

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-03-09

Närvarande: f.d. regeringsrådet Karl-Ingvar Rundqvist, justitierådet Torgny Håstad och regeringsrådet Göran Schäder.

Förverkande av utbyte av och hjälpmedel vid brott m.m.

Enligt en lagrådsremiss den 3 februari 2005 (Justitiedepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i rättegångsbalken,
2. lag om ändring i brottsbalken,
3. lag om ändring i miljöbalken,
4. lag om ändring i lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott,
5. lag om ändring i lagen (1958:205) om förverkande av alkoholhaltiga drycker m.m.,
6. lag om ändring i varumärkeslagen (1960:644),
7. lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk,
8. lag om ändring i lagen (1961:181) om försäljning av teknisk sprit m.m.,
9. lag om ändring i patentlagen (1967:837),
10. lag om ändring i narkotikastrafflagen (1968:64),
11. lag om ändring i mönsterskyddslagen (1970:485),
12. lag om ändring i skattebrottslagen (1971:69),
13. lag om ändring i firmalagen (1974:156),

14. lag om ändring i abortlagen (1974:595),
15. lag om ändring i lagen (1974:1066) om förfarande med förverkad egendom och hittegods m.m.,
16. lag om ändring i förfogandelagen (1978:262),
17. lag om ändring i ransoneringslagen (1978:268),
18. lag om ändring i jaktlagen (1987:259),
19. lag om ändring i strålskyddslagen (1988:220),
20. lag om ändring i lagen (1988:868) om brandfarliga och explosiva varor,
21. lag om ändring i lagen (1988:950) om kulturminnen m.m.,
22. lag om ändring i utlänningslagen (1989:529),
23. lag om ändring i lagen (1991:1969) om förbud mot vissa dopningsmedel,
24. lag om ändring i lagen (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter,
25. lag om ändring i fiskelagen (1993:787),
26. lag om ändring i lotterilagen (1994:1000),
27. lag om ändring i alkohollagen (1994:1738),
28. lag om ändring i lagen (1994:1776) om skatt på energi,
29. lag om ändring i lagen (1995:732) om skydd för gravriden vid vraket efter passagerarfartyget Estonia,
30. lag om ändring i lagen (1995:831) om transplantation m.m.,
31. lag om ändring i vapenlagen (1996:67),
32. lag om ändring i lagen (1996:95) om vissa internationella sanktioner,
33. lag om ändring i lagen (1996:1152) om handel med läkemedel,
34. lag om ändring i växtförädlarrättslagen (1997:306),
35. lag om ändring i lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlur,
36. lag om ändring i lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning,

37. lag om ändring i lagen (2000:1064) om kontroll av produkter med dubbla användningsområden och av tekniskt bistånd,
38. lag om ändring i insiderstrafflagen (2000:1086),
39. lag om ändring i lagen (2000:1225) om straff för smuggling,
40. lag om ändring i lagen (2003:148) om straff för terroristbrott.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av hovrättsassessorerna Lars Wallinder och Stefan Johansson samt ämnessakkunnige Peter Lundkvist.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förverkandereglernas systematik

I lagrådsremissen föreslås ändringar i ett stort antal lagar som innehåller bestämmelser om förverkande i samband med brott. Syftet är främst att den svenska regleringen av förverkandeinstitutet skall fullt ut svara mot åtaganden som Sverige gjort inom Europarådet och EU avseende möjligheterna att förverka utbyte av brott och hjälpmedel vid brott. Därutöver läggs fram förslag till vissa andra ändringar, bl.a. för att öka möjligheterna att förverka avkastning av brottsutbyte. Allmänt sett innebär förslagen att regleringen av förverkande byggs ut och skärps i brottsbekämpande syfte.

Förslagen berör såväl grundläggande bestämmelser om förverkande som en mångfald spridda förverkanderegler inom specialstraffrätten. Den samlade regleringen får betraktas som tämligen komplex och inte helt lättillgänglig. Bestämmelserna i 36 kap. brottsbalken har i sin gällande utformning i vissa avseenden genomslag vid tillämpning av speciallagstiftning. Så är dock inte fallet i de hänseenden som regleras i kapitlets 1 och 2 §§ (utbytes- respektive hjälpmedelsförverkande), vilket kan utläsas av lagtexten. Beträffande några förverkande-

bestämmelser i kapitlet framgår det emellertid inte direkt av lydelsen huruvida de skall tillämpas även utanför brottsbalkens område. I samband med de specialstraffrättsliga förverkandereglererna förekommer inte hänvisning till brottsbalksbestämmelser även om dessa är att tillämpa i förening med specialbestämmelserna. Det är därför inte utan särskilda insikter möjligt att få klarhet i hur brottsbalkens och specialstraffrättens förverkanderegler närmare relaterar till varandra.

I fråga om brottsbalken föreslås i remissen främst att de förverkandebestämmelser som tar sikte på utbyte av brott, hjälpmedel vid brott och ersättning för kostnader i samband med brott (36 kap. 1 och 2 §§) skall utvidgas till att i princip gälla inte bara vid brott enligt brottsbalken utan också vid brott enligt annan lagstiftning. Utvidgningen begränsas dock till brott där straffmaximum är fängelse i mer än ett år. Den omfattar inte heller hela hjälpmedelsparagrafen, eftersom bestämmelsen om egendom som frambragts genom brott m.m. inte är inbegripen. Genom den nya utformningen av dessa paragrafer klargörs i och för sig förhållandet till specialstraffrätten i de avseenden som utvidgning sker. Kvar står emellertid att det beträffande övriga inslag i paragraferna samt vissa andra paragrafer inte tydligt klargörs i vad mån de gäller utanför brottsbalkens område. Det låter sig nog också sägas att ett uttryckligt klargörande beträffande delar av 1 och 2 §§ i kapitlet accentuerar behov av motsvarande förtydligande i övrigt.

Med avseende på förverkandebestämmelser i annan lagstiftning föreslås kompletteringar av olika slag och omfattning beroende på vilket rättsområde det gäller och hur där befintlig straffrättslig reglering är uppbyggd. På immaterialrättsområdet införs en särskild mera uttömmande förverkandereglering. En uttalad strävan är enligt lagrådsremissen att göra regleringen av förverkande med anledning av

brottsbalksbrott och brott inom specialstraffrätten så enhetlig som möjligt.

Noteras kan att det under remissbehandlingen av den underliggande promemorian – vars förslag väsentligen motsvarar lagrådsremissens – framkommit synpunkter innebärande att förverkanderegleringen är uppbyggd på ett mindre tillfredsställande sätt och att den därför är svåröverskådlig. I lagrådsremissen (avsnitt 9.1) framhålls i anledning härav att det i förevarande lagstiftningsärende är centralt att lägga fram förslag som helt svarar mot Sveriges internationella åtaganden och att mot denna bakgrund en lösning enligt promemorians förslag är den mest ändamålsenliga. Det sägs också att en helt konsekvent förverkandereglering skulle förutsätta en fullständig omarbetning av förverkandeinstitutet och att en sådan åtgärd inte ryms inom lagstiftningsärendets ram.

Lagrådet bedömer för sin del att de nämnda remissynpunkterna har gott fog för sig. Utan tvivel finns ett framträdande behov av att uppnå en klar och systematiskt godtagbar reglering på förverkandeområdet som helhet. Behovet blir inte tillgodosett genom lagrådsremissens förslag. Problemet kan belysas med två exempel.

Begreppet utbyte m.m.

En grundfråga när det gäller förverkande är om bruttot av vad som åtkommit genom brott skall förverkas eller om bara nettot, dvs. vad som åtkommit minus utgifter och kostnader, skall förverkas.

I gällande rätt anses att 36 kap. 1 § brottsbalken skall tillämpas så att nettoutbytet skall förverkas, fastän åtskilliga slags kostnader ändå

inte får dras av, exempelvis kostnader för anskaffande av brottsverktyg. Sedan nettot sålunda fastställts finns därutöver en möjlighet att jämkna det som skall förverkas, om huvudregeln skulle leda till ett uppenbart oskäligt resultat, främst när målsäganden kan förväntas framställa ett skadeståndsanspråk som svarar mot förverkandet.

I specialstraffrätten, särskilt bestämmelserna om förverkande av narkotika och alkohol, har det i praxis slagits fast att det som skall förverkas är bruttot, dvs. antingen narkotikan eller alkoholen, när den är i behåll, eller det vederlag som mottagits vid avyttring, i båda fallen utan avdrag för anskaffningskostnader. Inom ramen för den jämkning som även här är möjlig har det ansetts – med hänvisning till kriminalpolitiska skäl eller till att syftet med förverkandereglererna är att brottslingen å ena sidan inte skall ha någon ekonomisk fördel av brottet och å andra sidan inte skall drabbas av en ekonomisk sanktion med bötesliknande funktion – att avdrag skall medges för anskaffningskostnader. En praktisk fördel med att hänföra avdragen till jämkningsdelen är att domstolarna inte behöver noggrant utreda omkostnaderna utan kan göra grovt tillyxade avdrag (se NJA 1977 s. 735, 1991 s. 387, 2001 s.129 och 2004 s. 204).

Bestämmelsen om vad som utgör utbyte av brott i 36 kap. 1 § brottsbalken skall enligt remissen bli tillämplig även inom specialstraffrätten, om fängelse i mer än ett år ingår i straffskalan, såvida inte annat är särskilt föreskrivet. Förverkande av utbyte föreslås även fortsättningsvis vara särskilt reglerat inom en stor del av specialstraffrätten. Förs den nuvarande praxisen vidare, kommer begreppet utbyte därmed att få olika betydelse inom brottsbalken och specialstraffrätten och innebörden av jämkningsregeln kommer också att bli olika, låt vara att det slutliga resultatet blir någorlunda överensstämmande vid

förverkande av mottaget vederlag.

Det är naturligtvis svårt, för att inte säga uteslutet, att låta staten kompensera en gärningsman för kostnader vid inköp av en vara när själva varan skall förverkas till staten (och staten kommer att förstöra den). Samtidigt blir det i sak haltande, om förverkandet sker brutto avseende den innehavda varan men netto när gärningsmannen vidtagit ytterligare en otillåten åtgärd, nämligen överlåtit varan, vare sig kostnadsavdragen görs inom ramen för en tolkning av begreppet utbyte eller inom ramen för en skälighetsbedömning (se Förverkandetredningen, SOU 1999:147, s. 169 ff., och hovrätten i NJA 2004 s. 204). I lagrådsremissen behandlas denna grundfråga endast kortfattat. Sammanfattningen blir att frågan om netto- eller bruttoförverkande även fortsättningsvis bör överlämnas till rättstillämpningen, vilket torde innebära att kostnadsavdrag i princip kommer att göras vid förverkande av vederlag men med utnyttjande av olika juridiska instrument.

Förverkande inom immaterialrätten och 36 kap. 17 § brottsbalken

I remissen föreslås för immaterialrättens del att förverkandefrågorna får en särskild reglering, vilket medför att den allmänna regleringen i 36 kap. 1 och 2 §§ brottsbalken inte blir tillämplig ("annat är särskilt föreskrivet"), medan 36 kap. 17 § brottsbalken blir tillämplig även inom immaterialrätten genom att orden "enligt 1 §" stryks. Det andra stycket i 36 kap. 17 § brottsbalken infördes år 1986 för att möjliggöra förverkande också till den del förverkandet svarade mot ett skadeståndsanspråk för målsäganden i de fall då ett sådant anspråk inte kunde förväntas bli framställt (jfr 36 kap. 1 § andra stycket). Nu föreslås 36 kap. 17 § bli kompletterad, så att statens ansvar enligt 17 §

skall avse inte bara skada för enskild utan även "medel som en enskild är berättigad att få tillbaka" (t.ex. betalning för en hyresrätt).

I remissens allmänmotivering om förverkande inom immaterialrätten (avsnitt 9.6) anförs att en viss samordning (generellt) skall ske mellan ett förverkande och ett eventuellt skadestånd på så sätt att förverkande bör underlåtas, om det genom brottet sker en förmögenhetsöverföring från målsäganden till gärningsmannen, då skadan kan sägas motsvara utbytet som en annan sida av samma sak och det finns anledning att anta att skadeståndsskyldighet kommer att åläggas eller annars bli fullgjord. I andra fall, där det inte finns denna direkta koppling mellan utbytet och skadan, sägs en eventuell skadeståndsskyldighet inte vara av samma direkta betydelse för bedömningen av om förverkande skall ske. I sådana fall kan det alltså uppstå dubbel betalningsskyldighet för gärningsmannen.

Sedan framhålls i remissen att det vid ett brottsligt immaterialrättsintrång inte finns någon direkt koppling mellan gärningsmannens utbyte och rättighetshavarens skada, eftersom skadan kan vara omfattande utan att gärningsmannen får några intäkter och vice versa. I sådana fall handlar det alltså inte om någon sådan situation där samordning skall ske enligt 36 kap. 1 § andra stycket och 17 § andra stycket brottsbalken.

Många gånger torde emellertid gärningsmannens utbyte svara mot en skada för rättighetshavaren, när marknaden minskar genom intrånget. Ett förverkande av utbytet kommer då att kollidera med ett skadeståndsanspråk och medföra en dubbel ekonomisk belastning för gärningsmannen. Härtill kommer att den som olovligen utnyttjar en annans immaterialrätt skall betala skäligt vederlag för utnyttjandet (se t.ex. 54 § upphovsrättslagen). Ett sådant vederlag kommer att avräknas mot ett skadeståndsanspråk, så att målsäganden inte får

dubbel ersättning. Det är då naturligt att även ett utdömt skäligt vederlag blir avräknat mot utbytet vid förverkande, fastän det inte faller under ordalydelsen i tillägget till 17 § andra stycket ("medel som en enskild är berättigad att få tillbaka").

Gällande rätt innebär emellertid, enligt lagrådsremissen, att 36 kap. 17 § brottsbalken inte är tillämplig i andra fall än då det finns en direkt koppling mellan vinningen (utbytet) och skadan, varför gärningsmannen då kan komma att belastas dubbelt enligt 36 kap. 1 § utan att staten övertar ansvaret mot målsäganden enligt 36 kap. 17 §. Målsägandens rätt sägs bli tillgodosedd genom att förverkandenspråket är efterställt enligt förmånsrättslagen. Lagrådet ifrågasätter emellertid om inte utfallet kan bli oskäligt betungande för gärningsmannen, som inte befrias från sin skuld genom konkurs och som för övrigt kan vara solvent.

Sammanfattning

Remissens reglering av förverkandefrågorna blir enligt Lagrådets mening inte tillfredställande när det gäller tillgänglighet, systematik och konsekvens. Det hade varit önskvärt med en mer genomgripande översyn än den som nu företagits för att anpassa de svenska reglerna till Sveriges internationella åtaganden och för att åstadkomma vissa skärpningar avseende avkastning av brottsutbyte. I remissen (avsnitt 9.1) har som nämnts också medgetts att en helt konsekvent reglering skulle förutsätta en fullständig omarbetning av förverkandelinstitutet, men med tillägget att en sådan omarbetning inte ryms inom detta lagstiftningsärende.

Lagrådet finner det önskvärt att den mer genomgripande översynen

kommer till stånd inom en nära framtid. Tills vidare får de framlagda lagförslagen godtas.