EKONOMI
HÖGSKOLAN
Lunds universitet

Ekonomihögskolan
Institutionen för handelsrätt
HT-07
HARM01 Handelsrättslig specialkurs
Magisteruppsats

Gränsåtgärder mot varumärkesförfalskade varor

Handledare: Henrik Norinder

Författare: Philip Lindvall

Innehållsförteckning

Sammanfattning **5**
Abstract **6**
Förkortningar **7**
1 Inledning **8**
1.1 Introduktion 8
1.2 Syfte 10
1.3 Metod och material 10
1.4 Avgränsningar 11
1.5 Disposition 12
2 Varumärkesrätten – funktion och intrång **13**
2.1 Varumärkets särskiljningsförmåga och funktion 13
2.2 Ensamrätten till varumärke 14
2.3 Varumärkesintrång 15
2.3.1 Varför skall varumärkesförfalskning bekämpas? 15
2.3.2 Orsaker till varumärkesförfalskning 16
3 Tullagstiftningen **19**
3.1 Det internationella regelverket 19
3.1.2 Pariskonventionen och Bernkonventionen 19
3.1.3 TRIPS 20
3.2 EG-förordning 1383/2003 21
3.2.1 Tillkomst 21
3.2.2 Mål och syfte 22
3.2.3 Översiktligt om tullförfarandet 23
3.3 Counterfeitförordningens tillämpningsområde 25
3.3.1 Varor som går under counterfeitförordningen 25
3.3.1.1 Definition av varumärkesförfalskade varor 26
3.3.1.2 Definition av pirattillverkade varor 27

3.3.2 Varor som inte ingår i counterfeitförordningen 27
3.3.2.1 Parallellimporterade varor 27
3.3.2.2 Varor framställda i strid med kontraktuella förhållanden 29
3.3.2.3 Varor av icke-kommersiell natur 30
3.3.3 Gränsfall – marknadsföring av reservdelar 31
3.4 Counterfeitförordningens relation till nationell lag 33
3.4.1 Allmänt 33
3.4.2 Counterfeitförordningens relation till Sverige 33
4 Hur fungerar lagstiftningen i realiteten? 35
4.1 Svenska tullingripanden och beslag 35
4.2 Tullmyndigheters aktiviteter inom gemenskapen 36
4.2.1 Sammanfattning av europeiska kommissionens slutsatser av tullmyndigheters aktiviteter inom gemenskapen 37
5 Lösningens komplexa problematik – parternas olika intressen 39
5.1 Rättighetshavarens hållning 39
5.2 Intrångsgörarens hållning 40
5.3 Effektiv balans 41
6 Analys: De lege minimis – Möjliga förbättringsåtgärder 43
6.1 Politiska faktorer 43
6.2 Införsel i resenärers bagage och konsumenters attityd 45
6.3 Att kostnadseffektivt bemöta intrångsgörares strategier 47
6.4 Tullmyndigheten och ex officio-ingripande 48
6.5 Tullmyndigheten och förundersökningsrätt 49

6.6 Utökad harmonisering av nationell lagstiftning 50
6.7 Immaterialrätt i utomeuropeiska länder 51
7 Avslutande kommentarer 52
Referensförteckning 54

Sammanfattning

Immaterialrättsliga intrång förorsakar ofta betydande ekonomiska skador. Problemet med den illegala verksamheten som rör varumärkesförfalskning och pirattillverkning är ständigt ökande. Utvecklingen har lett till att idag utgöra en omfattande internationell verksamhet som är skadlig för rättighetshavare, konsumenter och samhället i stort. Konkurrerande produkter tenderar att bli alltmer lika varandra, vilket leder till att företagens marknadsförings- och försäljningsstrategier och så även prissättningar blir mer och mer snarlika. För konsumenten blir därför urvalsprocessen bland produkterna starkt påverkad av varumärket. Det faktiska värdet av varumärket blir därför intressant att anskaffa genom varumärkesförfalskning. Denna förfalskning eller kopiering innebär förenklat att någon olovligen och uppsåtligen direkt kopierar det som skyddas av någon annans immateriella ensamrätt till ett varumärke. Kopian saluförs därefter som en äkta vara och ofta till ett lägre pris beroende på lägre tillverkningskostnader, distributionskostnader etc. för att attrahera kunder. Problemet är i stor utsträckning av internationell karaktär eftersom denna illegala handel i de flesta fall sker genom aktiviteter i ett flertal olika länder. Rådets förordning (EG) nr 1383/2003 av den 22 juli 2003 om tullmyndigheternas ingripande mot varor som misstänks göra intrång i vissa immateriella rättigheter och om vilka åtgärder som skall vidtas mot varor som gör intrång i vissa immateriella rättigheter, har inneburit att tullåtgärder kan vidtas för att stoppa införseln av varumärkesförfalskade och piratkopierade produkter och omhänderta sådana produkter vid EU: s yttre gräns. Förordningen har ansetts som ett kraftfullt verktyg i bekämpningen av varumärkesförfalskning och pirattillverkning och ett effektivt sätt för rättighetshavare att skydda sina immateriella rättigheter.

Nyckelord: immaterialrätt, intrång, varumärkesförfalskning, tullagstiftning, gränsåtgärder

Abstract

Infringement of intellectual property rights often causes significant economic damage. The problem with illegal activity concerning counterfeiting is constantly increasing. The development has lead to constitute an extensive international activity which is harmful for intellectual propery owners, consumers and the society in general. Competing products tend to be increasingly similar to each other, with rather similar marketing-, sales-, and pricingstrategies. As a result, the trademark strongly affects consumers' selection-process during purchase. Therefore, the actual value of a trademark is profitable to obtain through counterfeiting. Countefeiting means in simplified terms that someone intentionally and without authorization copies that which is protected by anothers exclusive intellectual property right. The copy is thereafter offered for sale as a genuine product at a lower price, enabled by lower production costs, distribution costs etc., to attract consumers. The problem is to a great extent of an international nature since the illegal trade in most cases occur through activities in several different countries. The Council Regulation (EC) No 1383/2003 of 22 july 2003 concerning customs action against goods suspected of infringing certain intellectual property rights and the measures to be taken against goods found to have infringed such rights, has meant that border measures can be taken to stop imports of counterfeited products and take such products into custody at the outer border of EU. The regulation has been considered as a powerful tool in the fight against counterfeiting and an effective line of action for intellectual property owners to protect their rights.

Keywords: intellectual property rights, infringement, counterfeiting, customs regulations, border measures

Förkortningar

EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EGD	EG-domstolen
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
Prop.	Regeringens proposition
SOU	Statens offentliga utredning
TRIPS	The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
VmL	Varumärkeslagen (1960:644)
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Introduktion

Varumärkesförfalskning syftar till att kommersiellt utnyttja en varumärkesrättighet utan medgivande av rättighetshavaren. Att kopiera och förfalska andras varor är ett gammalt fenomen som förekom redan under antiken. I Frankrike kopierade vinodlare korkarna som sattes i vinkrusen i Italien för att köparna skulle tro att vinerna kom från Italien, som åtnjöt ett högre anseende. Under medeltiden fanns det stränga straff för dem som olovligen efterbildade företagsemblem. Kopieringen var även stark under industrialismens framväxt under den senare delen av 1800-talet, då en mängd revolutionerande uppfinningar såg dagens ljus.[1]

Problemet med varumärkesförfalskning och piratkopiering har följaktligen funnits under en mycket lång tid. Dagens illegala handel tar dock uttryck i andra proportioner som utgår från affärsmässiga överväganden. Förr var det framförallt lyxartiklar som kopierades. Idag kopieras alla sorters varor.[2] Direkt kopiering av varor utgör i dagsläget ett allvarligt problem. Särskilt i asiatiska länder framställs så pass väl efterbildade varor att de framstår som klonade och kan vara svåra att särskilja från originalet även vid närmare granskning. Förses dessa piratkopior med annan rättighetshavares varumärke föreligger varumärkesförfalskning.[3]

Den illegala handeln med varumärkesförfalskade varor innebär hög lönsamhet och relativt låga risker. Även om en illegal handlare av varumärkesförfalskade

[1] Gars, Counterfeiting och ingripande av piratkopiering i Sverige, 1998, s. 21 f.
[2] A.a., s. 22
[3] Bernitz et al., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 2007, s. 293 Stockholm 2007

varor åker fast innebär detta vanligtvis att denne endast förlorar de förfalskade varorna utan att åtalas för brott. Att till exempel producera, transportera och distribuera oäkta Viagra är 10 gånger mer lönsamt än att göra detsamma med heroin, som är avsevärt mer riskabelt. Det är därför inte förvånansvärt att varumärkesförfalskning och piratkopiering är den snabbast växande formen av organiserad brottslighet.[4] Det har även rapporterats länkar mellan piratkopiering och varumärkesförfalskning och terroristorganisationer som använder den illegala handeln till att införskaffa ekonomiska medel och tvätta svarta pengar.[5]

En svårighet i att upptäcka den illegala handeln är exempelvis då licensierade underleverantörer producerar en större kvantitet än den av rättighetshavaren utfärdade licensen föreskriver.[6] Detta överskott släpps sedermera på marknaden såsom äkta varor. I Europa uppskattas förlusten för klädes- och skoföretag som uppkommer av varumärkesförfalskning uppgå till 7,5 miljarder EUR. I hela Europa uppskattas 20% av klädesförsäljningen bestå av förfalskade varor.[7]

Varumärkesförfalskade och pirattillverkade varor är vanligtvis importerade från länder utanför EU. En av de mest effektiva åtgärderna för att motverka internationell handel med sådana illegala varor är beslag vid gränsen.[8] Gränsåtgärder medger tullmyndigheter att antingen på eget initiativ eller på begäran av rättighetshavare omhänderta varor som misstänks göra intrång på immateriella rättigheter, i syfte att rättighetshavare skall kunna vidta åtgärder gentemot sådana varor och de aktörer som är involverade i sådan handel. Detta europeiska system har visat sig vara effektivt och många rättighetshavare använder sig av regelverket för att inte deras immateriella rättigheter skall kränkas. Även om den EG-rättsliga counterfeitförordningen har direkt effekt, finns det visst utrymme för medlemsstater att tillämpa förordningen utifrån den särskilda nationella lagstiftningen. Detta har medfört att medlemsstaterna har

[4] Cuypers, F, AIPPI Newsletter No 23, mars 2007, s. 9. *Review of the 3rd Global Congress on Combatting Counterfeiting and Piracy*
[5] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 4
[6] A.a., s. 13
[7] Ibid.
[8] A.a., s. 62

anpassat sig till viss del olikartat till förordningen, och så är även fallet för svenskt vidkommande.

1.2 Syfte

Uppsatsen handlar om fenomenet varumärkesförfalskning och möjligheten att åtkomma problemet genom gränsåtgärder. Uppsatsen syftar till att undersöka hur handeln med varumärkesförfalskade varor kan stoppas vid ett lands gräns innan de släpps på marknaden. Uppsatsen är fokuserad på svenska förhållanden som medlemsstat inom tullunionen EU. Som bakgrund till arbetet ligger således förordning (EG) 1383/2003 av den 22 juli 2003 om tullmyndigheternas ingripande mot varor som misstänks göra intrång i vissa immateriella rättigheter och om vilka åtgärder som skall vidtas mot varor som gör intrång i vissa immateriella rättigheter[9]. Uppsatsen beskriver vilka förebyggande åtgärder som har gjorts och den svenska implementeringen av det internationella regelverket med betoning på gemenskapsrättsliga åtgärder. I uppsatsen görs även en ansats att beskriva hur de rättsliga verktygen fungerar i realiteten samt hur framtiden kan se ut. I analysen intas ett de lege minimis-perspektiv där det diskuteras eventuella förbättringsåtgärder på området.

1.3 Metod och material

Uppsatsen är baserad på traditionell juridisk metod i framförallt den inledande deskriptiva delen, vilket inbegriper beskrivning och bearbetning av lagstiftning, förarbeten, rättsfall och doktrin. I den avslutande analyserande delen används en mer empirisk metod baserad på kontakt med praktiserande expert på området. Då

[9] I uppsatsen kallad; counterfeitförordningen.

counterfeitförordningen är relativt ny är utbudet av doktrin och rättsfall relativt begränsat. Utgångspunkten för juridisk doktrin har varit boken *Enforcement of Intellectual Property Rights through border measures* av Olivier Vrins och Marius Schneider. Denna bok skall särskilt nämnas då den har varit till stor användning genomgående i uppsatsen. Boken är en nyutkommen beskrivning av counterfeitförordningen. Den innehåller även en redogörelse över de enskilda medlemsstaternas tillämpning av counterfeitförordningen.

Immateriella rättigheter och inte minst varumärkesrätten är nära relaterade till ekonomiska faktorer, vilket har lett till att sådan litteratur även har studerats.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen beskriver EU-medlemsstaternas implementering av counterfeitförordningen men är fokuserad på svenska förhållanden, vilket utesluter annan nationell lagstiftning. Även om pirattillverkning och varumärkesförfalskning är nära besläktade kommer uppsatsen att vara fokuserad på det sistnämnda. Pirattillverkning kommer att nämnas då det skulle innebära en nackdel för uppsatsen att inte göra så. Vidare syftar uppsatsen till att beskriva de gränsåtgärder som finns tillhanda för att stoppa handeln med varumärkesförfalskade varor innan de släpps på marknaden, vilket innebär att sanktionssystemet inte kommer att nämnas. Skälen till detta är att det inte tillför uppsatsens syfte någon extra dimension.

Uppsatsen är riktad till läsare med kunskaper inom juridik. Därför har jag inte haft för avsikt att göra en omfattande beskrivning av varumärkesrätten och dess uppbyggnad.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med ett beskrivande kapitel som översiktligt behandlar de delar av varumärkesrätten som är relevanta för denna uppsats. Läsaren får här en insyn av varumärkets funktion, ensamrätten till ett varumärke och varumärkesintrång. Detta syftar till att skapa en förståelse kring innebörden av varumärkesförfalskning och dess orsaker, vilket också diskuteras i avslutningen av detta avsnitt. I nästkommande kapitel behandlas tullagstiftningen. Här får läsaren en beskrivning av counterfeitförordningen och dess tillämpningsområde samt den svenska tolkningen av nämnda förordning. Därefter visas statistik av såväl svenska som europeiska tullingripanden för att åskådliggöra hur lagstiftningen fungerar i praktiken. Efterföljande kapitel behandlar de nästan rättsfilosofiska frågorna kring att balansera de olika parternas intressen gällande varumärkesförfalskning för att nå bästa möjliga resultat. Kapitel 6 analyserar möjliga förbättringsåtgärder baserat på de tre inledande deskriptiva kapitlen samt diskussionen i kapitel 5.

2 Varumärkesrätten – funktion och intrång

I dagens samhälle med ökad trängsel, många budskap, hög ljudnivå, gränsöverskridande handel och i det närmaste obegränsad tillgång till information, är kännetecken i mångt och mycket det som får konsumenterna att kunna särskilja produkter. Varumärket är idag många gånger en av företags viktigaste tillgångar och kan ses som hela företagets upparbetade värde i form av en image.[10] Varumärken relaterar inte till en produkt utan mer till de distinktiva budskap som är kopplade till en produkt för att särskilja denna från liknande produkter som har framställts av andra.[11] Det blir således särskilt viktigt att skydda varumärket från intrång, såsom varumärkesförfalskning.

2.1 Varumärkets särskiljningsförmåga och funktion

Den grundläggande förutsättningen för varumärkesrätt är att kännetecknet innehar särskiljningsförmåga enligt 1 § 2 st. VmL. Särskiljningsförmågan framgår också som ett direkt krav för registrerbarhet enligt 13 § 1 st. VmL samt indirekt för inarbetning enligt 2 § VmL. Denna särskiljande förmåga är grundläggande för att varumärkets övriga funktioner skall kunna uppfyllas. Varumärket har många olika kommersiella funktioner, som gör sig gällande för såväl näringsidkaren som konsumenten. Rättighetshavaren ser varumärket i första hand som ett konkurrensmedel för att nå ut till konsumenterna. För konsumenter är varumärket

[10] Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2007, s. 361
[11] Govaere, The use and abuse of intellectual property rights in E.C. law, 1996, s. 25

framförallt en informationskälla, en katalysator för beslutsprocessen vid köp, en garant för en viss kvalitetsnivå och i vissa fall som imageskapare. Varumärket vägleder konsumenten vid valet mellan olika konkurrerande produkter. Konsumenten kan med hjälp av kännetecknet identifiera den särskilda varan, som konsumenten har anledning att tro bäst tillfredställer hans specifika behov och önskemål. I varumärket uppfattar konsumenten en slags garanti för att varan besitter de egenskaper eller den kvalitet som han förbinder med en särskild tillverkning eller vant sig att finna i varan. Då varumärket kan vägleda konsumenten till det inköp som för denne är mest förmånligt med hänsyn till behov, önskemål, pris och kvalitet har varumärket den förmågan att stimulera en verksam konkurrens mellan olika näringsidkare.[12] Ur lagstiftarens perspektiv är varumärkets individualiserande och identifierande förmåga en samhällsnyttig funktion, eftersom den underlättar kommunikationen mellan marknadens aktörer och på så sätt effektiviserar handeln. Således har lagstiftaren fastställt spelregler för användningen av varumärken, vilka kommer till uttryck i VmL.[13]

2.2 Ensamrätten till varumärke

Kravet för att erhålla ensamrätt till ett varumärke är att märket antingen registreras såsom ett särskilt kännetecken för vissa varor enligt 1 § VmL eller att märket har blivit inarbetat enligt 2 § VmL. Ensamrätten till ett varumärke innebär enligt 4 § 1 st. VmL att ingen annan än rättighetshavaren får använda ett förväxlingsbart kännetecken för sina varor i näringsverksamhet. Huvudregeln i 6 § 1 st. VmL är att varumärken är förväxlingsbara, då de är identiska eller liknar varandra (märkeslikhet) och de samtidigt angår varor av samma eller liknande slag (varuslagslikhet).

[12] Prop. 1960:167 s. 26
[13] Melin, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel – om konsten att bygga upp starka varumärken, 1997, s. 25

2.3 Varumärkesintrång

Den som handlar i strid med 4 och 6 §§ VmL begår varumärkesintrång. Av innehållet i 4 § 1 st. VmL framgår även att varumärkesintrång kan gälla oavsett om varan tillhandahålls eller är avsedd att tillhandahållas i Sverige eller utomlands eller också införas till Sverige. Varumärkesintrång kan alltså även göras gällande då annan är rättighetshavaren exporterar eller importerar varumärkesförfalskade varor som är skyddade av svensk lagstiftning över gränsen.[14]

2.3.1 Varför skall varumärkesförfalskning bekämpas?

Det finns ett antal rättsliga och kommersiella skäl till att vidta kraftfulla åtgärder gentemot varumärkesintrång. Genom ensamrätten till varumärket blir rättighetshavaren ansvarig för den potentiella förlusten av goodwill vid eventuella brister i sin produkt[15], vilket även gäller för förfalskade produkter såtillvida konsumenten associerar produkten till rättighetshavaren. Förekomsten av intrångsprodukter medför en minskad försäljning av egna produkter, vilket gör att intrångsprodukter kan ses som den värsta konkurrenten. Vidare riskerar rättighetshavare att relationer till generalagenter och återförsäljare blir ansträngda som en följd av att dessa ser sin marknad minska till följd av förekomsten av intrångsprodukter. Har rättighetshavaren licensierat ut sin immateriella rättighet och licenstagaren utsätts för otillbörlig konkurrens till följd av intrångsprodukter, påverkar detta naturligtvis dennes vilja att betala licensavgifter och förnya licensavtalet.[16]

[14] SOU 1958:10, s. 241 f.
[15] Govaere, The use and abuse of intellectual property rights in E.C. law, 1996, s. 26
[16] Bengtsson/Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, 2006, s. 26

Intrångsprodukter uppfyller sällan samma kvalitet som äkta varor, vilket gör att intrångsprodukternas lägre kvalitet förorsakar goodwillskada då konsumenterna tror att rättighetshavaren ansvarar för den undermåliga produkten.[17]

De kostnadsmässiga effekterna för de företag som blir utsatta för immateriellt intrång genom varumärkesförfalskning inkluderar: (i) minskad försäljning; (ii) konkurrensmässig nackdel gentemot de företag som åker snålskjuts på forsknings-, utvecklings- och marknadsföringskostnader som legitima företag ådrar sig; (iii) risken för produktansvar för defekta förfalskade produkter; (iv) förlust av varumärkets goodwill och prestige, där förfalskningar är tillgängliga; och (v) kostnaden för att övervaka marknaden och vidta rättsliga åtgärder mot intrångsgörare.[18]

Den medföljande skadan innebär inte bara en ekonomisk eller goodwill skada för rättighetshavaren utan även för samhället i stort. Det innebär en direkt minskning av skatteinkomster och ökar arbetslösheten inom legala industrier. Det undergräver incitamenten till innovation för många entreprenörer. En annan konsekvens är den ökade risken för ohälsa och olyckor som medförs av till exempel oäkta läkemedel och varumärkesförfalskade reservdelar till bilar.[19] Förfalskade varor som hotar liv, hälsa och miljö är även av högsta prioritet för Tullverket.[20]

2.3.2 Orsaker till varumärkesförfalskning

Den huvudsakliga orsaken till varumärkesförfalskning och pirattillverkning är den ansenliga ekonomiska vinst som görs på att ”åka snålskjuts” på andras

[17] Bengtsson/Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, 2006, s. 26
[18] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 7
[19] Cuypers, F, AIPPI Newsletter No 23, mars 2007, s. 9. *Review of the 3rd Global Congress on Combatting Counterfeiting and Piracy*

[20] www.tullverket.se

kreativa ansträngningar och investeringar, genom att imitera eftertraktade produkter och sälja dessa till ett lägre pris. Det lägre priset kan sättas på basis av att varumärkesförfalskare inte har något intresse av att bevara ett gott renommé för ett visst varumärke och väljer en lägre kvalitetsnivå på sina varor. De behöver inte heller investera i forskning, utveckling och marknadsföring vilket legitima producenter måste göra och därmed inberäkna i varans prissättning. I ett nyligen avgjort tingsrättsfall[21] framgick det att de intrångsgörande varorna endast hade marginella avvikelser från originalvarorna och att dessa hade saluförts till underpris.

Denna handel hade av naturliga skäl inte existerat utan att det fanns en efterfrågan, samt en allmän uppfattning om att sådan handel inte är av allvarligare dignitet. Stöld av immateriella rättigheter är inte ännu uppfattad som jämställd med andra brottsliga gärningar mot materiella äganderättigheter, såsom stöld och intrång. Orsaken till denna inställning beror på (i) ett misslyckande av statliga myndigheter och kommersiella organisationer att kommunicera till den konsumerande allmänheten den fara som uppstår vid brukandet av icke-auktoriserade produkter och de effekter sådan handel har på välfärden samt (ii) bristen på adekvata straffsanktioner för intrångsgörare.[22]

För tjugo år sedan var förfalskning av produkter ett fenomen som främst ansågs beröra lyxvaror. Under 1980-talet var 70 % av de företag som utsatts för immateriella intrång i den sektorn. Men år 2006 var mer än 1,6 miljoner förfalskade kosmetika-/vårdnadsprodukter och 1,2 miljoner matvaror och drycker beslagtagna vid EU: s yttre gränser, vilket var en ökning med 40 % sedan 2005. OECD släppte en ny studie under 2007 som uppskattade att det årliga värdet av internationell handel med förfalskade konsumentvaror uppgick till 200 miljarder

[21] Mål nr T 890-06
[22] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 5

dollar, en summa som är likvärdig med 2 % av världshandeln och högre än BNP i 150 länder.[23]

Orsaken till att piratkopiering och varumärkesförfalskning har ökat drastiskt och utvecklats till ett globalt utbrett fenomen beror på flera varierande anledningar. De inkluderar bl.a. den teknologiska utvecklingen vilken har skapat möjligheter att effektivisera produktionen av kopior till minimala kostnader; ökningen av den globala efterfrågan på märkta produkter; samt även ekonomiska och politiska utvecklingar, såsom utbredningen av internationell handel, ekonomisk internationalisering, expanderingen av medel och möjligheter för organiserad brottslighet efter kollapsen av de politiska systemen i centrala och östra Europa samt i forna Sovjetunionen.[24]

[23] http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1573&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en

[24] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 5

3 Tullagstiftningen

3.1 Det internationella regelverket

Detta kapitel avser att beskriva det internationella regelverk som skapats i syfte att bekämpa varumärkesförfalskning och piratkopiering.

3.1.2 Pariskonventionen och Bernkonventionen

Det internationella regelverket härstammar från Pariskonventionen och Bernkonventionen. Dessa sätter upp minimistandarder för skyddet av de flesta immateriella rättigheterna.[25] De länder som ratificerat eller tillträtt konventionerna bildar en union till skydd för industriell rätt dvs. patent, mönster och varumärken m.m. (Pariskonventionen), respektive upphovsrätt (Bernkonventionen).[26] I Pariskonventionens artikel 19 fastslås att en varumärkesskyddad vara eller en vara med vilseledande ursprungsbeteckning kan beslagtas vid gränsen. Motsvarande bestämmelse gällande litterära och konstnärliga verk finns i Bernkonventionens artikel 13 punkt 3. Då båda konventionerna saknar regler beträffande verkställighet och tvistelösning har inte reglerna kring beslag inneburit en avsevärd minskning av handeln med varumärkesförfalskade och pirattillverkade varor.[27] Mot denna bakgrund var

[25] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006 s. 38
[26] Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2007, s. 39 f.
[27] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006 s. 38

TRIPS-avtalet ett stort framsteg inom bekämpningen mot varumärkesförfalskade och pirattillverkade varor.[28]

3.1.3 TRIPS

TRIPS-avtalet, som tillkom den 15 april 1994 i Marrakech och trädde i kraft den 1 januari 1995, har beskrivits som den mest signifikanta milstolpen i utvecklingen av immateriella rättigheter under 1900-talet.[29] TRIPS-avtalet ligger under WTO: s tvistelösningssystem, vilket resulterar i att tvister rörande medlemsstaters implementering av avtalet hamnar hos WTO: s expertpanel. TRIPS-avtalet sätter upp minimiregler, vilket medför en flexibilitet för medlemsstater att införa ett mer vidsträckt skydd i respektive nationell lagstiftning inom ramen av TRIPS-avtalet.[30] I artikel 1 stadgas att medlemsstater kan implementera en mer extensiv lagstiftning än vad TRIPS-avtalet kräver, så länge det inte motverkar bestämmelserna i avtalet. Medlemsstater skall ha friheten att bestämma den lämpliga implementeringen av avtalet för att passa den egna lagstiftningen.

I artiklarna 51-60 i TRIPS-avtalet återfinns reglerna om gränsåtgärder som är relativt detaljerade, framförallt med bakgrund av tidigare insatser på området. Artiklarna omfattar judiciellt och administrativt verkställande av beslag av varor och normer för gränskontroller och tullåtgärder. I artikel 51 föreskrivs att medlemsstater skall möjliggöra procedurer för en rättighetshavare, som har goda skäl att misstänka importering av intrångsgörande varor, att kunna ansöka till en kompetent myndighet om tullmyndighetens uppskjutande av frigörande av sådana varor.

[28] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 40
[29] A.a., s. 41
[30] A.a., s. 42

Det framgick dock i en utvärdering av TRIPS, genomförd av WIPO[31] 2002, att det fanns områden med brister och problem som medförde en otillfredsställande tillämpning av de immateriella rättigheterna. Det som uppmärksammades inbegrep det bristande samarbetet från rättighetshavarens sida vid ex officio-agerande, bristen på arbetskraft, teknisk utrustning och lagerplats för omhändertagna varor, problem med att intrångsgörande varor återinsattes i kommersiella kanaler, alltför långtgående krav på tullnederlag för intermistiska åtgärder samt avsaknaden av legala grunder för ex officio-agerande[32].[33]

3.2 EG-förordning 1383/2003

Gemenskapsbestämmelserna om gränskontroll är inriktade på varuhandeln med land utanför EU:s gränser och finns i EG-förordning 1383/2003.

3.2.1 Tillkomst

EG-kommissionen påbörjade under 1980-talet arbetet med ett gemensamt system för tullkontroll av misstänkta piratkopierade och varumärkesförfalskade produkter. Den första versionen publicerades 1988 som kom att kallas counterfeitförordningen.[34] Förordningen var dock svårtillämpad då den innebar att medlemsstater blev tvingade att införa komplicerade tillämpningsföreskrifter. Detta resulterade i en ny förordning, Rådets förordning (EG) nr 3295/94 av den 22 december 1994, om åtgärder för att förhindra övergång till fri omsättning,

[31] World Intellectual Property Organization. Har till huvuduppgift att administrera de internationella konventionerna inom immaterialrätten och verka för deras vidareutveckling.(Bernitz et al., 2006, s. 9)
[32] För förklaring se fotnot 41.
[33] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 60 f.
[34] Council Regulation 3842/86 laying down measures to prohibit the release för free circulation of counterfeit goods.

export, återexport eller hänförande till ett suspensivt arrangemang av varumärkesförfalskade och pirattillverkade varor. Förordningen innebar införandet av ett enhetligt processuellt system. Denna kompletterades också med en ytterligare förordning[35] för att bli tillämplig även på patentskyddade produkter. Förordning (EG) 3295/94 ersattes år 2004 med Rådets förordning (EG) nr 1383/2003 av den 22 juli 2003 om tullmyndigheternas ingripande mot varor som misstänks göra intrång i vissa immateriella rättigheter och om vilka åtgärder som skall vidtas mot varor som gör intrång i vissa immateriella rättigheter[36].[37]

3.2.2 Mål och syfte

Counterfeitförordningen sanktionerar tullåtgärder som inbegriper att tullmyndigheter kan, antingen på eget initiativ (ex officio-agerande) eller på begäran av rättighetshavaren, kvarhålla varor som misstänks utgöra intrång på immateriella rättigheter, i syfte att rättighetshavaren skall kunna avgöra om ett immaterialrättsligt intrång har skett. Varor som visas vara intrångsgörande förstörs eller avsätts utanför kommersiella kanaler.[38]

Counterfeitförordningen, som anses vara ett kraftfullt verktyg i bekämpningen mot varumärkesförfalskning och piratkopiering, syftar till att garantera säkerheten för konsumenter[39], respekten för rättighetshavares immateriella rättigheter och de finansiella intressena inom gemenskapen. Rättvis konkurrens, forskning och innovation är de ekonomiska pelarna inom gemenskapen. Tullåtgärderna skall tjäna till att uppmuntra innovation inom handeln och konkurrenskraft, beskydda

[35] Concil Regulation 241/99 laying down measures to prohibit the release för free circulation, export, re-export or entry for a suspensive procedure of counterfeit and pirated goods.
[36] Council Regulation (EC) No 1383/2003 of 22 july 2003 concerning customs action against goods suspected of infringing certain intellectual property rights and the measures to be taken against goods found to have infringed such rights.
[37] Bengtsson/Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, 2006, s. 99 f.
[38] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 65
[39] Konsumenter kan tycka att varumärkesförfalskade varor är frestande då de t.ex. anser sig kunna ha råd med vad de anser vara en statussymbol till ett lägre pris. Det kan dock konstateras att dessa varor är vilseledande och kan vara riskabla för konsumenters hälsa och säkerhet.

arbetstillfällen samt värna om nationella ekonomier. Huvudmålet med counterfeitförordningen är att ge den enskilda marknaden och konsumenter ett mer effektivt skydd inom den större gemenskapen.[40]

3.2.3 Översiktligt om tullförfarandet

Varor som misstänks göra intrång i immateriella rättigheter kvarhålls av Tullverket, ex officio[41] eller efter rättighetshavarens ansökan. Av 6 kap. 1 § tullagen följer att ett beslut av tullmyndigheten om kontrollåtgärder får fattas endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för enskilda. Efter beslaget meddelar Tullverket rättighetshavaren att varor kvarhållits samt vilken kvantitet det rör sig om, dock inte importörens eller exportörens identitet. Enligt artikel 4 i counterfeitförordningen har rättighetshavaren en tidsfrist på 3 arbetsdagar att bekräfta att de kvarhållna varorna gör intrång i dennes immateriella rättigheter. Har rättighetshavaren inte skickat in en ansökan om nationellt ingripande måste denne göra detta inom 3 arbetsdagar för att intrångsvarorna skall kvarhållas. Till en början kvarhålls varorna i tio dagar enligt artikel 13 (1) counterfeitförordningen, för att rättighetshavaren skall ha möjlighet att kontakta importören och undersöka möjligheten till utomrättslig förlikning. Tullverket kan besluta om förlängning av tidsfristen med ytterligare tio arbetsdagar. Såvida inte ett förlikningsavtal har träffats mellan rättighetshavaren och intrångsgöraren inom den meddelade tidsfristen, frigör Tullverket de kvarhållna varorna. Tullverket skickar därefter beslutet om kvarhållande till både importören och

[40] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006 s. 66

[41] Om rättighetshavaren inte givit in ansökan, kan Tullverket på eget initiativ ingripa mot varor som misstänks göra intrång i immateriella rättigheter. Det är vanligt att rättighetshavaren inte är medveten om att dennes immateriella rättighet är föremål för intrång. Det värdefulla ex officio-ingripandet möjliggör då en medvetenhet för rättighetshavaren om denna otrevliga realitet och att denne kan vidta nödvändiga åtgärder. (Vrins/Schneider, 2006, s. 118)

rättighetshavaren. Exportörens och importörens identitet samt antalet kvarhållna varor skall framgå av beslutet[42].[43]

Handläggningstiderna i immaterialrättsliga mål är långa och det finns även en återhållsam inställning hos svenska domstolar att utdöma skadestånd avseende immaterialrättsliga intrång. Därför ligger det ofta i rättighetshavarens intresse att snabbt få till stånd en förlikning då ett immaterialrättsligt intrång har konstaterats. Det ligger även i intrångsgörarens intresse att undvika onödiga rättegångskostnader när det tydligt framgår att ett intrång har skett. Det kan även te sig meningslöst att driva en process mot en intrångsgörare som saknar tillgångar och därmed ändå inte kan betala rättegångskostnader och skadestånd.[44] Således ingår importören och rättighetshavaren ofta ett förlikningsavtal varigenom importören erkänner intrång, uppger exportörens och eventuella mellanhänders identitet, utger ersättning för intrånget, åtar sig att upphöra med all import av intrångsvaror och åtar sig att stå för samtliga kostnader i anledning av Tullverkets förstörelse av varorna. Det skall nämnas att rättighetshavaren inte har rätt att få ut de beslagtagna varorna, med undantag för de analysprover[45] som syftar till att undersöka om varorna utgör intrång. Om parterna inte träffar ett förlikningsavtal återstår det för rättighetshavaren att föra förbuds-, förstörelse-, och/eller skadeståndstalan i anledning av intrånget.[46]

[42] Enligt 9 kap. 1§ sekretesslagen har Tullverket rätt att lämna ut uppgifter om antalet, varor, importörens och deklarantens identitet och adress så länge den enskilde inte lider skada eller men.
[43] Bengtsson/Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, 2006, s. 105
[44] A.a., s. 206
[45] Rättighetshavaren har rätt att ta del av ett varuprov ur den sändning som placerats i suspensivt förvar. Rättighetshavaren är ansvarig för eventuell skada på varuproverna som uppstår i samband med undersökningen (Bengtsson/Lyxell, 2006, s. 107).
[46] Bengtsson/Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, 2006, s. 105 f.

3.3 Counterfeitförordningens tillämpningsområde

Counterfeitförordningen tillåter tullmyndigheter att vidta åtgärder i stort sett samtliga tullsituationer, under förutsättning att varorna som misstänks utgöra intrång härstammar från, eller är avsedda för, en icke-medlemsstat. Handel inom gemenskapen är exkluderad, på basis av principen om fri rörlighet av varor. Exkluderingen av handel inom gemenskapens medlemsstater kan anses beklaglig då mängden intrångsgörande varor från medlemsstater har ökat dramatiskt sedan 2004 års tillökning av 10 nya medlemsstater.[47]

3.3.1 Varor som går under counterfeitförordningen

För att varor skall anses falla under counterfeitförordningen och bli föremål för ett ingripande måste två kumulativa kriterier var uppfyllda. De misstänkta varorna måste inneha den tullstatus som definieras i artikel 1 (1) samt varorna måste göra intrång i en immaterialrätt som beskrivs i artikel 2 (2). Enligt artikel 1 (1) har Tullverket rätt att ingripa mot varor som misstänks göra intrång i immateriella rättigheter i samband med följande tullförfaranden; (i) övergång till fri omsättning, (ii) export eller (iii) återexport. Tullverket har även behörighet att ingripa vid kontroll av varor som hänförts till suspensivt arrangemang, vilket innefattar; lagring i tullager, aktiv förädling enligt ett suspensionssystem, bearbetning under tullkontroll, temporär import samt extern transistering. Att counterfeitförordningen skall tillämpas vid transisteringar framgår av EGD den 6.4.2000 i Polo/Lauren-målet[48]. EG-domstolen kom fram till att varor i transit kunde påverka den inre marknaden genom att varorna riskerade att svekfullt införas på den inre marknaden. Det fastslogs därigenom gällande transit-varor att

[47] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 72 f.
[48] Mål C-383/98

det alltid föreligger en risk för marknadsföring på den inre marknaden.[49] Den internationella handeln både innanför och utanför den inre marknaden inbegriper ett betydande antal försändelser med varor i transit, d.v.s. transport av varor från ett land till ett annat genom ett eller flera transitländer. Varor i transit kan således utgöra en kränkning gentemot rättighetshavarens gällande immateriella rättigheter i transitlandet. Dock kan det påpekas att varor i transit inte är avsedda att marknadsföras och säljas i transitlandet, vilket gör det diskutabelt huruvida en transistering egentligen kan anses skadlig för rättighetshavarens rättsliga intressen.[50]

3.3.1.1 Definition av varumärkesförfalskade varor

Med varumärkesförfalskade varor avses enligt counterfeitförordningens artikel 2 (1) (a):

(i) varor, inkluderat emballage, som utan tillstånd bär ett varumärke identiskt med ett giltigt registrerat varumärke för varor av samma slag, eller som i väsentliga aspekter inte kan särskiljas från sådant varumärke, och som därigenom utgör intrång i varumärkeshavarens rättigheter enligt rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 eller enligt lagstiftningen i den medlemsstat där ansökan om ingripande av tullmyndigheter görs;

(ii) varje varumärkessymbol (inkluderat logotyp, etikett, klistermärke, broschyr, bruksanvisning eller garantihandling som är försedd med sådan symbol), även om den förekommer separat, under samma förutsättningar som de varor som finnes i punkt (i);

(iii) emballagematerial som bär varumärken för varumärkesförfalskade varor och som förekommer separat, under samma förutsättningar som de varor som finnes i punkt (i).

[49] NIR, häfte 4 2007 årgång 76, s. 366
[50] A.a., s. 365 f.

Det är inte ovanligt att varumärkessymbolen och själva produkten transporteras separat, och varan blir försedd med varumärkessymbolen i ett senare skede då de är inom gemenskapen. Denna strategi begränsar intrångsgörarens förluster då varumärkesförfalskade varor upptäcks av tullmyndigheter.[51]

3.3.1.2 Definition av pirattillverkade varor

Med pirattillverkade varor avses enligt counterfeitförordningens artikel 2 (1) (b) varor som gör intrång i upphovsrätt, mönsterrätt, patent, växtförädlarrätt, ursprungsbeteckningar eller geografiska beteckningar.

3.3.2 Varor som inte ingår i counterfeitförordningen

En viktig begränsning i counterfeitförordningen är att den inte omfattar all import.[52] Trots att vissa varor kan utgöra intrång i immateriella rättigheter kan de inte bli föremål för gränsåtgärder enligt counterfeitförordningen.

3.3.2.1 Parallellimporterade varor

Inom all immaterialrätt, och med betoning på varumärkesrätt, är det av stor betydelse, såväl praktisk som principiell, att fastställa i vilken omfattning rättighetshavaren kan styra varornas vidare omsättning genom sin ensamrätt. Parallellhandel avser handel med produkter vid sidan av de avtalade försäljningskanaler som de tillverkande företagen använder. Denna handel förekommer då tillverkande företag saluför sina produkter på olika marknader och prisskillnaderna är så stora att det lönar sig för företag utanför de avtalade distributionsnätverken att själva importera eller exportera dessa produkter.[53] Enligt EG-rättens princip om regional konsumtionen är parallellhandel tillåten

[51] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 98
[52] Bengtsson/Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, 2006, s. 102
[53] Nicander, Fri handel och immaterialrättslig ensamrätt – en konflikt, 2007

mellan länder inom EES, under förutsättning att varan lovligen har släppts ut med rättighetshavarens samtycke, vilket även framgår av 4 a § VmL.[54] Enligt Romfördragets artikel 28 och artikel 30 är åtgärder som hindrar den fria rörligheten förbjudna. Principen om regional konsumtion innebär att en rättighetshavare som själv eller genom en licenstagare har släppt ut en ensamrättsskyddad vara i något EES/EU-land har konsumerat sin rätt att med stöd av ensamrätten kontrollera varans vidareförsäljning inom EES/EU.[55]

Det finns inga gemenskapsrättsliga eller nationella instrument som ger tullmyndigheten rätt att ingripa mot import eller export av parallellhandlade äkta varor.[56] Av artiklarna 1 och 3 i counterfeitförordningen framgår det tydligt att tullmyndigheter inte skall befatta sig med parallellhandel av äkta varor. Det är dock värt att påpeka parallellhandels effekter på marknaden. Lidgard beskriver industrins uppfattning om parallellhandel som huvudsakligen parasiterande. I huvudsak ses parallellhandeln som utnyttjande av andra företags ansträngningar. Parallellimportörerna uppfattas ”åka snålskjuts” på ordinarie producenters strategier och marknadssatsningar. Parallellimportörer kan hålla lägre priser för likvärdiga varor då märkesvarorna köps billigt i utlandet och säljs via lågpriskanaler till dumpade priser.[57]

De som är motståndare till parallellhandel menar att det uppmuntrar till varumärkesförfalskning och piratkopiering, särskilt när handeln involverar ompaketering samt att parallellhandlare generellt är mer involverade i olagliga verksamheter. Det står klart att varumärkesförfalskade och piratkopierade varor kan införas på marknaden tillsammans med parallellimporterade varor. Dock är förmodligen risken för sådan införsel överdriven eller minimaliserad beroende av de som är emot eller för parallellhandel. Oavsett så finns det inte tillräckliga bevis

[54] Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2007, s. 416
[55] Wallin, Immaterialrätt för innovatörer och entreprenörer, 2006, s. 286
[56] Lidgard, Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA, 2002, s. 135
[57] A.a., s. 18

för att kunna värdera sambandet mellan parallellhandel och varumärkesförfalskning och piratkopiering.[58]

I Sverige har det förekommit att rättighetshavare har försökt stoppa import av parallellhandlad vara med hänvisning till reglerna om piratimport. Även om tullmyndigheten är medveten om situationen föreligger det en viss problematik för tullen att avgöra om en vara skall föras till den ena eller den andra kategorin. I detta sammanhang kan inte tullen lita på rättighetshavarens uppgifter, då denne kan försöka utnyttja reglerna för annat än avsedda syften.[59]

Det skall dock påpekas att en förutsättning för lovlig parallellimport är att varorna inte blivit förändrade eller försämrade. Av 4 a § 2 st. VmL framgår det att rättighetshavaren kan motsätta sig vidareförsäljning av en gång lovligen utsläppta varor. Det gäller i synnerhet om en vara förändrats eller försämrats efter det att den släppts ut på marknaden, till exempel genom bearbetning eller reparation. I sådant fall får kännetecknet inte användas utan att förändringen tydligt framgår, då försäljningen av sådana förringade eller undermåliga varor kan skada varumärkets renommé.[60]

3.3.2.2 Varor framställda i strid med kontraktuella förhållanden

Counterfeitförordningen är enligt artikel 3 (1) 2 st. inte tillämplig på varor som förvisso har märkts med rättighetshavarens varumärke med dennes samtycke, men strider mot det gällande licensavtalet, t.ex. *over-runs.*[61] Exkluderingen innefattar även varor som inte uppfyller den mellan rättighetshavaren och tillverkaren avtalade kvalitetsnivån, varor som strider mot avtalade territoriella begränsningar, och varor som är av annan sort än vad som anges i licensavtalet.[62]

[58] Stothers Christopher, Parallel Trade in Europe – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law, 2007, s. 22 f.
[59] Lidgard, Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA, 2002, s. 135 f.
[60] Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2007, s. 420
[61] Varor som tillverkats utöver den avtalade kvantiteten enligt licensavtalet mellan licenstagare och rättighetshavare utan ersättning till den sistnämnda.
[62] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 111

Denna exkludering stöds till stor del av det faktum att det är i stort sett omöjligt för tullmyndigheter att kunna särskilja mellan legala äkta varor och de varor som tillverkats i strid mot kontraktuella förhållanden.

3.3.2.3 Varor av icke-kommersiell natur

Import av tillfällig natur av varor som ingår i resandes bagage och uteslutande är avsedda för resenärens och hans familjs personliga användning, eller varor som är avsedda som gåvor omfattas inte av counterfeitförordningen i det fall det sker inom de gränser som fastställts i fråga om tullbefrielse.[63] De tre rekvisiten för att importen inte skall kunna omfattas av counterfeitförordningen är att varan; (i) är av icke-kommersiell natur[64], (ii) ingår i resenärens personliga bagage[65], (iii) och falla under gränserna för tullbefrielse[66].[67]

Genom counterfeitförordningen är tullmyndigheter kompetenta till att vidta gränsåtgärder mot resenärers personliga bagage, när det föreligger materiella indikationer som antyder på att varor är en del i kommersiell handel. Det är nämnvärt att 34 % av alla gjorda gränsåtgärder av europeiska tullmyndigheter år 2004 var mot resenärer. Detta trots tullmyndigheters begränsade auktoritet att ingripa mot intrångsgörande varor i resenärers bagage.[68]

Det har från rättighetshavares sida framhållits att principen om fri rörlighet inte skall vara tillämplig för detta undantag från gränsåtgärder och därmed rättfärdiga

[63] Bengtsson/Lyxell, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, 2006, s. 103
[64] Icke-kommersiell natur definieras enligt förordning EG/918/83 art. 45 (2) (b) som att vara en tillfälligt importerad vara som inte till sin natur eller kvantitet indikerar på att vara importerad av kommersiella skäl, utan skall uteslutande användas för personligt eller familjens bruk, eller vara avsedd som gåva.
[65] Personligt bagage definieras enligt förordning EG/918/83 art. 45 (2) (a) som hela det bagage som resenären är i besittning av vid tullmyndigheten vid sin ankomst till gemenskapen, samt annat bagage som skall anlända vid ett senare skede till samma destination under förutsättning att detta bagage registrerades vid resenärens avgång från land utanför gemenskapen som tillhörande denne.
[66] Tullbefrielse är, in princip, berättigad upp till ett belopp av EUR 175 enligt förordning EG/918/83 art. 47. Enligt Tullverkets hemsida (www.tullverket.se) får det svenska beloppet inte överstiga 1700 SEK.
[67] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 112
[68] A.a., s. 113

resenärers bortseende från de immateriella rättigheterna. Det har i detta sammanhang poängterats att den kumulativa effekten av miljontals människors gränsöverskridande resor med intrångsgörande varor i bagaget resulterar i enorma ekonomiska skador för rättighetshavare och att det krävs selektiva gränskontroller för att avskräcka sådana aktiviteter.[69]

I bemötande har kommissionen argumenterat att borttagandet av detta undantag skulle resultera i ett väldigt få antal intrångsgörande varor per tullingripande, vilka i sin tur resulterat i ett flertal komplicerade processer som skulle avgöra om ett intrång hade skett i en immateriell rättighet. Gränsåtgärder av detta slag har inte ansetts ekonomiskt hållbara för rättighetshavare. Kommissionen har dock uppmärksammat att denna sortens införsel av små kvantiteter intrångsgörande varor kan dölja ett mycket större fenomen, vilket förklaras av det undantag som infördes för tullmyndigheter att ingripa om det föreligger misstanke att varorna är en beståndsdel i kommersiell handel.[70]

Det är i detta sammanhang av vikt att notera att artikel 3 (2) inte föreskriver att nationell lagstiftare inte kan lagstifta att resenärers införsel av piratkopierade eller varumärkesförfalskade varor är ett intrång av straffbar karaktär.[71]

3.3.3 Gränsfall – marknadsföring av reservdelar

I vissa näringsgrenar förekommer det att reservdelar, vissa tillbehör eller annan utrustning till märkesvaror tillverkas och saluförs av annan än rättighetshavaren. Tillverkaren av sådana produkter vill kunna ange att dessa passar till den avsedda märkesvaran. Den som tillhandahåller reservdelar etc. som inte är originaltillverkade äger dock inte rätten att utan medgivande använda annans skyddade varumärke som kännetecken för produkten, även om den passar till

[69] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 113
[70] A.a., s. 114
[71] Ibid.

originalfabrikatet. Däremot är han i princip berättigad att omtala, att delarna lämpar sig för originalfabrikatet. Detta är inte kännetecknsanvändning, såvida det sker på sådant sätt att misstag inte kan förekomma. För att sådan användning skall vara godtagbar bör det även fordras att det föreligger ett befogat intresse av att omtala att produkten passar till ett visst fabrikat. Det är dock så att risken är stor för att angivandet av annans kännetecken i samband med reservdel eller annat tillbehör som är avpassad för ett originalfabrikat kommer att medföra att den blir tagen som originaltillverkning av konsumenter eller att dessa tror den vara under garanti av rättighetshavaren.[72] Detta aktualiserades i ett rättsfall[73] där HD beslutade att åberopandet av Volvos varumärke på förpackningar för pirattillverkade reservdelar var nödvändigt för att ange användningsområdet. De varor som tullmyndigheten hade ingripit mot var dels grillar till bilar av märket Volvo, vilka var försedda med Volvos figurmärken, dels förpackningar som innehållit reservdelar och på vilka varumärket ”Volvo” hade angivits. Gällande grillarna var det ostridigt att dessa var försedda med Volvos figurmärke och att detta utgjorde intrång i varumärkesrätten genom införseln till Sverige. Avseende förpackningarna ansågs det dock inte föreligga skäl att misstänka att förpackningarna utgjorde intrång i Volvos ensamrätt. Förpackningarna var försedda med bl.a. orden ”Rod Volvo” och ”Stabilizer link Volvo”, vilka var återgivet med ett enhetligt typsnitt och format, och ordet Volvo var inte särskilt framhävt. Denna form av åberopande av Volvos varumärke på förpackningarna ansågs vara nödvändigt att på ett enkelt sätt, vilket förebyggde misstag, ange reservdelarnas användningsområde. HD beslutade därmed att de kvarhållna förpackningarna skulle frigöras. I HD:s domskäl motiveras denna inskränkning i ensamrätten som nödvändig för att marknadsföringen av till exempel en reservdel skall kunna ske på ett effektivt sätt.

[72] SOU 1958:10 s. 242 ff.
[73] Mål Ö 4188-04

3.4 Counterfeitförordningens relation till nationell lag

3.4.1 Allmänt

Counterfeitförordningen är en sekundär gemenskapsrättslig lag, vilket innebär att den är direkt applicerbar i samtliga medlemsstater. På basis av principen om EG-rätts företräde framför nationell lag gäller förordningens regler vid eventuell konflikt.[74] Den nationella lagstiftningsmekanismen har dock friheten att implementera insatser då förordningen tillåter det och då förordningen inte erbjuder det motsatta. Förordningens system är uppbyggt på tillförligheten på nationell lagstiftnings effektivitet. Det är nationell rätt som bestämmer immaterialrättens skyddsomfång samt hur intrångsbedömningar skall bedömas. En medlemsstat kan till exempel introducera i sin nationella lagstiftning att gränsåtgärder får vidtas mot parallellimporterade varor, *over-runs* eller varor som utgör intrång i immateriella rättigheter som inte täcks av counterfeitförordningen. Medlemsstaterna är ålagda att implementera vissa förfaranden och utse vissa myndigheter med tillräcklig kompetens men har samtidigt frihet i andra frågor, såsom domstolars förfaranden eller juridiska processer.[75]

3.4.2 Counterfeitförordningens relation till Sverige

Innan Sverige blev medlem i EU 1995 var tullåtgärder mot pirattillverkade och varumärkesförfalskade varor relativt ovanligt. Det var vanligare att sanktioner genomfördes då varorna redan hade släppts på marknaden.[76] Genom medlemskapet i den europeiska tullunionen är föreskrifterna i counterfeitförordningen direkt tillämpliga i Sverige. I princip tillämpar svensk

[74] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 70
[75] A.a., s. 70 f.
[76] A.a., s. 1017

tullmyndighet förordningen vid samtliga tullförfaranden som nämns i artikel 1 (1) i förordningen, vilka inkluderar övergång till fri omsättning, export, återexport och varor som hänförs till ett suspensivt arrangemang.[77] I 7 kap. tullagen (2000:1281) finns dock föreskrifter som avser svenska förhållanden, främst av hänvisnings- och implementeringskaraktär. Föreskrifterna i tullagen kompletteras av tillämpningsföreskrifterna i 67-70 §§ tullförordningen (2000:1306).

Counterfeitförordningens tillämplighet på varumärkesförfalskade varor har för svenskt vidkommande inneburit att tullmyndigheten har ingripit mot varumärkesförfalskade varor som såväl har varit identiska som snarlika ett registrerat varumärke. Counterfeitförordningens definitionen av varumärke som inte kan särskiljas har i sådana fall tillämpats brett av svensk tull.[78] Det har funnits flera fall då tullmyndigheten har kvarhållit varor vars varumärken har varit identiska eller inte kunnat särskiljas från ett skyddat varumärke och därför har funnits utgöra intrång på rättighetshavarens immateriella rättigheter.[79]

Svensk tullmyndighet ingriper bara mot misstänkta varor som täcks av det relevanta varumärkesregistret. Om det förefaller oklart huruvida de misstänkta varorna är med i registret, är det upp till den individuella tulltjänstemannen att besluta om ingripande.[80]

Gränsåtgärder genomförs även beträffande varumärkessymboler, såsom logotyper, etiketter, klistermärken, broschyrer, bruksanvisningar, garantihandlingar eller paketeringsmaterial som bär på ett förfalskat varumärke även om dessa sänds separat.[81]

[77] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 1019
[78] A.a., s. 1019 f.
[79] A.a., s. 1021
[80] A.a., s. 1020
[81] A.a., s. 1021

4 Hur fungerar lagstiftningen i realiteten?

4.1 Svenska tullingripanden och beslag

Följande statistik på tullingripanden och beslag av varumärkesförfalskade och piratkopierade varor har erhållits genom e-mail[82] från Monica Fridolf som är tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet på Tullverket.

År 2004 gjordes totalt 470 ingripanden av 125 000 artiklar till ett marknadsvärde av 30 miljoner SEK.

Ort	**Ingripanden**	**Artiklar**	**Marknadsvärde (miljoner SEK)**
Stockholm/Arlanda	193	23 000	8
Malmö	98	2 000	5
Göteborg	179	100 000	17

År 2005 gjordes totalt 500 ingripanden av 284 000 artiklar till ett marknadsvärde av 127 miljoner SEK.

Ort	**Ingripanden**	**Artiklar**	**Marknadsvärde (miljoner SEK)**
Stockholm	8	100 000	70
Arlanda	248	9 000	14
Malmö	176	3 500	5
Göteborg	68	171 500	38

[82] Svar inkommit 2007-12-03 samt 2007-12-12.

År 2006 gjordes totalt 663 ingripanden av 78 000 artiklar till ett marknadsvärde av 41 miljoner SEK.

Ort	Ingripanden	Artiklar	Marknadsvärde (miljoner SEK)
Arlanda	410	19 500	21
Malmö	172	39 500	8,5
Göteborg	81	19 500	11,5

Under år 2007, fram till den 3 december, har Tullverket gjort 500 ingripanden av över 170 000 artiklar till ett marknadsvärde av över 45 miljoner SEK.

Monica Fridolf på Tullverket tror att de ökande siffrorna beror på en kombination av att tullmyndigheter och gränsåtgärder har blivit mer effektiva och att handeln med förfalskade varor har ökat. Det är viktigt att poängtera att även om statistik är en viktig källa till information så är den svårtolkad eftersom handeln med varumärkesförfalskade varor är en skuggverksamhet och statistiken sannolikt endast beskriver ”toppen på isberget”.

4.2 Tullmyndigheters aktiviteter inom gemenskapen

Statistiken för 2006[83] visar att antalet tullingripande som involverar intrång i immateriella rättigheter och antalet beslagtagna artiklar har ökat dramatiskt sen 2005. Under 2005 beslagtogs 75 miljoner varumärkesförfalskade och piratkopierade artiklar i 26 000 tullingripanden. Under 2006 upptäcktes mer än 128 miljoner artiklar i mer än 37 000 tullingripanden.

83 http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/index_en.htm

2006 års statistik visar en ökning inom de flesta produktgrupper. Särskilt oroväckande är ökningen inom läkemedel och produkter för personlig vård, då dessa produkter kan vara skadliga för konsumenters hälsa och säkerhet. Inom förfalskade läkemedel är Indien den största källan, följt av Förenade Arabemiraten och Kina. Tillsammans utgör dessa tre länder källan till mer än 80 % av alla förfalskade läkemedel. Avseende den sammanlagda kvantiteten av beslagtagna förfalskade produkter är Kina den dominerande källan med 79 % av de beslagtagna artiklarna härstammande därifrån. Av de beslagtagna artiklarna 2006 var nästan 60 % cigaretter. Även om cigaretter representerar en sådan stor proportion av alla beslag har andra produkter också ökat dramatiskt sedan 2005, vilket visar på diversifikationen av varor som förfalskas och kopieras.[84]

4.2.1 Sammanfattning av europeiska kommissionens slutsatser av tullmyndigheters aktiviteter inom gemenskapen

Enligt europeiska kommissionen är de skadliga effekterna av den illegala handeln med varumärkesförfalskade och piratkopierade varor välkända. Marknadsföringen av förfalskade varor åsamkar avsevärd skada för rättighetshavare och även laglydiga tillverkare, leverantörer och återförsäljare. Dessutom har mer och mer uppmärksamhet riktats mot farorna för konsumenters hälsa och säkerhet. Konsumenters hälsa och säkerhet har blivit en omfattande fråga, vilket framgår att de ansenliga siffrorna relaterade till beslagtagna farmaceutiska produkter. Tillväxten i Indien inom denna sektor visar den industriella kapacitetens utveckling och påvisar realiteten av att varumärkesförfalskning och piratkopiering utförs i industriell skala inom alla produktgrupper där en potentiell vinst kan göras. En annan hälsoskadlig effekt av varumärkesförfalskade varor illustreras av handeln med förfalskade cigaretter. Utöver den dokumenterade hälsorisken med rökning menar kommissionen att

84 http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/index_en.htm

förfalskade cigaretter är ännu mer farliga att konsumera. Kommissionen uppmärksammar även svårigheten att identifiera ursprungslandet till tillverkningen av förfalskade varor eftersom varor inte transporteras direkt till den avsedda marknaden.[85]

85 http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/index_en.htm

5 Lösningens komplexa problematik – parternas olika intressen

Av lagstiftningen framgår det tydligt vilka regler som gäller för rättighetshavare, tullmyndigheter och andra organ och tillämpas antingen civilrättsligt eller straffrättsligt beroende på vilka befogenheter behöriga myndigheter har i olika länder. Tullverket stoppar varor som misstänks utgöra intrång i immateriella rättigheter med hjälp av rådsförordning (EG) 1383/2003 vilket sedermera leder till ett civilrättsligt förfarande mellan rättighetshavare och importör. Dock styrs problemet med varumärkesförfalskning till stor del av de ekonomiska lagarna som figurerar på konkurrensutsatta marknadsekonomier, vilket måste tas i beaktande i lagstiftningsarbetet.

5.1 Rättighetshavarens hållning

Det förefaller naturligt att rättighetshavare borde agera med entusiasm och kraftfullhet mot den verksamhet som skadar immateriella rättigheter genom import och distribution av olagliga varor. Dock är fallet inte alltid så och kan förklaras av det ibland oproportionella förhållandet mellan de ansträngningar och kostnader som krävs för att upptäcka mindre skeppningar av intrångsgörande varor och förtjänsten av upptäckten. Det är till exempel en vanligt förekommande strategi att inkludera intrångsgörande varor i transporter med äkta varor, vilket syftar till att avskräcka rättighetshavare att hävda sina immateriella rättigheter.[86]

[86] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 1100

Det finns dock situationer då det står klart att det ligger i företags intressen att ingripa mot även små kvantiteter. Så kan till exempel fallet vara då intrångsgörande varor riskerar konsumenters hälsa och/eller säkerhet och en sådan konsekvens skulle kunna skada företagets uppbyggda goodwill och varumärkets renommé. I en nyligen avgjord tingsrättsdom[87] framgick det av utredningen i målet att det till Sverige importerats 43 par skor som var märkta med kännetecknen identiska med Nikes registrerade varumärken, vilka ansågs ha varit föremål för näringsverksamhet. Tingsrätten fastslog den av Nike yrkade ersättningen på 25 800 SEK för utnyttjandet av varumärkena. Utöver det yrkade Nike även ersättning för den ytterligare skada som intrånget medförde. Detta baserade de på att det är mycket skadligt och negativt för Nike att handel sker med billigare och sämre plagiat som delvis förtar Nikes image och upparbetade goodwill. De framförde vidare att goodwillskadan inte är begränsad till den period som intrånget pågick utan kvarstår under en lång period vilket enligt Nike skulle komma att innebära en ytterligare bekostnad för marknadsföringsåtgärder för att återställa värdet på sina rättigheter. Även om tingsrätten inte fann att Nike hade åsamkats ytterligare skada, utan endast skulle ersättas för den faktiska skadan samt rättegångskostnader, visar målet ändå företags vilja att driva process även gällande små kvantiteter för att skydda företagets upparbetade goodwill.

5.2 Intrångsgörarens hållning

Intressena för tillverkare och säljare av oäkta och illegala varor ligger i att komma undan med deras olagliga verksamhet. Paradoxalt nog ligger det även i deras intressen att den kopierade/förfalskade varan innehar ett starkt immateriellt skydd. Konsumenter köper oftast intrångsgörande varor antingen för att de tror varorna är de önskvärda eller behövliga varorna de söker eller för att de vet att de köper oäkta varor men att de är avsevärt billigare än de äkta varorna. Om konsumenter förlorar tilltron till de äkta varorna förloras även varans attraktion

[87] Mål nr T 28255-06

för konsumenter. Det ligger således i intrångsgörarens intresse att immateriella rättigheter beskyddas och åberopas på bästa sätt gentemot alla andra intrångsgörare än honom själv. På så sätt kan den äkta varans höga kvalité, önskvärdhet och pris bibehållas samtidigt som skillnaden mellan äkta och oäkta varors priser bevaras, tillsammans med den illegala vinstgörande handeln.[88]

Ursprungsländer för intrångsgörande varor, som ofta är u-länder, har inte fått upp ögonen får det direkta behovet av ett fullgott skydd för immateriella rättigheter. I själva verket bidrar förfalskningen och kopieringen till industriell aktivitet, anställning och ekonomisk vinning för landet. Där det inte existerar ett effektivt sanktionssystem mot intrångsgörare, kommer den lokala industrin föredra att kopiera immateriella rättigheter istället för att vara kreativa. Även om denna sortens industri kan te sig gynnande för den lokala ekonomin är den i själva verket en ytterst ohälsosam miljö med kvinnor och barn som arbetar för nästintill obefintliga löner under förfärliga förhållanden, organiserad brottslighet, mutor, etc.[89]

5.3 Effektiv balans

Det är uppenbart att det, även vid en till synes fördelaktig lagstiftning med tullmyndigheter som assistans, är svårt för rättighetshavare att hantera varumärkesförfalskare. Problematiken uppkommer paradoxalt nog av, desto starkare skydd de åtnjuter, desto större blir vinsten och därmed ökar också incitamenten till icke-auktoriserad användning av deras rättigheter.

Detta ständigt pågående spel tenderar dock att gynna intrångsgörare eftersom de kan i det dolda agera med stor frihet avseende tillverkning och distributionen av produkter. De behöver inte garantera en viss kvalité och de kan även byta

[88] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 1102
[89] A.a., s. 1106

produktlinje, leverantörer, återförsäljare och marknadssegment hur och när de vill, vilket innebär att intrångsgörare kan agera dynamiskt och anpassa sig efter deras motparts försvarsåtgärder.

Under dessa omständigheter blir det vitalt att balansera intressena rätt. Enligt Jeremy Phillips[90] innebär ett för svagt skydd en minskad drivkraft att tillverka och sälja nya produkter, att utveckla varumärken och att marknadsföra kreativa lösningar och idéer. Ett för starkt skydd innebär enligt Phillips att priser kommer att tvingas upp och konkurrensen mellan legitima rättighetshavare blir så betungande att deras verksamheter inte kan generera nämnvärda vinster och slutligen upphör att existera.[91]

Det förefaller således oklart på vilket sätt man skall utvidga skyddet för rättighetshavare. Att komma åt det växande problemet med varumärkesförfalskning skall möjligtvis inte göras genom reformer inom den immaterialrättsliga lagstiftningen. Det är möjligt att den nuvarande lagstiftningen är den bästa möjliga för att behålla en acceptabel balans mellan intressegrupperna och att framtida lagreformer endast skall utgöras av finjusteringar av den nuvarande lagstiftningen.

[90] Författare av kap. 29, *Intellectual Property: Borders and Crossroads – An overview of the issues*, i Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006

[91] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 1107

6 Analys: De lege minimis – Möjliga förbättringsåtgärder

Handeln med varumärkesförfalskade varor har utvecklats till att idag vara enorm och det verkar inte som att denna illegala industri kommer att sluta växa. Straffen kan i dagsläget inte anses som avskräckande och rättighetshavare föredrar ofta ett civilrättsligt förfarande, vilket i de flesta fall troligen inte tillfogar de illegala handlarna skada i den utsträckning att de upphör med sin verksamhet. De starka ekonomiska incitamenten, de relativt låga riskerna och den växande internethandeln talar för att handeln med varumärkesförfalskade varor bara kommer att utvecklas. Av kapitel 5 framgår det vilka svårigheter som finns vid lagstiftningsarbetet och att det är tveksamt om det är önskvärt med omfattande lagstiftningsreformer. Det finns dock alltid utvecklingsmöjligheter och i följande analys upptas relevanta omständigheter och tänkbara förbättringar.

6.1 Politiska faktorer

Enligt Monica Fridolf på Tullverket har man i Sverige satt skygglappar på konsumentfrågor i många år, vilket har gjort att den illegala handeln inte har varit ett högprioriterat område.[92] Att gränsåtgärder mot varumärkesförfalskning och piratkopiering inte varit politiskt prioriterade i Sverige kan bero på att svenska rättighetshavares varor inte har varit föremål för immateriella intrång i samma

[92] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-03

utsträckning som till exempel franska lyxiga modevaror har varit.[93] Men problemet är alarmerande eftersom alltfler förfalskade produkter är idag så välgjorda att man som konsument ibland inte har en aning om att det inte är originalprodukten man köper. Många av de förfalskade varorna är också produktfarliga för konsumenterna. Den svenska tullen har varit medveten om detta i flera år och arbetar nu för att informera om riskerna med detta. Utöver att skydda medborgares hälsa och säkerhet har tullmyndigheter genom counterfeitförordningen som mål att skydda medborgares arbetstillfällen, gemenskapens konkurrenskraft, handeln samt investeringar i forskning och innovation. Monica Fridolf menar att det som krävs för att Tullverket skall bli mer effektivt i dagsläget är en verkningsfull samordning av alla organ och myndigheter, både nationellt och internationellt. Detta är dock enligt henne väldigt svårt att genomföra praktiskt. Arbetsgrupper bestående av medlemsländernas representanter finns tillsatta för statistiska undersökningar och lagstiftningsarbete men svenska tullen har pga. resursbrist valt att stå utanför detta samarbete men gör ändå en ansats att vara med på de internationella arenorna och ta del av information och lämna synpunkter.[94]

Trots att kampen mot varumärkesintrång och piratkopiering har fått stort fokus internationellt inom såväl näringslivet som myndigheter på senare år händer inte mycket konkret enligt Monica Fridolf. Då fenomenet med varumärkesförfalskning blev känt var det främst lyxvaror som kopierades. Sedan dess har utvecklingen medfört en annan dimension till problemet, vilken innebär rena hälsorisker och fara för liv och miljö. För att fenomenet skall få högre prioritet försöker Tullverket efter förmåga framhålla detta genom att informera media, allmänheten och politiska organ om situationens allvar. Enligt Monica Fridolf är dock det som krävs en rejäl kraftsamling av berörda myndigheter och en välriktad informationskampanj direkt mot konsumenter.[95]

[93] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 1018
[94] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-03
[95] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-12

6.2 Införsel i resenärers bagage och konsumenters attityd

Det är viktigt att förändra konsumenters attityd och köpbeteende då de till stor del kan beskyllas för den omfattande marknaden för illegal handel. Handeln med varumärkesförfalskning och piratkopierade varor hade inte existerat utan att det funnits en efterfrågan från konsumenter. Deras oförsiktighet och även ansvarslöshet bidrar till fortsatt varumärkesförfalskning, vilket även kan anses som ett nästan vårdslöst beteende med tanke på vilka organisationer som profiterar på varumärkesförfalskning och piratkopiering.[96] Kunskaperna kring immateriella rättigheter verkar överlag vara bristfällig. Konsumentens vilja att köpa produkter av falsk natur bidrar indirekt till medel för organiserad kriminalitet, barnarbete och kan även utgöra risk för sitt egna och andras liv. Det gäller att få allmänheten att respektera skyddet av immateriella rättigheter på samma sätt som äganderätten respekteras. Från näringslivet har det höjts röster om att låta undantaget om införsel av icke-kommersiell natur försvinna, men även om den totala handeln utgör ett omfattande problem är det enskilda fallet svårhanterligt. I flera länder, bl.a. i Italien, har man kriminaliserat handeln med varumärkesförfalskningar och piratkopieringar också så att konsumenter kan bli bötfällda vid köp av sådana produkter. I artikel 3 (2) föreskrivs det inte att nationell lagstiftare inte kan lagstifta att resenärers införsel av piratkopierade eller varumärkesförfalskade varor är ett intrång av straffbar karaktär. Att kriminalisera sådan handel är dock en väldigt drastisk åtgärd. Det kan också ifrågasättas huruvida sådan handel i realiteten skadar rättighetshavaren. Många konsumenter borde vara medvetna om att det är just förfalskade varor med lägre kvalité som de har köpt. Dessutom hade förmodligen många av dessa konsumenter inte köpt den dyrare äkta varan. Det är i sådant fall tveksamt om det uppstår något egentligt inkomstbortfall och goodwillskada för rättighetshavaren, vid det enskilda köpet. Det är dock troligtvis så att desto fler förfalskade produkter som cirkulerar bland allmänheten desto mer minskar incitament för köp av lyxiga imageskapande äkta

[96] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 172

varor, eftersom dessa då inte kan särskiljas från de billigare förfalskade varorna och inte längre kan tydligt representera de lyxiga värden som inbegrips i varumärket.

Ett sätt att hantera situationen och minska införseln av varumärkesförfalskade varor genom resenärers bagage vore att sänka tullbefrielsenivån från den nuvarande nivån på 175 EUR, eller för svenskt vidkommande 1 700 SEK, eller lägga på en avgift på sådana varor så konsumenten i själva verket får betala samma pris som han hade gjort för den äkta varan. Ett annat sätt vore att basera metoden för kalkylering av tullbefrielsenivån på värdet på av den äkta varan, vilket i de flesta fall skulle leda till att värdet av de oäkta varorna översteg den satta nivån för tullbefrielse. Att implementera sådana åtgärder och kommunicera dessa genom en mot konsumenter direkt lanserad informationskampanj där även de negativa effekterna av handeln med varumärkesförfalskade varor framgår skulle fungera i förebyggande syfte då det skulle kunna avskräcka flera konsumenter att köpa och införa sådana varor.

Europeiska kommissionen har argumenterat emot att systemet med gränsåtgärder som skapades genom counterfeitförordningen är ett passande vapen i bekämpningen av varumärkesförfalskade och piratkopierade varor i resenärers bagage. Ett borttagande av undantaget skulle skapa en massiv ökning av tullingripanden, för endast ett fåtal beslagtagna varor per ingripande. Detta skulle vidare leda till otaliga intrångsundersökningar och rättsliga förfarande, vilket inte har ansetts som ekonomiskt försvarbart för rättighetshavare. Ett intressant förslag avseende denna aspekt har lagts fram av textilindustrin som går ut på att resenärer skulle bli erbjudna alternativet att överge misstänkta varor som upptäcks i det personliga bagaget till förstörelse utan att rättighetshavaren driver saken vidare.[97]

[97] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 114

6.3 Att kostnadseffektivt bemöta intrångsgörares strategier

Det skall påpekas att varje krona som rättighetshavaren spenderar på att skydda sina rättigheter är en motvillig utgift. De kostnadsbärande aktiviteterna för att övervaka och tillse att immateriella rättigheter respekteras är många. Således är beskyddande åtgärder endast så effektfulla som de resurser rättighetshavaren är beredd att lägga ner på övervakning och intrångsingripanden.

En effektiv strategi som används av intrångsgörare för att avskräcka rättighetshavare att hävda sina rättigheter är att sända både äkta och oäkta varor tillsammans. Ansträngningen och kostnaden för att upptäcka en liten kvantitet intrångsgörande varor kan då te sig oproportionell i förhållande till förtjänsten av en sådan upptäckt, särskilt då sändningarna sker kontinuerligt och rättighetshavarens resurser är ansträngda.

Det är problematiskt att rättighetshavare kan bli tvingade att tillåta införseln av intrångsgörande varor för att det inte är ekonomiskt försvarbart att stoppa varorna. För att bemöta denna strategi bör rättighetshavare överväga följande konstnads-effektiviserande alternativ; (i) tillskapandet av föreningar för rättighetshavare som kan agera å deras vägnar, (ii) välja en jurist som representerar flera konkurrerande företag, (iii) fastställa en fixerad minimiavgift för små frakter, och (iv) försöka få ersättning för utlagda kostnader från intrångsgörare.[98]

[98] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 1100

6.4 Tullmyndigheten och ex officio-ingripande

Enligt artikel 4 counterfeitförordningen kan tullmyndigheten, före en ansökan av rättighetshavaren har inkommit eller blivit godkänd, vid tillräckliga skäl kvarhålla varor som misstänks utgöra immateriellt intrång under en period av tre arbetsdagar.

Svenska tullmyndigheter är villiga att agera ex officio då de finner varor som misstänks utgöra intrång i immateriella rättigheter. Dock prioriteras övervakning av varor som misstänks utgöra immateriellt intrång, vilka varit föremål för en ansökan om tullingripande. Då en ansökan har inkommit demonstrerar detta rättighetshavarens intresse av att tullen övervakar och agerar för att skydda dennes rättigheter.[99] Den svenska tullen arbetar således helst med systemet att rättighetshavaren lämnar in en ansökan i förväg. Vad gäller ex officio-ingripanden görs endast cirka någon procent sådana av det totala antalet ingripanden per år.[100] Detta beror troligtvis på att det är svårt att ingripa vid misstanke om import av förfalskade varor eftersom det är svårt att erhålla den detaljerade information som tullen behöver för att kunna ingripa. Även de förhållandevis små resurser som tullen har till förfogande för ingripande av detta slag är begränsande. Paradoxalt nog är det inte alla rättighetshavare som vill ingripa, vilket leder till att tullen snarast möjligt måste frigöra varorna.[101]

Ex officio-ingripande är en positiv möjlighet för främst små och medelstora företag, som inte alltid vet att det förekommer intrång i deras immateriella rättigheter. Det skall dock i detta sammanhang nämnas att små- och medelstora företag har samma möjligheter som stora företag att skydda sina rättigheter, då ansökan om ingripande inte kostar något. Ett utökat antal ex officio-ingripande

[99] Vrins/Schneider, Enforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU, 2006, s. 1032
[100] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-03

[101] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-12

skulle kunna innebära en ökning det totala antalet beslag per år. Ex officio-ingripanden kan dock endast göras då Tullverkets personal har god kunskap om hur förfalskade varor skall upptäckas. Det har framgått att Tullverket helst ingriper då det har inkommit en ansökan om ingripande. Dessutom sker i dagsläget ca 80 % av all klarering av gods elektroniskt, vilket gör att tullen är beroende av att rättighetshavare lämnar riskanalysinformation för att kunna stoppa sändningar med förfalskade varor. Tullverket avsätter en hel del tid på att informera näringslivet om ansökningsförfarandet, men utan tillfredställande resultat.[102] Allmänt kan sägas att för att nå så bra resultat som möjligt skall ansökan innehålla så mycket information som möjligt om de faktiska omständigheterna kring transporten.

6.5 Tullmyndigheten och förundersökningsrätt

Tullverket har inte förundersökningsrätt avseende varumärkesförfalskade och piratkopierade varor. Denna befogenhet innehas av polisen, men området är inte högprioriterat.[103] Tulltjänstemän har god kompetens gällande godsflöden, varukännedom och varumärkesintrång. Att bemyndiga Tullverkets personal med förundersökningsrätt skulle inte bara innebära att låta rätt kompetens var ansvarig för bekämpning av immaterialrättsintrång, utan även frigöra polisens resurser till annan brottsbekämpning. I många EU-länder har tullen rätt att inleda förundersökning mot intrångsgörare och har därmed även befogenheter att till exempel företa husrannsakan, gripa personer och beslagta kopior. Därmed erhåller tullen en mer heltäckande bild av hela processen, vilket också ökar möjligheterna att komma åt de bakomliggande aktörerna och ”störa” deras

[102] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-12
[103] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-03

ekonomi som på många sätt är det mest verkningsfulla verktyget mot ekonomisk brottslighet.[104]

6.6 Utökad harmonisering av nationell lagstiftning

Counterfeitförordningen är direkt tillämplig såsom lag inom gemenskapen, men dess effektivitet är beroende av de olika nationella rättssystemen. De immateriella rättigheternas skyddsomfång och hur intrångsbedömningar skall göras bestäms av nationell rätt. Counterfeitförordningen styr inte heller nationella domstolars förfarande i immaterialrättsliga frågor eller vilka myndigheter och domstolar som är behöriga i frågor gällande intrång i immateriella rättigheter och gränsåtgärder. Även om denna frihet innebär att medlemsstaterna kan i viss mån självständigt anpassa counterfeitförordningen till de särskilda nationella omständigheterna, innebär det sannolikt att det uppställs olika kriterier vid intrångsbedömningar vilket får konsekvenser för att kunna ingripa konsekvent. En mer likformig tolkning av counterfeitförordningen skulle innebära en eliminering av osäkerhet vid intrångsbedömningar och tydliggöra gränsdragningen mellan illegala respektive legala varor. Detta skulle framförallt hindra importörer av varor som ligger gråzonen mellan äkta och varumärkesförfalskade varor att föra in varor i gemenskapen via en landsgräns där tolkningen av counterfeitförordningens tillämpningsområde medger en mildare intrångsbedömning.

[104] E-mailkontakt med Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet, 2007-12-12

6.7 Immaterialrätt i utomeuropeiska länder

Oavsett om den gemenskapsrättsliga lagstiftningen anses som välbalanserad för att möta olika parters intressen eller inte återstår problemet med adekvat lagstiftning i många utomeuropeiska ursprungsländer för varumärkesförfalskning. I dessa länder är bristen på kunskap om immateriella rättigheter och frånvaron av tillräckliga resurser ett problem som resulterar i en bristfällig lagstiftning som tillämpas ineffektivt. Först då en förbättring på detta område sker kan en effektiv minskning av intrång i immateriella rättigheter ske. Utöver de positiva effekter detta skulle medföra för rättighetshavare, skulle det förmodligen även innebära en ökad vilja i dessa länder att utveckla och investera i det inhemska näringslivet. Ett problem, som har uppmärksammats av europeiska kommissionen, är svårigheten att identifiera ursprungslandet på grund av de komplexa distributionsnätverken. Detta visar än en gång på vikten av ett utökat samarbete mellan rättighetshavare, tullmyndigheter, berörda myndigheter och konsumenter som inte bara skall sträckas nationellt eller inom den europeiska gemenskapen, utan globalt.

7 Avslutande kommentarer

Det är uppenbart att rättighetshavare har en komplicerad uppgift att hålla borta intrångsgörare från deras verksamheter. Fördelarna med tullförfarandet är att intrånget stoppas innan intrångsprodukterna hunnit spridas till flera återförsäljare och att intrångsvarorna därmed inte hinner förorsaka lika omfattande skada. Tullförfarandet är kostnadseffektivt och intrångsärendena kan många gånger avslutas snabbt genom förlikningsavtal och förstörelse av de importerade intrångsvarorna. Dock blir intrångsgörare alltmer skickliga och intrången alltmer svåra att upptäcka. Detta sätter press på tullmyndigheter att bli mer effektiva och skickliga på att upptäcka intrångsprodukter. Men tullmyndigheter måste kunna tillförlita sig på företags samarbete. Utvecklingen bör därför gå mot en förbättring i samarbetet mellan tull och andra myndigheter samt rättighetshavare. Det framgår att rättighetshavare måste ta större ansvar och bistå tullmyndigheter med ökat engagemang och tillräcklig relevant information i sina ansökningar, vilket möjligen också skulle ha ökat tullmyndighetens vilja att agera ex officio. Vidare är det troligen nödvändigt med en attitydförändring bland konsumenter avseende handeln med varumärkesförfalskade varor för att kunna se de positiva förändringsresultaten.

Även om det finns förbättringsmöjligheter inom gemenskapen, såsom ytterligare harmonisering av nationell lagstiftning, är det även vitalt att kraftfulla åtgärder genomförs på global nivå av den orsaken att fenomenet är av internationell karaktär. Den svenska, europeiska och globala uppmärksamheten kring området kommer med all sannolikhet öka i takt med förståelsen kring de hälsofrågor och säkerhetsaspekter som är nära knutna till varumärkesförfalskade och piratkopierade varor.

Det har i uppsatsen framgått att rättighetshavare är i viss mån återhållsamma när det gäller att hävda sina immateriella rättigheter genom gränsåtgärder.

Lagstiftningsmekanismen som finns till hands är ett kraftfullt verktyg såväl nationellt som internationellt mot varumärkesförfalskning, då gränsåtgärder kan vidtas och angripa illegala varor relativt tidigt i intrångskedjan. Men i slutändan är det upp till den enskilda rättighetshavaren att efter förmåga vidmakthålla ett adekvat skydd och se till att de hjälpmedel som finns tillhands används konsekvent och effektivt.

Referensförteckning

Svensk rätt

Sekretesslagen (1980:100)

Tullagen (2000:1281)

Tullförordningen (2000:1306)

Varumärkeslagen (1960:644)

Svenskt offentligt tryck

Prop. 1960:167 *Förslag till varumärkeslag m.m.*

SOU 1958:10 *Förslag till varumärkeslag, Betänkande avgivet av varumärkes- och firmautredningen*

Gemenskapsrätt

Rådets förordning 918/83 av den 28 mars 1983 om upprättandet av ett gemenskapssystem för tullbefrielse.

Rådets förordning (EG) nr 3842/86 om åtgärder för att förhindra övergång till fri omsättning av varumärkesförfalskade varor.

Rådets förordning (EG) nr 3295/94 av den 22 december 1994, om åtgärder för att förhindra övergång till fri omsättning, export, återexport eller hänförande till ett suspensivt arrangemang av varumärkesförfalskade och pirattillverkade varor.

Rådets förordning (EG) nr 1383/2003 av den 22 juli 2003 om tullmyndigheternas ingripande mot varor som misstänks göra intrång i vissa immateriella rättigheter och om vilka åtgärder som skall vidtas mot varor som gör intrång i vissa immateriella rättigheter.

Internationell rätt

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886.

Pariskonventionen den 20 mars 1883 för industriellt rättsskydd

Avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (TRIPS).

Doktrin

Bengtsson, Henrik/Lyxell, Ralf, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, 1: a upplagan. Stockholm 2006

Bernitz, Ulf/Karnell, Gunnar/Pehrson, Lars/Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 10:e upplagan, Stockholm 2007

Gars, Anna, *Counterfeiting och ingripande mot piratkopiering i Sverige*, Jure 1998

Govaere, Inge, *The Use and Abuse of Intellectual PropertyRights in E.C.Law*, London 1996

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 9:e upplagan, Stockholm 2007

Lidgard, Hans Henrik, *Parallellhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA*, Nordstedts juridik AB 2002

Melin, Frans, *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel – Om konsten att bygga upp starka varumärken*, Malmö 1997

Stothers, Christopher, *Parallel Trade in Europé – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, 2007

Vrins, Olivier/Schneider Marius, *Eforcement of intellectual property rights through border measures – Law and Practice in the EU*, Oxford University Press 2006

Wallin, Bo-Göran, *Immaterialrätt för innovatörer och entreprenörer*, Nordstedts juridik AB 2006

Artiklar

Cuypers, F, *Review of the 3rd Global Congress on Combating Counterfeiting and Piracy*, AIPPI Newsletter no 23, mars 2007

Nicander, Hans, *Fri handel och immaterialrättslig ensamrätt – en konflikt,* Pointlex Legala affärer nr 2, 2007

NIR, häfte 4, 2007, årgång 76, *Varemaerkerettens anvendelse på varer i transit. EF-domstolens afgörelse i Montex Holding Ltd. mod Diesel S.p.A. (sag C-281/05),* af advokatfuldmaegtig Troels Felskov-Lihme.

Elektroniska källor

http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/index_en.htm

http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1573&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en

http://www.pointlex.se/pub/specialmall.asp?art_id=140736&iM=7

www.tullverket.se

Rättsfallsförteckning

Svenska fall

Mål nr T 28255-06

Mål nr T 890-06

Mål Ö 4188-04

EG-fall

C-383/98 (Polo/Lauren)

Andra källor

Monica Fridolf, tullspecialist inom immaterialrätt och produktsäkerhet. E-mailkontakt 2007-12-03 och 2007-12-12. Det erhållna materialet har av Monica Fridolf godkänts att publiceras i detta arbete.