



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 02
Rotel 0205

DOM
2012-12-19
Stockholm

Mål nr
B 4376-12

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Södertörns tingsrätts dom den 13 april 2012 i mål nr B 11573-11, se bilaga A

PARTER (antal tilltalade 1)

Klagande (Åklagare)

Kammaråklagaren Fredrik Ingblad
Internationella åklagarkammaren i Stockholm

Klagande (Målsägande)

1. Ing-Marie Gustafsson
Svalvägen 36
237 36 Bjarred

2. Lars Melin
Limonitvägen 10
168 61 Bromma

3. Mäklarsamfundet Service i Sverige AB
Box 1487
171 28 Solna

4. Björn Nilsson
Linnégatan 2
413 04 Göteborg

5. PE Allkonsult AB
Såningsgränd 9
574 34 Vetlanda

6. Jan Trost
Ringgatan 4 F
752 17 Uppsala

7. Olof Vejde
Rågsveden
Milsbo 214
781 94 Borlänge

1 - 7 företrädta av åklagaren

Dok.Id 1037461

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00	08-561 675 09	måndag - fredag 09:00-15:00
		E-post: svea.avd2@dom.se www.svea.se		

Motpart (Tilltalad)

NN,

Västerhaninge

Ombud och offentlig försvarare: Advokaten Johan Eriksson
Försvarsadvokaterna Stockholm HB
Box 12107
102 23 Stockholm

SAKEN

Brott mot upphovsrättslagen m.m.

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten ändrar tingsrättens dom på följande sätt.

a) Hovrätten dömer NN enligt 53 § första stycket jämfört med 2 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk samt 23 kap. 1 och 4 §§ brottsbalken för *medhjälp till brott mot upphovsrättslagen* och *medhjälp till försök till brott mot upphovsrättslagen*.

b) Hovrätten bestämmer påföljden till villkorlig dom med samhällstjänst 75 timmar. Om fängelse i stället hade valts som påföljd, skulle fängelse två månader ha dömts ut.

Samhällstjänsten ska anordnas av Frivården Södertörn.

c) Hovrätten förpliktar NN att betala ersättning till

- Ing-Marie Gustafsson med 9 000 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 28 maj 2009 till dess betalning sker,
- Björn Nilsson med 9 000 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 28 maj 2009 till dess betalning sker,
- PE Allkonsult AB med 9 000 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 28 maj 2009 till dess betalning sker,
- Lars Melin med 9 000 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 28 maj 2009 till dess betalning sker, samt

- Olle Vejde med 6 000 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 28 maj 2009 till dess betalning sker.

d) Hovrätten förklarar 54 703 kr förverkade hos NN.

2. Beslagen ska bestå.

3. NN åläggs att betala en avgift på 500 kr enligt lagen (1994:419) om brottsofferfond.

4. Johan Eriksson tillerkänns ersättning av allmänna medel med – rätt räknat – 18 765 kr, varav 14 460 kr avser arbete, 522 kr avser tidsspillan och 3 753 kr avser mervärdesskatt.

5. NN ska till staten återbetala kostnaden för försvaret i tingsrätten och hovrätten, sammanlagt 50 181 kr.

YRKANDEN M.M. I HOVRÄTTEN

Åklagaren har yrkat att hovrätten ska bifalla åtalet och bestämma påföljden till villkorlig dom och samhällstjänst.

För det fall hovrätten inte finner att NN har medverkat till brott mot upphovsrättslagen eller försök därtill har åklagaren yrkat att NN ska dömas för häleri enligt 9 kap. 6 § första stycket brottsbalken i enlighet med följande tillägg som ett sista stycke i gärningsbeskrivningen.

”NN har i sista hand genom mottagandet av drygt 54 000 kronor enligt ovan nämnda, berett sig otillbörlig vinning av annans brottsliga förvärv, det vill säga de olovliga tillgängliggöranden/exemplarframställningar som de ansvariga för tjänsten begått tillsammans med användarna av den, enligt ovanstående stycken. Häleriet har begåtts från början av hösten 2008 till och med juni 2009 i bl.a. Tullinge.”

Åklagaren har slutligen yrkat att hovrätten ska bifalla förverkandeyrkandet och, vid bifall till åtalet i någon av de delar som inte avser häleri, målsägandenas ersättningsyrkanden.

NN har motsatt sig ändring av tingsrättens dom och även förnekat att han gjort sig skyldig till häleri. Beträffande målsägandenas ersättningsyrkanden har han vitsordat endast yrkad ränta som skälig i och för sig.

UTREDNINGEN I HOVRÄTTEN

Den bevisning som lades fram i tingsrätten har återopats även här. Förhören med NN, Anneli Lindmark och Magnus Melin har lagts fram genom uppspelning av ljud- och bildfilerna från tingsrätten. Syn har hållits på den bevis-säkring som Sveriges Läromedelsförfattarens Förbund, SLFF, har gjort. Avseende den skriftliga bevisningen har åklagaren begränsat denna till utdragen ur webbsidan för tjänsten RapidShare och återopat endast s. 95 och 99 f. Åklagaren har i hovrätten

åberopat ny skriftlig bevisning i form av en promemoria avseende resultatet av en undersökning av en i beslag tagen dator tillhörande Gottfrid Svartholm Warg.

Utöver det som antecknats i tingsrättens dom (s. 5 f.) har NN under förhöret där uppgett följande. Uppdraget att skapa användargränssnittet innefattade att rita upp webbsidans utseende, dvs. det som användarna skulle se. Han gjorde grundmallen och ramen för webbsidan samt skrev de programkoder som krävdes för detta. Det behövs mycket mer än så för att en webbsida ska fungera. Genom e-post fick han detaljer om webbsidans utformning. Genom att klicka sig fram från webbsidan skulle man kunna ladda hem material från RapidShare. Han gick aldrig in på den webbsidan utan hade nog ett testkonto till den där han kunde se hur sidan såg ut för användaren. De filer han hade skapat sparade han och i dessa filer gjorde han sedan ändringar. Han anade ungefär hur tjänsten skulle fungera, men inte att det skulle vara brottsligt. Att vem som helst skulle kunna registrera sig och dela med sig av material var känt för honom, men inte att det skulle röra sig om upphovsrättsskyddat material. Han var den enda personen som hade inloggning till det registrerade kontot hos MO-SMS tjänsten. Pengar ”rullade in” vilket innebar att folk gick in på webbsidan. Han tänkte att webbsidan gick bra och att många registrerade sig lockade av att det var gratis.

HOVRÄTTENS DOMSKÄL

Skuld

Åklagaren har sakframställningsvis i hovrätten preciserat sina påståenden om NN NNs handlande enligt följande.

- Att *starta* fildelningstjänsten innefattar att designa, skapa och programmera webbsidan, designa och lägga in logotypen på sidan, programmera och skapa en teknisk lösning i form av en databas med möjlighet för användarna att lägga in länkar till upphovsrättsskyddade bokverk samt att ha lagt in nämnda information på en eller flera servrar med uppkoppling på Internet.

- Att *uppdatera* fildelningstjänsten innefattar att regelbundet kontrollera, förnya och sköta programmeringen av webbsidan/databasen och kontrollera samt sköta hårdvaran.
- Att *administrera* fildelningstjänsten innefattar att betala för uppkoppling och serverutrymme, handha avtal med dessa parter eller själv tillhandahålla serverutrymme, samt tillhandahålla en betalningstjänst och organisera penningflödet i verksamheten, samt genom tjänsten hålla koll på de användare och verk som funnits där.

NN har i hovrätten vidhållit att han är oskyldig till brott och här gjort följande förtydliganden av sin inställning till åtalet. Han förnekar att han har tillgängliggjort verken genom överföring till allmänheten och att han har medverkat till att framställa exemplar av verken. Webbsidan har han designat liksom tjänstens logotype men han har inte medverkat till att fylla webbsidan med innehåll eller till fildelningstjänsten i övrigt. Han har mottagit betalning på det sätt som åklagaren påstått. Hans åtgärder utgör inte gärningsmannaskap eller medhjälp till de påstådda huvudbrotten eller försök därtill. – Det bestrids att Jan Trosts och Mäklarsamfundet Service i Sverige AB:s (Mäklarsamfundet) verk har funnits tillgängliga på webbsidan. – Beträffande åtalet avseende häleri har NN hävdat att han inte trott att webbsidan skulle användas till något otillåtet eller att de betalningar han mottog härrörde från brottslig verksamhet.

Fildelningstjänsten Studentbay.se

Genom utredningen i målet har framkommit följande. De upphovsrättsliga förfoganden målet avser har skett genom en fildelningstjänst på Internet med adressen ~~www.studentbay.se~~ (Studentbay). Tjänsten startade år 2008 och lades ner i maj 2009.

Studentbay var en fildelningstjänst som utan några begränsningar var sökbar och tillgänglig på Internet. Syftet med tjänsten var att möjliggöra fildelning av undervisningsmaterial. Genom webbsidan kunde registrerade användare efter inloggning ladda upp och ladda ner bl.a. böcker i digital form. För att bli registrerad som användare krävdes antingen uppladdning av nytt godkänt material på webbsidan

eller betalning genom SMS av en registreringsavgift om 20 kr. Det material som var tillgängligt för användarna visades med hjälp av ikoner på webbsidan. Genom att klicka på ikonerna kunde en användare ladda ned och få tillgång till önskat material.

Visst material var lagrat som pdf-filer på en till webbsidan anknuten server hos RapidShare. Det material som visades på Studentbays webbsida, men som alltså var lagrat hos RapidShare, kunde inte sökas eller nås på annat sätt än genom Studentbays webbsida. Det fanns även tillgängligt material som skulle laddas ned med hjälp av s.k. torrentfiler. Användande av sådana filer innebär att olika delar av en bok hämtas från olika servrar och sedan sammanställs till en helhet, d.v.s. boken.

Enligt åberopade skärmdumpar har ungefär 300 böcker funnits tillgängliga för nedladdning genom Studentbay under den tidsperiod som åtalet avser.

Upphovsrättsliga förfoganden

Hovrätten har inledningsvis att bedöma, om det objektivt sett har begåtts intrång i den ensamrätt som enligt 1 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen) tillkommer upphovsmän till litterära verk, genom att de i målet aktuella verken olovligen tillgängliggjorts genom överföring till allmänheten eller genom exemplarframställning.

I likhet med tingsrätten finner hovrätten att det saknas anledning att ifrågasätta att de i målet aktuella alstren utgör verk i upphovsrättslagens mening och att rättighetshavarna inte har lämnat sitt samtycke till något upphovsrättsligt förfogande över verken i den verksamhet som åtalet avser. Således åtnjuter verken upphovsrättsligt skydd och eventuella upphovsrättsliga förfoganden av dessa inom ramen för Studentbays verksamhet har skett olovligen.

Enligt 2 § upphovsrättslagen innefattar ensamrätten en uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konststart eller i annan teknik. Framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket,

oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis (andra stycket samma paragraf). Ett verk görs tillgängligt för allmänheten när verket överförs till allmänheten och detta innefattar överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket vid en tidpunkt som de själva väljer (tredje stycket 1 nämnda paragraf). I förarbetena anges att alla former av tillhandahållande av verk på Internet kommer att bedömas som överföring till allmänheten, oavsett verkstyp och oavsett om verket görs tillgängligt på begäran eller på annat sätt. Som exempel på tillhandahållande anges i motiven när ett litterärt verk laddas upp på en webbsida (prop. 2004/05:110 s. 69 f. och 379). Ett tillgängliggörande genom överföring till allmänheten anses föreligga så snart det varit möjligt för enskilda att ta del av verken och det saknar betydelse om någon faktiskt har tagit del av verket (jfr Svea hovrätts dom den 26 november 2010 i mål nr B 4041-09 – i fortsättningen *Pirate Bay-domen* – s. 17 samt Svea hovrätts domar den 23 maj 2006 i mål nr FT 9477-04 och den 27 februari 2007 i mål nr FT 8245-05). I och med att ett verk laddas upp eller laddas ner i en digital miljö sker exemplarframställning av verket (jfr NJA 1996 s. 79).

För att den som har gjort intrång i den till ett verk knutna upphovsrätten ska kunna dömas för brott krävs, enligt 53 § första stycket upphovsrättslagen, att denne vidtagit åtgärderna som medför intrånget uppsåtligen eller av oaktsamhet. Av paragrafens femte stycke framgår att till ansvar för försök till intrång i upphovsrätten döms enligt reglerna i 23 kap. brottsbalken. För att ett straffbart försök till brott ska föreligga krävs, enligt 23 kap. 1 § brottsbalken, att gärningsmannen har påbörjat utförandet av brottet, att det antingen förelegat fara för brottets fullbordning eller att sådan fara har varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. För att ett försök ska vara straffbart krävs uppsåt.

Genom Anneli Lindmarks vittnesmål, den skriftliga bevisningen och synen på det av SLFF bevisade materialet finner hovrätten utrett att fem av de av åtalet omfattade litterära verken har funnits tillgängliga på Studentbay för nedladdning (som pdf-filer) under den period som åtalet avser, nämligen *eXponent Matematik*, *Hur man räknar statistik*, *Nära relationer*, *Ellinstallation* samt *Manipulera med språket*. Det har därmed varit möjligt för internetanvändare att ta del av verken genom Studentbay, vilket utgör ett tillgängliggörande genom överföring till allmänheten som avses i 2 §

tredje stycket 1 upphovsrättslagen. Tillgängliggörandet av verken har föregåtts av att någon har laddat upp dem på den till Studentbay anknutna servern RapidShare, vilket utgör exemplarframställning av dessa verk. Det är således styrkt att dessa fem verk har varit föremål för olovliga upphovsrättsliga förfoganden enligt åtalet.

Av utredningen framgår vidare dels att Studentbays webbsida haft ikoner för verken *Studieteknik*, *Att förstå vardagen* och *Lärobok i fastighetsförmedling*, dels att de två förstnämnda synes ha varit tillgängliga för nedladdning med hjälp av torrentfiler. Av utredningen framgår emellertid inte att dessa verk faktiskt har eller har kunnat laddas ned från Studentbays webbsida. Hovrätten finner därför inte styrkt att verken har gjorts tillgängliga för allmänheten eller att exemplar av dessa har framställts. Med avseende på dessa verk är det således inte styrkt att något olovligt upphovsrättsligt förfogande har förekommit.

I fråga om försöksbrott har förekommit avseende sistnämnda tre verk gör hovrätten följande bedömning. Som redan anförts har Studentbays webbsida haft ikoner för dessa tre verk. Utredningen visar vidare att de verken varit sökbara på webbsidan samt att andra verk som haft ikoner och varit sökbara också har kunnat laddas ned. Mot den bakgrunden och med beaktande av utredningen avseende tillvägagångssättet vid uppladdning av verk genom webbsidan finner hovrätten klarlagt, att någon måste med uppsåt ha påbörjat det som ankommer på honom eller henne att utföra för att dessa verk ska ha blivit tillgängliga för nedladdning på webbplatsen. Hovrätten finner därför att straffbara försök till brott mot upphovsrättslagen genom tillgängliggörande av aktuella verk genom överföring till allmänheten och exemplarframställning har begåtts.

NNs agerande

Utredningen – inte minst det förhållandet att NN ensam har tillgodogjort sig all vinst på verksamheten – tyder på att han haft mer att göra med fildelningstjänsten Studentbay än han erkänt. Hovrätten finner emellertid att åklagaren inte har förmått styrka att NN har vidtagit andra åtgärder med Studentbay än vad han erkänt. Av NNs egna uppgifter om det stora

antalet timmar han ägnat åt webbsidan framgår å andra sidan att omfattningen av dessa åtgärder har varit betydande. Därtill kommer att han för att utföra detta arbete måste ha haft mycket mera insyn i verksamheten än han velat tillstå.

Hovrätten har nu att bedöma om de av NN vidtagna åtgärderna objektivet sett är att bedöma som gärningsmannaskap alternativt som medhjälp till huvudbrotten i enlighet med gärningsbeskrivningen.

I rättsfallet NJA 1996 s. 79 hade en systemoperatör, ägare och ansvarig för driften av en s.k. elektronisk anslagstavla (BBS), åtalats för upphovsrättsintrång bestående i att datorprogram gjorts tillgängliga för allmänheten. Tillgängliggörandet hade bestått i att kopior av upphovsrättsligt skyddade datorprogram överfördes till den elektroniska anslagstavlan, varefter andra användare hade möjlighet att kopiera programmen. Högsta domstolen uttalade att de i 2 § upphovsrättslagen upptagna rekvisiten förutsätter någon form av aktivt handlande för att intrång i ensamrätten ska föreligga och fann med anledning därtill att själva tillhandahållandet av den elektroniska anslagstavlan inte var tillräckligt för att systemoperatören skulle kunna anses ha företagit ett upphovsrättsligt förfogande. Frågan om medverkansansvar aktualiserades inte.

I ett senare rättsfall, NJA 2006 s. 535, fastslog Högsta domstolen att vid bedömningen av om medgärningsmannaskap föreligger bör en utgångspunkt vara att det krävs sådan bevisning på individnivå att man beträffande var och en av de inblandade kan konstatera att de har medverkat vid brottets utförande på sådant sätt att de är att betrakta som medgärningsmän. I fallet ansågs två tilltalade på olika sätt ha medverkat till ett grovt rån. Det ansågs emellertid inte utrett att någon av de båda männen i en eller annan form deltagit vid själva genomförandet av rånet. Trots att båda hade haft en betydelsefull roll bedömdes ingen av dem ha haft sådan ställning att han kunde betraktas som gärningsman.

Med en tillämpning av de bedömningsgrunder som följer av dessa avgöranden finner hovrätten att NN inte kan dömas som gärningsman enligt gärningsbeskrivningens första stycke eftersom han inte själv, såvitt framkommit, har

varit delaktig i verkens uppladdningar och tillgängliggöranden för allmänheten på ett sådant sätt som krävs för att ett aktivt handlande vid huvudbrottens utförande ska anses föreligga.

Frågan är då om NN genom att handla på det sätt som hovrätten har funnit styrkt kan anses ha främjat huvudbrotten med råd och dåd så att han kan dömas för medhjälp till dessa (jfr 23 kap. 4 § första stycket brottsbalken).

Till att börja med finner hovrätten att NNs åtgärder med webbsidan Studentbay har främjat huvudbrotten på sådant sätt att de objektiva förutsättningarna för att döma honom för medhjälp till huvudbrotten är uppfyllda. När det sedan gäller de subjektiva förutsättningarna för att döma honom för medhjälp gör hovrätten följande bedömning.

För att någon ska dömas för brott mot upphovsrättslagen krävs att gärningen, som hovrätten redovisat ovan, har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. För att NN ska dömas till ansvar för medhjälp till sådant brott krävs att uppsåt eller oaktsamhet föreligger såväl i förhållande till främjandet som i förhållande till den gärningen som utgör huvudbrottet. Emellertid krävs inte att han känt till huvudbrotten i detalj, till exempel vilka verk som gjorts tillgängliga eller hur många exemplar som framställts. Det räcker att han har känt till de omständigheter som utgör rekvisiten för upphovsrättsintrång, dvs. att olovliga tillgängliggöranden och exemplarframställningar av upphovsrättsskyddat material ägde rum på webbsidan (se NJA 2007 s. 929 och Pirate Bay-domen s. 26 f.).

Enligt hovrättens mening måste NN, med sin kunskap om att syftet med webbsidan var bl.a. att fildela kurslitteratur, redan på grund av Studentbays namn och logotypens utseende, med den uppenbara kopplingen som dessa hade till ”The Pirate Bay”, ha insett att olovliga upphovsrättsliga förfoganden skulle komma att äga rum genom Studentbay. NN har under den aktuella tidsperioden kontinuerligt tillgodogjort sig de belopp – bortsett från kostnaden för betalningsförmedlingen – som Studentbays användare betalade för fildelningstjänsten. Han har härigenom haft full kunskap om att webbsidan var välbesökt och att användarna

betalade för att få tillgång till, dvs. för att kunna ladda ned, material från webbsidan. Han måste således ha varit medveten om att hans arbete med webbsidan möjliggjorde den olovliga fildelning som förekommit. Vid sådana förhållanden finner hovrätten att han har haft uppsåt till såväl främjandegärningarna som huvudbrotten. Han ska därför dömas för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen samt för medhjälp till försök därtill.

Sammanfattning

Hovrätten har således kommit fram till att NN har gjort sig skyldig till medhjälp till brott mot upphovsrättslagen avseende fem verk samt till medhjälp till försök till brott mot upphovsrättslagen avseende tre verk. Huvudbrotten har bestått i dels olovliga tillgängliggöranden av verk genom överföring till allmänheten och de exemplarframställningar som föregått tillgängliggörandet, dels försök därtill. Tingsrättens dom ska således ändras i fråga om skuld.

Påföljd

För brott mot upphovsrättslagen är föreskrivet böter eller fängelse två år (53 § första stycket upphovsrättslagen). Vid bedömningen av straffvärdet har hovrätten att beakta bland annat 29 kap. 1 § andra stycket brottsbalken. Hovrätten bedömer att straffvärdet av NNs brottslighet är fängelse två månader.

Enligt 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken ska rätten vid val av påföljd fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Som skäl för fängelse får rätten enligt paragrafens andra stycke beakta brottslighetens straffvärde och art samt att den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott.

Den aktuella brottslighetens straffvärde är inte så högt att detta ensamt talar för en fängelsepåföljd. Åklagaren har gjort gällande att brott mot upphovsrättslagen av det slag som NN har gjort sig skyldig till ska anses utgöra artbrott, vilket i så fall medför en presumtion för fängelse som påföljd. Av förarbetena till 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken framgår att med uttrycket brottslighetens art främst avsetts sådana brottstyper som enligt då gällande praxis ansetts motivera

fängelse trots att de inte har ett särskilt högt straffvärde (prop. 1987/88:120 s. 100). Varken lagförarbeten eller Högsta domstolens praxis ger stöd för att upphovsrättsintrång ska betraktas som ett brott av sådan art att det finns en presumtion för att välja fängelse som påföljd. En sådan presumtion motiveras som regel av allmänpreventiva hänsyn, dvs. den allmänna laglydnaden. Styrkan av presumtionen kan variera beroende på brottslighetens karaktär i det särskilda fallet och omständigheterna kring brottet (se NJA 1990 s. 84 och NJA 1999 s. 561). Svea hovrätt har i Pirate Bay-domen ansett att det står klart att den olagliga fildelningen snabbt antagit proportioner som gör att de allmänpreventiva hänsynen måste tillmätas stor vikt i rättstillämpningen varför just upphovsrättsintrång genom fildelning i kommersiellt syfte bör anses vara av sådan art att påföljden normalt ska bestämmas till fängelse (Pirate Bay-domen, s. 47). Av samma skäl och då NNs medverkan till brott mot upphovsrättslagen har haft även ett kommersiellt syfte finner hovrätten att den brottslighet som han har gjort sig skyldig till är av sådan art att en fängelsepåföljd är motiverad.

NN är tidigare ostraffad. Han arbetar och lever under ordnade förhållanden. Något övervakningsbehov har inte bedömts föreligga och det saknas enligt hovrätten anledning att befara att han kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet. De allmänna förutsättningarna för villkorlig dom är således uppfyllda och NN är lämplig att utföra samhällstjänst. Vid sådana förhållanden och då brottslighetens straffvärde inte är högre finns förutsättningar att i enlighet med vad åklagaren har yrkat bestämma påföljden till villkorlig dom förenad med en föreskrift om samhällstjänst. Om fängelse hade valts som påföljd skulle strafftiden ha motsvarat straffvärdet. Det antalet timmar som samhällstjänst ska utföras bör därför bestämmas till 75 timmar.

Ersättningskyldighet enligt upphovsrättslagen

Ing-Marie Gustafssons, Lars Melins, Mäklarsamfundets, Björn Nilssons, PE Allkonsult AB:s och Jan Trosts ersättningsanspråk innebär att NN ska förpliktas att till var och en av dem betala *dels* skälig ersättning för utnyttjande av respektive verk som tillgängliggjorts för allmänheten eller, i andra hand, ersättning

med samma belopp för annan skada enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen, *dels* ersättning för ideell skada. Olof Vejde har bara yrkat ersättning för ideell skada.

Målsägandena har i hovrätten klargjort att någon ersättning inte yrkas med anledning av exemplarframställning. Yrkandena har framställts såväl vid fullbordat brott mot

upphovsrättslagen som vid försök därtill samt för det fall NN

bedöms vara gärningsman eller medhjälpare men inte i det fall han döms för häleri. De yrkade beloppen avseende skälig ersättning för utnyttjande har beräknats i syfte att vara en hypotetisk licensavgift.

NN har, utöver att yrkad ränta vitsordats som skälig, vidhållit sin

inställning till målsägandenas anspråk så som den antecknats i tingsrättens dom (s. 4).

Han har även i hovrätten gjort gällande att ersättningskyldigheten ska jämkas om han döms för medhjälpsbrott.

Hovrätten gör följande bedömning.

Hovrätten har i det föregående funnit att NN uppsåtligen har gjort

sig skyldig till medhjälp till brott mot upphovsrättslagen genom sin medverkan till olovliga tillgängliggöranden och exemplarframställningar av fem upphovsrättsligt skyddade verk. Hovrätten har vidare funnit att NN uppsåtligen har gjort sig skyldig till medhjälp till försök till brott mot upphovsrättslagen genom motsvarande upphovsrättsliga förfoganden avseende ytterligare tre sådana verk.

Hovrätten prövar inledningsvis om NNs brottslighet grundar rätt till ersättning av det slag som har yrkats.

Av 54 § första stycket upphovsrättslagen framgår, såvitt nu är av intresse, att den som i strid mot lagen utnyttjar ett verk ska till upphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare betala skälig ersättning för utnyttjande. Enligt paragrafens andra stycke ska, om utnyttjandet sker uppsåtligen eller av oaktsamhet, ersättning utgå för ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen medfört. Vid bestämmande av sådan ersättning ska hänsyn särskilt tas till bl.a. utebliven vinst och ideell skada.

Vid bedömning av NNs ersättningskyldighet saknar det betydelse att han inte döms som gärningsman utan som medhjälpare eftersom han – med hänsyn till den ekonomiska vinning han haft – måste anses ha utnyttjat verken ekonomiskt (se NJA 1986 s. 702 och *Pirate Bay*-domen s. 50 f.).

Hovrätten har enligt vad som redovisats ovan inte funnit det styrkt att Jan Trosts *Att förstå vardagen* och *Studieteknik* samt Mäklarsamfundets *Lärobok i fastighetsförmedling* har varit föremål för olovligt tillgängliggörande för allmänheten. Rätten till ersättning enligt upphovsrättslagen förutsätter emellertid att ett upphovsrättsligt förfogande skett. Jan Trosts och Mäklarsamfundets ersättningsyrkanden kan därmed inte bifallas. I dessa delar ska tingsrättens domslut stå fast.

NN är däremot skyldig att betala ersättning till målsägandena med avseende på övriga fem verk som omfattas av åtalet. Målsägandenas anspråk på ersättning omfattar såväl skälig ersättning för utnyttjande, alternativt ersättning för annan skada, som ersättning för ideell skada.

Skälig ersättning för utnyttjandet av ett verk ska betalas även om rättighetsinnehavaren inte har lidit någon förlust till följd av intrånget. Som grund för beräkning av sådan ersättning kan läggas gällande tariffer, kollektivöverenskommelser eller de grunder för beräkning som är gängse i branschen (jfr prop. 1960:17 s. 290). I senare lagstiftningsärenden har uttalats att skälig ersättning kan motsvara den licensavgift som borde ha utgått om licens hade upplåtits samt att dennas storlek får avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet (se prop. 2008/09:67 s. 226 och 233).

Yrkandena avseende skälig ersättning har beräknats som ett antaget försäljningsbortfall orsakat av det olovliga tillgängliggörandet genom Studentbay. Enligt hovrättens mening är emellertid underlaget för dessa beräkningar inte så tillförlitligt, bl.a. rörande försäljningsprognoser, att det kan läggas till grund för bestämmande av den skäliga ersättningen. Av Annelie Lindmarks uppgifter framgår att konsumentpriserna för nu aktuella fem verk är cirka 100 kr – 500 kr samt att upphovsmannens provision är cirka 20 procent av priset. Med hänsyn härtill och med beaktande av den tid som verken har

tillgängliggjorts finner hovrätten att skälig ersättning för utnyttjandet kan bestämmas till 3 000 kr per verk (jfr NJA 2010 s. 135).

Till stöd för yrkandet om ersättning för ideell skada har målsägandena anfört att de olovliga tillgängliggörandena har inneburit en kränkning för upphovsmännen och att förfogandena inneburit att verken har publicerats i ny form och med sämre kvalitet samt utan att upphovsmännen fick tillfälle att utöva sin ensamrätt. Genom Anneli Lindmarks vittnesmål är visat att yrkade belopp motsvarar vad som regelmässigt betalas förlikningsvis i branschen för denna slags skada. Med hänsyn härtill finner hovrätten att ersättningen för ideell skada bör bestämmas till 6 000 kr per verk.

Med hänsyn till att NN uppsåtligen gjort sig skyldig till medhjälp till upphovsrättsintrång i kommersiellt syfte finner hovrätten inte skäl att jämka hans ersättningsskyldighet.

Sammanfattningsvis innebär det nu anförda att NN ska ersätta var och en av Ing-Marie Gustafsson, Björn Nilsson, PE Allkonsult AB och Lars Melin med 9 000 kr samt Olof Vejde med 6 000 kr jämte yrkad ränta. Tingsrättens dom ska alltså ändras i enlighet med detta.

Förverkande

Åklagaren har yrkat att 54 703 kr ska förverkas hos NN som utbyte av brott.

Enligt 53 a § första stycket upphovsrättslagen ska utbyte av brott mot upphovsrättslagen förklaras förverkat om det inte är uppenbart oskäligt. Av betydelse vid bedömningen av om det är uppenbart oskäligt är bland annat värdet av utbytet, brottets straffvärde och intresset av att förhindra fortsatt brottslighet. Den sammantagna reaktionen på brottet måste vara rimlig och proportionerlig. Till skillnad från vad som

gäller vid förverkande vid brott som innebär förmögenhetsöverföring ska inte det förhållandet att den som gör intrång åläggs skadeståndskyldighet, inbegripet den

skäliga ersättningen, med automatik medföra att förverkande underlåts eller leder till jämkning. Utbyte av brott bör således kunna förverkas även om gärningsmannen samtidigt åläggs att betala ett skadestånd som uppgår till motsvarande belopp. Sådan ersättningsskyldighet liksom andra ekonomiska konsekvenser ska emellertid beaktas vid den allmänna skälighetsbedömningen. (Se prop. 2004/05:135 s. 168 f. och 171 f.)

NN ska, enligt vad hovrätten funnit ovan, betala ersättning till fem målsägande om sammanlagt 42 000 kr och ränta. Varken detta belopp eller det belopp som yrkas förverkat är påtagligt stort. NNs ekonomiska förhållanden får anses vara ganska goda. Med hänsyn härtill finner hovrätten att det inte framstår som uppenbart oskäligt att bifalla förverkandeyrkandet. Tingsrättens dom ska således ändras även på så sätt att 54 703 kr ska förklaras förverkade hos NN NN.

Övriga frågor

Enligt 31 kap. 1 § första stycket rättegångsbalken ska den som döms för brott där åklagaren för talan ersätta staten för vad som betalats av allmänna medel i ersättning för försvarare. Återbetalningsskyldigheten är, enligt paragrafens tredje stycke, begränsad till vad den tilltalade skulle ha fått betala i avgift vid rättshjälp enligt rättshjälpslagen (1996:1619). Jämkning av återbetalningsskyldigheten får också ske om det finns skäl till det med hänsyn till den tilltalades brottslighet eller hans personliga och ekonomiska förhållanden (fjärde stycket).

Eftersom NN döms för brott ska han till staten återbetala kostnaden för sitt försvar i tingsrätten och i hovrätten. Hans ekonomiska förhållanden är sådana att det saknas skäl att begränsa återbetalningsskyldigheten.

NN döms nu för brott med fängelse i straffskalan. Han ska därför även betala avgift till brottsofferfonden.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B.

Överklagande senast 2013-01-16

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Ulrika Beergrehn och Patrik Schöldström, tf. hovrättsassessorn Felisa Krzyzanski, referent, samt nämndemännen Fredrik Freberg och Peter Michanek (skiljaktig).

Skiljaktig mening, se nästa sida.

SKILJAKTIG MENING

Nämndemannen Peter Michanek är skiljaktig i fråga om påföljd och anför följande.

Vid val av påföljd ska rätten fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Det finns inget stöd i lagens förarbeten eller i Högsta domstolens praxis för att upphovsrättsintrång ska betraktas som ett brott av sådan art att det finns en presumtion för att välja fängelse som påföljd. Att foga nya brottstyper till listan av så kallade artbrott bör göras med mycket stor försiktighet.

Åklagaren har åberopat Pirate Bay-domen. Där ansågs vissa former av upphovsrättsintrång ändå utgöra artbrott. Det kan enligt min mening inte anses att alla upphovsrättsintrång ska betraktas som artbrott. Hänsyn måste tas till de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet.

Jag anser att det finns flera avgörande skillnader mellan omständigheterna i den åberopade domen och vad som framkommit i det nu aktuella fallet. Det kommersiella utbytet har i det här målet varit begränsat och ej i närheten av samma omfattning. Det har vidare inte heller varit fråga om samma systematiska och välorganiserade brottslighet.

Vid en samlad bedömning finner jag att påföljden ska bestämmas till villkorlig dom och 40 dagsböter.