



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Andreas Wendén

Proportionalitetsprincipen i immaterialrättens sanktionssystem

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Per-Jonas Nordell

Ämnesområde
Immaterialrätt

Termin
HT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syftesformulering	4
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Grundläggande begrepp	5
1.5 Material och metod	5
1.6 Disposition	5
2 IMMATERIALRÄTTSLIGA SANKTIONSREGLER	6
2.1 Svenska regler	6
2.2 Internationella regelverk	7
2.2.1 Allmänt	7
2.2.2 TRIPS-avtalet	7
2.2.3 Den s.k. Counterfeitförordningen	8
2.2.4 Infosocdirektivet	8
2.3 Diskussion	9
3 PROPORCIONALITET	10
3.1 Allmänt	10
3.2 Proportionalitet vid åtgärder	11
3.2.1 Allmänt	11
3.2.2 Straffprocessuellt	13
3.2.3 Civilprocessuellt	13
3.2.4 Immaterialrätt	15
3.3 Diskussion	15
4 1994 ÅRS FÖRÄNDRINGAR AV DET IMMATERIALRÄTTSLIGA SANKTIONSSYSTEMET	17

4.1	Allmänt	17
4.1.1	Vitesförbud vid intrång i de immateriella ensamrätterna	17
4.1.2	Interimistiska beslut	18
4.1.3	Skadestånd vid intrång i de immateriella rättigheterna	18
4.1.4	Regler om straffbarhet	18
4.1.5	Höjning av straffmaximum	19
4.1.6	Straff för försök och förberedelse	19
4.1.7	Effektivare åtgärder med lagliga varor på varumärkes, växtförädlar och firmarättens områden	20
4.2	Praxis efter 1994 års reform	20
4.2.1	Hackman-fallet	20
4.2.2	Recup./ Recotech och Terventto	21
4.2.3	Hipp-fallet	22
4.3	Diskussion kring rättsfallen	22
4.4	Diskussion	23
5	INTRÅNGSUNDERSÖKNING	24
5.1	Allmänt	24
5.1.1	Vad får eftersökas och var får intrångsundersökning genomföras?	25
5.1.2	Behörigt organ att pröva om intrångsundersökning samt rätt att påkalla prövning	25
5.1.3	Beviskravet	26
5.1.4	Intresseavvägning	26
5.1.5	Ställande av säkerhet och skyddsåtgärdens återgång	26
5.1.6	Beslut och interimistiskt beslut	27
5.2	Diskussion	27
6	ENFORCEMENTDIREKTIVET	30
6.1	Allmänt	30
6.2	Bakgrunden till direktivet	30
6.3	Innehåll i direktivet	31
6.3.1	Syfte, tillämpningsområde samt allmän skyldighet	31
6.3.1.1	Direktivet	31
6.3.1.2	Remissvar syfte, tillämpningsområde samt allmän skyldighet	32
6.3.2	Målgrupp och kostnader	33
6.3.2.1	Direktivet	33
6.3.2.2	Remissvar målgrupp och kostnader	33
6.3.3	Bevisning, åtgärder för att skydda bevisning samt rätt till information	34
6.3.3.1	Direktivet	34
6.3.3.2	Remissvar bevisning, åtgärder för att skydda bevisning samt rätt till information ³⁵	35
6.3.4	Interimistiska åtgärder, skyddsåtgärder och alternativa åtgärder	36
6.3.4.1	Direktivet	36
6.3.5	Skadestånd	38
6.3.5.1	Direktivet	38
6.3.5.2	Remissvar skadestånd	39
6.3.6	Offentliggörande av domstolsavgöranden	39
6.3.6.1	Direktivet	39

6.3.6.2	Remissvar offentliggörande av domstolsavgöranden	39
6.3.7	Sanktioner av medlemsstaterna	40
6.3.7.1	Direktivet	40
6.3.7.2	Remissvar sanktioner av medlemsstaterna	40
6.3.8	Uppförandekoder	40
6.3.8.1	Direktivet	40
6.4	Diskussion direktivet	41
7	SLUTDISKUSSION	45
	KÄLLFÖRTECKNING	48
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Sammanfattning

Skyddet för intellektuellt ägande är i Sverige stadgat i skilda immaterialrättsliga lagar. Sverige är också bundet av flera internationella avtal på det immaterialrättsliga området. I de immaterialrättsliga lagarna ges en möjlighet för rättighetsinnehavaren att via olika sanktioner skydda sig emot, eller stoppa, intrång i sina immateriella rättigheter. Det finns förutom de straff- och skadeståndsrättsliga bestämmelserna i immaterialrättslagarna också regler om att domstol kan träffa beslut om olika lämpliga åtgärder. I och med de lagändringar som skedde 1994 och 1998 är numera det svenska immaterialrättsliga sanktionssystemet mer enhetligt och mer i överensstämmelse med internationell rätt. För att de immaterialrättsliga lagarna, och domstolsavgörandena som bygger på dessa, skall uppfattas som rättvisa, av både enskilda och samhället, krävs det att det finns en uttalad proportionalitetsprincip. Vad som bör känneteckna en bedömning, som bygger på proportionalitetsprincipen, är att den skall avgöra huruvida en sanktion, eller åtgärd, är ändamålsenlig, nödvändig och icke-excessiv. Om man ser till uttalanden som gjorts i svensk praxis verkar det som att proportionalitetsprincipen inte får komma i konflikt med själva tanken bakom de reformer som gjorts för att stärka rättighetsinnehavarens möjlighet att få stopp på ett immaterialrättsintrång. Inom EU har det utfärdats ett nytt Enforcementdirektiv rörande upprätthållande av immateriella rättigheter. En del av kritiken gentemot direktivet har varit att det ger för långtgående möjligheter för rättighetsinnehavare att få stopp på ett immaterialrättsintrång. Den gällande direktivtexten präglas dock av en större eftertänksamhet och måttlighet än det ursprungliga direktivförslaget, då proportionaliteten är mer klart uttalad. Frågan är dock vilken vikt svenska domstolar kommer att fästa vid uttalandena om proportionalitet bl.a. med hänsyn till tidigare praxis och uttalanden om proportionalitet. Detta sammantaget med att det hävdas att de ändringar som genomförts i immaterialrättslagstiftningen under senare tid, såsom längre skyddstid, större skyddsomfång, samt det faktum att fler företeelser blivit skyddade, har ruckat den balans som skall råda mellan rättighetsinnehavarens intressen och samhällets, kan göra att diskussionen om immaterialrättsens framtid och expansion blir än större.

Förord

Jag vill rikta ett stort tack till mina föräldrar och vänner. Ett stort tack riktas även till Henrik Pontén på Antipiratbyrån, Lennart Nilsson på Kronofogdemyndigheten Malmö, Christoffer Wallin och Henrik Bengtsson på Delphilaw & CO Stockholm, Stefan Johansson och Elin Klockars på Justitiedepartementet samt till min handledare Per Jonas Nordell för all hjälp!

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
BSA	Business Software Alliance
BUS	Bild och upphovsrätt i Sverige
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
DS	Departementsserien
EG	Europeiska Gemenskapen
EIPR	European Intellectual Property Law Review
EPC	European Patent Convention
EU	Europeiska Unionen
FL	Firmalagen (1974:156)
HD	Högsta Domstolen
IP	Intellectual Property
KLYS	Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd
ML	Mönsterskyddslagen (1970:486)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PBR	Patentbesvärsträtten
PRV	Patent och registreringsverket
PROP	Proposition
PL	Patentlag (1967:837)
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RIAA	Recording Industry Association of America
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SPI	Föreningen Svensk Programvaruindustri
STIM	Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
SVJT	Svensk Juristtidning
TRIPS	Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:726) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VML	Varumärkeslag (1960:644)
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Skyddet för intellektuellt ägande är stadgat i immaterialrätten. För att immaterialrätten skall uppfattas som rättvis och motiverad krävs att det råder en balans mellan immaterialrättens olika intressegrupper. Genom att alltfler företeelser blir skyddade av den immaterialrättsliga lagstiftningen, samt att det införs alltfler regler för att förhindra immaterialrättsintrång, har denna balans ifrågasatts. För att upprätta denna balans krävs det att en proportionalitetsprincip klart uttrycks och praktiseras vid författandet, och användandet av de immaterialrättsliga lagarna. Denna proportionalitetsprincip innebär att lika hänsyn skall tas till alla inblandade parter intressen. I svensk rätt och praxis har dock proportionalitetsprincipen inte varit helt klart uttalad.

1.2 Syftesformulering

Det primära syftet med det förutvarande arbetet är att diskutera proportionalitetsprincipen inom immaterialrättens sanktionssystem. Arbetet syftar till att redogöra för proportionalitetsprincipens allmänna grundsatser samt hur denna princip ytrar sig inom främst det svenska immaterialrättsliga sanktionssystemet. Avsikten är att framförallt visa hur inställningen varit till proportionalitetsprincipen i svensk praxis, för att sedan se hur denna inställning kommer att påverka de nya regler som skall införas i samband med att det s.k. Enforcementdirektivet blir svensk rätt. För att kunna ge läsaren en uppfattning om bakgrunden och problematiken i svensk immaterialrätt när det gäller proportionalitet, kommer det att redogöras för de revisioner som genomförts inom det svenska immaterialrättsliga sanktionssystemet under 1990-talet.

1.3 Avgränsningar

Eftersom det primära syftet med förutvarande arbete är redogöra för proportionalitetsprincipen inom det svenska och internationella immaterialrättsliga sanktionssystemet kommer fokus att ligga på detta, med en klar utgångspunkt i svensk rätt och praxis. Vid diskussionen om Enforcementdirektivet kommer bakgrunden och kommentarer till detta tas upp.

1.4 Grundläggande begrepp

I förevarande arbete används begreppet *immaterialrätt*. Med detta menas hela det immaterialrättsliga området d.v.s. patenträtt, varumärkesrätt, upphovsrätt och mönsterrätt.

För enkelhetens skull används i detta arbete begreppet *rättighetsinnehavare* oavsett om det är den ursprungliga rättighetsinnehavaren eller en rättighetsinnehavare som rättigheterna överlåtits till.

1.5 Material och metod

Arbetet har sin grund i immaterialrättens sanktionssystem och hur proportionaliteten där i hanteras, både i svensk och internationell rätt. Därför har frågeställningen försökt besvarats genom ett studium av traditionella inhemska och EG-rättskällor, såsom lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin. Vid författandet av arbetet har jag använt mig av en traditionell juridisk metod. För att få en inblick i hur sanktionssystemet fungerar praktiskt har jag intervjuat olika aktörer såsom antipiratbyrån och kronofogdemyndigheten.

1.6 Disposition

Arbetet är disponerat enligt följande, där varje kapitel avslutas med en diskussion där egna och andras åsikter förs fram.

Arbetet inleds med att i 2 kap. redogöra för immaterialrättsliga sanktionsregler, både svenska och internationella regelverk. Här diskuteras sanktionslärans huvuddrag och vilka internationella regelverk Sverige är bundet av.

I 3 kap. redogörs och diskuteras proportionaliteten. Redovisningen berör proportionalitet både allmänt och specifikt för immaterialrätten.

I arbetets 4 kap. redogörs för 1994 års revision av det immaterialrättsliga sanktionssystemet och hur denna revision har påverkat proportionalitetsbedömningen. Påverkan på proportionalitetsbedömningen visas genom en redogörelse av rättsfall samt en avslutande diskussion.

Arbetets 5 kap. diskuterar införandet av instrumentet intrångsundersökning i svensk rätt. Innehållet i propositionen för införandet av intrångsundersökning redogörs samt hur proportionaliteten fungerat vid beslut om intrångsundersökning.

I 6 kap. diskuteras för Enforcementdirektivet. Bakgrund och innehåll redogörs för. Vid redovisningen för innehållet i direktivet redogörs både för det ursprungliga direktivförslaget samt den slutgiltiga texten. I samband med detta redovisas också svenska remissvar på direktivförslaget.

7 kap innehåller en slutdiskussion där proportionaliteten och immaterialrättens framtid diskuteras.

2 Immaterialrättsliga sanktionsregler

2.1 Svenska regler

Skyddet för intellektuellt ägande är i Sverige stadgat i skilda immaterialrättsliga lagar, främst lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1960:729 (URL), patentlagen (1967:837) (PL), mönsterskyddslagen (1970:486) (ML), varumärkeslagen (1960:644) (VML) och firmalagen (1974:156) (FL). Dessa lagar har ett antal gemensamma drag. De bygger alla på en ensamrättskonstruktion där upphovsmannen får en ensamrätt under en viss skyddstid för t.ex. den uppfinning eller musikstycke som denna tagit fram. För upphovsrätten gäller exempelvis en skyddstid om 70 år efter upphovsmannens död. För patent är skyddstiden 20 år efter att patentansökan har lämnats in. I de immaterialrättsliga lagarna ges en möjlighet för rättighetsinnehavaren att via olika sanktioner skydda sig emot, eller stoppa, intrång i sina immateriella rättigheter. De olika sanktionerna kan vara dels rent straff- och skadeståndsrättsliga men även olika säkerhetsåtgärder, såsom t.ex. intrångsundersökning, finns att tillgå för en rättighetsinnehavare som vill få stopp på ett intrång. I och med de lagändringar som skedde 1994 har numera det svenska sanktionssystemet inom immaterialrätten gjorts mer enhetlig. Kvarstående skillnader beror numera främst på att intrången delvis är olika till sin karaktär vid skilda rättstyper. När ett intrång i en immaterialrätt sker önskar normalt den vars rätt blir kränkt att ett förbud utfärdas emot inträngaren. Förbudssanktionen ses som den viktigaste sanktionen. Ett förbud kan kombineras med vite vilket blir ett effektivt sätt att få stopp på ett pågående intrång. En svårighet med immaterialrätten är att det på förhand kan vara svårt att avgöra huruvida ett intrång verkligen föreligger. Förbudsreglerna kan användas för att efter hand konkretisera huruvida ett intrång har skett. Det finns även möjlighet att väcka talan om interimistiskt förbud, d.v.s. vitesförbud under pågående rättegång, parterna kan då få konstaterat om det finns substans i rättighetsinnehavarens uppfattning, att det påstådda intrånget tills vidare kan bringas att upphöra.¹ Samtliga immaterialrättslagar innehåller bestämmelser om straff vid intrång. Straff kan utgå vid både uppsåtliga och grovt oaktsamma intrång. Den mest normala straffsanktionen är böter men även fängelse förekommer under allvarigare omständigheter. Fängelsestraffet är harmoniserat över hela immaterialrätten till ett straffmaximum om två år.² Principen när det gäller skadestånd inom immaterialrätten är densamma som i all ersättningsrätt. Den skadelidande skall återställas i den situation han befann sig, innan skadan inträffade. Problemet inom immaterialrätten är att det är svårt att uppskatta den exakta skadan. Utgångspunkten när det gäller

¹Koktvedgaard, Mogens , Levin, Marianne, "Lärobok i immaterialrätt" s. 414-415.

²Koktvedgaard, Mogens , Levin, Marianne, "Lärobok i immaterialrätt s. 418.

ersättning är den skall avse liden förlust samt ersättning för utnyttjandet s.k. licensavgift. Ibland inom det industriella rättsskyddet skall ersättning för nyttjandet utgå också vid god tro.³ Det finns förutom de straff- och skadeståndsrättsliga bestämmelserna i immaterialrättslagarna också regler om att domstol kan träffa beslut om olika lämpliga åtgärder. Det kan röra sig om olika säkerhetsåtgärder som beslag och förstörande av intrångsexemplar. Sedan 1999 finns även möjlighet till s.k. intrångsundersökning.⁴

2.2 Internationella regelverk

2.2.1 Allmänt

Sverige är bundet av flera internationella avtal på det immaterialrättsliga området. Bland de viktigaste kan nämnas Pariskonventionen, om industriellt rättsskydd för bl.a. patent, varumärken. Och Bernkonventionen, om skydd för litterära och konstnärliga verk. Även inom EU, Europeiska Unionen, finns det förordningar och direktiv inom hela immaterialrättsområdet. Det finns även en europeisk patentkonvention, EPC⁵. Nedan följer en genomgång av internationella regelverk och EU-regelverk som är intressanta när det gäller upprätthållande av immateriella rättigheter och som har haft, eller kommer att ha, inverkan på svensk lagstiftning.

2.2.2 TRIPS-avtalet

År 1994 bildades World Trade Organisation, WTO. Samma år antogs inom WTO en immaterialrättslig överenskommelse, TRIPS-avtalet.⁶ Sveriges ratifikation trädde i kraft år 1996.⁷ Anledningen till att TRIPS-avtalet antogs var att de redan befintliga internationella regelverken, på det immaterialrättsliga området, hade visat sig ha fundamentala brister i både materiellt och procedurellt hänseende. Via avtalet skulle skyddet för immateriella rättigheter förbättras genom att bestämmelser om säkerställande av immateriella rättigheter infördes. TRIPS-avtalet syftade till att främja ett adekvat och effektivt skydd för immaterialrätterna och att motverka den omfattande internationella handeln med förfälskade varor.⁸ Det hade också stor betydelse att avtalet ställde krav på medlemstaterna att införa nationella förfaranden som skulle säkerställa skyddet för immaterialrätterna. Eftersom bristfälligt och obefintligt immaterialrättsligt

³ Kockvedgaard, Mogens, Levin, Marianne, "Lärobok i immaterialrätt", s. 422.

⁴ Kockvedgaard, Mogens, Levin, Marianne, "Lärobok i immaterialrätt", s. 429-430.

⁵ Kockvedgaard, Mogens, Levin, Marianne, "Lärobok i immaterialrätt" s. 37-47.

⁶ Svensk översättning, Avtalet om Handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter

⁷ Prop. 1994/95:35 del c s. 103. ff.

⁸ Prop. 1994/95:35 s. 64.

skydd i många utvecklingsländer hade inneburit att stora förluster för många rättighetsinnehavare. Det är i TRIPS-avtalets del III, om säkerställande av skydd för immaterialrättigheter, som man kan finna regler som är intressanta för den här uppsatsen. I artikel 41 punkten 1 sägs att medlemstaterna skall införa förfaranden som gör det möjligt att vidta effektiva åtgärder emot intrång i immateriella rättigheter. Åtgärderna skall tillämpas på ett sätt som är ägnat att dels undvika uppkomsten av handelshinder och dels säkerställa att de inte missbrukas. I artikel 41 punkten 2 sägs att förfarandena skall vara rättvisa och skäliga. De ska inte vara onödigt komplicerade och kostsamma eller medföra oskäliga tidsfrister och omotiverade dröjsmål. I avsnitt II om civilrättsliga och administrativa förfaranden och rättsmedel, artikel 42 om rättvisa och skäliga förfaranden ges ytterligare anvisning om vad som menas med rättvisa och skäliga förfaranden vid ett intrång.

2.2.3 Den s.k. Counterfeitförordningen

Den 1 juli 2004 blev den nya s.k. counterfeitförordningen gällande.⁹ Den innebär bl.a. följande: Tullmyndigheterna ges möjlighet att ingripa utan att någon ansökan ingivits från rättighetsinnehavaren. Tullmyndigheterna skall också lättare kunna kontrollera handel med varor av icke-kommersiell natur. Ansökningsförfarandet om tullgripanden skall standardiseras och vara kostnadsfritt. Varuprover för undersökningsändamål skall kunna utlämnas till rättighetsinnehavaren.¹⁰ Förordningen har haft störst betydelse inom varumärkesområdet och piratkopiering av varumärken då sådana förfalskningar är lätta förhållandevis att kontrollera för tullmyndigheterna.¹¹ Den nya förordningen förväntas få ökad betydelse för designområdet i takt med att antalet EG-designregistreringar ökar. Även inom patentområdet förväntas förordningen få större betydelse än innan, eftersom tullmyndigheterna kan handla på ett svagare bevisunderlag. När det gäller upphovsrätt, har tullförordningen inte använts i någon större utsträckning, men med tanke på utvecklingen inom datorprogram-, musik- och filmindustrin kan nog förordningen komma att användas i allt ökande omfattning.¹² När det gäller implementeringen och tillämpandet av tidigare tullförordningar har det i Sverige funnits en del problem initialt med bl.a. tullens verkställighet och sekretessen hos tullen.¹³

2.2.4 Infosocdirektivet¹⁴

Det s.k. Infosoc-direktivet skulle ha varit införlivat med svensk rätt den 22 december 2002. Så blev inte fallet och i skrivande stund är direktivet ännu

⁹ Svensk översättning Avtalet om Handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter.

¹⁰ Unmark, Rygaard Louise "Den ny toldförordning" NIR 2004 s. 359 ff.

¹¹ Unmark Rygaard, Louise "Den ny toldförordning" NIR 2004 nr 4, s.360.

¹² Unmack Rygaard, Louise "Den ny toldförordning" NIR 2004 nr 4, s. 361.

¹³ Gars, Anna "Counterfeiting och ingripande mot piratkopiering i Sverige" s. 73.

¹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

inte införlivat. Dock har det lagts fram ett förslag för införlivande i svensk rätt. Nedan följer en genomgång av i sammanhanget intressanta artiklar. Enligt artikel 1 punkt 1 sägs att direktivet avser att skydda upphovsrätten, med särskild tonvikt på förfoganden i informationsområdet. I artikel 6 punkt 1 stadgas att medlemsstaterna skall ge tillfredställande skydd mot kringgående av effektiva tekniska åtgärder. Enligt direktivets artikel 6 punkt 3 definieras begreppet som varje teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk förhindra eller begränsa handlingar, med avseende på verk eller andra alster, som inte är tillåtna av rättighetsinnehavarna. Artikel 8 säger att medlemsstaterna skall se till att det finns lämpliga sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder i fråga om de intrång i de rättigheter och skyldigheter som fastställts i direktivet. Sanktionerna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande. I artikel 8 punkt 2 sägs dessutom att medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att rättighetsinnehavare kan föra talan om skadestånd, eller begära ett föreläggande.

2.3 Diskussion

Det blir allt viktigare för rättighetsinnehavare att skydda sina immateriella ensamrätter mot intrång eftersom immateriella rättigheter får allt större betydelse. För att kunna göra det effektivt krävs både nationella och internationella regelverk att ta till. När det gäller införlivandet av internationella regler, och då framförallt EU-regler, i svensk rätt har det visat sig att det funnits vissa problem. I bland har införlivandet uppvisat brister som gjort att reglernas syfte delvis förfelats. Vidare har det ibland dröjt innan ett införlivande skett i svensk rätt, som t.ex. med Infosoc-direktivet. För att Sverige skall kunna leva upp till sina åtaganden bör man fortsätta vara snabb med att införliva olika internationella regelverk samt se till att dessa införlivas korrekt. Ett fördröjande kan innebära att svenska och utländska rättighetsinnehavare står utan det skydd som finns i andra länder. I förlängningen finns en risk att de personer som tänker begå ett intrång i en ensamrätt väljer att forum-shoppa, d.v.s. begå sitt intrång i det land där olika internationella regler inte är införda, eller är bristfälligt införda. När det gäller hur regler skall införas, är det ofta upp till det enskilda landet att införliva reglerna i sin lagstiftning på det sätt som anses vara bäst. Kanske anser lagstiftaren att landets regler redan överensstämmer med den internationella överenskommelsen och att lagstiftningen därför inte behöver ändras. Detta kan dock visa sig vara vanskligt. Flera länder har fått "bakläxa" av olika internationella organisationer såsom WTO och EU för att de inte infört regler korrekt. Exempelvis har Sverige tvingats att införa instrumentet intrångsundersökningar efter att det påpekats att Sverige inte levat upp till sina åtaganden.

3 Proportionalitet

3.1 Allmänt

När proportionalitetsprincipen diskuteras brukar den beskrivas som en balans mellan skälen för en åtgärd eller sanktion och de men som dessa medför. Det som mäts är ett bestämt förhållande mellan mål och medel, proportionen mellan värdet av det resultat som skall uppnås och de negativa effekter som uppstår med det medel som skall användas för att uppnå det aktuella målet. Idén om proportionalitet är inte bara ett uttryck för en allmän och modern uppfattning om vad som utgör en rimlig rationalitetsgrund för en bra och allsidig intresseavvägning. Proportionalitetsprincipen är också tänkt att på ett allmänt plan sätta en gräns för den offentliga maktutövningen gentemot den enskilde. Som vid all intresseavvägning krävs det att vissa grundläggande förutsättningar är uppfyllda för att proportionalitetsprövningen skall kunna användas. För det första måste den bygga på en genomgång av de värden eller intressen som skall vara legitima att ta hänsyn till. För det andra krävs att det finns en norm som anger prioriteringen mellan dessa konkurrerande värden eller i vart fall att det anges en metod för att fastställa en rangordning mellan dessa. För det tredje behövs en viktningsnorm som bestämmer vilken grad av övervikt som skall bestämma proportionalitetsprövningens utfall. Vad som sedan skall mätas genom proportionalitetsprövningen skiftar beroende på det rättsliga sammanhang i vilken den skall utföras och vilket syfte den skall tjäna.¹⁵

Inom straffrätten har det moderna sättet att se på proportionalitet funnits sedan mitten av 1900-talet.¹⁶ Proportionalitetsprincipen har emellertid alltid spelat en roll inom straffrätten eftersom straff som drastiskt avviker från vad som framstår som rimligt i förhållande till brottets svårighetsgrad alltid har uppfattats som orättvisa. Tanken på proportionalitet kommer till uttryck i att man knyter straffskalor med maximistraff till brottstyperna och att det i en del länder uppställs konstitutionella hinder mot bestraffning som uppenbarligen är alltför sträng. Den proportionalitet som används inom straffrätten är oftast av annan karaktär än den som finns inom t.ex. civilprocessen där proportionalitetsbedömningen är framåtsyftande och har att göra med lämpligheten av att använda vissa medel för att nå vissa mål. En åtgärd kan vid en sådan bedömning anses brista i proportion om det innebär att mycket betungande eller ingripande medel användas för att nå ett mål av relativt liten betydelse. Den proportionalitetsbedömning som används i straffbestämning är mer tillbakablickande och hänför sig till relationen mellan straffets stränghet och det begångna brottets svårighet.¹⁷

¹⁵ Westberg, Peter ”Det provisoriska rättskyddet i tvistemål: en funktionsstudie bok 4 ” s. 202-204.

¹⁶ Von Hirsch, Andrew ”Proportionalitet och straffbestämning” s. 12.

¹⁷ Von Hirsch, Andrew ”Proportionalitet och straffbestämning” s. 28-29.

EG-domstolen har länge använt proportionalitetsprincipen som en viktig princip för att övervaka förhållandet mellan individ och stat tillsammans med andra principer såsom likhetsprincipen.¹⁸ I EG-fördraget artikel 5 anges en proportionalitetsprincip som gäller alla gemenskapsåtgärder och påföljder. Enligt den skall EU inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget. Detta innebär bl.a. att i en situation där det är möjligt att välja mellan ett flertal alternativ som alla uppfyller det eftersträvade målet skall det minst betungande alternativet väljas. Detta betyder att t.ex. rättigheter skall genomdrivas effektivt, men att medlen skall vara proportionella i förhållande till det syfte som skall uppnås.¹⁹ Proportionalitetsprincipen har inom EG-rätten fått stor betydelse inom alla delområden. Innebörden av principen är dock långtifrån klar, detta särskilt när den skall användas som riskfördelningsnorm i det enskilda fallet.²⁰

3.2 Proportionalitet vid åtgärder

3.2.1 Allmänt

Vid alla former av säkerhetsåtgärder eller tvångsåtgärder, såväl civilprocessuella som straffprocessuella, skall det i princip företas en proportionalitetsbedömning huruvida den aktuella åtgärden står i rimlig proportion till vad som står att vinna med åtgärden. Denna bedömning skall primärt se till hur åtgärden kommer att påverka den som blir utsatt för åtgärden. En åtgärd får aldrig gå utöver vad som stadgas 2 kap. 12 § 2 st. regeringsformen, RF, där de begränsningar, som får göras i fri och rättigheterna enligt 2 kap. 1 § RF, redogörs:

”Att begränsningen aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och ej heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar.”

Vissa av de grundläggande fri och rättigheterna, som anges i 2 kap. RF, är absoluta i den meningen att de inte kan begränsas annat än efter en ändring av grundlagen. Till denna grupp av rättigheter räknas bl.a. religionsfrihet och förbud mot åsiktsregistrering och dödsstraff. Relativa fri och rättigheter är inte på detta sätt absoluta utan får begränsas men endast i princip genom lag. Här återfinns bl.a. skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp såsom kroppsvisitation och husrannsakan. Dessa angivna fri och rättigheter får begränsas endast i viss utsträckning. En begränsning får bara göras för att tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle.²¹

¹⁸ Timmermann Pedersen, Jan ”Proportionalitetsprincippet og brugen av dette i EF-retlig sammanhang” s. 20-21.

¹⁹ Norrgård, Marcus ”Interimistiska förbud i immaterialrätten” s. 52-53.

²⁰ Westberg, Peter ”Det provisoriska rättskyddet i tvistemål- en funktionsstudie bok 4” s.200.

²¹ Prop. 1978/79:195 s. 33.

Ett problem är att det inte finns någon given uppsättning av kriterier för vad som kännetecknar just proportionalitet. Begreppet i sig är ganska vagt rent rättsligt och kan vara svårt att hålla isär från andra juridiska tankesätt. I tysk rätt finns ståndpunkten att proportionalitetsprincipens grund finns i tre test som kan ge allmänna riktlinjer för huruvida proportionalitet föreligger. Det handlar om att den åtgärd som skall företas skall vara ändamålsenlig, nödvändig och icke-excessiv. Med ändamålsenlig menas att en åtgärd skall vara sådan att den med tillräcklig grad av säkerhet kan åstadkomma det eftersträvade resultatet. Åtgärden är nödvändig om det är det enda medel som kan användas för att uppnå det eftersträvade resultatet. Slutligen är en åtgärd icke-excessiv när dess konsekvenser för motparts intressen, eller annat relevant intresse, inte är negativt i förhållande till vikten för sökande för att uppnå det önskade resultatet.²² I doktrinen diskuteras två former av proportionalitetsbedömning, *snäv* och *vid* proportionalitetsbedömning. Den *snäva* proportionalitetsbedömningen utgår från att en viss åtgärd är den enda möjliga efter att en granskning har gjorts utifrån att åtgärden skall vara ändamålsenlig och nödvändig. Vad som återstår för domstolen att avgöra är huruvida just denna åtgärd inte är oproportionell gentemot den svarande.²³ I *vid* proportionalitetsbedömning kan proportionalitetsbedömningen vidgas genom att fler slags faktorer tillåts inverka på intresseavvägningen än de som ryms under en snäv prövning. T.ex. kan det till uppskattningen av hur hög risken är för skador är för respektive part läggas ett beaktande av hur stark prognosen är för att sökande respektive svarande slutligen vinner målet. En mycket hög sannolikhet för att sökanden vinner kan t.ex. uppväga det faktum att svarandens skador skall uppkomma. Andra exempel på sådant som domstolen kan ta hänsyn till är partens förmåga att betala skadestånd eller partens illojala agerande. Det kan också komma i fråga att ta hänsyn till värden som kan hänföras till tredje man, men även det allmänna.²⁴

I svensk rätt finns inte någon egentlig möjlighet att vid proportionalitetsbedömningen ta hänsyn till samhällets eventuella intressen. I angloamerikansk rätt finns däremot en skyldighet för domstolarna att vid proportionalitetsprövningen ta hänsyn till viktiga allmänna intressen, såsom konsumentintressen eller allmän samfärdsel.²⁵ Det finns inte heller någon egentlig möjlighet i svensk rätt att vid proportionalitetsbedömningen ta hänsyn till att samhället har ett intresse av att t.ex. en åtgärd genomförs eller inte.²⁶

²² Westberg, Peter ”Det provisoriska rättskyddet i tvistemål bok 4- en funktionsstudie” s. 204-207.

²³ Westberg, Peter ”Det provisoriska rättskyddet i tvistemål- en funktionsstudie bok 4 ” s. 207.

²⁴ Westberg, Peter ”Det provisoriska rättskyddet i tvistemål en funktionsstudie bok 4” s. 209.

²⁵ Se t.ex. Roussel-Uclaf v. GD Searle & Co 1977 FSR 125 där ett förbud nekades på grund av att ett läkemedel med livsviktiga kvaliteter inte fick försvinna ifrån marknaden.

²⁶ Andersson, Niklas ”Interimistiska förbud i immaterialrätten: vad är sannolika skäl” s. 39.

3.2.2 Straffprocessuellt

I propositionen ”Om vissa tvångsmedelsfrågor” behandlades användningen av straffprocessuella tvångsmedel och då framförallt de s.k. reella tvångsmedlen beslag, husrannsakan och telefonavlyssning.²⁷ Det föreslogs att det uttryckligen skulle införas en proportionalitetsprincip i RB för de straffprocessuella tvångsmedlen. Genom att få proportionalitetsprincipen fastslagen i lagtext skulle det underlättas för dem som praktiskt skulle använda tvångsmedelsbestämmelserna. För all användning av tvångsmedel ansågs det gälla tre i praxis utformade principer. De tre principerna, som anknyter till innehållet i 2 kap. 12 § RF, var ändamåls-, behovs-, och proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att en tvångsåtgärd i fråga om art, styrka, räckvidd och varaktighet skall stå i rimlig proportion till vad som står att vinna med åtgärden. I propositionen fastslogs att regler av det här slaget måste ha en förhållandevis allmän utformning för att ge utrymme för en lämplighetsbedömning i det enskilda fallet. I varje enskilt fall skulle det ske en prövning av om tvångsmedlet över huvud taget behöver tillgripas med hänsyn till omständigheterna och om syftet kunde tillgodoses genom att ett annat, lindrigare, tvångsmedel istället valdes. Det kunde också leda till att man avstod från att utnyttja tvångsmedel, om åtgärden skulle få skadeverkningar som inte var rimliga i förhållande till vad som skulle stå att vinna.²⁸ I 26 kap 1 § 2 st. RB stadgas att kvarstad i brott mål endast får meddelas om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller något annat motstående intresse.

3.2.3 Civilprocessuellt

Civilprocessuella säkerhetsåtgärder är en form av provisoriskt rättsskydd som innehåller två risker. Dels är det den risk som sökanden begär skydd emot, den s.k. sabotagerisken, dels är det den risk som handlar om faran för att ett beslut om säkerhetsåtgärd blir felaktigt och att den leder till skador som annars inte skulle ha inträffat. Förfarandets ofta summariska karaktär innebär att det finns en fara för att domstolen fattar beslut i säkerhetsåtgärdsfrågan till fördel för den part som senare inte vinner i själva huvudsaken eller inte skulle ha vunnit, om målet hade förts till slutligt avgörande. Ett förordnande om t.ex. civilprocessuell säkerhetsåtgärd kan få fördömande konsekvenser för den som åtgärden riktas emot. Dennes näringsverksamhet eller ekonomiska situation kan påverkas på ett sådant sätt att han kan finna det meningslöst att försöka få tvisten slutligt avgjord i en rättegång.²⁹ En proportionalitetsbedömning vid tvistemål skulle lätt kunna förknippas med en slags relativ kvantitativ jämförelse, d.v.s. att

²⁷ Prop. 1988/89:124.

²⁸ Prop. 1988/89:124 s. 26-27.

²⁹ Westberg, Peter, ”Civilprocessuella säkerhetsåtgärder” SVJT 1990 s. 161.

prövningen skulle kunna handla om att först mäta respektive parts skador i kronor för att därefter avgöra vilket belopp som är störst. Den part som lider störst skada, mätt i pengar, skulle därefter gynnas. I praxis är det väldigt sällan som proportionalitetsprövningen reduceras till en räkneövning. I allmänhet beskrivs skadorna och redovisas i ordalag som inte direkt uttrycks i siffror. Anledningen till detta kan vara att i ett tidigt stadium av en konflikt, och särskilt vid ansökan om säkerhetsåtgärd, kan det vara svårt för en part att hinna göra tillräckligt omfattande och ingående utredningar om hotande skadeverkningar för att dessa skall kunna uttryckas i siffror. En annan förklaring är att skadorna visserligen skulle kunna beräknas och bestämmas till ett visst belopp när de väl inträffat, men att de på förhand bara kan grovt uppskattas³⁰

Proportionalitetsbedömningen kan sägas företas utifrån ett hypotetiskt prov som också är av framåtblickande karaktär. Domstolen skall fråga sig vem av parterna som kan antas drabbas hårdast om beslutet går honom emot.³¹ Vid en proportionalitetsprövning angående det provisoriska rättsskyddet, är det flera aspekter som aktualiseras på rättsskyddets funktioner och på den riskfördelning som ligger i regleringen av institutet. En viktig aspekt är om proportionalitetsbedömningen utgör eller bör utgöra en naturlig avrundning av domstolens ställningstagande till övriga bifallsvillkor. Alternativet är att prövningen utgör själva grunden i domstolens besvarande av en begäran om säkerhetsåtgärd.

I svensk rätt verkar det som om varken parter eller domstolarna betraktat proportionalitetsprincipen som en del av det provisoriska rättsskyddet i tvistemål. En viktig faktor är att principen inte har givits ett allmängiltigt och uttryckligt lagstöd vad gäller civilprocessuella säkerhetsåtgärder.³² När det gäller de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna och proportionalitet har diskussionen framförallt gällt 15 kap rättegångsbalken, RB, som behandlar bl.a. kvarstad. Där finns ingen egentlig proportionalitetsgrundsats fastslagen utan denna är mer uttalad i praxis, doktrin och förarbeten. I propositionen, som rörde införandet av ny utsökningsbalk, behandlades även 15 kap RB, där kvarstad m.m. regleras. Vid diskussionen om förändring av 15 kap 3 § RB togs proportionalitetsbedömningen upp kort. Där sades det att även utan särskild föreskrift var det tydligt att ett provisoriskt förordnande av rättsförhållandet mellan parterna, innan saken hade prövats av domstol eller i annan ordning, inte borde ske utan starka skäl. Parternas motstridiga intressen borde i sådant fall vägas mot varandra.³³ Den proportionalitetsbedömning som kunde göras gick ut på att domstolen skulle kunna neka en säkerhetsåtgärd på grund av att ingreppet kunde leda till få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talade för säkerhetsåtgärden.³⁴

³⁰ Westberg, Peter ”Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål” bok 4 s. 192-193.

³¹ Westberg, Peter ”Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål” bok 4 s. 195.

³² Westberg, Peter ”Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål” bok 4 s. 197.

³³ Prop. 1989/81:84 230.

³⁴ Andersson, Niklas ”Interimistiska förbud i immaterialrätten: vad är sannolika skäl” s. 39.

3.2.4 Immaterialrätt

I de immaterialrättsliga lagarna ges en möjlighet för rättighetsinnehavaren att via olika sanktioner skydda sig emot, eller stoppa, intrång i sina immateriella rättigheter. De olika sanktionerna kan vara dels rent straff- och skadeståndsrättsliga men även olika säkerhetsåtgärder som t.ex. intrångsundersökning finns att tillgå för en rättighetsinnehavare som vill få stopp på ett intrång, t.ex. piratkopiering. Före den stora reformen av immaterialrättens sanktionssystem år 1994 ansåg kritikerna att domstolarna var alltför restriktiva när det gällde att meddela bl.a. interimistiska vitesförbud vid immaterialrättsliga intrång. I det s.k. TV 5 Nordic-fallet, som rörde kvarstad enligt 15 kap 3§ RB i ett mål om varumärkesintrång, uttalades att det visserligen inte fanns något uttryckligt lagstöd för att en domstol skulle kunna avslå ett yrkande om säkerhetsåtgärd med hänvisning till att åtgärden skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förordnande om säkerhetsåtgärd. Domstolarna borde dock ändå ha befogenhet att göra en sådan proportionalitetsbedömning.³⁵

3.3 Diskussion

Personligen anser jag att det inte är helt lätt att definiera vad som kännetecknar proportionalitetsprincipen enligt svensk praxis och doktrin. Vad som bör känneteckna en proportionalitetsbedömning är att den skall avgöra huruvida en sanktion är ändamålsenlig, nödvändig och icke-excessiv.

När det gäller proportionalitetsbedömningen vid civilprocessuella åtgärder och sanktioner finns det en del svårlösta problem. Det är bl.a. svårt att överblicka vilka konsekvenser ett beslut om t.ex. säkerhetsåtgärd kan medföra för part, tredje man och samhället. Vidare är det svårt att ta ställning till hur långt fram i tiden domstol skall blicka vid proportionalitetsbedömningen. Det är viktigt att domstolarna vidtar en proportionalitetsbedömning vid beslut om såväl straffprocessuella som civilprocessuella säkerhetsåtgärder och sanktioner, eftersom ett beslut kan få stora följder för svaranden. Men vad skall domstolarna ta fasta på mest vid bedömningen? Kärandens önskemål om att en åtgärd vidtas eller svarandens situation? Domstolarna kan ha en benägenhet att gå på kärandens linje utan att ta tillräcklig hänsyn till svarandens situation. Som jag kommer att diskutera längre fram förekommer också att domstolarna beslutar om säkerhetsåtgärd utan att först höra motparten. Domstolarnas bedömning kommer då helt att grundas på vad käranden lägger fram för sin talan. En sådan bedömning kan aldrig vara proportionerlig som sådan.

³⁵ NJA 1993 s. 182.

När det gäller samhällets intresse av att en sanktion vidtas eller inte har jag tidigare konstaterat att det i svensk rätt inte finns någon egentlig möjlighet att ta hänsyn till samhällets intresse vid proportionalitetsbedömningen. Här bör man dock inte glömma faktum att lagstiftaren och samhället anser t.ex. intellektuella prestationer skyddsvärda, genom att man har infört en immaterialrättslig lagstiftning. Att samhällets intresse av att immaterialrättslagstiftningen upprätthålls därigenom kan vara en komponent i en proportionalitetsbedömning. Däremot, när det gäller samhällets intresse av att en sanktion inte vidtas, finns ingen egentlig grund för att ta hänsyn till detta vid proportionalitetsbedömningen. Visst skulle en svensk domstol, om de gjorde en s.k. *vid* proportionalitetsbedömning, kunna ta hänsyn till allmänna intressen, men det verkar inte som om detta sker i svensk rätt. Detta kan leda till beslut och bedömningar som kanske inte helt överensstämmer med samhällets, eller snarare allmänhetens, intressen och värderingar. Detta skulle i sin tur kunna leda till att allmänheten inte bryr sig om att efterleva den immaterialrättsliga lagstiftningen om man anser att den används felaktigt.

4 1994 års förändringar av det immaterialrättsliga sanktionssystemet

4.1 Allmänt

Det fanns flera skäl till att departementspromemorian skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga åtgärder, Ds 1993:24, togs fram. Dels var det den diskussion som fördes vid tiden om möjligheterna om att på ett effektivt sätt skydda och hävda immateriella rättigheter. Man ville bemöta det ökande olovliga kommersiella utnyttjandet av andras verk, produkter och varumärken. Det hade från flera håll hävdats att de svenska sanktionsbestämmelserna mot intrång i de immateriella ensamrätterna uppvisade flera brister. Lagstiftningen gav inte samma skydd som många andra europeiska länders.³⁶ Det hade därför i skilda sammanhang framförts önskemål om förstärkningar av det immaterialrättsliga sanktionssystemet. Ett önskemål som framfördes var att en domstol på begäran av en rättighetsinnehavare borde ha möjlighet att vid vite kunna förbjuda den som gjorde intrång i rättigheten att fortsätta med det. Det framfördes också önskemål om en översyn av skadeståndreglerna för att åstadkomma en förstärkning av skadeståndets reparatoriska funktion och av straffbestämmelserna på det industriella rättsskyddets område.³⁷ Slutligen ledde det fram till att en proposition lades fram där förändringar av immaterialrättslagstiftningen föreslogs. Nedan följer det centrala innehållet i revisionen.

4.1.1 Vitesförbud vid intrång i de immateriella ensamrätterna

I propositionen befanns det vara ett primärt intresse för rättighetsinnehavaren att få ett snabbt slut på det pågående intrånget. Ett vitesförbud innebar för rättighetsinnehavaren att han inte behövde, såsom vid straff eller skadestånd, styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som begick intrång och att han inte heller behövde föra bevisning om intrångets skadeverkningar. Rättighetsinnehavaren behövde endast inrikta sitt handlande på att bevisa att det förelåg intrång i den immateriella rättigheten i objektiv mening.³⁸ För att ett vitesförbud skulle vara effektivt och verka avhållande även i situationer där starka ekonomiska intressen

³⁶ Prop. 1993/94:122, s. 37.

³⁷ Prop. 1993/94:122, s. 44.

³⁸ Prop. 1993/94:122, s. 45.

gjorde sig gällande, borde det inte föreskrivas någon övre gräns för vitesbeloppets storlek. Enligt allmänna principer ansågs att ett vite, när straff var utsatt, kunde föreläggas endast med stöd av ett särskilt stadgande. Vidare fick samma gärning inte föranleda både straff och vite, detta för att förhindra att någon drabbas av dubbla sanktioner.³⁹

4.1.2 Interimistiska beslut

Det ansågs i propositionen inte föreligga några hinder för att införa interimistiska beslut. Det interimistiska beslutet sågs som ett snabbt sätt att få slut på ett pågående intrång. För att göra det interimistiska beslutet så effektivt som möjligt borde det finnas en möjlighet att meddela förbudet utan att svaranden fått tillfälle att yttra sig. Förutsättningarna skulle vara de samma som gäller för beslut enligt 15 kap. RB. Detta betydde att käranden måste visa att *sannolika* skäl för att intrång förelåg och att det fanns en risk för att intrånget fortsatte. Käranden skulle också ställa säkerhet utifall att det senare skulle visa sig att det inte förelåg något intrång. Om käranden inte kunde ställa någon säkerhet, kunde han befrias ifrån detta krav utan att han behövde visa synnerliga skäl för att slippa ställa denna säkerhet.⁴⁰

4.1.3 Skadestånd vid intrång i de immateriella rättigheterna

På upphovsrättsområdet ansågs att de då gällande ersättningsbestämmelserna i 54 § URL var tillfredställande. Reglerna innebar att ersättning alltid skulle utgå om intrånget bestått i att ett verk hade utnyttjats i strid mot lagen. Däremot ansågs skadestandsreglerna på det industriella rättskyddets område inte vara tillräckliga. Skadestandsbestämmelserna i varumärkes- och firmalagarna ändrades så att den som begick intrånget skulle betala såväl skälig ersättning för intrånget som för ytterligare skada som intrånget medfört. I varumärkes-, mönsterskydds-, växtförädlarrätts- och firmalagarna togs jämkningen vid intrång som grundades på ringa oaktsamhet bort. Till skadestandsbestämmelserna i de nu nämnda lagarna gjordes ett tillägg som innebar att vid beräkningen av skadeständersättningen skulle även rättighetsinnehavarens intresse av att intrång inte begicks beaktas samt andra omständigheter. Till sist intogs en bestämmelse in i varumärkes- och firmalagarna som innebar att den som begick intrång i god tro skulle betala skälig ersättning för utnyttjandet.⁴¹

4.1.4 Regler om straffbarhet

Enligt de då gällande reglerna kunde straff för intrång i de industriella rättigheterna dömas ut endast om gärningen begåtts uppsåtligen. I

³⁹ Prop. 1993/94:122, s. 47.

⁴⁰ Prop. 1993/94:122, s. 49-50.

⁴¹ Prop. 1993/94:122, s. 49-50.

upphovsrättslagen kunde också gärning som begåtts av grov oaktsamhet straffas. Enligt propositionen var det inte ovanligt att den som begick intrång höll sig medvetet okunnig om de rätta förhållandena eller medmedvetet underlät att undersöka hur saker och ting förhöll sig. I dessa fall kunde inte ansvar för uppsåtligt handlande komma ifråga. Därför föreslogs att även intrång som skett av grov oaktsamhet skulle vara straffbara på det industriella rättskyddets område. Ett utvidgande ansågs få störst betydelse när det gällde distribution av produkter som någon fått in till försäljning. Det kunde finnas omständigheter i samband med att sådana varor tas emot som gjorde att mottagaren rimligen måste misstänka att det rörde sig om olovligen framställda produkter, eller varor, om exempelvis priset på varan var ovanligt lågt eller kvaliteten undermålig.⁴²

4.1.5 Höjning av straffmaximum

Maximistraffet för intrång i de industriella rättigheterna föreslogs höjas till fängelse i två år. Vid tiden fanns det ett straffmaximum på två år vid intrång i en upphovsrättslig ensamrätt men ett straffmaximum på sex månader vid intrång i en industriell rättighet. I propositionen kunde man inte finna någon anledning till att upphovsrätten särbehandlades jämfört med de industriella rättigheterna. Dessutom befanns de svenska straffen vara låga vid en internationell jämförelse. Avsikten med straffhöjningen var inte att straffen på området generellt skulle höjas, utan att ge domstolarna ett större spelrum så att intrången kan bestraffas på en lämplig nivå. Förutom detta ledde höjningen till andra effekter som kunde vara till fördel för samhället, såsom att åtalsprövningen kom att ske utifrån en ny syn på brottets svårighetsgrad, att åtalspreskriptionen kom att höjas från två till fem år, 35 kap 1 § BrB, samt att häktning kunde komma ifråga, 24 kap 1 § RB.⁴³

4.1.6 Straff för försök och förberedelse

I upphovsrätten och kretsmönsterrätten kunde den som gjorde sig skyldig till försök eller förberedelse till brott enligt de nämnda lagarna dömas till straffansvar enligt 23 kap BrB. På det industriella rättskyddets område saknades däremot regler om straff för försök och förberedelse. Det befanns inte tillfredsställande att det inte straffrättsligt gick ingripa innan tillverkningen eller försäljningen påbörjats och att det därför fanns goda skäl till att straff för försök och förberedelse också borde införas på det industriella rättskyddets område.⁴⁴

⁴² Prop. 1993/94:122, s. 54.

⁴³ Prop. 1993/94:122, s. 55.

⁴⁴ Prop. 1993/94:122, s. 57.

4.1.7 Effektivare åtgärder med lagliga varor på varumärkes, växtförädlar och firmarättens områden

De privaträttsliga säkerhetsåtgärderna på varumärkes-, växtförädlar- och firmarättens område förstärktes på det sättet att också apparater och redskap som använts vid olovlig tillverkning blev föremål för säkerhetsåtgärd. Inom patent, mönster och upphovsrätten fanns det redan en möjlighet att få föremål och hjälpmedel som använts vid intrång förstörda. Regler av detta slag fann man ha en praktisk funktion och att det därför fanns skäl att införa dem även inom de övriga industriella rättigheterna och då framförallt inom varumärkesrätten.⁴⁵

4.2 Praxis efter 1994 års reform

Här nedan redogörs för några rättsfall som visar på hur proportionalitetsbedömningen har gjorts efter 1994 års reform.

4.2.1 Hackman-fallet⁴⁶

Hackman Rörstrand AB, hädanefter Hackman, är ett porslinsföretag som bl.a. marknadsför en servis som heter Sundborn. Hackman väckte talan vid Trelleborgs tingsrätt mot Samlarföretaget Regnbågen AB med påståendet att Regnbågen AB gjorde intrång i deras upphovsrätt till servisen Sundborn. Angående Hackmans yrkande om interimistiskt vitesförbud enligt 53 a § upphovsrättslagen gjordes ett uttalande av revisionssekreteraren i Högsta Domstolen om hur proportionalitetsbedömningen skulle göras efter 1994 års immaterialrättsreform. Revisionssekreteraren ansåg att proportionalitetsbedömningen inte kunde ges sådant utrymme att man riskerade att komma i konflikt med de allmänna ändamål som de nya reglerna om vitesförbud avsåg att främja, nämligen att ge rättighetsinnehavarna möjlighet att snabbt få slut på ett pågående intrång. Ju starkare skäl som talade för ett intrång föregick, desto mindre blev utrymmet för en proportionalitetsbedömning, enligt revisionssekreteraren. I övrigt, beroende på omständigheterna, fick man väga parternas motstridiga intressen. Vid denna avvägning skall beaktas att käranden genom säkerheten i princip garanterades ersättning till svaranden om intrång inte befanns ha förelegat.

⁴⁵ Prop. 1993/94:122, s. 60.

⁴⁶ NJA 1995 s. 631.

4.2.2 Recup./ Recotech och Tervento⁴⁷

Det s.k. Recup-fallet rörde ett påstått patentintrång. För att få stopp på detta intrång krävde företaget Recup att ett interimistiskt vitesförbud skulle gälla gentemot Recotech, Tervento samt Akademiska hus.

Sthlms tingsrätt avskrev vitesförbudet gentemot Akademiska Hus men meddelade interimistiskt beslut gentemot Recotech och Tervento, trots att Recup inte ställde någon säkerhet. Anledningen till att Recup befriades från att ställa säkerhet var att tingsrätten fann att det förelåg en hög grad av sannolikhet att intrång skett. Recotech överklagade beslutet och lämnade även in en stämning om ogiltigförklaring av Recups patent. HovR:n konstaterade först att Recup visat sannolika skäl för sin talan. Vid proportionalitetsbedömningen hänvisade HovR:n till Hackman-fallet angående säkerhetens betydelse för att tillgodose svarandes intresse, HovR:n konstaterade att Recup inte kunde ställa säkerhet samt att Recup inte hade möjlighet att använda patentet eftersom det förelåg en tvist angående patentets giltighet. HovR:ns slutsats var att graden av sannolikhet för att ett intrång i ett hållbart patent skett, inte var så hög att tillräckliga skäl förelåg för att meddela ett interimistiskt beslut. Den tredje motparten, Tervento, vände sig också till tingsrätten och begärde omprövning med hänvisning till HovR:ns beslut i Recotech-fallet. Tingsrätten ansåg inte att Tervento skulle drabbas av oproportionerliga skadeverkningar av ett förbud vilket HovR:n hade ansett i Recotechs fall. Däremot riktade tingsrätten en del kritik emot HovR:ns beslut i Recotech fallet. Tingsrätten vände sig i första hand emot HovR:ns ståndpunkt att fästa stor betydelse vid Recups bristande möjlighet att i praktiken utnyttja patentet. Tingsrätten påpekade att tankegången syntes vara att vid proportionalitetsbedömningen skulle inte endast beaktas svarandens olägenhet vid bifall till det interimistiska yrkandet, utan även rättighetsinnehavarens olägenhet av att yrkandet lämnas utan bifall. Det var osäkert, ansåg tingsrätten, vilken räckvidd ett sådant argument hade i svensk rätt. Tingsrätten anförde att detta argument hade sitt ursprung i common law-systemen där det betecknas som *balance of convenience*. Som klargörning av sin ståndpunkt drog tingsrätten paralleller till vad som gällde för straffprocessuella tvångsmedel där proportionalitetsprincipen fanns lagfäst. Där skulle skälen för åtgärden uppväga de men åtgärden innebar för den misstänkte. Motsvarande hänsyn skulle inte tas till det allmännas intresse av att säkerhetsåtgärden genomfördes. Detta innebar att det i civilprocessen krävdes säkerhet för den skada som en underlåten åtgärd innebär. Tingsrätten ansåg att proportionalitetsbedömningen skulle göras i form av en avvägning mellan skälen för åtgärden, det interimistiska förbudet och den skada åtgärden innebär för den som förbjuds göra något.

⁴⁷ Sthlms Tr T7 1102-96 Recup./ Recotech och Tervento.

4.2.3 Hipp-fallet⁴⁸

Det s.k. Hipp-fallet rörde en tvist mellan Malmö dramatiska teater och ett barnbarn till den avlidne franske författaren Jacques Prevert angående rätten för teatern att framföra teaterstycket ”Paradisets barn”. Teatern hävdade att det förelåg ett muntligt avtal om uppföranderätten och föreberedde därför en premiär av pjäsen den 29 september 1995. Den 30 augusti lät rättighetsinnehavaren meddela att hon motsatte sig uppförandet. Den 28 september lämnade rättsinnehavaren in en stämningsansökan till Malmö tingsrätt med yrkande att tingsrätten skulle vid vite om 100 000 förbjuda teatern att framföra stycket. Som grund åberopades att teatern höll på att begå intrång i upphovsrätten. Säkerhet ställdes med 150 000. Tingsrätten biföll kärandens yrkande eftersom man fann att det fanns sannolika skäl för att ett intrång skulle kunna ske och förbjöd teatern att framföra stycket vid vite om 100 000 varje gång som förbudet överträdades. Den ställda säkerheten på 150 000 fanns vara tillräcklig. Teatern överklagade beslutet till HovR:n som, i likhet med tingsrätten, ansåg att det förelåg sannolika skäl för att teatern var i färd med att begå ett upphovsrättsintrång. HovR:n ogillade dock det interimistiska beslutet eftersom den erbjudna säkerheten ansågs för låg och att lämplig säkerhet borde vara 500 000. Samma dag, den 4 okt, gick rättighetsinnehavaren in med en ny stämningsansökan med samma yrkanden som i första ansökan men nu hade säkerheten höjts till 500 000. Tingsrätten följde nu HovR:n. Ett nytt förbudsbeslut meddelades samma dag som den nya stämningsansökan kom in och samma dag som teaterstycket skulle ha haft premiär. Av flera skäl ansåg sig nu teatern tvungen att ingå en förlikning med rättighetssinnehavaren för att få spela pjäsen.

4.3 Diskussion kring rättsfallen

Från Hackman-fallet har slutsatsen dragits att proportionalitetsprincipen inte får komma i konflikt med ändamålen bakom reformen av det immaterialrättsliga sanktionssystemet, dels att utrymmet för tillämpningen av proportionalitetsprincipen bestäms av hur stor sannolikheten är för att ett intrång föreligger, dels att det i första hand är att käranden ställer säkerhet som skall tillgodose svarandens intressen. Samtidigt kan förbud nekats trots att alla krav är uppfyllda om förbudet skulle vara oproportionerligt. Det anses att med hänsyn till 15 kap.3 § RB finns ett visst stöd för HovRns uppfattning att också sökandens intresse att av att den yrkade åtgärden vidtas ska tas med i intresseavvägningen. Det slopade stadgandet i 15 Kap 3 § att föreläggande eller förordnande bör kunna meddelas, endast om det är för käranden av synnerlig vikt och det ej länder motparten till väsentligt förfång. Detta bör gälla även efter ändringen av RB.⁴⁹ I propositionen sägs

⁴⁸ HovRn över Skåne och Blekinge, mål nr 1531/95.

⁴⁹ Andersson, Niklas ” Interimistiska förbud i immaterialrätten: vad är sannolika skäl” s. 40.

att motparternas motstridiga intressen bör vägas mot varandra.⁵⁰ HovRns tillämpning av proportionalitetsprincipen bör därför vara förenlig med tidigare gällande praxis.⁵¹ När det gäller Hipp-fallet har det ansetts att rättighetsinnehavaren utnyttjat situationen till det yttersta. De villkor som rättsinnehavaren fick när det gällde uppföranderätten torde vara unika i europeisk teaterhistoria för liknande verk. Ersättning utgick med högt över vad som var normalt enligt branschpraxis och för uppföranderätten ställdes i övrigt villkor som är helt okända enligt samma praxis. Det skedde utan att teatern fick chans att förebringa bevis om att det inte var frågan om något intrång i upphovsrätten och att det därmed inte förelåg sannolika skäl för kärandens talan. Det anses vidare att en rimlig användning av proportionalitetsprincipen borde ha lett till att domstolarna funnit att den skada som drabbade rättsinnehavaren var mindre jämfört med den som hotade teatern och att de därför inte borde ha dömt på samma sätt. Det visade sig till slut att rättighetsinnehavarens enda syfte med stämningsansökan var att tvinga fram en orimligt hög ersättning.⁵²

4.4 Diskussion

Att det behövdes en reformering av det svenska sanktionssystemet är klart. Att det t.ex. förekom skillnader mellan de olika rättigheterna när det gällde påföljder förefaller märkligt, främst som det inte verkade finnas någon praktisk förklaring till skillnaderna. Att det infördes en möjlighet till interimistiska beslut var välkommet eftersom det är ett effektivt sätt att få ett snabbt stopp på ett pågående intrång. Men för att interimistiska beslut inte skall missbrukas är det viktigt att domstolarna vidtar en intresseavvägning, d.v.s. proportionalitetsbedömning. Det verkar som om proportionalitetsbedömningen inte alls får komma i konflikt med just reformen. Detta innebär att det tas mindre hänsyn till svarandens intressen. Att svarandens intressen först och främst skall tillgodoses av att käranden ställer säkerhet tycker jag inte är tillräckligt. Hipp-fallet visar på faran att sökanden kan utnyttja olika sanktionsregler för att själv få ekonomisk vinning. Det är därför viktigt att domstolarna vidtar en proportionalitetsbedömning där det avgörs huruvida en sanktion är ändamålsenlig, nödvändig och icke-excessiv och som tar lika stor hänsyn till båda parternas intressen. Frågan är om detta alltid görs?

⁵⁰ Prop. 1980/81:84 s. 230.

⁵¹ Patent Eye 2-97 s12f, 5-97 s8 f, 8-97 s.8 samt Andersson, Niklas ”Interimistiska förbud i immaterialrätten: vad är sannolika skäl” s. 40 f.

⁵² HovRn över Skåne och Blekinge 1531/95 samt Luterkort, Göran, Brand news 1/96 s. 28-30

5 Intrångsundersökning

5.1 Allmänt

I en artikel år 1997 i NIR hävdade Karnell att Sverige inte uppfyllde TRIPS-avtalet och då framförallt reglerna om verkställighet, TRIPS del III avsnitt 3 interimistiska åtgärder art.50.2, eftersom det inte fanns någon möjlighet för en rättighetsinnehavare att ansöka om interimistiska åtgärder av *inaudita altera parte*-typ d.v.s. en föregripande åtgärd utan hörande av motparten.⁵³ Sådana typer av säkerhetsåtgärder var det en skyldighet för medlemstaterna att införa enligt de allmänna åtaganden som stipulerades i artikel 41 punkterna 1-5. Detta påpekades även i en rapport från 1997 av Commission on Intellectual and Industrial Property.⁵⁴ TRIPS-avtalet krävde att det infördes snabba och avskräckande försiktighetsåtgärder mot undanskaffande av bevis och orsakande av oersättlig skada. Vidare skulle skyddet mot intrång i immaterialrätter vara rättvist och skäligt, ekonomiskt genomförbart samt tillgängligt inom rimlig tid. Den svenska inställningen hade tidigare varit att svensk lagstiftning överensstämde med TRIPS-avtalet genom de nationella regler som fanns. För rättighetsinnehavare hade det dock visat sig att polisanmälan och husrannsakan inte var så verkningsfulla vid immaterialrättsintrång, eftersom sådana intrång gavs låg prioritet hos polis och åklagare. Regeringen såg det också som ett viktigt inslag i sin inställning till intrång i de immateriella rättigheterna att näringslivet självt skulle ingripa mot intrång, och att staten borde tillhandahålla näringslivet effektiva medel för att komma tillrätta med problemen. Dessa medel fanns särskilt inom ramen för civilprocessen.⁵⁵ Inom justitiedepartementet utarbetades därför under vintern 1997/98 en departementspromemoria med titeln ”Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång”, Ds 1998:28, som låg till grund för prop. 1998/99:11. När det gällde införandet av en ny säkerhetsåtgärd var synpunkterna väldigt blandade från remissinstansernas håll. Det ansågs bl.a. att det inte var tillräckligt klargjort om det behövdes en ny åtgärd vid sidan av dem som redan fanns. Konkurrensverket menade bl.a. att den föreslagna åtgärden var alltför ingripande för att stå i rimlig proportion till de intressen den var avsedd att skydda. Vidare framhölls att den nya skyddsåtgärden inte fick tas till intäkt för en sänkt ambitionsnivå hos polis och åklagare när det gällde att beivra immaterialrättsliga intrång. De ansåg också att en bekämpning av immaterialrättsliga intrång med civilrättsliga medel aldrig kunde ersättas det straffrättsliga förfarandet.⁵⁶ Nedan följer en genomgång av det centrala i revisionen

⁵³ Gunnar, Karnell “Föregripande skydd-internationalisering av system med civilrättslig husrannsakan *inaudita altera parte*“ NIR 1997 häfte 3-4 s. 315-324.

⁵⁴ http://www.iccwbo.org/home/intellectual_property/tripse.asp.

⁵⁵ Prop. 1998/99:11. s. 39.

⁵⁶ Prop. 1998/99:11. s. 42.

5.1.1 Vad får eftersökas och var får intrångsundersökning genomföras?

Föremål och handlingar som kan antas ha betydelse för utredningen skall få eftersökas. Undersökningen får dock inte omfatta skriftliga handlingar vars innehåll omfattas av tystnadsplikt. För att eftersökningen skall bli effektiv och ge information om intrångets omfattning, skall även verksamhetshandlingar som kan ha betydelse för utredningen omfattas. Det ansågs att det borde räcka med att en handling kunde antas ha betydelse för utredningen för att den skulle kunna eftersökas. Detta innebär ett lägre satt beviskrav än för beslag i brottmål (27 kap 1 § RB). För att en domstol skall kunna bedöma om handlingarna skall kunna eftersökas, räcker det med att handlingarna beskrivs på ett funktionellt sätt. Dock kan en begäran att eftersöka alla motpartens handlingar som berör ett visst förfarande eller en viss produkt normalt inte godtas. Om det rör sig om handlingar som omfattas av tystnadsplikt och som enligt 27 kap 2 § RB inte får tas i beslag, får de inte heller eftersökas vid en intrångsundersökning.

Undersökningen får inte omfatta allmänna iakttagelser av vilka processer som utförs i en lokal.⁵⁷ Intrångsundersökning skall endast få göras hos den som misstänks ha gjort ett intrång eller misstänks ha gjort sig skyldig till ett straffbart försök eller en straffbar förberedelse till intrång.

Intrångsundersökning skall få företas i affärslokaler, bostäder eller motsvarande som den misstänkte disponerar. Den misstänkte behöver inte äga lokalerna, utan det räcker med att han disponerar dem. Vid prövningen om intrångsundersökning skall få företas i bostad skall hänsyn tas till integritetsaspekten. Möjligheten att genomföra en undersökning hos tredje man infördes dock inte. En sådan åtgärd ansågs vara alltför ingripande i den privata sfären eftersom den skulle kunna drabba personer som inte hade med intrånget att göra. I sådana fall skulle integritetshänsynen väga över.⁵⁸

5.1.2 Behörigt organ att pröva om intrångsundersökning samt rätt att påkalla prövning

Ett yrkande om intrångsundersökning skall prövas av domstol. Anledningen till detta är att i en sådan civilprocessuell tvångsåtgärd, inte finns några alternativ till domstolsprövning⁵⁹ Rättighetsinnehavare liksom även licenstagare har rätt att påkalla prövning.⁶⁰

⁵⁷ Prop. 1998/99:11. s. 55-56.

⁵⁸ Prop. 1998/99:11. s. 57.

⁵⁹ Prop. 1998/99:11. s. 58.

⁶⁰ Prop. 1998/99:11 s. 58.

5.1.3 Beviskravet

Beviskravet sattes till att det *skäligen* kan antas att någon gjort ett intrång eller gjort sig skyldig till ett straffbart försök eller straffbar förberedelse till intrång. Med ett alltför högt ställt beviskrav blev inte införandet av det nya instrumentet verkningsfullt. Mot detta måste man ställa att intrångsundersökning är en ingripande åtgärd som kan förorsaka stora olägenheter och skador för den som utsätts för åtgärden. Fel använd kan åtgärden bli ett sätt för företagare att trakassera och hindra kunder i deras verksamhet. Av integritets-och rättssäkerhetsskäl är det därför viktigt att beviskravet inte är för lågt.⁶¹

5.1.4 Intresseavvägning

Ett beslut som medgav intrångsundersökning skall endast få fattas om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av undersökningen. Denna proportionalitetsprincip har utformats efter 27 kap 1 § RB och 28 kap 3 § RB. I vissa fall kan en domstol få bestämma om begränsande villkor så att proportionalitet skall råda mellan mål och medel. Man antog att proportionalitetsprincipen skulle få störst betydelse för s.k. överskottsinformation. Här skall principen ge ett förhöjt och tillräckligt skydd mot obehörigt röjande av uppgifter som kan vara företagshemligheter eller uppgifter skyddade av anonymitetsskydd.⁶²

5.1.5 Ställande av säkerhet och skyddsåtgärdens återgång

En förutsättning för att ett beslut om intrångsundersökning skall meddelas är att sökanden ställer säkerhet för den skada som kan komma att tillfogas motparten. Motsvarande fanns redan när det gällde yrkanden om kvarstad, 15 kap 6 § RB. En utebliven talan innebär inte att den som utsätts för intrångsundersökning har rätt till ersättning för de skador som undersökningen kan ha vållat.⁶³ Om inte talan väcks en månad från det att verkställigheten avslutats, skall skyddsåtgärden återgå, detta för att inte den sökanden skall hålla sig passiv och därmed skapa en längre period av osäkerhet för motparten. Artikel 50.6 i TRIPS-avtalet utgår också från att åtgärden skall återgå om svaranden inte vidtar rättsliga åtgärder efter en viss period.⁶⁴

⁶¹ Prop. 1998/99:11 s. 59.

⁶² Prop. 1998/99:11 s. 60.

⁶³ Prop. 1998/99:11 s. 69.

⁶⁴ Prop. 1998/99:11 s. 72.

5.1.6 Beslut och interimistiskt beslut

Ett beslut om intrångsundersökning skall innehålla uppgifter om ändamålet med undersökningen, vilka föremål och handlingar som får eftersökas samt i vilka utrymmen dessa får eftersökas. Det ges även befogenhet till domstolarna att förordna om villkor som preciserar och begränsar befogenheterna vid undersökningen. Det kan även införas ytterligare begränsande villkor för att proportionalitet skall råda mellan mål och medel.⁶⁵ Om det finns risk för att dröjsmål skall medföra att föremål och handlingar som har betydelse för undersökningen går förlorade, får ett beslut om intrångsundersökning meddelas utan att motparten fått uttala sig. Utgångspunkten och huvudregeln enligt svensk rätt är dock att motparten skall ha rätt att yttra sig över beslutet.⁶⁶

5.2 Diskussion

Intrångsundersökning har visat sig vara ett effektivt instrument för att skydda immateriella rättigheter. Det har använts vid ett 50-tal tillfällen.⁶⁷ Dock anser vissa intresseorganisationer att intrångsundersökning aldrig kan ersätta husrannsakan och att man hellre använder husrannsakan eftersom det framstår som mer seriöst och ger en tydligare signal om att man ser allvarligt på det inträffade.⁶⁸ Intrångsundersökningar har framförallt använts beträffande varumärkes- och upphovsrättsintrång och då framförallt när det gäller rättighetsinnehavare till kläder och datorprogram.⁶⁹ I de fall som en domstol inte har bifallit intrångsundersökning, har det hänvisats till intrång inte ansågs föreligga eller med en indirekt hänvisning till proportionalitetsprincipen, d.v.s. att domstolen ansåg att intrångsundersökning utgjorde en alltför ingripande åtgärd. Det har förekommit en del överklagade beslut. Dock har det inte i något fall förekommit att överklagandet lett till att högre instans avslagit begäran om intrångsundersökning.⁷⁰ Ex officio-bedömning gäller vid proportionalitetsavvägningen, eftersom flertalet intrångsundersökningar beslutas utan att motparten har hörts om omständigheter som kan ha betydelse just vid proportionalitetsbedömningen.⁷¹ Vid intrångsundersökning får endast eftersökas föremål och handlingar som kan antas ha betydelse för utredningen om intrång. Det har visat sig att kronofogdemyndigheterna vid verkställande av intrångsundersökningarna har gjort en snäv tolkning av vad som får eftersökas. Endast handlingar som explicit angetts i

⁶⁵ Prop. 1998/99:11 s. 68.

⁶⁶ Prop. 1998/99:11 s. 70.

⁶⁷ Intervju med Kronokommissarie Lennart Nilsson 15/2 2004.

⁶⁸ Intervju med Henrik Pontén, Antipiratbyrå 2/10 2003.

⁶⁹ Bengtsson, Henrik, ”Intrångsundersökning-Vad har hänt tre år efter att institutet införts i svensk rätt” Brand News 2002 nr.1 s. 46-47.

⁷⁰ Se t.ex. Svea hovR mål nr Ö 3751-01 samt målnr Ö 560-00.

⁷¹ Bengtsson, Henrik “Intrångsundersökning“ NIR 2000 häfte 4 s. 501.

intrångsundersökningsbeslutet har fått eftersökas. Detta strider mot vad som anges både i propositionen och i förarbetena där det anges att det är tillräckligt att sökanden anger handlingarna genom att funktionellt beskriva dem. Samtidigt är kronofogdemyndighetens inställning förklarlig. De kan inte själv avgöra vad som är relevant information och om de inte är vaksamma, kan de själv medverka till ett intrång i en immaterialrätt.⁷²

Angående ställandet av säkerhet har följande noterats. I tingsrättsbesluten om intrångsundersökning har sökandena ställt säkerhet om emellan 10 000 och 200 000, vilket i samtliga fall ansetts vara tillräckligt. Säkerhetens storlek har i några ansökningar motiverats med antaganden om skadans storlek beräknad utifrån att uppskattad försäljning eller utebliven arbetsintäkt till följd av att verksamheten störs av intrångsundersökningen. Tingsrätterna har utan motiveringar konstaterat att säkerheten är tillräcklig.⁷³

Ett problem har uppstått när det gäller tingsrätternas diarium. Vid beslut om intrångsundersökning utan att motparten hörts är det meningen att denne inte skall få tillfälle att undanskaffa bevis. Vid mindre tingsrätter har det visat sig att domstolens dagböcker nästan dagligen granskas av journalister. Det har hänt att dessa kontaktat motparten för att höra vad den aktuella talan avser och därmed förstört överraskningsmomentet. Det finns därför önskemål från vissa intresseorganisationer att möjlighet skall ges att fördröja offentliggörandet av beslut om intrångsundersökning samt att sekretessbelägga kärandens ansökan om intrångsundersökning.⁷⁴ Domstolarna är enligt 15 kap 1 § sekretesslagen samt 23 § i förordningen om mål och ärenden i allmän domstol skyldiga att utan dröjsmål registrera inkomna eller upprättade handlingar och då ange när handlingen inkom, diarienummer som har åsatts handlingen, vem som har ingivit handlingen, samt i korthet vad handlingen rör. Domstolarna har ingen möjlighet att sekretessbelägga delar av dagboken eller på annat sätt underlåta att ange parternas namn i dagboken. Om beslut har fattats utan att en part har hörts, behöver dock domstolsbeslutet inte sändas till den parten förrän det kan göras utan att verkställigheten av beslutet riskeras.⁷⁵

Sammanfattningsvis anser jag att det verkar som att proportionalitetsprincipen har fått stryka på foten vid beslut om intrångsundersökning. Faktum att de flesta beslut om intrångsundersökningar fattas utan att motparten hörts enligt ett *in audita paltera* förfarande innebär att domstolarna ofta godtar den bevisning som den sökande lägger fram och att den får stå oemotsagd när motparten inte hörts. Följden blir att domstolarna gör en ex officio-bedömning utan att egentligen veta hurdant förhållandet är mellan sökanden och svaranden och vad intrångsundersökningen kan leda till parterna emellan. Sedan verkar det

⁷² Intervju med Kronokommissarie Lennart Nilsson 15/2 2004.

⁷³ Bengtsson, Henrik, "Intrångsundersökning" NIR 2000 häfte 4 s. 505.

⁷⁴ Intervju med Christoffer Wallin Business Software Alliance,BSA, 2/10 2003.

⁷⁵ Förordning 2003:238.

ju som att domstolarna har godtagit den säkerhet som sökanden har ställt utan att reflektera över om den är tillräcklig. Om man tänker tanken att ett större företag vill störa en konkurrent och därför ansöker om intrångsundersökning, hur mycket skulle detta vara värt för ett företag?

I diskussionen av 1994 års förändring av svensk immaterialrättslagstiftning och hur denna påverkade proportionalitetsbedömningen uttalades att denna inte skulle komma i konflikt med syftet bakom ändringen av immaterialrättslagstiftningen, vilket var att säkerställa att rättighetsinnehavarna skulle kunna få ett snabbt slut på eventuella intrång. Något liknande uttalande har inte gjorts i samband med införandet av intrångsundersökning men det torde inte vara helt osannolikt att detta även borde gälla om intrångsundersökningar. Jag utgår givetvis ifrån att domstolarna gör en allsidig bedömning vid beslut om intrångsundersökning, men eftersom de flesta beslut intrångsundersökningar fattas utan att motparten hörts kan det väl ifrågasättas huruvida dessa beslut alltid kan anses som proportionerliga?

6 Enforcementdirektivet

6.1 Allmänt

Den 30 januari 2003 lade Europeiska Kommissionen fram ett förslag till direktiv om åtgärder och förfaranden för skydd avseende immaterialrätter, KOM (2003) 46 slutlig. Målsättningen var klart uttalad i förslagets inledning. Genom att utnyttja nationella skillnader inom EU när det gäller skydd för immateriella rättigheter, påverkades konkurrensförhållandena på den inre marknaden och handeln mellan de olika länderna.⁷⁶ Skillnaderna i de nationella påföljdssystemen gjorde det svårt att effektivt bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning. En följd av detta, enligt Kommissionen, var bl.a. att näringslivet tappade förtroende för den inre marknaden och därmed sjönk även investeringsviljan hos företagen. Kommissionens förslag diskuterades i rådsarbetsgrupp vid ett stort antal tillfällen under hösten 2003, varvid ordförandeskapet successivt gjorde justeringar i Kommissionens förslag. Efter behandlingar i Coreper den 12 och 15 februari, 2004 ställde sig en majoritet av medlemsstaterna bakom ett kompromissförslag från ordförandeskapet. Denna lydelse överlämnades därefter till Europaparlamentet.⁷⁷ Direktivet gick igenom den 29 april 2004. Det skall ha implementerats senast den 29 april 2006 i medlemsländerna.

6.2 Bakgrunden till direktivet

Den 15 oktober 1998 lade kommissionen fram en grönbok, om att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning på den inre marknaden.⁷⁸ Det fanns tre syften med grönboken. Att bedöma varumärkesförfalskningens och pirattillverkningens ekonomiska konsekvenser på den inre marknaden, att bedöma den befintliga lagstiftningen på området och vilka juridiska förbättringar som krävdes, samt att bedöma om det krävdes insatser från gemenskapens sida avseende målen för den inre marknaden.⁷⁹ Genom rundfrågningar bland sakkunniga och öppna hearingar arbetade kommissionen fram ett uppföljningsmeddelande till grönboken, vilket innehöll en handlingsplan för hur kampen mot varumärkesförfalskning skulle kunna förbättras och förstärkas på den inre marknaden.⁸⁰ Denna handlingsplan innehöll förslag till omedelbara insatser ifrån kommissionen men även förslag till insatser på medellång sikt samt andra initiativ.⁸¹ I

⁷⁶ KOM(2003)46 slutlig, s. 3.

⁷⁷ <http://www3.riksdagen.se/default.asp?DocGUID=%7B6037F0D9-E0D7-4D82-99C4-25E00957E8D2%7D,1/11> 2004.

⁷⁸ KOM(1998)569.

⁷⁹ KOM(1998)569, s. 7.

⁸⁰ KOM(2000)789.

⁸¹ KOM(2000)789, s. 2.

sammanhanget är det förslagen till omedelbara insatser som är intressanta. Kommissionen skulle verka för att utbildningen och utbytet av tjänstemän skulle bli optimalt. Stärkta insatser för utbildning och tekniskt bistånd till kandidatländerna skulle göras. Mer information skulle lämnas till allmänheten om de negativa effekterna av varumärkesförfalskning och pirattillverkning, särskilt när det gällde konsument- och hälsoskydd. En metod skulle fastställas för insamling, analys och jämförelse av uppgifter, vilket skulle hjälpa medlemsländerna och Kommissionen i arbetet med att kartlägga och vidta lämpliga åtgärder. Ett kontaktställe inom Kommissionen skulle utses så att det skulle bli tydligt för företagen och medlemsstaterna vart de skulle vända sig med frågor. Det skulle också inom Kommissionen utarbetas ett direktivförslag som syftade till att garantera att den inre marknaden fungerade väl på immaterialrättsområdet.⁸² Vilket utmynnade i det nu aktuella direktivet. Direktivet är ett s.k. minimidirektiv vilket innebär att nationella bestämmelser som är gynnsammare för rättighetsinnehavaren än direktivets bestämmelser får föreskrivas.

6.3 Innehåll i direktivet⁸³

Nedan följer en genomgång av innehållet i direktivet. I samband med redogörelsen kommer även innehållet i det ursprungliga direktivförslaget, KOM (2003) 46, att tas upp samt de kommentar som följde från svenska remissinstanser angående det direktivförslaget.

6.3.1 Syfte, tillämpningsområde samt allmän skyldighet

6.3.1.1 Direktivet

I *artikel 1* klargörs att direktivet omfattar industriella rättigheter d.v.s. varumärken, patent och dylikt. Enligt *artikel 2* skall de åtgärder, förfaranden och sanktioner som föreskrivs i direktivförslaget vara tillämpliga vid varje intrång i immateriella rättigheter som antingen följer av gemenskapsrätten eller av nationell rätt. I artikeln klargörs också att direktivet inte påverkar den materiella delen av immaterialrätten eller vissa andra direktiv och avtal på området såsom 91/250 EEG, 2001/29 samt TRIPS-avtalet. Med stöd av *artikel 3* skall medlemsstaterna se till att tillhandahålla de åtgärder, förfaranden och sanktioner som omfattas av direktivet. Dessa åtgärder skall vara rättvisa och skäliga, inte vara onödigt komplicerade eller dyra och orsaka onödiga dröjsmål. De skall också vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. De skall tillämpas så att hinder för lagenlig handel inte uppkommer. Detta är i överensstämmelse med skäl 12 i ingressen till direktivet där det sägs att konkurrensreglerna, artikel 81 och 82 i EG-

⁸² KOM (2000)789, s. 6.

⁸³ Direktiv 2004/48/EG.

fördraget, inte skall påverkas av direktivet.⁸⁴ I skäl 17 till direktivet anges att beslut om åtgärder, förfaranden och sanktioner som anges i direktivet bör i varje enskilt fall utformas så att vederbörlig hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet, inklusive särdragen hos de olika typerna av immateriella rättigheter och, när det är lämpligt, om intrånget har begåtts avsiktligt eller oavsiktligt.

Direktivförslaget gällde de åtgärder som var nödvändiga för att skydda immaterialrätter. Det omfattade skyddsåtgärder som gällde alla intrång i rättigheter som hade sitt ursprung i gemenskapsrätten och europeisk lagstiftning om skydd för immaterialrätter, samt ur alla bestämmelser som medlemsstaterna antagit för att genomföra EG-rätten, när ett intrång hade ett kommersiellt syfte eller tillfogade rättsinnehavaren väsentlig skada.⁸⁵ Direktivförslaget ålade medlemsstaterna att föreskriva nödvändiga och proportionerliga åtgärder och förfaranden för skydd av de immaterialrätter som åsyftades i direktivet.⁸⁶

6.3.1.2 Remissvar syfte, tillämpningsområde samt allmän skyldighet

En viktig bevekelsegrund för direktivförslaget var just att det utgick ifrån att piratkopiering och varumärkesförfalskning oftast begås i en industriell omfattning som gör att företag är tvungna att konkurrera på marknaden med varumärkesförfalskningar och kopior. Från vissa remissinstanser påpekades att det i stort sett saknades förbehåll för förfaranden som inte hade industriell omfattning, var kommersiella eller som skedde i vinningssyfte. Det borde därför i direktivförslaget, med hänsyn till enskilda medborgares integritet och rättsäkerhet, klargjorts att det endast berörde förfaranden av industriell omfattning. För att sanktionerna inte skulle träffa åtgärder som enskilda begick i privata sammanhang borde proportionalitetshänsyn ha kommit till tydligare uttryck vid utformningen av direktivförslaget. Risken fanns att direktivförslaget annars skulle riskera rättsäkerheten för enskilda medborgare.⁸⁷ Just rekvisiten kommersiella syften och väsentlig skada ville andra remissinstanser skulle utgå av helt andra skäl.

Upphovsrättsorganisationer såsom BUS, Bildkonst upphovsrätt i Sverige, och KLYS, Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd, påpekade att *alla* typer av intrång skulle kunna bli föremål för de åtgärder som föreslogs och att de aktuella formuleringarna därför skulle strykas, detta enligt artikel 41 i TRIPS-avtalet där det stadgas att medlemsstaterna skall tillse att den nationella rätten erbjuder effektiva civilrättsliga rättsmedel mot alla typer av intrång i immaterialrättigheter.

⁸⁴ Direktivet svensk översättning s. 14-16.

⁸⁵ KOM (2003) 46 s. 18.

⁸⁶ KOM (2003) 46 s. 19.

⁸⁷ Advokatsamfundet.

6.3.2 Målgrupp och kostnader

6.3.2.1 Direktivet

Med stöd av *artikel 4* skall åtgärderna i direktivet kunna påkallas av dem som innehar rättigheterna samt vissa andra såsom licenstagare. Men även sammanslutningar som förvaltar immateriella rättigheter eller tillvaratar branschintressen skall ha rätt att åberopa åtgärderna. Enligt *artikel 5* skall det vid tillämpningen av direktivet det faktum att en persons namnteckning finns angivet på ett litterärt eller konstnärligt verk anses tillräckligt för att skydd skall presumeras.⁸⁸ I enlighet med *artikel 14* skall medlemsstaterna se till att rimliga och proportionerliga kostnader för förfarandet, och andra kostnader, skall betalas till den förlorande parten om det inte är oskäligt.⁸⁹

I direktivförslaget ansågs, om inte annat visas, att den vars namn stod angivet på verket skulle anses som upphovsman till denna eller den som angavs som upphovsman på ett exemplar av verket genom en påskrift, en etikett eller genom något annat märke.⁹⁰

6.3.2.2 Remissvar målgrupp och kostnader

Det konstaterades från vissa remissinstanser att direktivförslaget i första hand verkade rikta sig till större företag såsom skivbolag, datorprogramföretag eller liknande. Upphovsrättsliga organisationer såsom BUS påpekade att man i direktivförslaget valt bort den enskilde upphovsmannen och dennes behov av att kunna säkerställa sin rätt. Det behövdes tas mer hänsyn till den enskilde upphovsmannens begränsade ekonomiska resurser. Att använda civila rättsprocesser var alltför kostsamt för en enskild upphovsman eller rättighetsinnehavare, och det fanns därför ett behov av tvingande, enkla och effektiva kontrollmöjligheter.⁹¹ PRV, Svenska Uppfinnareföreningen samt SPI, Föreningen Svensk Programvaruindustri, poängterade också att försvara immateriella rättigheter genom de säkerhetsåtgärder som föreslogs i direktivförslaget kunde bli kostsamt. Även ställandet av säkerhet i samband med olika säkerhetsåtgärder kunde verka avskräckande särskilt för små och medelstora företag eller individuella rättighetsinnehavare. Det var därför viktigt att regelverket klart angav vilken part som skulle stå för de kostnader som de i direktivet föreslagna åtgärderna skulle medföra och om de kunde bedömas rimliga så att inte någon osäkerhet uppstod.⁹²

⁸⁸ Direktivet svensk översättning s. 17-19.

⁸⁹ Direktivet svensk översättning s. 34.

⁹⁰ KOM (2003) 46 s. 20.

⁹¹ BUS.

⁹² PRV.

6.3.3 Bevisning, åtgärder för att skydda bevisning samt rätt till information

6.3.3.1 Direktivet

I *artikel 6* första stycke anges att medlemsstaterna skall föreskriva att de behöriga rättsliga myndigheterna under vissa närmare angivna förutsättningar skall kunna förelägga svaranden att lämna ut bevisning som han eller hon förfogar över och som angivits av kändanden, ett s.k. editionsföreläggande. I artikelns andra stycke finns motsvarande bestämmelse avseende bank-, finans- och affärshandlingar, men dessa behöver endast lämnas ut om det är fråga om ett intrång som har begåtts i affärsmässig skala.⁹³ Enligt *artikel 7* skall medlemsstaterna införa åtgärder som syftar till att säkra bevisning om att ett intrång har begåtts eller är omedelbart förestående. Enligt första stycket skall medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna efter ansökan och eventuellt utan motpartens hörande får förordna om omedelbara och effektiva åtgärder för att säkra relevant bevisning, dock att konfidentiell information skall skyddas. Sådana åtgärder kan inbegripa en detaljerad beskrivning av de intrångsgörande varorna, med eller utan uttagande av provexemplar, eller beslag av varorna och, där så är lämpligt, det material och de verktyg som använts för produktion och/eller distribution av dessa varor samt tillhörande handlingar. Har en åtgärd beslutats utan att motparten har hörts, skall denne informeras senast omedelbart efter att åtgärden verkställts. Beslutet skall därefter kunna omprövas. Vid en sådan omprövning skall det finnas en rätt att bli hörd. Artikelns innehåller vidare en regel som innebär att sökanden skall ställa säkerhet som skall täcka eventuell ersättning till svaranden. Tidsfristen för väckande av talan skall beslutas av behörig myndighet. Om inget sådant beslut finns, skall talan väckas inom en period som inte överstiger den längsta tiden av 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar. Om beslutet om skyddsåtgärd upphävs eller upphört p.g.a. en handling eller underlåtenhet från sökanden, eller det senare visar sig att det inte förelåg något intrång, kan myndigheterna besluta, på begäran av svaranden, att sökanden skall betala lämplig ersättning till svaranden. Slutligen innehåller artikelns en bestämmelse om att medlemsstaterna får vidta åtgärder för att skydda vittnens identitet, dvs. bevisning kan tillåtas även om dess ursprung är okänt.⁹⁴

I *artikel 8* stadgas om rätt till information, vilket innebär att kändanden kan begära, i samband med en rättegång rörande immaterialrättsintrång, om det är berättigat och proportionellt, att information om ursprung och distributionsnät skall lämnas av intrångsgöraren och/eller annan person som antingen har befunnits förfoga över intrångsgörande varor i kommersiell skala, använt intrångsgörande tjänster i kommersiell skala, i kommersiell skala tillhandahållit tjänster som använts i intrångsgörande

⁹³ Direktivet svensk översättning s. 20.

⁹⁴ Direktivet svensk översättning s. 23-24.

verksamhet, eller har pekats ut av en person som avses tidigare såsom delaktig i produktion, tillverkning eller distribution av varorna eller tillhandahållandet av tjänsterna. Informationen skall vid behov innehålla upplysningar om bl.a. tillverkares, säljares och leverantörens namn och adress samt aktuella mängder och priser. I artikeln slås slutligen fast att bestämmelserna inte påverkar vissa andra lagregler, exempelvis regler som ger en person rätt att vägra lämna information som skulle tvinga den personen att medge egen eller nära anhörigs medverkan i ett immaterialrättsintrång.⁹⁵

I direktivförslaget föreslogs det skulle gå att identifiera och väcka talan mot dem som verkligen tjänat på intrånget att medlemsstaterna skulle se till att de behöriga rättsliga myndigheterna fick kräva att bank-, finans- eller affärsakter skulle lämnas ut eller tas i beslag. Konfidentiella uppgifter skulle dock skyddas.⁹⁶ Intrångsgörande varor skulle kunna inventeras och beskrivas eller beslagtas om det förelåg en risk att bevismaterial skulle förstöras. Om förfarandet skedde utan att den andra parten hörts, skulle denna part ha rätt att ansöka om att beslutet skulle omprövas och att bli hörd under omprövningen. Vidare ställdes det upp ett krav på att lämplig säkerhet ställdes för de beslagtagna varorna om det senare skulle visa sig att talan var utan grund. Käranden hade 31 dygn på sig att väcka talan vid domstol. Annars skulle beslaget bli ogiltigt.⁹⁷ Det ålades varje person som var inblandad i ett intrång att lämna information om bl.a. namn och adress på tillverkare, försäljare, leverantörer och hur mycket som tillverkats, levererats eller mottagits. Vidare skulle behöriga myndigheter, t.ex. polis och tull, som förfogade över liknande information informera rättighetsinnehavaren så att denne kunde väcka talan vid behörig domstol för att få saken avgjord och beslut om interimistiska åtgärder eller beslag.⁹⁸

6.3.3.2 Remissvar bevisning, åtgärder för att skydda bevisning samt rätt till information

Reglerna i direktivförslaget om bevismaterial och artikeln om skydd av bevismaterial borde enligt remissvaren ses över med tanke på tystnadsplikten. Det fanns även en risk att banksekretessen i princip urholkades p.g.a. möjligheten att utelämna bankuppgifter.⁹⁹ Rätt till information ansågs av vissa remissinstanser vara en nyskapelse för svensk immaterialrätt. Denna artikel innebar att personer som befattat sig med varor eller tjänster med vilka det befunnits föreligga intrång kunde tvingas lämna ut uppgifter om bl.a. varors ursprung och distributionskanaler. Det påpekades att denna artikel kunde anses strida emot artikel 6 i Europakonventionen där rätten till tystnad fastslås, som innebär att ingen fysisk eller juridisk person skall kunna tvingas till att bidra till en utredning

⁹⁵ Direktivet svensk översättning s. 26.

⁹⁶ KOM (2003) 46 s. 20.

⁹⁷ KOM (2003) 46 s. 20.

⁹⁸ KOM (2003) 46 s. 20-21.

⁹⁹ Svenska bankföreningen.

i ett administrativt eller straffrättsligt förfarande genom att lämna belastande uppgifter om sin egen skuld. Visserligen följde det av den aktuella artikeln att denna rätt inte skulle äventyras, men förpliktelsen att lämna ut information föreföll ändå vara för långtgående.¹⁰⁰ Från konkurrenssynpunkt var det viktigt att bestämmelserna utformades på ett sådant sätt att det inte kunde användas av rättighetsinnehavare i syfte att förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen. Det stadgades i direktivförslaget att åtgärderna och förfarandena inte fick tillämpas så att hinder för lagenlig handel uppkom. Det fanns nämligen en risk för att rättsinnehavare kunde gå för långt i sin strävan att försvara sina rättigheter mot intrång. Konkurrensverket påpekade att detta borde ha klargjorts mer i ingressen till direktivförslaget så att det framgick att det inte fick användas för att hindra konkurrens. Vid ett tillämpande av de föreslagna åtgärderna i direktivförslaget var det viktigt att de rättsliga organen var vaksamma så att kraven för bevis på intrång inte ställdes för lågt i samband med ansökningar om åtgärder.¹⁰¹ Detta gällde t.ex. bestämmelsen om bevismaterial som behandlade möjligheten att förelägga tredje man att förete handlingar som kan antas ha betydelse för att kunna väcka talan mot dem som verkligen tjänade på ett intrång. Även om det redan fanns en sådan möjlighet enligt svensk rätt kunde den föreslagna artikeln öppna för s.k. ”fishing expeditions”, d.v.s. att företag försökte komma åt information eller störa konkurrenter på ett illojalt sätt.¹⁰²

6.3.4 Interimistiska åtgärder, skyddsåtgärder och alternativa åtgärder

6.3.4.1 Direktivet

I *artikel 9* stadgas att medlemsstaterna, på sökandens, begäran får utfärda förbuds förelägganden gentemot en påstådd intrångsgörare. Dessa föreläggandens syfte är att hindra ett omedelbart förestående intrång eller tillfälligt förbjuda, eventuellt vid vite, en fortsättning av ett påstått intrång, eller göra en sådan fortsättning avhängig av att det ställs säkerhet för ersättning till rättighetshavaren. Denna typ av förelägganden skall också kunna riktas mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas för att begå ett intrång. När det gäller intrång som har begåtts i kommersiell skala, skall det också kunna beslutas att egendom skall beläggas med kvarstad, för att säkerställa indrivningen av skadestånd. Banktillgångar skall också kunna frysas. Berörda myndigheter skall vidare, för att kunna genomföra dessa åtgärder, kunna inhämta den information som krävs för att skaffa sig kunskap om den misstänkte intrångsgörarens banktillgodohavanden. För att dessa åtgärder skall kunna vidtas, krävs bl.a. att sökanden lagt fram bevisning dels om sin påstådda rättighet, dels om att ett intrång har begåtts eller är omedelbart förestående. Medlemsstaterna kan också föreskriva att en sökande skall ställa säkerhet för den skada som åtgärden kan tillfoga motparten. Åtgärder

¹⁰⁰ Sthlms Tr avd 7.

¹⁰¹ Konkurrensverket.

¹⁰² Sthlms Tr avd.7.

skall även kunna vidtas utan att motparten har hörts, interimistiska åtgärder, särskilt om dröjsmål skulle orsaka rättighetshavaren irreparabel skada. I dessa fall skall motparten underrättas om åtgärden senast omedelbart efter att åtgärden har verkställts och har rätt att begära att beslutet omprövas, varvid det finns en rätt att bli hörd. Åtgärderna skall upphöra om inte sökanden inom skälig tid väcker talan. Denna tidsperiod skall fastställas av den myndighet som beslutat om åtgärden. Om inget beslut finns, skall åtgärden upphöra inom en period som inte överstiger den längsta tiden av 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar.¹⁰³

Med stöd av *artikel 10* skall de rättsliga myndigheterna kunna besluta att lämpliga åtgärder skall vidtas med de varor som har konstaterats göra intrång i en immateriell rättighet. Åtgärder skall också kunna vidtas emot material och verktyg som huvudsakligen använts för att tillverka dessa varor. De aktuella åtgärderna är återkallande från marknaden, slutgiltigt avlägsnande från marknaden eller förstörande. Dessa åtgärder skall vidtas på intrångsgörarens bekostnad, om det inte finns särskilda skäl mot detta. I artikeln betonas också vikten av att den rättsliga myndigheten vid sin prövning beaktar kravet på proportionalitet och tredje mans intressen.¹⁰⁴ När ett intrång i en immateriell rättighet har fastställts, skall de rättsliga myndigheterna vara behöriga att förbjuda fortsatt intrång med ett föreläggande, enligt *artikel 11*. Ett sådant förbud får sanktioneras med vite. Förbuds förelägganden skall också kunna utfärdas mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas för att göra intrång. Detta skall inte påverka tillämpningen av direktiv 2001/29 och då framförallt artikel 8.3.¹⁰⁵ Enligt *artikel 12* kan de rättsliga myndigheterna vid en proportionalitetsbedömning komma fram till att det vore orimligt att besluta om åtgärder enligt tidigare nämnda artiklar. Samtidigt skulle rättighetshavaren ibland drabbas väldigt hårt om det inte vidtogs någon åtgärd alls. I sådana situationer kan det finnas skäl att istället förordna om att ersättning skall utgå till rättighetshavaren. Detta får ske endast när intrångsgöraren inte agerat uppsåtligt eller oaktsamt.¹⁰⁶

I direktivförslaget ansåg Kommissionen att interimistiska åtgärder var mycket viktiga i samband med misstänkta intrång, eftersom det gäller för rättighetsinnehavaren att agera snabbt. Det gavs en möjlighet att med ett myndighetsbeslut provisoriskt, och vid vite, motverka ett förestående intrång eller förbjuda fortsatt intrång eller tillåta fortsatt intrång mot att en säkerhet ställdes. De interimistiska åtgärderna kunde beslutas utan att den andra parten hörts, särskilt om ett dröjsmål skulle kunna innebära oersättlig skada för rättsinnehavaren. Det klargjordes att ansökan om förbud bara var tillåten om talan väcktes inom 31 dygn räknat från den dag då rättsinnehavaren fick kännedom om intrånget.¹⁰⁷ Ett förbud kunde eventuellt villkoras med att sökanden ställde säkerhet som skulle trygga ersättning för eventuell skada om det visade sig att ansökan var obefogad.¹⁰⁸

¹⁰³ Direktivet svensk översättning s. 26-28.

¹⁰⁴ Direktivet svensk översättning s. 28-30.

¹⁰⁵ Direktivet svensk översättning s. 31.

¹⁰⁶ Direktivet svensk översättning s. 32.

¹⁰⁷ KOM (2003) 46 s. 21.

¹⁰⁸ KOM (2003) 46 s. 22.

Om den intrångsdrabbade parten kunde motivera det med omständigheter som kunde berättiga krav på skadestånd, eventuellt utan att den andra parten har hörts, kunde intrångsgörarens tillgångar beslagtas. Här kunde det även ingå frysning av bankkonton och andra tillgångar. De intrångsgörande varorna fick samlas in på intrångsgörarens bekostnad. Detta skulle inte påverka rättsinnehavarens möjlighet att kräva skadestånd. Intrångsgörande varor, liksom material och verktyg, skulle kunna avlägsnas från marknaden utan att någon ersättning utgick. Medlemsstaterna skulle se till att de behöriga rättsliga myndigheterna fick möjlighet att besluta att de varor som konstaterats göra intrång i en immaterialrätt skulle förstöras utan att ersättning utgick.

Behöriga myndigheter gavs möjlighet att förbjuda en person som dömts för intrång att begå nya intrång. Om denna person bröt emot förbudet skulle detta leda till böter, samt eventuellt dagsvite. Medlemsstaterna fick vidare införa en möjlighet för rättighetsinnehavarna att ansöka om att förbud utfärdades mot mellanhänder som hjälpte tredje man att göra intrång i en immaterialrätt. Det stadgades att en person som begått ett intrång oavsiktligt skulle kunna ersätta den drabbade parten ekonomiskt om eventuella åtgärder mot intrångsgöraren skulle innebära en oproportionerligt stor skada under förutsättning att den intrångsdrabbade kunde godta ekonomisk ersättning.¹⁰⁹

6.3.5 Skadestånd

6.3.5.1 Direktivet

I *artikel 13* åläggs medlemsstaterna att införa skadeståndsbestämmelser för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör intrång i en immateriell rättighet. Vid beräkningen av skadeståndet, som skall ersätta faktisk skada, skall de rättsliga myndigheterna beakta alla relevanta omständigheter såsom de negativa ekonomiska konsekvenserna, inklusive utebliven vinst, för den drabbade parten, den oskäligen förtjänst som intrångsgöraren har gjort och andra omständigheter än rent ekonomiska, såsom ideell skada orsakad genom intrånget. Som ett alternativ till denna beräkningsmodell skall domstolarna, där så är lämpligt, kunna fastställa skadeståndet till ett engångsbelopp på grundval av faktorer, exempelvis åtminstone den licensavgift som skulle ha utgått om intrångsgöraren hade begärt tillstånd att nyttja den immateriella rättigheten. Slutligen anges att medlemsstaterna får föreskriva även om skadeståndsskyldighet om intrånget varken har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet.

Enligt direktivförslaget skulle intrångsgöraren ersätta den skada som uppstått oavsett om intrånget skett oavsiktligt eller avsiktligt. Skadeståndet kunde vara antingen två gånger den avgift som skulle ha utgått om intrångsgöraren hade avtalat om att nyttja rättigheten, eller ett kompensationskadestånd motsvarande rättsinnehavarens skada inklusive

¹⁰⁹ KOM (2003) 46 s. 22.

förtjänstbortfall. Vid beräkandet av skadeståndet skulle även ideell skada som rättighetsinnehavaren drabbats av räknas med.¹¹⁰

6.3.5.2 Remissvar skadestånd

När det gällde bestämmelserna om skadestånd ansågs det att de alternativa skadeståndsbestämmelserna inte garanterade den harmonisering som Kommissionen ville uppnå med direktivförslaget. Detta då de två skadeståndsbestämmelserna var av principiellt olika slag och det kunde antas att medlemsstaterna skulle komma att välja olika alternativ. Vilket skulle innebära att skillnader i nationell skadestånds rätt kvarstod.¹¹¹ Vidare ställde sig en del remissinstanser tvekande inför skadeståndsbestämmelserna, eftersom de gav utrymme för att bestämma ett skadestånd som uppgick till ett högre belopp än vad som svarade mot den verkliga skadan. Detta skulle kunna ses som en form av bestraffande skadestånd som inte tidigare funnits i svensk rättstradition.¹¹² Några remissinstanser påpekade dock att det ofta var svårt att beräkna den riktiga förlusten p.g.a. ett intrång och att de förslagna skadeståndsbestämmelserna kunde ge ett mer rättvist resultat.¹¹³

6.3.6 Offentliggörande av domstolsavgöranden

6.3.6.1 Direktivet

Enligt *artikel 15* skall de rättsliga myndigheterna, på begäran av sökanden, kunna besluta om lämpliga åtgärder för att sprida information om avgörandet i ett mål om immaterialrättsintrång, däribland även att det skall anslås och publiceras helt eller delvis. Detta skall kunna ske på intrångsgörarens bekostnad. Medlemsstaterna får även föreskriva om andra åtgärder för offentliggörande av avgörandet, inklusive framträdande annonsering.¹¹⁴

Enligt direktivförslaget skulle medlemstaterna vidta åtgärder som innebar att rättighetsinnehavaren, på intrångsgörarens bekostnad, skulle publicera, helt eller delvis, domstolsavgörandet i de tidningar som rättighetsinnehavaren angav.¹¹⁵

6.3.6.2 Remissvar offentliggörande av domstolsavgöranden

Beträffande offentliggörande av domstolsavgöranden ansåg PRV att detta kunde få orimliga konsekvenser för intrångsgöraren. I direktivförslaget

¹¹⁰ KOM (2003) 46 s. 23.

¹¹¹ Advokatsamfundet.

¹¹² PBR.

¹¹³ PBR.

¹¹⁴ Direktivet svensk översättning s. 35.

¹¹⁵ KOM (2003) 46 s. 23.

borde det därför införas att offentliggörandet borde stå i rimlig proportion till intrångets omfattning.¹¹⁶

6.3.7 Sanktioner av medlemsstaterna

6.3.7.1 Direktivet

Utan att det påverkar de civilrättsliga och administrativa åtgärder och förfaranden som föreskrivs i detta direktiv, får medlemsstaterna enligt *artikel 16* tillämpa andra lämpliga påföljder i fall när det har begåtts ett immaterialrättsintrång.¹¹⁷

Kommissionen ville i direktivförslaget se till att ett allvarligt intrång, liksom även försök, medhjälp eller anstiftan till allvarligt intrång, ledde till straffrättsliga påföljder som var effektiva, proportionerliga och avskräckande. Det angavs vidare att fysiska personer även kunde dömas till fängelse. Det föreskrevs även om böter och beslag av intrångsgörande varor samt material, verktyg eller bärare som använts för att tillverka de aktuella produkterna. Andra påföljder som räknades upp i artikeln var permanent eller tillfälligt näringsförbud, tvångsförvaltning, avveckling och avstängning från offentligt stöd.¹¹⁸

6.3.7.2 Remissvar sanktioner av medlemsstaterna

Angående de straffrättsliga bestämmelserna i direktivförslaget underströks att frågor som straffskipning inte omfattades av artikel 8 i EU-fördraget om upprättande av en gemensam marknad och att det därför var tveksamt om de straffrättsliga bestämmelserna därför kunde införas. Det var också tveksamt om de kunde införas med stöd av artikel 95 i EG-fördraget även om denna artikel godtagits som rättslig grund för harmonisering av resten av immaterialrätten. Det påpekades också att flera av påföljderna såsom näringsförbud, tvångsförvaltning och offentliggörande av domstolsavgöranden krävde grundlig utredning. Det ifrågasattes också om de var förenliga med proportionalitetsprincipen.¹¹⁹

6.3.8 Uppförandekoder

6.3.8.1 Direktivet

Artikel 18 uppmanas medlemsstaterna till att företagar- eller branschorganisationer på gemenskapsnivå utarbetar uppförandekoder som

¹¹⁶ PRV.

¹¹⁷ Direktivet svensk översättning s. 36.

¹¹⁸ KOM (2003) 46 s. 24.

¹¹⁹ Sthlms Tr.

kan bidra till att skydda de immaterialrätter som tidigare angivits. Genom att anbringa källkoder skall det vara möjligt att spåra olovlig tillverkning.¹²⁰

I direktivförslaget stadgades det om ett rättsligt skydd för tekniska anordningar som innebar ett skydd mot tillverkning, import, spridning och användning av olovliga tekniska anordningar. Skyddet skulle uppnås genom att anordningarna märktes på olika sätt. Med teknisk anordning menades en teknik, anordning eller komponent vars normala funktion var att tillverka äkta varor och märka dem så att användarna vet att de är äkta. Med olovlig teknisk anordning menades en teknisk anordning avsedd att kringgå en laglig teknisk anordning.¹²¹

6.4 Diskussion direktivet

Diskussionen om Kommissionens ursprungliga direktivförslag har framför allt rört det faktum att direktivförslaget gick för långt och var skrivet i alldeles för generella termer. I direktivförslaget ville kommissionen komma åt intrång som hade ett kommersiellt syfte eller som hade allvarliga konsekvenser för rättighetsinnehavaren. Detta har ansetts vara en vagt formulerad begränsning eftersom intrång i patent, varumärken och andra industriella rättigheter alltid innebär intrång i ett kommersiellt syfte. Även om förslaget innehöll intressanta och utvecklingsbara nyskapelser, ansågs det att direktivförslaget var behäftat med många allvarliga brister, t.ex. rättssäkerheten för tredje man. Det har dock påpekats att det kan vara svårt att utforma direktivet på något annat sätt. Ett direktiv som bara skulle behandla uppsåtliga eller grovt vårdslösa intrång skulle medföra svåra gränsdragningar.¹²² Från flera håll har det också påpekats att det krävs ett omfattande och allsidigt utredningsmaterial för att kunna genomföra de mål som sattes upp i direktivet.¹²³ De som var direkt emot direktivförslaget ansåg att utredningsmaterialet byggde på dåligt underbyggda siffror om t.ex. antalet förlorade arbetstillfällen inom datorprogramindustrin. De siffror som använts kom framförallt ifrån intresseorganisationer som Business Software Alliance, BSA. Det borde ha använts mer oberoende bakgrundsmaterial och siffror vid framtagandet av direktivförslaget.¹²⁴

Frågan har också ställts om direktivet är nödvändigt eftersom det inom immaterialrättsområdet finns flera regleringar, däribland TRIPS-avtalet, vilka medlemsstaterna måste respektera både som medlem i WTO och EG. En väg som föreslagits att det från EU borde ha gjorts en rundfrågning hos medlemsländerna vad som gjorts för att uppfylla kraven i t.ex. TRIPS-avtalet. Om det skulle visa sig att medlemsstaterna i EU inte gjort

¹²⁰ KOM (2003) 46 s. 24.

¹²¹ KOM (2003) 46 s. 24.

¹²² Cornish, m.fl. "Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European commissions Proposed Directive" s. 447ff.

¹²³ Levin, m.fl. "Ett harmoniserat immaterialrättsligt sanktionsystem" s. 359 ff.

¹²⁴ http://www.effi.org/julkaisut/lausunnot/ipr_enforcement_lausuntoen.html.

tillräckligt för att uppfylla TRIPS-avtalet, skulle detta rättfärdiga att på gemenskapsnivå försöka se till att medlemsstaterna följde TRIPS-avtalet. Men eftersom inget tydde på att medlemstaterna inte skulle uppfylla sina krav, borde ett förslag ha inriktats på de områden där det ansågs att standarden borde höjas. För att införa detta, skulle det behövas en mer precis argumentation än den mer generella som fördes i direktivförslaget.¹²⁵ Även mer samordning med övriga EG-akter såsom Infosoc-direktivet och den kommande patentförordningen var något som eftersöktes. En tänkbar väg var att ha den kommande patentförordningen som utgångspunkt, detta för att sedan på samma sätt införa sanktionsbestämmelser i de enskilda immaterialrättsliga direktiven och förordningarna eller att knyta det till det gemenskapsrättsliga patentsystem som då antogs kunna träda ikraft år 2010, istället för direktivförslaget. Det fanns ett behov av att samordna och harmonisera både domstolsprocessen och sanktionssystemet på både nationell och EG-rättslig nivå.¹²⁶ Flera saker talade för detta t.ex. forumshopping, d.v.s. att man utnyttjade de skillnader som finns mellan medlemstaterna när det gäller enforcement av IP-rättigheter.¹²⁷ Vissa har dock vänt sig emot just forumshoppings-aspekten och ansåg att detta var klart överdrivet. Eventuella påföljder påverkade inte en piratkopiator vid val av vilket land han skulle tillverka sina produkter. Vad en piratkopiator var intresserad av var att få reda på hur mycket resurser som lades ner i ett land för att förfölja eventuella piratkopiatorer. Direktivförslaget behandlade inte alls frågan om resurser.¹²⁸

Frågorna har också ställts om direktivförslaget uppfyllde kraven som kan uppställas på ett direktivförslag, såsom att det hade harmoniserande verkan på den gemensamma marknaden (Art.95(1) EG(fördraget). Var det proportionellt? Respekterade det principen om subsidiaritet?¹²⁹ Det eftersöktes också särskilda sanktioner som tog sikte på att åtgärda, fördöma och skapa medvetenhet och ansvar vid hantering av piratvaror som t.ex. undersökningsplikt för näringsidkare.¹³⁰ Att förslaget inte ändrade på den 31-dagarsgräns som gäller för när senast en process skall inledas efter att interimistiska åtgärder använts var inte anpassat för hur man arbetade praktiskt.¹³¹ .

¹²⁵ Levin, Marianne m.fl., Upprop, NIR 2003 s. 359ff.

¹²⁶ BSA.

¹²⁷ Levin, Marianne m.fl., Upprop, NIR 2003 s.359ff.

¹²⁸ Cornish, m.fl. "Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European commissions Proposed Directive" s. 447ff.

¹²⁹ Cornish, m.fl. "Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European commissions Proposed Directive" s. 447ff.

¹³⁰ Levin, Marianne m.fl., "Ett harmoniserat immaterialrättsligt sanktionssystem", NIR 2003 s. 359ff.

¹³¹ Benczek, Alexander "Intellectual Property-Recent initiatives against counterfeiting and piracy" EIPR 2003 s. 127 samt intervju Christoffer Wallin.

Åsikten har framförts att direktivförslaget var ett US Digital Millennium Copyright Act, DMCA, på steroider.¹³² Sådana breda rättsåtgärder som de som finns i den kontroversiella DMCA missbrukas kontinuerligt av Recording Industry Association of America, RIAA för att få information om t.ex. fildelning. En ändring, eller ett borttagande, av artikeln som behandlade rätt till information, ansågs t.ex. därför nödvändig. Liknande US DMCA var direktivförslagets förbud av apparater så brett att det tillät rättighetsinnehavare att utöka deras monopol till intilliggande marknader som uppspelare och läsare och andra användbara apparater. Detta ansågs vara ett misslyckat försök att förbjuda en bred kategori av lagliga tekniker och måste därmed reformeras till att skydda konsumenternas rättigheter och skapa ökad konkurrens.¹³³ För teleoperatörer, såsom TeliaSonera, skulle direktivförslaget innebära att de skulle kunna bli utsatta för höga skadestånd och beslag av utrustning. I USA har teleoperatörer börjat få alltför domstolsbeslut mot sig som innebär att de bl.a. skall övervaka vad som sker på deras servrar, hindra visst innehåll och stänga ner konsumenter. En liknande utveckling i Europa skulle innebära ett bakslag för E-handelsdirektivet vars huvudsyfte är att ta bort hindren för en fortsatt expansion av bl.a. handeln över Internet.¹³⁴

Direktivförslaget kändes inte riktigt genomarbetat. Jag håller med i kritiken att själva utgångspunkten för direktivförslaget, att komma åt intrång som hade ett kommersiellt syfte eller som hade allvarliga konsekvenser, var något vagt formulerat och att de flesta intrång därmed skulle kunna falla in under denna definition, trots att de kanske tidigare varit tillåtna. Även viss kritik gentemot själva underlaget som direktivförslaget bygger på kan framföras. När det används fakta som kommer från olika intresseorganisationer bör man vara försiktig och källkritisk, något som Kommissionen förmodligen varit men som inte alltid framkom.

I grönboken, KOM (1998) 569, påpekades att den befintliga lagstiftningen skulle bedömas för att se vilka förbättringar som behövde genomföras. Frågan är om man bedömt behovet rätt. Kanske hade det räckt med att se till att medlemsstaterna uppfyllde de olika regler som sedan tidigare fanns på området.

I den handlingsplan som följde på grönboken KOM (2000) 789 stod att mer information skulle lämnas till allmänheten om de negativa effekterna av varumärkesförfalskning och pirattillverkning. Detta är en bra målsättning. Att ge näringsidkare en undersökningsplikt skulle även vara ett bra sätt att öka medvetenheten hos näringsidkare och allmänheten. Diskussionen angående direktivförslaget har också rört huruvida vissa av de föreslagna åtgärderna var nyheter för svensk immaterialrättslagstiftning. Vissa av sanktionerna i direktivförslaget, eller direktivet, verkar vara delvis nyskapelser för svensk lagstiftning såsom offentliggörande av

¹³² US DMCA är en omtalad upphovsrättslag i USA som bl.a. inneburit höjda skadestånd vid immaterialrättsintrång samt förbud av diverse tekniker som kan användas för att kringgå tekniska skyddsåtgärder. <http://en.wikipedia.org/wiki/DMCA>.

¹³³ <http://www.efs.se/codesv.html>.

¹³⁴ <http://www.fipr.org/copyright/draft-ipr-enforce.html>.

domstolsavgöranden. När det gäller proportionaliteten i direktivförslaget var inte denna så väl uttalad. Visserligen stod det i skälen till direktivförslaget att vid beslut om interimistiska åtgärder skulle rätten till försvar iakttas genom att de vidtagna åtgärderna skulle vara proportionerliga i förhållande till varje enskilt fall. Direktivförslaget innehöll många åtgärder och sanktioner som krävde att en proportionalitetsbedömning vidtogs för att inte orättvisa resultat skulle uppstå. Att då inte proportionaliteten mer tydligt framkom i skäl och artiklar i direktivförslaget medförde att direktivförslaget inte kändes helt balanserat och väl genomtänkt.

När det gäller den direktivtext som till slut gick igenom så präglas den av mer eftertänksamhet och måttlighet än direktivförslaget. Vissa hävdar att direktivet är urvattnat jämfört med direktivförslaget. Utgångspunkten var att skapa ett starkare sanktionssystem än det som TRIPS-avtalet erbjuder men frågan har ställts om detta syfte har uppnåtts.¹³⁵ Det påstås att direktivet skyndats igenom på initiativ av den franska politikern *Janelly Fourtour*. Anledningen skulle vara att *Fourtours* make är ledare för världens största mediaföretag Vivendi Universal, ett företag som drabbats hårt av pirat- och privatkopiering.¹³⁶ Huruvida detta är sant kan ju diskuteras. När det gäller proportionaliteten så är denna mer klart uttryckt i den fastslagna direktivtexten. I artikel 3 punkt 2 anges att åtgärderna, förfarandena och sanktionerna skall bl.a. vara effektiva och proportionella. I skäl 17 anges att vid ett beslut om åtgärder, förfaranden och sanktioner skall hänsyn tas omständigheterna i det enskilda fallet. Det har diskuterats vilken betydelse uttalandet i ingressen skall ges. Uttalandet i ingressen kan ses som en orsak att fästa tillräcklig uppmärksamhet vid de olika omständigheterna i varje fall då domstolsprövningen är en prövning in casu.¹³⁷ Klart är att många av de föreslagna åtgärderna i det ursprungliga direktivförslaget har fått en annan, mer moderat form. Som exempel kan nämnas skadeståndsberäkningen som i direktivförslaget var av bestraffande art d.v.s. att skadeståndet skulle bli högre än den faktiska skadan. Samtidigt kvarstår en del synpunkter som även fanns gentemot det ursprungliga direktivförslaget. Vissa av åtgärderna kan diskuteras huruvida de är nyheter för svensk lagstiftning eller inte. Sedan kvarstår frågan om direktivet är nödvändigt, eller om det hade räckt med att medlemsländerna hade sett till att följa de avtal och förordningar som de redan är bundna av. Klart är att då direktivet är ett minimidirektiv kommer införlivandet att se annorlunda ut i de olika medlemsländerna vilket kan leda till att den önskade samordningen på området delvis uteblir.

¹³⁵ Norrgård, Marcus "Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcementdirektivet" NIR 2004 nr 5 s. 1.

¹³⁶ http://www.svd.se/dynamiskt/noje/did_7280369.asp.

¹³⁷ Norrgård, Marcus "Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcementdirektivet" NIR 2004 nr 5 s. 4.

7 Slutdiskussion

För att kunna sätta immaterialrättens sanktionssystem och Enforcementdirektivet i ett proportionalitetssammanhang, är det viktigt att först ta upp den diskussion som finns angående immaterialrättens expansion, eftersom denna diskussion blivit allt större under senare tid. Immaterialrättens existens och innehåll hänger nära samman med den tekniska utvecklingen. Detta beroendeförhållande har blivit större under modern tid p.g.a. att den tekniska utvecklingen har lett till att immaterialrättslagstiftningen kommit att skydda allt fler nya företeelser.¹³⁸ Många hävdar att de ändringar som genomförts i immaterialrättslagstiftningen under senare tid, såsom längre skyddstid, större skyddsomfång samt det faktum att fler företeelser blivit skyddade, har ruckat den balans som skall råda mellan rättighetsinnehavares intressen och samhällets. Genom att alltmer blir skyddat allt längre, oftast av flera olika immaterialrättigheter samtidigt, minskar det som kan användas fritt av andra. Kreativt arbete är starkt beroende av andras tidigare prestationer. Ju mer detta arbete belastas av kostnader, för att betala ersättningar till dem som har olika ensamrätter, eller tillstånd, desto svårare blir det att vara kreativ.¹³⁹ Diskussionen om immaterialrättens expansion har varit omfattande, framförallt när det gäller upphovsrättens ökade betydelse. Ett tecken på en upphovsrättslig expansion är att nya verkstyper tillkommit. Det upphovsrättsliga skyddet har utökats med skydd av fotografier, databaser och datorprogram. Rättighetsinnehavarnas grupp har därför blivit större, skyddets tidsmässiga omfattning har också ökat. Den allmänna skyddstiden har stegvis utökats till nuvarande 70 år efter upphovsmannens död. Den generella trenden är att upphovsrättens tidsmässiga och materiella omfattning ökat, samtidigt som undantagen alltmer kringkurits. Frågan är om denna expansion bara är en ytlig förändring som baserar sig på den tekniska utvecklingen eller om det är en mer grundläggande förändring som har konsekvenser för immaterialrättens inre balans?¹⁴⁰ Denna diskussion om upphovsrätten kan ses delvis ur en politisk synvinkel. Det finns planscher uppsatta i Malmö där SUF Malmö, Syndikalistiska Ungdomsförbundet, hävdar att piratkopiering är civilolydnad och en form av digital klasskamp. Den 1 maj i år, 2004, demonstrerade Piratbyrån för fri fildelning av musik och filmer samt för ett avskaffande av upphovsrätten, eftersom man anser att denna mest gynnar mellanhänderna och inte uphovsmännen eller samhället i övrigt.¹⁴¹ Just svårigheten i att balansera industrins intressen gentemot samhällets intressen är omdiskuterad. Samhällets intressen ställs oftast utanför och emot immaterialrätten, vilket till stor del är fel, eftersom det finns ett samband mellan de båda intressena. Denna motsättning, hävdar

¹³⁸ Kocktvedgaard, Mogens, Levin Marianne "Lärobok i immaterialrätt" s. 27.

¹³⁹ Björkenfeldt, Mats "Juridik, teknik och idéernas framtid" NIR 2002 s. 255.

¹⁴⁰ Still, Viveca "Upphovsrättens expansion" NIR 2003 häfte 1, s. 44-57.

¹⁴¹ <http://www.piratbyran.org/>.

vissa debattörer, kan vara ett resultat av själva immaterialrättens expansion¹⁴²

Personligen anser jag att det är viktigt att immaterialrättens expansion diskuteras. Aldrig för har så många fenomen varit skyddade av immaterialrätten som nu. Det är därför viktigt att det diskuteras vad som bör skyddas och hur. Allt fler fenomen skyddas idag allt längre, i flera olika immaterialrättsliga lagar samtidigt. Detta betyder att det som kan användas fritt av andra än rättighetsinnehavaren har minskat drastiskt. Samtidigt har också rättighetsinnehavarnas vilja och benägenhet att skydda sina immateriella rättigheter ökat. Denna benägenhet är emellertid förståelig, eftersom de immateriella tillgångarna i ett företag oftast är de mest värdefulla och därför viktiga att upprätthålla, helst under så lång tid som möjligt så att de investeringar man gjort i rättigheten skall återbetala sig. Om man tar t.ex. piratkopierade varor så orsakar de förluster dels för tillverkaren genom förlorade marknadsandelar, dels genom att det skadar den goodwill som tillverkaren av den äkta varan har, eftersom konsumenterna kommer att förknippa den eventuella bristfälliga kvaliteten på piratvaran med tillverkaren av den äkta varan. En företagare kan också förlora sin drivkraft att åstadkomma innovationer om en ny produkt kan bli föremål för olovlig kopiering så snart den släpps ut på marknaden efter att företagaren lagt ner omfattande utvecklings- och marknadsföringsinvesteringar.¹⁴³

Detta sammantaget kan dock innebära att grundidén med immaterialrätten, att samhället i slutänden skall gynnas av immaterialrätten, är i fara. Från allt fler håll framförs därför åsikten att immaterialrätten idag snarast står ivägen för mycket utveckling och att hela eller delar av immaterialrätten borde avskaffas, framförallt då upphovsrätten. Denna åsikt framförs ibland ur en rent politisk synvinkel, såsom t.ex. SUF och piratbyråns åsikter. Många skulle nog hävda att SUF och Piratbyrån står för en form av ”tokvänster” som inte kan tas på allvar. Detta är att trivialisera vad många idag känner inför vissa företeelser i dagens samhälle. Deras åsikter om t.ex. privatkopiering av musik och film delas nog av många oavsett politisk åskådning. Jag anser personligen att deras åsikter är intressant, och i viss mån förståelig, men samtidigt något verklighetsfrämmande, eftersom det oftast inte framförs något vettigt alternativ till det nuvarande systemet. Ett alternativ som framförs är ett sorts mecenatsystem där staten, eller privata personer, skulle verka som mecenater till konstnärer, musiker och uppfinnare genom att finansiera deras skapande. Ett problem som uppstår med ett mecenatsystem är att det kan leda till skönmässiga bedömningar när det skall avgöras vem skall få bidrag. Att t.ex. helt avskaffa upphovsrätten skulle vara att göra situationen ännu värre för dagens upphovsmän som redan har det svårt att överleva på sitt skapande.

¹⁴² Dreier, Thomas, ”Expanding the Boundaries of Intellectual Property: innovation policy for the knowledge society” s. 297.

¹⁴³ Prop. 1993/94:122 s. 42-44.

Även om en immaterialrättslig lagstiftning är nödvändig måste man dock ställa sig frågan vart immaterialrätten är på väg? Hur mycket skall egentligen skyddas och hur länge? För om alltmer blir skyddat, blir det allt svårare att inte göra intrång i en immaterialrättslig ensamrätt. Den tekniska utvecklingen har också lett till att det blir allt lättare att begå immaterialrättsintrång. En följd av detta blir att rättighetsinnehavare kommer att kräva allt fler regler av det slag som Trips, Infosoc-direktivet och Enforcementdirektivet visar prov på för att förhindra eller stoppa just intrång. När det införs allt fler regler som skyddar och upprätthåller immateriella rättigheter är det viktigt att proportionaliteten kommer till klart uttryck både vid författandet av reglerna, som vid användandet av dessa. Tyvärr verkar det som att så inte är fallet i Sverige, det inte är helt lätt att definiera vad som kännetecknar proportionalitetsprincipen enligt svensk praxis och doktrin. För att en proportionalitetsprövning skall kunna fungera, krävs det att vissa grundläggande förutsättningar är uppfyllda. Först måste det finnas en genomgång av vilka värden eller intressen som skall anses vara legitima att ta hänsyn till. Vidare krävs det en norm som anger prioriteringen mellan de olika värdena eller i vart fall en metod för att fastställa en rangordning mellan dessa. Det krävs också en viktningsnorm som bestämmer vilken grad av övervikt som skall bestämma proportionalitetsprincipens utfall.¹⁴⁴ Proportionalitetsprincipen är tänkt som ett sätt att på ett allmänt plan sätta en gräns för den offentliga maktutövningen gentemot den enskilde. Om man ser till uttalanden som gjorts i svensk praxis, verkar det som att proportionalitetsbedömningen inte får komma i konflikt med själva tanken bakom de reformer som gjorts, d.v.s. att stärka rättighetsinnehavarens möjlighet att få stopp på intrång.

Hur sätter man då in det nya Enforcementdirektivet i diskussionen om proportionalitetsprincipen? Klart är att den direktivtext som gick igenom har en mer uttalad proportionalitet jämfört med det ursprungliga direktivförslaget. Sedan beror proportionaliteten mycket på dels hur direktivet kommer att införlivas i svensk rätt, dels hur domstolarna kommer att använda de nya reglerna. Risken finns att domstolarna först och främst ser till de nya reglernas syfte, d.v.s. att stärka rättighetsinnehavarnas rätt att få stopp på intrång och prioriterar bort proportionaliteten.

Om inte proportionaliteten kommit till klart uttryck inom det immaterialrättsliga sanktionssystemet finns det en risk att överträdelser kommer att ske när det beslutas om sanktioner eller åtgärder. Detta, kombinerat med att immaterialrätten alltmer uppfattas som att den skyddar starka ekonomiska intressen istället för allmänhetens intressen, kan få den effekten att sanktionsreglerna uppfattas som orättvisa. Detta skulle kunna leda till att diskussionen om immaterialrättens expansion och framtid får än mer bränsle.

¹⁴⁴ Westberg, Peter ”Det provisoriska rättskyddet i tvistemål: en funktionsstudie bok 4” s. 202-204.

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop.1978/79:195

Prop.1980/81:84

Prop.1988/89:124

Prop.1994/95:35

Prop.1998/99:11

Utredningar

Ds 1998:28

EG-rättsliga källor

KOM (1998) 569

KOM (2000) 789

Litteratur

Böcker

Andersson, Niklas *Interimistiska förbud i immaterialrätten: vad är sannolika skäl*
(Stockholm 1999, 1 upplagan, Skrifter utgivna av svenska föreningen mot piratkopiering)

Dreier, Thomas *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: innovation policy for the knowledge society*
(Oxford 2001, 1 upplagan, Oxford University Press)

Gars, Anna, *Counterfeiting och ingripande mot piratkopiering i Sverige*
(Stockholm 1998, 1 upplagan, Svenska föreningen mot piratkopiering.)

Koktvedgaard, Mogens, Levin, Marianne *Lärobok i immaterialrätt*

(Göteborg 2001, Norstedts juridik AB)

Norrgård, Marcus *Interimistiska förbud i immaterialrätten*
(Helsingfors 2002, 1 upplagan, Juristförbundet)

Timmermann Pedersen, Jan *Proportionalitetspricippet og brugen av dette i EF-retlig sammenhang*
(Odense 1997, European discussion papers.)

Von Hirsch, Andrew *Proportionalitet och straffbestämning*
(Uppsala 2001, 1 upplagan, Iustus)

Westberg, Peter *Det provisoriska rättskyddet i tvistemål: en funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Bok 4*
(Lund 2004, 1 upplagan, Juristförlaget)

Artiklar

Benczek, Alexander *Intellectual property-Recent initiatives against counterfeiting and piracy*
(EIPR 2003 nr.8)

Bengtsson, Henrik *Intrångsundersökning*
(NIR 2000 häfte 4)

Bengtsson, Henrik *Intrångsundersökning- Vad har hänt tre år efter att institutet infördes i svensk rätt?*
(Brand News 2002 nr.1)

Björkenfeldt, Mats *Juridik, teknik och idéernas framtid*
(NIR 2002 s.251)

Cornish, William m.fl. *Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European commissions Proposed Directive*
(EIPR 2003, s.447ff)

Karnell, Gunnar *Föregripande skydd-internationalisering av system med civilrättslig husrannsakan inaudita altera parte*
(NIR1997 häfte 3-4)

Luterkort, Göran *Drama i Malmö-Synpunkter på interimistiska förbud*
(Brand News 1996 nr.1)

Norrgård, Marcus *Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet*
(NIR 2004 häfte 5, 1 korr)

Still, Viveca *Upphovsrättens expansion*
(NIR 2003 häfte 1)

Unmark, Rygaard Louise *Den ny toldforordning*
(NIR 2004 häfte 4)

Westberg, Peter *Civilprocessuella säkerhetsåtgärder-ett instrument för
konfliktlösning*
(Svensk juristtidning 1990 nr.3)

Upprop Levin, Marianne m.fl. *Ett harmoniserat immaterialrättsligt
sanktionsystem*
(NIR 2003 s.359ff)

Patent Eye 2-97 *Intrång att bara beställa*

Patent Eye 5-97 *Proportionaliteten styr*

Patent Eye 8-97 *Tingsrätt kritisk mot hovrätt*

Intervjuer

Intervju med Kronokommissarie Lennart Nilsson 15/2 2004

Intervju med Henrik Pontén, Antipiratbyrån 2/10 2003

Intervju med Christoffer Wallin, Business Software Alliance, BSA, 2/10
2003

Internetkällor

http://www.ffi.org/julkaisut/lausunnot/ipr_enforcement_lausunto.en.html
Senast kollad 3 april 2004

<http://www.efs.se/codesv.html>
Senast kollad 2 maj 2004

<http://www.fipr.org/copyright/draft-ipr-enforce.html>
Senast kollad 1 november 2004

http://www.iccwbo.org/home/intellectual_property/tripse.asp
Senast kollad 1 november 2004

<http://www.piratbyran.org/>
Senast kollad 3 maj 2004

<http://www3.riksdagen.se/default.asp?DocGUID=%7B6037F0D9-E0D7-4D82-99C4-25E00957E8D2%7D>

Senast kollad 1 november 2004

<http://en.wikipedia.org/wiki/DMCA>

Senast kollad 23 oktober 2004

http://www.svd.se/dynamiskt/noje/did_7280369.asp

Senast kollad 14 mars 2005

Övriga källor

Svenska remissvar angående direktivförslag KOM (2003) 46 slutlig

Rättsfallsförteckning

Roussel-Uclaf v. GD Searle & Co 1977 FSR 125

NJA 1993 s.182

NJA 1995 s. 631

Sthlms Tr T7 1102-96 Recup./ Recotech och Tervento

HovR över Skåne och Blekinge målnr 1531/95

Svea HovR mål nr Ö 3751-01

Svea HovR målnr Ö 560-00