

Till Regeringen

Infrastrukturdepartementet

Energi- och digitaliseringsministern

Med anledning av EU:s pågående översyn av e-handelsdirektivet och utarbetande av en Digital Services Act (DSA) vill Svenska Föreningen mot piratkopiering (Swedish Anti-Counterfeiting Group, SACG) lämna följande synpunkter. Vi vill i första hand framföra behovet av skärpta krav för att förmå digitala plattformar att vara mer aktiva i att förhindra försäljning av illegala produkter. Bristen på krav på ansvarstagande från plattformarna är en starkt bidragande orsak till ökningen av försäljningen av piratkopierade produkter digitalt samt att den s.k. counterfeit-industrin växer globalt.

Vi hänvisar också till den hearing som Regeringskansliet höll den 23 juni 2020 om plattformars ansvar och den stundande revisionen av e-handelsdirektivet m.m., då vi uppmanades att inkomma med synpunkter inför Sveriges ställningstagande om DSA. Vi hoppas vi lyckas tydliggöra behovet av skärpta krav och att vi kan bidra till Sveriges position i kommande förhandlingar inom EU. Vi har naturligtvis gärna fortsatt kontakt, t ex för att svara på frågor eller förtydliga våra synpunkter.

1. Sammanfattade kommentarer på Digital Services Act (DSA)

SACG ställer sig positiv till en mer genomgående revision av nuvarande reglering kring plattformars ansvar under e-handelsdirektivet. Plattformar spelar idag en central roll som sammanbindande länk mellan den illegala counterfeit-industrin och europeiska konsumenter. Bristen på ansvarstagande från plattformar såsom digitala marknadsplatser och sociala medier har varit en kraftigt bidragande orsak till att piratkopiering ökat som samhällsproblem under 2000-talet.

Nuvarande ansvarsregler bör uppdateras och förbättras i syfte att få plattformar att ta ett mer proaktivt ansvar för att motverka försäljning av piratkopierade och andra illegala varor. Detta bör särskilt inbegripa följande:

- Ett allmänt horisontellt åtagande från plattformarnas sida att tillgripa de tekniska verktyg de har till sitt förfogande i syfte att förebygga att deras kommersiella kunder använder deras tjänster för illegal verksamhet (*duty of care*-principen);
- Krav på plattformar att genomföra *Know your customer (KYC)*-kontroller på sina kommersiella användare;
- Tydlig reglering för s.k. takedowns inklusive skarpa *staydown*-krav. Detta bör även innefatta krav på plattformar att tillhandahålla enkla lösningar för anmälan av multipla intrång och möjliggöra flaggande av *repeated infringers*;
- Definitionen av s.k. aktiva vs. passiva plattformar bör förtydligas och förstärkas, i syfte att ansvarsundantagen inte missbrukas och får bredare tillämpningsområde än vad som från början varit avsett vid e-handelsdirektivets tillkomst;
- Krav på att plattformar informerar konsumenter som har köpt piratkopierade eller annars illegala produkter från en anmäld säljare.

2. Piratkopiering – ett ökande samhällsproblem

Piratkopiering är ett växande problem för europeiska konsumenter och företag.¹²³⁴ Piratkopierade produkter utgjorde nästan 7 % av det totala importvärdet till EU år 2016. För svenskt vidkommande uppgick det totala värdet av förfälskade produkter i världshandeln samma år till 28,3 miljarder kronor.⁵ Trenden går mot att detta problem kommer att fortsätta att öka.

		2005 ¹	2013 ²	2016 ³	2022 ⁴
EU	Counterfeit imports into the EU (% of all imports into the EU by value)		5 %	6,8 %	
	Counterfeit imports into the EU		\$ 116 billion	\$ 134 billion	
GLOBAL	Trade in counterfeit and pirated goods (% of global trade)	1,95 %	2,5 %	3,3 %	
	Global trade in counterfeit and pirated goods	\$ 200 billion	\$ 461 billion	\$ 509 billion	\$ 991 billion
	Reduction in FDI		\$ 111 billion		\$ 231 billion
	Fiscal losses		\$ 130 billion		\$ 270 billion
	Employment losses		2-2.6 million		4.2-5.4 million

Utöver de konsumentriskerna som följer med förfälskade varor så innebär den illojala och illegala konkurrens som counterfeit-industrin utgör även förlorade möjligheter till tillväxt för europeiska företag. Detta innefattar förlorade inkomster, vinster, anställningstillfällen samt skatteintäkter.

	Sector revenue direct losses annually	Loss of sales by sector (%)	Annual employment losses (direct & indirect jobs)	Government revenue losses
Clothing, footwear, accessories	€ 28.4 billion	9.7 %	473 031	€ 8.6 billion
Toys and games	€ 1.0 billion	7.4 %	8 158	€ 300 million
Pesticides and agrochemicals	€ 1.0 billion	9.8 %	7 993	€ 300 million
Pharmaceuticals	€ 9.6 billion	3.9 %	80 459	€ 1.7 billion
Cosmetics and personal care	€ 7.1 billion	10.5 %	118 654	€ 2.6 billion
Jewellery and watches	€ 900 million	6.2 %	11 882	€ 300 million
Handbags and luggage	€ 1.0 billion	7.4 %	16 550	€ 400 million
Sports goods	€ 300 million	4.1 %	3 625	€ 100 million
Recorded music	€ 100 million	3.6 %	1 343	€ 100 million
Smartphones	€ 4.2 billion	8.3 %	Not calculated	Not calculated
Food ⁶ (example of Spirits & wine)	€ 2.4 billion	5.9 %	38 885	€ 2.1 billion
Total all sectors	€ 56 billion	7.4 % (avg.)	760 579	€ 16.3 billion

¹ OECD, *The Economic Impact of Counterfeit and Piracy*, 2008 (<https://www.oecd.org/sti/ind/theeconomicimpactofcounterfeitingandpiracy.htm>)

² OECD, EUIPO, *Trade in Counterfeit and Pirated Goods: Mapping the Economic Impact*, 2016 (<https://euipo.europa.eu/ohportal/en/web/observatory/mapping-the-economic-impact>)

³ OECD, EUIPO, *Illicit Trade – Trends in Counterfeit and Pirated Goods*, 2019 (<https://euipo.europa.eu/ohportal/en/web/observatory/trends-in-trade-in-counterfeit-and-pirated-goods>)

⁴ ICC-BASCAP, INTA, *The Economic Impacts of Counterfeiting and Piracy*, 2017 (<https://iccwbo.org/publication/economic-impacts-counterfeiting-piracy-report-prepared-bascap-inta/>)

⁵ OECD, *Förfälskning och piratkopiering och den svenska ekonomin*, 2019 (<https://www.prv.se/globalassets/in-swedish/upphovsratt/piratkopiering/forfalskning-och-piratkopiering-och-den-svenska-ekonomin-2019.pdf>)

⁶ EUIPO, *2019 Status Report on Infringement*, 2019 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a752714b-9244-11e9-9369-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>)

Internet har visat sig vara en gynnsam miljö för illegala aktörer och särskilt counterfeit-industrin att verka i. Detta är bl.a. kopplat till de goda möjligheter som finns online att verka under falskt alias samt svårigheten för konsumenter att skilja på falsk och äkta vara i digital annonsering.

Vidare har plattformar som digitala marknadsplatser gett kriminella aktörer helt nya kommersiella förutsättningar att illojalt kunna konkurrera och ta marknadsandelar från den lagliga industri de kopierar. Utöver de möjligheter till gränsöverskridandeförsäljning som dessa plattformar ger så bistår många marknadsplatser idag sina kommersiella kunder även med lager, leverans, betalösningar, kundtjänst m.m. samt marknadsföringsrådgivning and andra försäljningsoptimerande åtgärder.

Problemen med illegal försäljning online har ytterligare accentuerats under COVID-19 pandemin och de lockdowns som genomförts på flera europeiska marknader, detta har även innefattat en ökning av förfalskade medicinska produkter och sanitetsartiklar.⁷ Även bortsett från nu rådande världsläge har den allmänna trenden sedan länge varit att online-handel ökar och traditionell "offline" handel i sin tur minskar. Om inte nuvarande lagstiftning kring plattformars ansvar förbättras kommer piratkopiering fortsätta accelerera som samhällsproblem.

3. Brister i nuvarande reglering kring plattformars ansvar

De ansvarsundantag som plattformar åtnjuter under e-handelsdirektivet tillhör bland de mer omdebatterade frågorna inom den moderna immaterialrätten. Under nuvarande ordning kan plattformar i regel enkelt undvika ansvar när det kommer till olaglig verksamhet bedriven av deras användare, i synnerhet vid försäljning av piratkopierade produkter. Monitoreringsansvaret för lagligheten i plattformars verksamhet ligger i nuläget i praktiken på rättighetshavarna. Så länge plattformar vidtar åtgärder genom att plocka ner illegalt content efter anmälan, till exempel efter en rättighetshavare detekterat förfalskade varor till försäljning på en marknadsplats, kan plattformar undgå legalt ansvar.

I teorin kan ovan låta som en rimlig ordning. Verkligheten är dock att detta inte skapar tillräckliga incitament för plattformar att proaktivt arbeta för att motverka illegal användning av deras tjänster.

Vidare saknar nuvarande lagstiftning tydliga krav på plattformar att motverka att rapporterade intrång sker på nytt. Det är därför vanligt förekommande illegalt nedtaget content eller nedstängda säljare på nytt återuppstår på en plattform efter att en s.k. takedown genomförts. Avsaknaden av tydliga *stay down*-krav i nuvarande lagstiftning är en brist som skapar stora problem i praktiken för rättighetshavare att kunna bekämpa piratkopiering online. Merparten av dagens plattformars rapporteringssystem innefattar inte heller möjlighet för rättighetshavare att kunna flagga återkommande intrångsgörare. Det saknas dessutom i regel möjlighet att i en och samma anmälan kunna rapportera multipla intrång från en och samma intrångsgörare.

Det saknas vidare tydliga krav på att plattformar, som exempelvis digitala marknadsplatser, ska genomföra grundläggande "know your customer" kontroller på sina kommersiella användare. Till skillnad från den vardagliga handeln "offline", där det vore omöjligt att tänka sig en varuhusägare som inte känner till identiteten på de kommersiella kunder som hyr dennes butikslokaler, kan

⁷ Incopro, *Pulling together in the age of COVID-19*, 2020 (<https://www.incoproip.com/pulling-together/>)

illegala aktörer online ofta enkelt bedriva sin verksamhet under falskt alias och därmed undgå risk att drabbas av uppföljande straff- eller civilrättsliga sanktioner. Organiserad brottslighet ligger ofta bakom handeln med counterfeits eftersom det ses som en lukrativ marknad med låg risk. Handeln utgör då ofta bara en del av organisationens verksamhet.⁸ Handeln med counterfeits, som underlättas väsentligt av den anonymitet som i många fall präglar online-handel på plattformar, ger därmed ett relativt säkert intäktstillflöde för kriminella organisationer som annars ägnar sig åt annan brottslig verksamhet, som pengatvätt, utpressning, narkotikasmuggling och liknande, och till och med terrorism.

Vad gäller de konsumenter som köpt piratkopierade eller farliga produkter på en plattform förblir dessa i regel även ovetande om detta efter en counterfeit-säljare rapporterats till plattformen. Detta eftersom nuvarande lagstiftning inte ålägger några krav på plattformarna att delge sådan konsumentinformation.

4. Rekommendationer för DSA

Det finns ett starkt behov av att uppdatera och förbättra nuvarande lagstiftning i syfte att få plattformar att ta ett tydligare ansvar för att motverka illegal användning av deras tjänster. SACG ställer sig därför bakom en mer genomgående revision och modernisering av e-handelsdirektivets ansvarsregler i linje med *policy option 2* i EU-kommissionens impact assessment för DSA, potentiellt kompletterat av ett utbyggt system för regelefterlevnad och tvistelösning, jfr. *policy option 3* i EU-kommissionens impact assessment för DSA.⁹

SACG vill särskilt lyfta fram följande önskemål vad gäller DSA's närmare innehåll:

- Ett horisontellt och bindande åtagande för alla plattformar att tillgripa samtliga de tekniska verktyg som står till deras förfogande för att undvika intrång och illegalt nyttjande av deras tjänster (den s.k. "duty of care"-principen). Detta innefattar bl.a. användandet av filter etc. (algoritmer) för att proaktivt upptäcka illegalt nyttjande av deras tjänster. Plattformar använder idag redan avancerade filter för kommersiella syften, det finns ingen anledning att plattformar inte heller skulle kunna använda dessa för att motverka illegal användning. Under COVID-19 pandemin har det dessutom visats att plattformar har den tekniska kapaciteten för att proaktivt upptäcka farligt content som exempelvis fake news. Det bör rimligen vara ännu enklare att tillämpa sådana filter för att proaktivt upptäcka piratkopierade produkter och misstänkta illegala säljare.
- Ett tydligt krav på att alla plattformar måste genomföra "Know your Customer (KYC)"-kontroller på sina kommersiella användare för att de ska få nyttja plattformens tjänster. KYC-kontroller är idag standard i stora delar av näringslivet och det finns ingen anledning att plattformar ska vara befriade från att genomföra det på sina kommersiella kunder. Särskilt eftersom försäljning av piratkopierade produkter är ett vanligt missbruk av plattformars tjänster och piratkopiering i sin tur ofta är kopplat till penningtvätt och olika former av skattebrott. Införande av KYC-kontroller skulle även förbättra förutsättningarna för rättighetshavare och brottsbekämpande myndigheter att vidta

⁸ EUIPO, Europol, *Intellectual Property Crime Threat Assessment 2019*, 2019 (https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2019_IP_Crime_Threat_Assessment_Report/2019_IP_Crime_Threat_Assessment_Report.pdf)

⁹ European Commission, *Digital Services Act - deepening the Internal Market and clarifying responsibilities for digital services, Inception impact assessment*, 2020 (<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-Internal-Market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services>)

rättsliga åtgärder mot de aktörer som nyttjar plattformarna för illegala ändamål. Även från konsumentperspektiv vore KYC-kontroller mycket värdefulla, eftersom det kan förväntas minska möjligheterna för oseriösa aktörer att enkelt upprätta nya konton hos e-handelsplattformarna för att fortsätta bedriva exempelvis försäljning av counterfeits när de har stängts ned. Konsumenter skulle då ha en bättre trygghet i att en säljare är den hen utger för sig att vara, vilket kan vara viktigt vid reklamationer och liknande.

- Harmoniserade och effektiva bestämmelser för "notices and takedowns". Dessa bestämmelser bör innehålla tydliga *staydown*-regler, dvs. att nedtaget illegalt content också ska förbli nere. Bestämmelserna bör även innehålla krav på att plattformars rapporteringssystem innehåller smidiga och enkla möjligheter för rättighetshavare att kunna flagga för *repeated infringers*. Det måste även vara möjligt för rättighetshavare att genom en och samma anmälan kunna rapportera flera intrång av en och samma intrångsgörare.
- En förtydligad och förstärkt definition av begreppet "active platforms", dvs. plattformar som till följd av sin grad av inblandning och kontroll över en viss illegal aktivitet, inte längre kan åtnjuta de ansvarsundantag som e-handelsdirektivet föreskriver. Flera digitala marknadsplatser tillämpar idag hybridlösningar där marknadsplatsen är inblandad i och styr över flera av de centrala delarna i deras säljare transaktioner. Utöver att styra över hur säljare rankas och exponeras i konsumenters sökresultat kan marknadsplatsen även bistå säljaren med allmän marknadsföringsrådgivning, betallösningar, lager, leverans till kund, kundtjänst m.m. Som exempel kan nämnas Amazon's samarbetsmodell "Fulfillment by Amazon".¹⁰ E-handelsdirektivets ansvarsfrihetsregler bygger på grundtanken att en plattform är en *teknisk* mellanhand som saknar djupare vetskap om sina användares aktiviteter. Det finns därför behov av förtydligande och uppdatering kring begreppen aktiva och passiva plattformar i lagstiftningen, så att direktivets ansvarsundantag inte missbrukas och får bredare tillämpning än vad som från början varit avsett.
- Krav på plattformar att informera konsumenter som har köpt piratkopierade eller annars illegala produkter från en anmäld säljare. Det ingår inte i plattformars praxis idag att informera konsumenter som köpt piratkopierade eller annars olagliga produkter från en rapporterad säljare, trots att detta är synnerligt viktig information från konsumentskyddssynpunkt. Ett sådant krav skulle också vara ett incitament till större proaktivitet. Det kan inte förväntas att plattformar, som digitala marknadsplatser, på frivillig basis kommer ändra sina policys i detta avseende. Det finns därför ett starkt behov av att en ny bestämmelse förs in i lagstiftningen som ålägger plattformar att göra detta.

SACG är även principiellt positiv till införande av ett nytt system på EU-nivå för granskning av plattformars regelefterlevnad (inklusive sanktioner liknande GDPR). Detta skulle både bidra till ökad transparens kring hur plattformar hanterar counterfeiting samt, i kombination med en skärpt ansvarsreglering, skapa incitament för plattformar att ta ett tydligare ansvar för att motverka illegal verksamhet.

I sammanhanget förtjänar också att nämnas att det finns vissa positiva exempel på plattformar som kommit att vidta mer proaktiva åtgärder för att motverka piratkopiering. Ett problem är dock

¹⁰ <https://www.amazon.com/fulfillment-by-amazon/b?ie=UTF8&node=13245485011>

alltjämt att det är svårt att närmare verifiera sådana åtgärder, eftersom nuvarande lagstiftning inte ställer några tydliga proaktiva krav.

Vad gäller de förslag som förekommit i diskussionen kring DSA om inrättandet av ett nytt system för tvistlösning mellan rättighetshavare, plattformar och intrångsgörare är SACG också principiellt positivt. Effektiviteten och ändamålsenligheten av ett sådant system kommer dock vara beroende av vad för typ av tvister som ska hamna inom det, inklusive vad för typ av myndighet som ska hantera det. Eftersom detta alltjämt ter sig tämligen öppet kan SACG komma att återkomma längre fram med ytterligare i kommentarer i denna del.

Som vi påpekat inledningsvis hoppas vi att vi har lyckats tydliggöra behovet av skärpta krav på plattformar för att förhindra försäljning av olagliga produkter. Även fast digitala plattformar revolutionerat företags möjligheter att ta sig ut i världen, har de också skapat helt nya förutsättningar för illegala aktörer att komma ut på den globala marknaden. Nuvarande lagstiftning behöver därför uppdateras och balanseras.

Vi vill också upprepa att vi naturligtvis gärna har fortsatt kontakt, t ex för att svara på frågor eller förtydliga våra synpunkter.

För frågor kring denna skrivelse m.m. hänvisas i första hand till Måns Sjöstrand (mans.sjostrand@danielwellington.com) eller Ludvig Holm (ludvig.holm@westerberg.com).

Stockholm den 26 augusti, 2020

Svenska Föreningen mot Piratkopiering/Swedish Anti-Counterfeiting Group (SACG)

Denna skrivelse har utarbetats av SACG:s styrelsemedlemmar Måns Sjöstrand, Ludvig Holm, Lena Johansson och Sara Sparring.