.

Patentlagsutredningen är inte det enda tillfället i vilket en eventuell ändring av åtalsförutsättningsreglerna diskuterats. I departementspromemorian som föregick 1994 års revision av de immaterialrättsliga sanktionsreglerna föreslogs exempelvis att kravet på *särskilda skäl* för åtalsprövning skulle tas bort.¹⁷³ Enligt förslaget till ändring i åtalsreglerna i varumärkeslagen, patentlagen och mönsterskyddslaget skulle åklagaren få väcka åtal för brott ”om målsägande anger brottet till åtal och åtal är påkallat från allmänt synpunkt”.¹⁷⁴ Grunden till förslaget var att man uppmärksammat en utveckling mot en ökande kommersiell olovlig kopiering av immaterialrättsligt skyddade produkter. Det ansågs därför angeläget att de straffrättsliga sanktionerna kunde utnyttjas för att komma åt dessa olovliga förfaranden, samtidigt som det framhölls att den befintliga åtalsprövningsregeln medför en mycket stor restriktivitet.¹⁷⁵ I promemorian lyfts bl.a. fram att olovlig kopiering som sker på helt affärsmässiga grunder framstår som särskilt klandervärd i de internationella strävanden som går ut på att stärka de immaterialrättsliga skyddssystemen.¹⁷⁶ I detta sammanhang uppmärksammades även betydelsen för internationella handelsrelationer, varvid framhölls att den svenska åtalsprövningspraxisen framstod som sträng, på så sätt att den uppfattas som att allmänt åtal för intrång i praktiken aldrig ska ske.¹⁷⁷

Det ansågs därför finnas skäl att överväga ändringar i åtalsreglerna för att möjligheterna till allmänt åtal för intrång i de industriella rättigheterna skulle finnas att tillgå i flera fall än tidigare. Den förslagna lösningen var att ta bort kravet på särskilda skäl vid åtalsprövning, vilket därigenom skulle leda till större enhetlighet i det immaterialrättsliga systemet. De ändrade reglerna skulle emellertid fortfarande kräva att åtal var påkallat ur allmän synpunkt. I promemorian gavs även exempel på vad som avsågs med att åtal var påkallat, exempelvis med hänsyn såväl till brottets art och syfte som till omständigheterna i övrigt.¹⁷⁸ Av stor betydelse i sammanhanget torde vara om intrånget har skett i en ensamrätt av betydande värde, med beaktande både av rättighetens absoluta värde och av dess särskilda värde för rättshavaren, eller om intrång har skett i stor omfattning. Som ett exempel på när åtal skulle anses påkallat nämns intrång i en patenterad uppfinning vilken tillkommit efter höga forsknings- och utvecklingskostnader.¹⁷⁹ Rättighetens särskilda värde skulle kunna beaktas när intrånget har skett exempelvis i en mönsterskyddad produkt med konstindustriell anknytning kring vilken en ensamföretagare helt har byggt upp sin produktion.

Med anledning av vad som diskuterats ovan om SOU 2015:41 kan noteras att det i 1993 års departementspromemoria påpekas att det i regel inte kan anses vara påkallat med allmänt åtal om frågan om intrång är beroende av svårbedömda faktorer som t.ex. om en rättighets existens beror på graden av inarbetning eller om det inte framstår som uppenbart att intrång i objektiv mening

¹⁷³ DS 1993:24.

¹⁷⁴ DS 1993:24 s. 2 och s. 14–15.

¹⁷⁵ DS 1993:24 s. 53.

¹⁷⁶ DS 1993:24 s. 53 f. Promemorian skrevs år 1993, i tiden ungefär vid TRIPS-avtalets tillkomst.

¹⁷⁷ DS 1993:24 s. 54.

¹⁷⁸ DS 1993:24 s. 54. Samma resonemang återfinns i prop. 1981/82:152 s. 33, där den upphovsrättsliga åtalsbestämmelsen i 59 § upphovsrättslagen diskuteras.

¹⁷⁹ DS 1993:24 s. 54.

föreligger.¹⁸⁰ Komplicerade civilrättsliga bedömningar av om intrång föreligger ansågs med andra ord inte ankomma på åklagaren, utan får istället handläggas inom ramen för en civil process.

Förslaget i departementspromemorian ledde emellertid inte till någon ändring av åtalsreglerna. Visserligen hade de flesta remissinstanser biträtt förslaget, eller lämnat det utan erinran, men riksåklagaren hade invänt att ändringen av åtalsreglerna skulle få konsekvenser i form av ett ökat antal insatser, vilket därmed skulle resultera i ökade kostnader för myndigheten.¹⁸¹ I propositionen hänvisar regeringen i detta avseende till det då rådande statsfinansiella läget och framhöll att det under des förhållanden som rådde vid tidpunkten inte var möjligt att lägga fram ett förslag om ändring av åtalsreglerna.¹⁸² Uttalandet får förstås i kontexten av den finansiella kris som rådde i Sverige i början av 1990-talet. Det lyftes emellertid inte fram någon materiell invändning mot en ändring av åtalsreglerna, annat än av ekonomiska skäl. Snarare poängterades, på samma sätt som gjorts i promemorian, att den åtalsprövningspraxis som vuxit fram i Sverige vid en internationell jämförelse kan te sig så sträng att den uppfattas som att allmänt åtal för intrång i de industriella rättigheterna aldrig ska ske.¹⁸³

Frågan om åtalsprövningsreglerna borde ändras var föremål för nya diskussioner i samband med att varumärkeskommittén la fram sitt förslag till ny varumärkeslag i betänkandet SOU 2001:26.¹⁸⁴ I likhet med 1993 års departementspromemoria, förslog kommittén att kravet på att åtal ska vara påkallat av särskilda skäl skulle tas bort. Varumärkeskommittén pekade på att varumärkesförfalskning och piratkopiering alltjämt utgjorde ett stort och växande problem för världsindustrin samt att betydelsen av effektiva åtgärder mot intrång framhållits i olika sammanhang.¹⁸⁵ Det betonades att reglerna om åtalsprövning medför en mycket stor restriktivitet, vilket i praktiken innebär att åklagare endast i undantagsfall väcker åtal för intrång i industriella rättigheter.¹⁸⁶ Straffrättsligt ansvar är således inte någon effektiv sanktion mot t.ex. varumärkesintrång. Mot bakgrund av den utveckling som ägt rum var det enligt kommitténs mening därför lämpligt att reglerna om åtalsprövning ändrades, på sätt att kravet på särskilda skäl vid åtalsprövningen avskaffades.¹⁸⁷ En sådan ändring skulle innebära att åtalsprövningen vid varumärkesintrång endast skulle ske mot bakgrund av om åtal är påkallat från allmän synpunkt.

¹⁸⁰ DS 1993:24 s. 55.

¹⁸¹ Se prop. 1993/94:122 s. 58 f.

¹⁸² Se prop. 1993/94:122 s. 59.

¹⁸³ Prop. 1993/94:122 s. 58. Det kan påpekas att det i ett beslut av riksåklagaren i ett överprövningsärende från år 1992 lyfts fram att en anledning till riksåklagarens restriktiva syn på åtalsprövningen var att det mot bakgrund av det ansträngda resursläget som vid tidpunkten rådde inom rättsväsendet, och den hårdhänta prioritering som tvingas fram även när det gällde att utreda och beivra grövre brottslighet, inte kunde bortses från att det förutom den särskilda åtalsprövningsregeln i varumärkeslagen fanns ytterligare vägande skäl för en viss restriktivitet när det gällde att satsa utredningsresurser på ifrågavarande område. Beslutet diskuteras nedan i avsnitt **Error! Reference source not found.**

¹⁸⁴ Frågan behandlades även i den parallella utredningen om ny formskyddslag, se SOU 2001:68 s. 139 ff. Förslaget har ännu inte resulterat i någon ny lagstiftning. Beträffande åtalsprövningsreglerna kom mönsterutredning till samma slutsats som varumärkesutredningen.

¹⁸⁵ SOU 2001:26 s. 353.

¹⁸⁶ SOU 2001:26 s. 354.

¹⁸⁷ SOU 2001:26 s. 354.

Betänkande föranledde emellertid inte någon ändring av åtalsprövningsreglerna i 2010 års varumärkeslag. I propositionen framhölls att regeringen visserligen delade kommitténs uppfattning att en närmare analys av reglerna om åtalsprövning behövdes, särskilt mot bakgrund av att förfalskning och piratkopiering utgör ett stort och växande problem för rättshavare och för samhället i stort.¹⁸⁸ Men mot bakgrund att det vid tidpunkten pågick förhandlingar på EU-nivå som syftade till att harmonisera det straffrättsliga regelverket på immaterialrättens område ansågs det inte lämpligt att vid det tillfället överväga ändringar i åtalsreglerna i varumärkeslagen.¹⁸⁹ Några andra skäl mot varumärkeskommitténs ändringsförslag presenterades inte.

EU-förhandlingarna som nämns avsåg det förslag om ett straffrättsligt sanktionsdirektiv på immaterialrättens område – men som sedermera drogs tillbaka.¹⁹⁰ Direktivförslaget omfattande även åtalsprövningsregler. I artikel 8 i förslaget föreskrevs att straffrättsliga utredningar eller förfaranden avseende brott som innebär intrång i immateriella rättigheter inte ska vara avhängiga av att personen som drabbats av brottet lämnar en försäkran eller en anmälan.¹⁹¹ Direktivet skulle således ha medfört en ändring av de svenska åtalsprövningsreglerna på det industriella rättsskyddets område.

Sammanfattningsvis har det sedan åtalsprövningsreglerna infördes för de industriella rättsskydden under 1960-talet inte presenterats några egentliga materiella skäl till varför reglerna ska vara så stränga. I propositionen till patentlagen påpekas att straffansvar för patentintrång endast undantagsvis torde aktualiseras, vilket möjligen kan tas till intäkt för kvalificerade åtalsregler.¹⁹² Vid flera tillfällen har man likväl föreslagit ändringar av reglerna, men tidpunkten har inte stämt. I början av 1990-talet avvisades en ändring med hänvisning till ansträngda statsfinanser, medan man i början av 2000-talet hänvisat till pågående förhandlingar på EU-nivå. Man har i dessa fall emellertid inte haft några invändningar mot behovet av ändring som sådant.

Det är först i patentlagsutredningens betänkande SOU 2015:41 som det tas tydlig ställning mot en ändring.¹⁹³ Parentetiskt kan emellertid också nämnas att frågan om straffrättsanvändning på

¹⁸⁸ Prop. 2009/10:225 s. 271.

¹⁸⁹ Prop. 2009/10:225 s. 271. Samma skäl framhölls även i propositionen angående genomförandet av sanktionsdirektivet, se prop. 2008/09:67 s. 143. En intressant detalj med anledning av sanktionsdirektivet är att åklagarmyndigheten i sitt remissvar hade föreslagit att åtalsprövningsregeln i upphovsrättslagen skulle ses över och skärpas på så sätt att absolut åtalsplikt inte skulle föreligga vid angivelse – mot bakgrund av att det infördes en möjlighet till informationsföreläggande. Med hänvisning till de vid tidpunkten pågående förhandlingarna om att harmonisera det straffrättsliga regelverket på immaterialrättens område, framhöll regeringen att de nuvarande reglerna tills vidare skulle behållas.

¹⁹⁰ Ändrat förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter KOM/2006/168 slutlig. Se ovan avsnitt **Error! Reference source not found.**

¹⁹¹ Se även skäl 9 till förslaget.

¹⁹² Prop. 1966:40 s. 205.

¹⁹³ Det kan tilläggas att det under senare år har framställts flera motioner i riksdagen om att underlätta för små och medelstora företag att driva patenttvister samt att ändra den aktuella åtalsprövningsregeln. Från senare år, se t.ex. Näringsutskottets betänkanden 2009/10:NU9, 2010/11:NU11, 2011/12:NU9, 2013/14:NU15 samt 2014/15:NU11. Motionerna har avsett olika aspekter av möjligheterna för innovativa företag och uppfinnare att värna sina rättigheter så att de immateriella tillgångarna ska kunna nyttiggöras på marknaden. I motionerna förslås olika lösningar, t.ex. att kravet på särskilda skäl för åtalsprövning ska tas bort eller att staten på något sätt ska kunna garantera stöd till små och medelstora företag som hamnar i internationella patenttvisterna. Förslagen har emellertid avslagits med olika

immaterialrättens område diskuterades i viss utsträckning i SOU 2013:38. Denna utredning hade till syfte att kartlägga det straffsanktionerade området i allmänhet och att ta ställning till vissa principiella frågor på området, t.ex. vilka kriterier som bör gälla för att kriminalisering ska anses vara befogad. Syftet var alltså inte inriktat särskilt på immaterialrätt och straff. Utredningen konstaterade att de intressen som de straffrättsliga bestämmelserna i immaterialrätten avser att värna är av privat karaktär och i betydande mån kopplade till bedrivande av näringsverksamhet.¹⁹⁴ Utifrån en modell för övervägande om kriminalisering pekade utredningen på att det var möjligt att uppnå tillräcklig styrning av samhällsmedborgarnas beteenden utan repressiv tvångsmakt, dvs. genom straff.¹⁹⁵ Istället hänvisas till att vitesförbudet är en mycket effektiv sanktion på området eftersom det viktiga ofta är att få stopp på ett pågående intrång; kompletterat med ersättningsbestämmelser som kompenserar rättshavaren för den skada som uppstått.¹⁹⁶ Mot bakgrund av detta gjorde utredningen bedömning att det immaterialrättsliga området framstod som i och för sig lämpligt för avkriminalisering, men att det med anledning av den vid tidpunkten planerade harmonisering av straffrätten inom EU fanns anledning att avvakta innan man tog slutlig ställning.¹⁹⁷ En övning av det slag som görs i SOU 2013:38, dvs. att allmänt överväga vilka handlingar som ska vara kriminaliserade, är givetvis utmärkt för att, från tid till annan, utvärdera behovet av kriminalisering. Med avseende på kriminalisering av immaterialrätten är förslaget emellertid en aning verklighetsfrånvänt. För att inte tala om att en avkriminalisering skulle strida mot internationella åtaganden, t.ex. artikel 61 i TRIPS-avtalet.

Avslutningsvis har det vid ett flertal tillfällen ifrågasatts om den stränga åtalsprövningsregeln på det industriella rättskyddets område är befogad. Av vad som framgår ovan, särskilt mot bakgrund av ställningstagandet i SOU 2015:41, förefaller det emellertid som att ändringen än så länge ligger en bit bort. Det kan emellertid diskuteras om inte åtalsprövningsreglerna borde ses över av lagstiftaren, särskilt mot bakgrund av den strikta prövning av reglerna som tycks följa av åklagarnas tillämpning.

Innebörden av åtalsprövningsregeln på det industriella rättskyddets område

Vad som inbegrips i kravet på att åtal av särskilda skäl ska vara påkallat från allmän synpunkt preciseras inte i lagtexten eller i de ursprungliga förarbetena. Innebörden av kravet har istället

motiveringar. En ändring av åtalsprövningsregeln har främst avslagits med hänvisning till att en lättnad skulle leda till betydande merarbete för brottsutredande myndigheter. Under senare år hänvisas även till att man inte har velat föregripa patentlagsutredningens arbete. Eventuella försäkringslösningar för att driva patenttvister har avvisats med att detta skulle inbegripa för höga kostnader samt att detta inte är en fråga för staten, utan för den privata marknaden. Slutligen har det pekats på att regeringen gett PRV och Vinnova i uppdrag att förbättra finansiering, rådgivning och kompetenshöjning – framförallt för kunskapsintensiva små och medelstora företag – när det gäller affärsstrategisk hantering av immateriella tillgångar.

¹⁹⁴ SOU 2013:38, Del 2, s. 521 f.

¹⁹⁵ SOU 2013:38, Del 2, s. 523.

¹⁹⁶ SOU 2013:38, Del 2, s. 523. Även i patentprocessutredningen SOU 1983:35 förordas att patentintrång ska avkriminaliseras. Motivet var att patenthavaren intresse som regel mera är inriktat på att snabbt få slut på intrånget och att få ersättning för uppkommen skada; samt att intrångsfrågan kan vara mycket komplicerad, se SOU 1983:35 s. 92.

¹⁹⁷ SOU 2013:38, Del 2, s. 524.

framförallt uttolkats i ett överprövningsbeslut av riksåklagaren från år 1992.¹⁹⁸ Beslutet har refererats till i senare förarbeten och förefaller än idag ha betydelse för hur kravet på särskilda skäl ska förstås.¹⁹⁹

Beslutet föranleddes av en begäran om att riksåklagaren skulle överpröva överåklagarens beslut om att inte väcka åtal med anledning av två ärenden om brott mot varumärkeslagen.²⁰⁰ Det ena ärendet rörde 28 olika fall av försäljning av varumärkesförfalskade produkter, främst i form av tillfällig gatuförsäljning och annan tillfällig försäljning. Verksamheten hade varit ett led i en internationellt organiserad handel. Det andra ärendet gällde bl.a. försäljning av såväl importerade exemplar, som tillverkning av förfalskade jeans av märket Levi's.

Beslutet redogör för riksåklagarens syn på åtalsprövningsregeln i varumärkeslagen. Motiveringen framkommer genom att riksåklagaren i stora delar citerar överåklagarens beslut, med en skrivning om att riksåklagaren i fråga om vilka principer som bör vara vägledande vid prövningen helt ansluter sig till de synpunkter som hade redovisats av överåklagaren.

I beslutet framhålls att åtalsprövningen måste grunda sig på att det är fråga om en åtalsprövningsregel av det mest restriktiva slag som förekommer i lagstiftningen för fall där allmänt åtal över huvud taget kan förekomma.²⁰¹ Enligt riksåklagaren framstod det därför som otänkbart att tillämpa regeln så att allmänt åtal i praktiken kommer till stånd i andra fall än sådana som på något mycket påtagligt sätt skiljer sig från det normala varumärkesintrånget.²⁰² Detta innebär vidare att de särskilda skäl som från allmän synpunkt gör allmänt åtal påkallat måste hänföra sig till omständigheter i det enskilda fallet och inte kan utgöras av omständigheter som regelmässigt eller mycket frekvent förekommer vid brottstypen.²⁰³

Redan i denna del ger riksåklagarens resonemang upphov till en del betänkligheter. Det förklaras exempelvis inte hur detta ”normala” intrång är beskaffat. Uttalandet är problematiskt eftersom normaliteten måste förstås kontextuellt. Gränserna för vad som kan anses normalt kan nämligen flyttas fram, allteftersom antalet och omfattningen av intrång i samhället ökar. En sådan utveckling är snarare en indikation på att det skulle finnas större anledning till att väcka åtal för att beivra det oönskade beteendet. I riksåklagarens beslut framhålls emellertid att det förhållandet att en viss brottstyp med tiden ändrar karaktär inte bör leda till att man genom åklagarpraxis, i direkt strid mot en klar åtalsprövningsregel, gör åtal till huvudregel samt att detta istället bör vara en fråga för lagstiftaren att förändra regelsystemet.²⁰⁴ Argumentets hållbarhet får nog betraktas som väldigt

¹⁹⁸ Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91. Beslutet diskuteras i Nordell, Om immaterialrättens sanktionssystem i beaktande av riksåklagarens beslut i överprövningsärende s. 251 ff. Se även Bengtsson & Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång s. 68.

¹⁹⁹ Se t.ex. prop. 1993/94:122 s. 58.

²⁰⁰ Omständigheterna i de bakomliggande ärendena redovisas inte i riksåklagarens beslut, men framgår istället av Nordell, Om immaterialrättens sanktionssystem i beaktande av riksåklagarens beslut i överprövningsärende s. 252.

²⁰¹ Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91 s. 1.

²⁰² Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91 s. 1.

²⁰³ Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91 s. 2.

²⁰⁴ Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91 s. 2.

tveksamt. Nordell har exempelvis kritiserat resonemanget såsom klart oförenligt med grundläggande krav på såväl rättssäkerhet som logik.²⁰⁵

Av lagtexten framgår inte annat än att åtal av särskilda skäl ska vara påkallat från allmän synpunkt. Det görs i lagtexten alltså inte någon hänvisning till att detta måste betraktas utifrån vad som kan anses vara ”normala” intrång eller utifrån omständigheter som regelmässigt förekommer vid brottstypen. Snarare är detta riksåklagarens egen tolkning av vad lagtexten innebär. Lagtexten relateras till allmänna intressen, vilket enligt min mening bör diskuteras utifrån brottets kvalificering snarare än hur vanligt förekommande det är.

Åtalsprövningsregeln inbegriper att en helhetsbedömning görs av situationen, där såväl vissa typiska beteenden som rättighetshavarens personliga omständigheter och hans eller hennes relation till den påstådde intrångsgöraren beaktas.²⁰⁶ De avgörande omständigheterna ska hänföra sig till det enskilda fallet och inte till vad som är typiskt för brottstypen. Det anges att det i sammanhanget har betydelse om intrånget skett i en verksamhet som är kriminell eller har samband med kriminalitet.²⁰⁷ I riksåklagarens beslut uttalas att regeln torde bygga på grundtanken att det normalt är rättshavaren själv som vidtar åtgärder för att skydda sina intressen samt att man därför i bedömningen bör beakta om denne i det enskilda fallet har möjligheter att själv vidta sådana åtgärder.²⁰⁸ Utöver detta konkretiseras de omständigheter som enligt riksåklagaren bedöms kunna motivera ett allmänt åtal i fyra kategorier:

- När intrång har sådan omfattning eller sker på ett förslaget eller kvalificerat sätt som gör straffvärdet särskilt högt.²⁰⁹
- När rättshavaren är ”svag” och har svårt att freda sig, särskilt om intrånget begås av en ekonomiskt starkare part.
- När intrånget sker på ett särskilt utmanande eller iögonfallande sätt eller visar på uppenbart lagtrots.
- När intrånget kan leda till skador på grund av varornas plagierade art, dvs. det är fråga om skadliga eller farliga produkter.

Det har inte varit möjligt att avgöra vilken bäring riksåklagarens beslut har idag för åklagarnas beslutspraxis. De omständigheter som diskuteras i beslutet lyfts emellertid fram så sent som i SOU 2015:41 s. 201 f. Ett annat exempel är ett beslut från Internationella åklagarkammaren Stockholm den 20 oktober 2015 om att lägga ned förundersökning om brott mot patentlagen, i vilket följande framhålls: ”Exempel då särskilda skäl kan anses föreligga är då intrånget är särskilt omfattande, om det är en del av en i övrigt ren kriminell verksamhet, om det är svårt för målsäganden att själv vidta åtgärder, eller om åtgärder vidtagits civilrättsligt av målsäganden och dessa uttömts, men intrånngen

²⁰⁵ Nordell, Om immaterialrättens sanktionssystem i beaktande av riksåklagarens beslut i överprövningsärendet s. 262.

²⁰⁶ SOU 2015:41 s. 202.

²⁰⁷ SOU 2015:41 s. 202.

²⁰⁸ Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91 s. 1 f.

²⁰⁹ Se även prop. 1993/94:122 s. 58.

ändå fortsätter. Huvudregeln är annars att målsägandena själva får beivra intrången.”²¹⁰ Uttalandet tycks präglad av en likriktighet i åklagarnas beslutspraxis. Det står också klart att det fortfarande inte förekommer mer än ett mycket begränsat antal straffrättsliga mål om varumärkesintrång per år, vilket inte är i närheten av den mängd mål om brott mot upphovsrättslagen som förekommer årligen.

Lagstiftningen avseende immaterialrättsintrång har förändrats i vissa avseende sedan riksåklagarens beslut, vilket kan påverka hur man numera bör se på åtalsprövningsregeln. Vid tidpunkten för beslutet var maxstraffet i straffskalan begränsat till fängelse sex månader, vilket utökades till fängelse i högst två år genom 1994 års revision av straffbestämmelserna. I beslutet lyfts särskilt fram att man vid åtalsprövningen inte kunde bortse från att den då gällande straffskalan straffvärdemässigt motsvarade brottet snatteri.²¹¹ Straffvärdet är numera likställt med det allvarigare brottet stöld.²¹² Det har framhållits att den ändrade straffskalan bör ha betydelse för åtalsprövningen, på sätt att den numera bör vara mindre restriktiv än vad som följer av riksåklagarens beslut.²¹³

Ett exempel på att ändringen skulle kunna ha betydelse på just detta sätt är hur man ska betrakta intrångsgörande försäljning via s.k. gatuförsäljning i marknadsstånd. I riksåklagarens beslut behandlar överåklagaren företeelserna gatuförsäljning och direktimport i relativt begränsad omfattning för försäljning i butik. Det påpekas att dessa omständigheter inte är sådana att allmänt åtal framstår som påkallat.²¹⁴ Det görs istället gällande att om man låter det förhållandet att gärningen skett i form av gatuförsäljning innebära att särskilda skäl för åtal föreligger, skulle sålunda allmänt åtal kunna komma att bli den normala följden i de vanligast förekommande fallen av varumärkesintrång.

Argumentet utgår emellertid från ett väldigt snävt perspektiv. De vanligast förekommande fallen av varumärkesintrång kan nämligen knappast vara försäljning av regelrätta förfalskningar vid gatuförsäljning. Snarare tycks tyfallet av varumärkesintrång vara situationen att två oberoende näringsidkare använder varukännetecken som råkar ligga för nära varandra. Resonemanget i beslutet tycks således utgå från en dubbel kvalificering av åtalsprövningsregeln i förhållande till intrångsgärningen. För det första ska det vara fråga om ett intrång som omfattas av straffbestämmelsen, vilket i praktiken förutsätter att det är fråga om uppenbara varumärkesförfalskningar. För det andra ska det, därutöver, vara ett intrång som inte är ”i de vanligast förekommande fallen”. Med ett sådant synsätt är det tydligt att åtalsprövningsregeln får ett mycket snävt tillämpningsområde. Om kravet på att åtal av särskilda skäl ska vara påkallat från

²¹⁰ Internationella åklagarkammaren Stockholm, beslut den 20 oktober 2015 i ärende AM-133242-15. Det har inte varit möjligt att utröna vad det aktuella påstådda intrånget avsett, eftersom polismyndighet inte har velat lämna ut den underliggande polisanmälan.

²¹¹ Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91 s. 1.

²¹² 8 kap. 1 § brottbalken.

²¹³ Bengtsson & Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång s. 68.

²¹⁴ Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91 s. 2.

allmän synpunkt istället avser normalgärningen, bör utgångspunkten vara att försäljning av varumärkesförfalskade varor inte är att betrakta som de vanligast förekommande intrångsfallen.²¹⁵

Det är möjligt att åklagarnas beslutspraxis inte längre speglar den strikta syn på varumärkesintrång som ges uttryck för i riksåklagarens beslut. Från senare år finns exempel på att allmänt åtal väckts mot intrångsgörare vid s.k. gatuförsäljning. Exempelvis har åtal väckts vid två fall som båda rört varumärket Björn Borg.²¹⁶ I båda fallen var det fråga om intrångsgörare som bedrev verksamhet som marknadssäljare, varvid en del av försäljningen avsett varumärkesförfalskade produkter märkta med varumärket Björn Borg. I respektive mål fälldes intrångsgörarna till ansvar för innehav eller försäljning av drygt 600 par varumärkesförfalskade kalsonger. Som framgår av annan rättspraxis på området, som diskuterats ovan, utgör detta intrång av relativt begränsat slag.

Är åtalsprövningsreglerna i takt med sin tid och omgivning?

Riksåklagarens beslut inbegriper följaktligen en mycket sträng syn på vilka intrång som uppfyller kraven i åtalsprövningsregeln. Nordell har kritiserat beslutet utifrån att beslutet höjt kraven för allmänt åtal, från ett krav på särskilda skäl till att det istället ställs krav på synnerliga skäl.²¹⁷ Frågan är om beslutet fortfarande bör anses ge uttryck för hur man ska tolka lagtextens krav på åtalsprövning. Frågan är också om kvalificeringen i de nuvarande åtalsprövningsreglerna på det industriella rättsskyddets område över huvud taget är motiverade. I vart fall efterlyses en tydligare motivering till reglernas fortsatta existens, inklusive en inventering om varför samtliga industriella rättigheter ska behandlas på likartat sätt i detta avseende.

Redan i förarbetena till 1994 års sanktionsrevision betonas vikten av att beivra intrång som har samband med kriminell verksamhet.²¹⁸ I sammanhanget markeras att olovlig kopiering som sker på helt affärsmässiga grunder anses särskilt klandervärd i de internationella strävanden som går ut på att stärka de immaterialrättsliga skyddssystemen, ett påpekande som sannolikt har att göra med det vid tidpunkten högst aktuella TRIPS-avtalet.

Betraktat ur det perspektivet framstår kravet – på att åtal ska av särskilda skäl vara påkallat från allmän synpunkt – som väldigt sträng. Därutöver ska beaktas att riksåklagaren anlagt en mycket snäv tolkning på vad som inbegrips i åtalsprövningsregeln. Det går inte att bortse från att det förekommer väldigt få åtal på det industriella rättsskyddets område, även om brottsbekämpningen förefaller har blivit mycket bättre under senare år – med beaktande av de organisationsförändringar och den kunskapsutveckling som gjorts inom polisen och åklagarväsendet. De åtal som förekommit under senare år har emellertid i flesta fall avsett mycket stora mängder intrångsgörande

²¹⁵ Jämför även Nordell, Om immaterialrättens sanktionssystem i beaktande av riksåklagarens beslut i överprövningsärende, NIR 1992/2, s. 259 som anför att vissa grövre uppsåtliga företeelser, oaktat överåklagarens uttalande, typiskt sett bör kunna bli föremål för åtal, t.ex. där varumärkesintrång utgörs av gatuförsäljning av plagierade varor eller direktimport även i relativt begränsad omfattning för försäljning i butik.

²¹⁶ Stockholms tingsrätt, dom den 12 september 2011 i mål B 6738-11 (Björn Borg I) och Stockholms tingsrätt, dom 3 april 2012 i mål B 8020-11 (Björn Borg II).

²¹⁷ Nordell, Om immaterialrättens sanktionssystem i beaktande av riksåklagarens beslut i överprövningsärende s. 263.

²¹⁸ Prop. 1993/94:122 s. 57 och DS 1993:24 s. 53 f.

produkter. De två målen rörande varumärket Björn Borg utgör möjligen ett undantag från detta, eftersom mängden i dessa fall var begränsad till drygt 600 produkter.²¹⁹ Men även denna mängd av varumärkesförfalskade produkter är ansenlig.

Det har inte varit möjligt att utröna om anledningen till att det inte förekommer fler åtal beträffande mindre mängder piratkopierade produkter beror på att dessa intrång inte anmäls till åtal eller om det är åtalsprövningsreglerna som sätter upp hinder. Riksåklagarens beslut från år 1992 tycks ställa upp hinder från att väcka åtal mot försäljning av mindre mängder plagierade produkter. Det kan diskuteras om denna stränga syn på straffansvar för intrång verkligen uppfyller våra åtaganden enligt TRIPS-avtalet. Enligt TRIPS-avtalet ska medlemsstaterna tillhandahålla regler om åtal och straffrättsligt ansvar för uppsåtliga fall av varumärkesförfalskning i kommersiell omfattning.²²⁰ Sanktionerna ska härvid vara tillräckligt effektiva för att avskräcka från intrång. Det är tveksamt om den innebörd som riksåklagaren gett åt åtalsprövningsregeln i varumärkeslagen verkligen uppfyller dessa krav. Kravet på viss kommersiell omfattning förefaller nämligen vara lägre ställt än de omständigheter som enligt riksåklagaren bedöms kunna motivera ett allmänt åtal.

Det kan även noteras att den stränga åtalsprövningsregeln i Sverige inte har sin motsvarighet i övriga Nordiska länder. I den finska strafflagen finns en särskild åtalsprövningsregel för brott mot det industriella rättsskyddet. Av 49 kap. 6 § följer att åklagaren inte får väckta åtal för brott, om inte målsäganden anmäler brottet till åtal eller ett synnerligen viktigt allmänt intresse kräver att åtal väcks. Åtalsregeln har således konstruerats som att väckande av åtal förutsätter antingen innehavarens angivelse *eller* att ett synnerligen viktigt allmänt intresse kräver det. Vad beträffar de särskilda ansvarsreglerna för förseelse föreskrivs i respektive lag att åklagare inte får väcka åtal, om inte målsäganden har anmält brottet till åtal.²²¹ I sammanhanget ska emellertid beaktas att det straffrättsliga intrångsansvaret i Finland förutsätter uppsåtliga intrång.

I de danska åtalsreglerna görs skillnad mellan vilken typ av intrång som förekommit. Reglerna har dock konstruerats på samma sätt för samtliga industriella rättigheter.²²² Exempelvis föreskrivs i 57 § första stycket i danska patentlagen att ett uppsåtligt eller grovt oaktsamt intrång straffas med böter. Enligt bestämmelsens fjärde stycke kan åtal för intrång av detta slag endast väckas av den skadelidande, vilket innebär att intrång av detta slag inte ligger under allmänt åtal. Därutöver föreskriver ansvarsreglerna att om intrånget begåtts uppsåtligt och gjorts under försvårande omständigheter kan påföljden bestämmas till fängelse i upp till ett år sex månader. Åtalsregeln beträffande intrång av detta slag föreskriver att åtal kan väckas endast om den skadelidande begär det, såvida inte allmän hänsyn kräver åtal. Bestämmelsen påminner därför mycket om den finska regleringen, med den skillnaden att kravet för att allmänt åtal ska få väckas utan innehavarens angivelse är lägre ställda.

²¹⁹ Stockholms tingsrätt, dom den 12 september 2011 i mål B 6738-11 (Björn Borg I) och Stockholms tingsrätt, dom 3 april 2012 i mål B 8020-11 (Björn Borg II).

²²⁰ Se vidare ovan avsnitt **Error! Reference source not found.**

²²¹ Se 57 § patentlag (15.12.1967/550), 39 § varumärkeslag (10.1.1964/7) och 35 § mönsterrättslag (12.3.1971/221).

²²² Jämför 57 § fjärde stycket i danska patentlagen, 42 § fjärde stycket i danska varumärkeslagen och 36 § fjärde stycket i danska designlagen.

I Norge har åtalsreglerna formulerats på omvänt sätt. Exempelvis föreskrivs i 57 § i den norska patentlagen att åtal kan underlåtas, om inte allmän hänsyn föreskriver åtal.²²³ Om allmän hänsyn föreligger, ska alltså åtal väckas. Vad som avses med allmän hänsyn framgår av 62 a § i den norska straffprocesslagen.²²⁴ Där anges att vid bedömningen av allmän hänsyn ska läggas vikt vid brottets grovhet, det allmänna intresset av laglydighet och om den skadelidande önskar att åtal ska väckas.

Avslutande kommentarer

I artikeln har de straffrättsliga ansvarsreglerna på det industriella rättsskyddets område diskuterats, mot bakgrund av de senaste årens rättspraxis på området. Av förarbetena till den aktuella lagstiftningen är det tydligt att avsikten med bestämmelserna om straffansvar för immaterialrättsintrång är att komma tillrätta med klara fall av plagiering av annans immateriella prestation eller objekt. Detta framkommer också klart i de senaste årens straffrättsliga rättspraxis på immaterialrättsens område. Syftet är följaktligen inte att straffansvaret ska kunna tillgripas för intrång som består i att två näringsidkare så att säga ligger för nära varandra, t.ex. genom att de använder snarlik teknik som utvecklats på var sitt håll.

Utifrån begränsningen att endast klara fall av intrång ska kunna angripas straffrättsligt är det tydligt att dessa intrång har ett tydligt samband med de rena förmögenhetsbrotten. Utan att gå in på en rättsteoretisk diskussion om immateriella rättigheter och äganderätt, är det inte långsökt att på ett översiktligt plan tala i termer av att intrång genom plagiering normativt ligger nära tillgreppsbroten. Och från ett samhällsligt perspektiv är det tydligt att kriminalisering av immaterialrättsintrång är nödvändigt för att tydligt signalera att samhället inte accepterar verksamhet baserad på plagiering och förfalskningar.

Däremot kan det givetvis diskuteras vilket innehåll dessa straffrättsliga regler bör ha. I artikeln har lyfts fram att straffvärdet för intrång förefaller ligga i det lägsta laget, mot bakgrund av vilka följderna blir om åklagarna därutöver åberopar de straffrättsliga bedrägeribestämmelserna. Genom att vid straffmätningen i större utsträckning kunna ta hänsyn till typskador bestående i att konsumenter vilseleds beträffande varornas ursprung, skulle man slippa att gå omvägen via bedrägeribestämmelserna för att utverka rimliga påföljder vid omfattande intrång.

Behovet av straffrättsliga ansvarsregler ska självfallet betraktas i ljuset av vilka alternativa åtgärder som ensamrättsinnehavaren har möjlighet att tillgripa för att komma tillrätta med intrånget. De senaste årens utökade arsenal av civilrättsliga sanktionsåtgärder har bidragit till att effektivisera rättshavarnas möjlighet att förhindra olovlig användning av ensamrätterna. Vitesförbudet, kombinerat med möjligheten att erhålla skadestånd för den uppkomna skadan, anses allmänt vara ett effektivt medel för att få stopp på intrång. Utifrån ett sådant perspektiv går det att diskutera om

²²³ Motsvarande skrivning framgår också av 61 § i norska varumärkeslagen och 44 § i den norska designlagen.

²²⁴ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) (LOV-1981-05-22-25).

intrång på det industriella rättsskyddets område över huvud taget ska vara kriminaliserat. Den typ av intrång som straffansvarsreglerna tar sikte på är emellertid av sådan karaktär att de ligger närmare de egentliga förmögenhetsbrott, snarare än att de avser rent civilrättsliga förhållanden. Ansvarsreglerna är följaktligen viktiga för att stärka upp det civilrättsliga systemet och respekten för immateriella rättigheter. Straffansvarsregler har en helt annan normativ verkan i att signalera att vissa handlingar inte accepteras av samhället.

Mot denna bakgrund – dvs. bestämmelsernas begränsade tillämpningsområde samt vikten av att bibehålla effektiva regler – framstår de svenska åtalsprövningsreglerna som onödigt stränga. Grunden för åtalsrestriktionen ligger främst i att spara resurser för det allmänna. Det allmännas resurser är förvisso begränsade och vi kan inte förvänta oss att alla intrång ska bli föremål för straffprocessuella förfaranden. Samhällets resurser bör koncentreras till de allvarligaste brotten.

Problemet är emellertid att tillämpningen av de nuvarande åtalsreglerna på det industriella rättsskyddets område – som exempelvis innebär att normalfallet av uppenbara intrång inte beivras straffrättsligt – på goda grunder kan påstås ställa upp alltför höga hinder för att ha något egentligt praktiskt värde. Särskilt mot bakgrund av att riksåklagaren i beslutet år 1992 är av uppfattningen att om förfalskningsverksamheten ytterligare normaliseras – då höjs tröskeln för allmänt åtal i motsvarande utsträckning. Synsättet innebär en dubbel kvalificering av intrånget, genom att det för det första måste vara av sådant slag att det typiskt sätt rör förfalskningsverksamhet och för det andra – att det inte får vara sådan förfalskningsverksamhet av normalgraden.

Den stränga tillämpningen av reglerna kan ifrågasättas, om syftet med straffbestämmelserna verkligen är att förhindra oönskade beteenden och upprätthålla någon form av förtroende för sanktionsreglerna. I annat fall blir de straffrättsliga ansvarsreglerna en illusion. Det måste sägas finnas ett allmänt intresse av att intrång kan beivras genom åtal i situationer när det är fråga om ren plagiering av immaterialrättsligt skyddade varor.

Betraktat i ljuset av ovanstående bör det vara tillräckligt att åtalsreglerna konstrueras på sätt att allmänt åtal förutsätter att rättsinnehavaren anger brottet till åtal samt att åtal är påkallat av allmän synpunkt. Det skulle innebära att kravet på särskilda skäl utgår. Detta är också den lösning som föreslås i departementspromemorian 1993:24, men som sedermera avvisade av statsfinansiella skäl. Eventuellt skulle ändringen kunna kompletteras med ett förtydligande i förarbetena om att avsikten med straffbestämmelserna framförallt är att komma tillrätta med klara fall av intrång. Detta tillsammans med ett krav på att åtal ska vara påkallat av allmän synpunkt bör vara tillräckligt för att antalet åtal inte ska hamna på en orimlig nivå. Ändrade åtalsregler innebär emellertid inte per automatik att mängden straffrättsliga mål därmed också ökar okontrollerat. Man måste nämligen därutöver beakta att det finns vissa generella möjligheter till åtalsunderlåtelse enligt 20 kap. 7 § rättegångsbalken. För dessa situationer kvarstår i princip presumtionen för åtal, men åklagaren medges rätt att under vissa givna förutsättningar underlåta att åtal.²²⁵

²²⁵ SOU 1992:61 Del A s. 150.

En ändring av åtalsprövningsreglerna, på så sätt som föreslås ovan, skulle emellertid främst ha betydelse för intrång genom förfalskningsverksamhet av mer begränsad omfattning. Mot bakgrund av straffansvarsreglernas begränsade tillämpningsområde till klara fall av intrång, kvarstår nämligen en mängd komplicerade faktorer för andra typer av intrång, t.ex. patentintrång. Visserligen bör det vara möjligt att tillgripa straffansvarsreglerna i en situation när annan uppenbart kopierat den patentskyddade uppfinningen. En ändring av åtalsprövningsregeln skulle i större utsträckning möjliggöra åtal i ett sådant fall. Men det blir mer problematiskt om intrångsgöraren utnyttjar idén i uppfinningen och genom s.k. design around tar sig runt ett uppenbart intrång. I dessa fall kan det vara svårt för en åklagare att föra talan om straffansvar, eftersom bedömningen av om förfarandet faller inom patentets skyddsomfång kan bli komplicerad.

En ändrad åtalsregel riskerar alltså att inte i tillräcklig grad komma tillrätta med de problem som kan drabba enskilda uppfinnare och mindre företag att bevaka och hävda sina rättigheter. Vikten av effektiva sanktionsregler har i olika sammanhang diskuterats – utifrån perspektivet att innovativa företag och uppfinnare måste kunna värna sina rättigheter så att de immateriella tillgångarna ska kunna nyttiggöras på marknaden.²²⁶ Problemet är att ett säkerställande av ett effektivt försvar av patenträttigheter i domstol kan vara förenat med mycket höga kostnader, vilket således innebär ett hinder för enskilda uppfinnare och mindre innovativa företag. Omfattande intrång till följd av att innehavaren inte har möjlighet att beivra intrånget kan t.ex. leda till att ett patent i praktiken blir värdelöst, eftersom det inte respekteras på marknaden. Det är inte svårt att föreställa sig att företagare kan förlora sin vilja att åstadkomma innovationer om en ny produkt blir föremål för olovlig kopiering så snart den släppts ut på marknaden – utan att verkningfulla sanktioner kan tillgripas.²²⁷ Särskilt inte om produkten förutsätter omfattande utvecklings- och marknadsföringskostnader. Om samhället övertog riskerna för sådana processer, t.ex. genom allmänt åtal, skulle detta problem möjligen kunna mildras.²²⁸

Av vad som framgått ovan är patentlagens straffbestämmelser emellertid inte avsedda för att hantera denna typ av intrång. För denna kategori av uppfinnare, inklusive små och medelstora företag som har begränsade resurser att hävda skyddet för sina innovationer, bör man därför utvärdera vilka alternativa lösningar som kan finnas tillgängliga för att patentsystemet och sanktionsmöjligheterna ska vara precis så effektiva som man kan förvänta sig. Detta är emellertid en mycket svår fråga att ta ställning till, eftersom det givetvis kan diskuteras vilket ansvar staten bör ha, alternativt vad som bör lämnas till marknaden att själv reglera.

Kanske får vi invänta ytterligare initiativ på EU-nivå, för att komma tillrätta med de problem som drabbar resurssvaga, men innovativa, mindre aktörer. I ett meddelande från EU-kommissionen från år 2014 påpekas att höga kostnader och rättstvisters komplexitet ofta kan avskräcka innovativa små och medelstora företag från att hävda sina immateriella rättigheter, vilket i sin tur kan leda till

²²⁶ Se t.ex. de motioner som hänvisas till i not **Error! Bookmark not defined.** ovan.

²²⁷ Synpunkten lyfts fram i DS 1993:24 s. 40.

²²⁸ Nilsson & Holtz, Patentlagen s. 254.

minskad forsknings- och utvecklingsverksamhet.²²⁹ I sammanhanget hänvisas till att vissa medlemsstater, genom nationella program och fonder, försöker åtgärda denna situation exempelvis genom förbättrade möjligheter för rättstvistsförsäkringar. Enligt kommissionens åtgärdsplan kommer det att utarbetas en grönbok för att samråda med berörda parter om behovet av framtida EU-åtgärder för att hjälpa små och medelstora företag att hävda sina immateriella rättigheter.

Ett möjligt tillvägagångssätt skulle kunna vara att begränsa rättegångskostnaderna för patenttvister till vissa takbelopp, t.ex. baserat på värdet av tvisten. Sådana diskussioner förs för närvarande inom ramen för etablerandet av den enhetliga patentdomstolen.²³⁰ Beroende på hur reglerna för det enhetliga patentskyddet mer exakt kommer att utformas, är det tänkbart att det uppstår ett behov av att ändra de svenska patentprocessuella reglerna för att spegla denna ordning.

²²⁹ Mot ett förnyat samförstånd om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter: En EU-handlingsplan, KOM(2014) 392 slutlig.

²³⁰ Se artikel 36.3 och artikel 69 i Agreement on a Unified Patent Court, tillgängligt via <<http://www.unified-patent-court.org>>. Härvidlag framhålls att avgifterna och kostnaderna för patentprocesserna ska fastställas på sådan nivå att en balans uppnås mellan principen om rättvis tillgång till rättslig prövning (särskilt för små och medelstora företag, privatpersoner, ideella organisationer etc.) och att parterna erhåller tillräckligt ersättning för kostnader som uppstår vid domstolen.

Källförteckning

Offentligt material

Prop. 1960:17
Prop. 1960:167
Prop. 1966:40
Prop. 1969:168
Prop. 1981/82:152
Prop. 1987/88:120
Prop. 1993/94:122
Prop. 1994/95:23
Prop. 2008/09:67
Prop. 2009/10:225

SOU 1958:10
SOU 1983:35
SOU 1992:61
SOU 2001:26
SOU 2013:38
SOU 2015:41

NU 1963:3

DS 1993:24

Litteratur

Adamsson, Peter; Bonthron, Malin; Danowsky, Peter; Essén, Eric W; Karlsson, Leif; Kylhammar, Anders; Lundgren, Ragnar; Olsson, Henry; Pehrson, Lars och Öster, Karl Olov, Lagarna inom immaterialrätten. En kommentar. Zeteo, version den 1 januari 2008. [*cit: Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten*]

Asp, Petter; Ulväng, Magnus och Jareborg, Nils, Kriminalrättens grunder, Uppsala 2010. [*cit: Asp m.fl., Kriminalrättens grunder*]

Bengtsson, Henrik och Lyxell, Ralf, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, Stockholm 2006.

Bernitz, Ulf; Karnell, Gunnar; Pehrson, Lars och Sandgren, Claes, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 13 uppl. Stockholm 2013. [*cit: Bernitz m.fl., Immaterialrätt*]

Berggren, Nils-Olof; Bäcklund, Agneta; Leijonhufvud, Madeleine; Munck, Johan; Träskman, Per Ole; Victor, Dag; Wennberg, Suzanne och Wersäll, Fredrik, *Brottsbalken*. En kommentar, Zeteo, version den 1 januari 2015. [*cit: Berggren m.fl., Brottsbalken*]

Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott*, 2 uppl. Stockholm 2012.

Borgeke, Martin *Likgiltighetsuppsåtet i teori och praktik*, SvJT 2015

Bring, Thomas och Diesen, Christian, *Förundersökning*, 4 uppl., Stockholm 2009.

Correa, Carlos M., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford 2007.

Domeij, Bengt, *The Swedish Doctrine of Equivalence*, 2010, tillgänglig via <http://ssrn.com/abstract=1666166> (2015-11-03)

Fitger, Peter; Sörbom, Monika; Eriksson, Tobias; Hall, Per; Palmkvist, Ragnar och Renfors, Cecilia, *Rättegångsbalken*. Zeteo, version april 2015. [*cit: Fitger m.fl., Rättegångsbalken*]

Friberg, Sandra, *Straffmätning – om övervärden och andra värden*. Juridisk tidskrift, Stockholm 2010, s. 713-724.

Gervais, Daniel, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3 uppl., London 2008.

von Heidenstam, Peter och Östblom, Helena, *Straffvärde och brottslighetens art vid immaterialrättsintrång*. Kommentar till Högsta domstolens dom den 4 juli 2014 (NJA 2014 s. 559) (SKF), NIR 2015/2 s. 224 ff.

Hellberg, Jonas, *Skadestånd vid patentintrång*, Stockholm 2014.

Helset, Per; Reimers, Felix; Melander Stene, Toril och Vik, Ragnar, *Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven*. Oslo 2009. [*cit: Helset m.fl., Immaterialrett og produktetterlikning*]

Jacobsson, Måns; Tersmeden, Erik och Törnroth, Lennarth, *Patentlagstiftningen: en kommentar*, Stockholm 1980 [*cit: Jacobsson m.fl., Patentlagstiftningen*]

Jareborg, *Allmän kriminalrätt*, Uppsala 2001.

Jareborg, Nils och Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, 4 uppl. Stockholm 2014

Levin, Marianne, *Vad är counterfeiting?*, NIR 1986/1 s. 33 ff.

Levin, Marianne, Noveller i varumärkesrätt. Stockholm 1990.

Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt. Upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt, 10 uppl. Stockholm 2011. [*cit: Levin, Lärobok i immaterialrätt*]

Lindgreen, Nicolai; Schovsbo, Jens och Thorsen, Jesper, Patentloven med kommentarer, Köpenhamn 2012.

Nilsson, Bengt G. och Holtz, Catarina, Patentlagen – en kommentar och en jämförelse med EPC och PCT, Stockholm 2012 [*cit: Nilsson & Holtz, Patentlagen*]

Nordell, Per Jonas, Om immaterialrättens sanktionssystem i beaktande av riksåklagarens beslut i överprövningsärende, NIR 1992/2 s. 251 ff.

Nordell, Per Jonas, 1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem, NIR 1994/3, s. 309 ff.

Pehrson, Lars, Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång. Några teoretiska och praktiska aspekter: i Festskrift till Marianne Levin. Stockholm 2008. [*cit: Pehrson, Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång*]

Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten och Salung Petersen, Clement, Immaterialret, 4 uppl., Köpenhamn 2015.

Stenvik, Are, Patentrett, 3 uppl. Oslo 2013.

Stuevold Lassen, Birger och Stenvik, Are, Kjennetegnsrett, 3 uppl. Oslo 2011.

Wallberg, Knud, Varemærkeret. Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer, EF-varemærket, Madrid-Protokollen, 4 uppl. Köpenhamn 2008. [*cit: Wallberg, Varemærkeret*]

Wessman, Richard, Varumärkeskonflikter. Förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten. Stockholm 2002. [*cit: Wessman, Varumärkeskonflikter*]

Westlander, Olle (i samarbete med Lennart Törnroth), Patent: allmänna domstolars praxis åren 1983-1991. Stockholm 1995.

Rättspraxis

EU-domstolens mål C-251/95, Sabel BV mot Puma AG, Rudolf Dassler Sport.

EU-domstolens mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH mot Klijsen Handel BV.

NJA 1985 s. 43
NJA 1988 s. 543
NJA 1995 s. 164
NJA 1994 s. 74
NJA 2000 s. 497
NJA 2004 s. 176
NJA 2004 s. 519
NJA 2008 s. 1082
NJA 2014 s. 139
NJA 2014 s. 559

RH 1990:68
RH 1995:128
RH 1998:89

MD 2004:15

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 1 oktober 2009 i mål B 3156-08 (Original I)
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 8 november 2011 i mål B 313-11 (Original II)

Svea hovrätts dom den 19 november 2001 i mål B 5377-00
Svea hovrätt i dom den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay)
Hovrätten för Västra Sverige, dom den 23 december 2011 i mål B 4278-10 (Slinky)
Svea hovrätts dom 20 december 2012 i mål B 8539-12 (Svejd)
Svea hovrätt, dom den 20 december 2013 i mål B 7713-13 (Andresen)

Stockholms tingsrätt, dom den 12 september 2011 i mål B 6738-11 (Björn Borg I)
Stockholms tingsrätt, dom 3 april 2012 i mål B 8020-11 (Björn Borg II)
Stockholms tingsrätts dom den 12 november 2014 i mål B 6299-14 (varumärkesförfalskade
cigaretter)
Stockholms tingsrätt dom den 16 januari 2015, i mål B 17726-11 (Brandwill).
Stockholms tingsrätt, dom den 17 februari 2015 i mål B 5962-14

Övrigt material

Riksåklagarens beslut den 2 januari 1992 i dnr ÅD 551, 596, 608-91.

Dir. 2014:67, Tilläggsdirektiv till Patentlagsutredningen (JU 2012:12)

Internationella åklagarkammaren Stockholm, beslut den 20 oktober 2015 i ärende AM-133242-15.

Betänkanden från Näringsutskottet:

2009/10:NU9

2010/11:NU11

2011/12:NU9

2013/14:NU15

2014/15:NU11