

Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet

Av forskardoktor, JD, VH Marcus Norrgård

1. Introduktion till ämnet

År 1998 presenterade EG-kommissionen en grönbok om att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning på den inre marknaden, vars syfte bland annat var att bedöma den befintliga lagstiftningen i fråga om immaterialrättssanktioner och att bedöma om det krävs insatser från gemenskapens sida.¹ I grönboken tog kommissionen fasta på att varumärkesförfalskningen och pirattillverkningen ökat betydligt sedan början av 1980-talet. Kommissionen anförde att sådan verksamhet skadar den inre marknaden. Därefter ställde kommissionen bland annat frågan om det fanns ett behov av sanktioner utöver dem som anges i TRIPS-avtalet för bekämpningen av varumärkesförfalskning och pirattillverkning i den Europeiska unionen.² Frågorna besvarades aktivt, och följden blev en ambitiös handlingsplan mot varumärkesförfalskning och pirattillverkning, i vilken kommissionen föreslog att ett direktiv borde utarbetas för att harmonisera och säkerställa skyddet av immaterialrättigheter. Förslaget till direktiv om åtgärder och förfaranden för skydd av immaterialrätter presenterades av kommissionen den 30 januari 2003 (KOM (2003) 46 slutlig).

Förslaget togs inte väl emot i alla berörda kretsar, trots att det fanns en vilja att bekämpa varumärkesförfalskningar och pirattillverkning.³ Speciellt europaparlamentarikerna inkom aktivt med ändringsförslag vid parlamentsbehandlingen av direktivet.

Direktivet, som utfärdades den 29 april 2004, blev en kompromiss, som har karakteriserats som urvattnad.⁴ Utgångspunkten var att skapa ett starkare sanktionssystem än det som TRIPS-avtalet erbjuder, d.v.s. TRIPS-plus, men det är inte alls klart att detta syfte har uppnåtts.

Syftet med den här artikeln är att undersöka direktivets bestämmelser i syfte att besvara vissa grundläggande frågor som kan aktualiseras i implementeringskedet. Artikeln är anationell i den bemärkelsen att den inte syftar att utreda hur direktivet bör implementeras i något visst land. I stället tas direktivet som ut-

¹ KOM (1998) 569 slutlig, 7.

² KOM (1998) 569 slutlig, 17 f.

³ I fråga om kritiken se bl.a. Cornish m.fl., "Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European Commission's Proposed Directive", EIPR 2003, 447 ff.

⁴ Se David Musker & Vanessa Marsland, "Enforcing a diluted draft", Copyright World Magazine, April 2004, 8–10.

gångspunkt; dess ordalydelse döljer vissa oklarheter som bör medvetandegöras. Vid analysen ges vissa bestämmelser större utrymme än andra. Frågorna om tillämpningsområde och förhållandet till annan gemenskapslagstiftning undersöks inte. Intresset är i första hand på riktat sanktionerna, åtgärderna och förfarandena. Det är skäl att undersöka vad som döljer sig bakom direktivtexten.

2. Några allmänna synpunkter om direktivet

Vad regleras i direktivet. Direktivets bestämmelser kan indelas dels i sådana som reglerar någon sanktion, och sådana som berör processuella frågor. I direktivet talas även om åtgärder. Eftersom åtgärderna antingen har en sanktionskaraktär, som t.ex. det interimistiska förbudet, eller en funktion som stöder rättegången, som t.ex. bevissäkringsåtgärden, används i den här artikeln i regel endast indelningen i sanktioner och förfaranden (processuella frågor).

De sanktioner som omfattas av direktivet är förbudsdom, skadestånd, ”korrigeringsåtgärder” (förstörande m.m.), offentliggörande av dom, ”alternativa åtgärder” (skadestånd i stället för vissa andra sanktioner vid godtrosintrång), interimistiskt förbud samt kvarstad och beslag. De processuella frågorna rör bevisningen (upphovsrättspresumtion, bevissäkringsåtgärd, informationsanspråk), talarätten och rättegångskostnadsansvaret.

Minimidirektiv. Direktivet, som skall implementeras i medlemsländerna senast den 29 april 2006, är ett s.k. minimidirektiv, vilket innebär att nationella bestämmelser som är gynnsammare för rättighetshavaren än direktivets bestämmelser får föreskrivas (artikel 2.1).

Immateriella rättigheter. Direktivet gäller de åtgärder, förfaranden och sanktioner som är nödvändiga för att säkerställa skyddet för immateriella rättigheter (artikel 1). Immateriella rättigheter omfattar här även industriella rättigheter, d.v.s. även patent.

Förhållandet till TRIPS-avtalet och till nationell straffrätt. Direktivet påverkar inte skyldigheten att beakta TRIPS-avtalet. Inte heller straffrätten påverkas.

3. Direktivets syfte

Syftet med direktivet är att harmonisera de immaterialrättsliga sanktionssystemen i Europeiska unionens medlemsländer för att uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå för immateriella rättigheter på den inre marknaden.⁵ Det immaterialrättsliga skyddet ses som en grundläggande förutsättning för den inre marknaden.⁶ Om ett effektivt sanktionssystem saknas minskar intresset för innovation och nyskapande och investeringsviljan dämpas.⁷ TRIPS-avtalet, som inte påverkas av direktivet, är det hittills mest avancerade internationella instrumen-

⁵ Ingressen, skäl 10.

⁶ Ingressen, skäl 1.

⁷ Ingressen, skäl 2.

tet som gäller regleringen av det immaterialrättsliga sanktionssystemet. Det betonas dock i ingressen att det trots TRIPS-avtalet fortfarande finns ”stora skillnader på hur medlemsstaterna säkerställer skyddet för immateriella rättigheter”, eller med andra ord mellan sanktionssystemen i olika länder.⁸ I ingressen tas fasta på att det är just skillnaderna i sanktionssystemen som skadar den inre marknaden och gör det omöjligt att åstadkomma ett likvärdigt skydd för immateriella rättigheter inom hela gemenskapen.⁹

I överensstämmelse med ingressen anges det i artikel 1 att direktivet gäller de åtgärder, förfaranden och sanktioner som är nödvändiga för att säkerställa skyddet för immateriella rättigheter.

Ursprungligen hade kommissionen betonat behovet av att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning.¹⁰ Man utgick inte enbart ifrån att varumärkesförfalskning och pirattillverkning ökar stadigt utan även ifrån att intrång i allmänhet är ett fenomen som stadigt ökar.

Då angavs att skillnaderna i sanktionssystemen länderna emellan leder till att förfälskningar och piratkopior snarast tillverkas och säljs i länder som har lindrigare straff än andra.¹¹ Denna uttalade önskan att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning syntes inte i direktivförslaget som omfattade även andra former av intrång. I direktivets ingress nämns nu endast att ”immaterialrättsintrången förefaller alltmer vara kopplade till organiserad brottslighet”. I stället betonas på ett allmänt plan sanktionssystemets funktion som en förutsättning för den inre marknaden.

4. Sanktions- och processprinciper – effektivt, proportionellt, billigt, snabbt och rättvist

Principerna i direktivet. I direktivet finns förutom bestämmelser av regelkaraktär, även normer av principkaraktär. Regler är normer som har en antingen-ellerkaraktär; antingen tillämpas regeln eller så tillämpas den inte. Principer är däremot normer som tillämpas mer eller mindre. Vid en konflikt mellan två principer måste en avvägning göras där olika faktorer beaktas. Först efter avvägningen kan man säga vilken av principerna som i just det fallet har större betydelse.

Principerna kan indelas i sådana som gäller sanktionerna (sanktionsprinciper) och sådana som gäller förfarandet (processprinciper).

Processprinciperna. De principer som har betydelse för processuella frågor anges i artikel 3.1 andra meningen: Åtgärderna, förfarandena och sanktionerna skall vara rättvisa och skäliga, inte onödigt komplicerade eller kostsamma och inte medföra oskäliga tidsfrister eller omotiverade dröjsmål. De här kraven kan omskrivas så att processen skall vara rättvis, billig och snabb. Dessa är typiska krav på processen; man brukar inte ange att sanktionerna skall uppfylla dessa krav.

⁸ Ingressen, skäl 7.

⁹ Ingressen, skäl 8.

¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv om åtgärder och förfaranden för skydd av immaterialrätter, KOM 2003(46) slutlig, s. 3.

¹¹ KOM (2003) 46, s. 3.

Kraven är bekanta från processrättslig litteratur och lagstiftning sedan tidigare. Rättvisekravet finns bl.a. i artikel 6 i Europeiska människorättskonventionen. Kraven på snabbhet och kostnadseffektivitet (kollektivt krav på processekonomi) står att finna i grundläggande processrättslig litteratur. Direktivet, som till denna del har sin grund i artikel 41 i TRIPS-avtalet, för således inte i fråga om processprinciperna något nytt med sig.

Sanktionsprinciperna. I artikel 3.2 anges att åtgärderna, förfarandena och sanktionerna också skall vara effektiva, proportionella och avskräckande och att de skall tillämpas så att hinder för lagenlig handel inte uppkommer och så att missbruk inte sker. Artikel 3.2 har sin grund i artikel 41 i TRIPS-avtalet till den del som det hänvisas till handelshinder, ett krav som förefaller överflödigt i Europeiska unionen. Kraven på effektivitet, proportionalitet och avskräckande verkan är i EG-domstolens praxis väl inarbetade krav på de EG-rättsliga sanktionerna.

I skäl 17 anges att beslut om åtgärder, förfaranden och sanktioner som anges i direktivet bör i varje enskilt fall ske 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. Frågan är vilken betydelse uttalandet i ingressen skall ges. Som jag ser det är ingressuttalandet endast en orsak att fästa tillräcklig uppmärksamhet vid de olika omständigheterna i varje fall; domstolsbedömningen är alltid en prövning in casu.

Såväl process- som sanktionsprinciperna måste beaktas, inte bara vid utformningen av den implementerande lagstiftningen, utan även i den dömande verksamheten.

5. Sanktionerna

5.1 Förbudsdom. Huvudsakliga sanktioner. Traditionellt brukar man ange att de huvudsakliga immaterialrättsliga sanktionerna utgörs av förbud, skadestånd och straff. Direktivet innehåller bestämmelser om såväl förbudsdom och interimistiskt förbud som skadestånd, däremot kvarstår de straffrättsliga påföljderna i nationell regi.

Föreläggande. Förbudsdom regleras i artikel 11 om "förelägganden".¹² Det finns två sätt att tolka begreppet förelägganden. Enligt den ena tolkningen är ett "föreläggande" inget annat än en förbudsdom, d.v.s. en dom som ålägger svarenden att avhålla sig från viss verksamhet eller att underlåta något. Stöd för denna tolkning står att finna i bestämmelsens lydelse om att medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, när de har fastställt att ett intrång har begåtts i en immateriell rättighet, får utfärda ett föreläggande mot intrångsgöraren med förbud att fortsätta intrånget. Den tyska språkversionen tycks motsvara den svenska versionen i och med att domstolen kan meddela ett föreläggande

¹² I kommissionens förslag (KOM (2003) 46 slutlig, s. 38) hade artikeln (då artikel 15) rubricerats "Förebyggande åtgärder", vilket var ännu mer vilsledande.

som förbjuder fortsatt intrång ("eine Anordnung gegen den Verletzer erlassen können, die ihm weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt"). Även den finska språkversionen stöder denna tolkning, eftersom där uttryckligen talas om förbudsdom (*kieltotuomiot*). Den andra tolkningen är att bestämmelsen även möjliggör domar som ålägger svaranden att vidta positiva handlingsplikter. Den danska språkversionen är rubricerad "Påbud", och anger att domstolen "kan utstede et påbud til den krænkede part med henblik på at forhindre fortsat krænkelse". Denna språkversion kunde t.o.m. tolkas så att den *inte* möjliggör förbud, utan enbart påbud, d.v.s. en positiv handlingsplikt. Enligt den engelska språkversionen räcker det att syftet med föreläggandet ("injunction") är att förbjuda fortsatt intrång ("may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement"). Ett sådant syfte kan uppnås t.ex. med en kombination av ett förbud (att göra intrång) och ett påbud (att t.ex. ta ned reklamskyltar). Det bör även observeras att en *injunction* kan vara av två slag: *mandatory*, d.v.s. åläggande att utföra en positiv handlingsplikt, och *prohibitory*, d.v.s. förbud att utföra något visst. Även den franska språkversionen synes ha samma meningsinnehåll som den engelska ("une injonction visant à interdire la poursuite de cette atteinte").

Frågan är om föreläggandebestämmelsen är en förbuds- eller påbudsbestämmelse eller en kombination av dessa.

Enligt kommissionens förslag är tanken med bestämmelsen att "medlemsstaterna skall ge de behöriga myndigheterna möjlighet att förbjuda en person som dömts för intrång att begå nya intrång".¹³ Därtill anges att bestämmelsens räckvidd och innebörd bestäms enligt artikel 44.1 i TRIPS-avtalet, som lyder på följande sätt:

The judicial authorities shall have the authority to order a party to desist from an infringement, *inter alia* to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of imported goods that involve the infringement of an intellectual property right, immediately after customs clearance of such goods. [...]

TRIPS artikel 44.1 anger alltså att domstolarna har rätt att förelägga en part att upphöra med ett intrång, d.v.s. rätt att meddela en förbudsdom. Eftersom denna del av bestämmelsen är identisk med kommissionens förslag, förefaller det naturligt att utgå ifrån att avsikten har varit att föreskriva om förbudsdom. Då man därtill beaktar att förbudsdomen, inte påbudet (den positiva fullgörelsedomen), är en stöttepelare i det immaterialrättsliga sanktionssystemet i de flesta länder samt att artikel 10 föreskriver om vissa positiva handlingsplikter, förefaller den mest ändamålsenliga tolkningen vara att *artikel 11 föreskriver om förbudsdom, inget mer*. Med andra ord torde medlemsländerna inte ha en skyldighet att införa bestämmelser om positiv handlingsplikt; förbudsdom torde finnas i de flesta länder redan som det är.

¹³ KOM (2003) 46, s. 22.

Förutsättningarna. Bestämmelsen ger inte medlemsstaterna någon valmöjlighet: en bestämmelse om förbudsdom måste finnas i fråga om samtliga immateriella rättigheter som regleras av direktivet. Däremot räcker det med en fakultativ bestämmelse, d.v.s. en bestämmelse som ger domstolen en rätt, men inte en skyldighet, att meddela förbud när intrång har konstaterats. Detta framgår av att de rättsliga myndigheten "får" utfärda ett föreläggande.

Bestämmelsen lämnar de närmare förutsättningarna för förbud oreglerade. Bestämmelsen anger enbart att det måste finnas en bestämmelse som möjliggör förbud vid pågående intrång. Något krav på förbudsdom vid förestående intrång föreskrivs inte, trots att det i vissa länder kan meddelas förbudsdom även vid förestående intrång. Situationen är, anmärkningsvärt nog, en annan i fråga om gemenskapsvarumärken och gemenskapsformgivning. Förbudsdomsbestämmelsen i artikel 98.1 i gemenskapsvarumärkesförordningen förutsätter att förbud skall kunna meddelas vid förestående intrång. Artikel 98.1 har följande lydelse:

1. När en domstol för gemenskapsvarumärken finner att svaranden har gjort intrång *eller riskerar att göra intrång* i ett gemenskapsvarumärke skall domstolen, om det inte föreligger särskilda skäl, förbjuda svaranden att fortsätta intrånget eller de handlingar som skulle kunna innebära intrång i gemenskapsvarumärket. [...]

Motsvarande bestämmelse i gemenskapsformgivningsförordningen (artikel 89.1) föreskriver på motsvarande sätt om förbudsdom även vid förestående intrång.¹⁴

Orsaken till skillnaden mellan direktivet och GVMF är svår att förstå. Det mest ändamålsenliga vore att vid implementeringen, i enhetlighetens namn, införa förbud vid förestående intrång även i fråga om andra immaterialrätter, trots att direktivet inte kräver det.

I övrigt kommer förutsättningarna för förbudsdom även i fortsättningen att regleras av nationell rätt (med beaktande av kraven på effektivitet, proportionalitet m.m.). Ett krav som finns i många länder, och som rör själva kärnan i förbudssanktionen, är kravet på att intrånget skall fortsätta; utan intrångsrisk finns ingen orsak att meddela förbud.¹⁵

Vite. Bestämmelsens andra mening hänvisar till nationell rätt i fråga om vitesföreläggande: "Om så föreskrivs i nationell lagstiftning skall föreläggandet, där så är lämpligt, förenas med vite för att säkerställa efterlevnad". I kommissionens förslag föreskrevs att förbud i regel skall förenas med vite. Någon hänvisning till nationell rätt fanns inte. Ändringen kom till i parlamentsbehandlingen.

¹⁴ Artikel 89 i Rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning: "1. Om i ett mål om intrång eller om fara för intrång en domstol för gemenskapsformgivning finner att svaranden har gjort intrång eller skapat fara för intrång i en gemenskapsformgivning, skall domstolen, om det inte finns särskilda skäl att inte göra det, besluta om följande åtgärder: a) Förbud för svaranden att fortsätta de handlingar som innebär intrång eller fara för intrång i gemenskapsformgivningen."

¹⁵ I det fall att förbudsyrkandet gäller förestående intrång bortfaller frågan om pågående intrång. I stället är fokus helt på intrångsrisk.

Mellanhänder. För att avvärja oklarheter anges det uttryckligen att förbud även kan riktas mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en immateriell rättighet (tredje meningen i artikel 11). Bestämmelsen har sin grund i artikel 8.3 i Infosoc-direktivet (2001/29/EG), som förpliktar medlemsstaterna att se till att rättsinnehavare har möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet.

5.2 Skadestånd. Första stycket. Skadeståndet regleras i artikel 13. Enligt första stycket skall medlemsstaterna se till att domstolarna, efter ansökan från den skadelidande parten, förpliktar den som har begått immaterialrättsintrång och som visste eller rimligen borde ha vetat att han eller hon ägnade sig åt intrångsgörande verksamhet, att betala ett skadestånd till rättighetshavaren som är lämpligt i förhållande till den faktiska skada som denne har orsakats till följd av intrånget.

Krav på ansökan. Bestämmelsen är inte fakultativ; domstolarna har en skyldighet att döma ut skadestånd om förutsättningarna är för handen. För det första krävs en ansökan från den skadelidande parten. Det innebär att domstolarna inte ex officio kan utdöma skadestånd, vilket säkert motsvarar gällande rätt i de flesta länder: en rättegång måste anhängiggöras (av rättighetshavaren) där frågan om intrång prövas. Ifall intrång konstateras, kan skadestånd utdömas.

Kravet på ansökan bör rimligtvis även tolkas innebära att någon vilja att tumma på den processrättsliga dispositionsprincipen inte finns. Dispositionsprincipen innebär i dispositiva tvistemål (d.v.s. sådana tvistemål där förlikning är tillåten) bl.a. att domstolen inte kan döma ut ett högre skadestånd än vad som har yrkats av rättighetshavaren.

Taleberättigade. Man måste fråga sig om det föreligger en eventuell konflikt mellan artikel 4 om taleberättigade och artikel 13.1 som anger att *den skadelidande parten* måste vara den som gör ansökan. Urvattnade artikel 4 hänvisar förvisso till nationell rätt, men om nationell rätt ger *collecting societies* och intresseorganisationer talerätt, måste man ställa frågan om dessa kan anses vara skadelidande parter. En naturlig utgångspunkt vore att anse att de enbart för den skadelidandes (rättighetshavarens och eventuellt licenstagarens) talan.

Culpa. För skadestånd krävs att intrångsgöraren visste eller rimligen borde ha vetat att han eller hon ägnade sig åt intrångsgörande verksamhet. Detta motsvarar den traditionella skadeståndsrättsliga culpadeinitionen: om intrångsgöraren visste att verksamheten utgjorde intrång var intrånget avsiktligt (uppsåtligt). Om intrångsgöraren inte visste, men (rimligen) borde ha vetat, att intrång förelåg, var intrånget vårdslöst (oaktsamt, culpöst). Vad någon visste eller rimligen borde ha vetat är svårt att bestämma på förhand, på en abstrakt nivå. Av den orsaken kommer det sannolikt även framöver att finnas skillnader mellan olika länder i tolkningen av culpabegreppet. Om ersättning vid godtrosintrång bestäms i artikel 13.2.

Lämpligt belopp. Skadeståndet skall vara lämpligt i förhållande till den faktiska skada som intrånget har orsakat. Vad som avses med lämpligt är något oklart. Innebär det att skadeståndet skall motsvara den uppkomna skadan, eller finns det en inbyggd skälighetsregel här?

I den finska språkversionen anges att skadeståndet skall motsvara den faktiska skadan ("vahingonkorvauksen, joka vastaa tälle loukkauksen johdosta koitunutta tosiasiallista vahinkoa"). I den danska versionen talas om att skadeståndet skall stå i "rimeligt forhold" till skadan. Även enligt den tyska språkversionen skall skadeståndet vara rimligt ("angemessenen Schadensersatz"). Den engelska språkversionen hänvisar i likhet med den svenska versionen till lämpligheten ("damages appropriate to the actual prejudice"). Lämpligheten/rimligheten bör tolkas förutom i ljuset av ordalydelsen även i ljuset av syftet. Enligt den engelskspråkiga versionen av kommissionens förslag skall skadeståndet vara "adequate".

Ändringen i förhållande till kommissionens förslag är väsentlig. Förslaget gick ut på att intrångsgöraren skulle betala skäligt skadestånd. Detta skäliga skadestånd kunde antingen motsvara (a) dubbel licensavgift eller (b) skadan, inklusive förtjänstbortfall (artikel 17.1 andra stycket). Enligt det tredje stycket i artikel 17.1 skulle medlemsstaterna föreskriva att även andra än ekonomiska omständigheter kunde beaktas vid fastställandet av skadeståndet.

Direktivet har urvattnats på så sätt att skadeståndet nu skall fastställas antingen på basis av (a) "alla relevanta omständigheter" eller (b) åtminstone till enkel licensavgift (inte dubbel som i förslaget).

De relevanta omständigheterna i punkt (a) är indelade i tre grupper: negativa ekonomiska konsekvenser (bl.a. utebliven vinst), otillbörlig vinst och, "där så är lämpligt", omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse (t.ex. ideell skada).

Alla relevanta omständigheter. I fråga om direktivets hänvisning till alla relevanta omständigheter skall det observeras att domstolarna alltid har en skyldighet att beakta såväl den ekonomiska skadan som den otillbörliga vinst som intrångsgöraren har gjort. Prövningsmån finns endast i fråga om andra än rent ekonomiska skador. Frågan är om avsikten har varit att frångå det skadeståndsrättsliga berikningsförbudet, som är parallellen till principen om full ersättning. Traditionellt har det i skadeståndsrätten ansetts att den skadelidande skall ha rätt till full ersättning, inte mera och inte mindre. Nu kan det tänkas vara lite oklart om beaktandet av alla relevanta omständigheter innebär att rättighetshavaren skall ha rätt till ersättning för såväl utebliven vinst som återbäring av intrångsgörarens obehöriga vinst. Det kan leda till en situation av överkompensation som strider mot berikningsförbudet. Berikningsförbudet förefaller dock att ha en tryggad ställning, eftersom det i skäl 26 i ingressen anges att syftet inte är att införa ett straffliknande skadestånd.

Ingen vårdslöshet. Om intrångsgöraren inte visste och inte heller borde ha vetat att han/hon gjorde intrång, får medlemsstaterna föreskriva att de rättsliga myndigheterna får förordna om återbetalning av vinst eller betalning av skadestånd

som kan vara fastställt i förväg (artikel 13.2). Denna för medlemsstaterna fakultativa bestämmelse öppnar för möjligheten att använda i förväg fastställda skadestånd.

5.3 Korrigeringsåtgärder. I artikel 10 föreskrivs om korrigeringsåtgärder. Utan att det påverkar skadeståndet och utan att ersättning utgår får domstolen besluta om lämpliga åtgärder i fråga om intrångsföremål samt, ”där så är lämpligt”, material och verktyg som huvudsakligen har använts för att skapa eller tillverka dessa varor. De lämpliga åtgärderna skall inbegripa återkallande från marknaden, slutgiltigt avlägsnande från marknaden och förstöring. Åtgärden skall i regel vidtas på intrångsgörarens bekostnad (artikel 10.2). Vid prövningen skall proportionalitetshänsyn och tredjemans intressen beaktas (artikel 10.3).

Utan att det påverkar skadeståndet. De åtgärder som vidtas skall inte påverka det skadestånd som döms ut. Att frågan över huvud taget har aktualiserats kan ha att göra med att den belgiska upphovsrättslagen artikel 87.2 anger att en överlåtelse av intrångsföremålen m.m. kan kvittas mot en del av skadeståndet. Så är det alltså inte tänkt, vilket innebär att även om domstolen förordnar om överlåtelse av intrångsföremål m.m. till rättighetshavaren, skall det ske utan ersättning och så att skadeståndet inte påverkas.

Utan att någon form av ersättning utgår. Det föreskrivs även att åtgärden skall ske utan att någon form av ersättning utgår. Om alltså domstolen förordnar om överlåtelse av intrångsföremål till rättighetshavaren, så måste det ske ersättningsfritt. Eftersom varken skadeståndet påverkas eller ersättning utgår, kommer sannolikt proportionalitetsbedömningen i artikel 10.3 att få en accentuerad roll.

Intrångsföremål, material och verktyg. Varor som har konstaterats göra intrång i en immateriell rättighet är det primära objektet för korrigeringsåtgärderna (artikel 10.1). Endast när det är lämpligt kan ”material och verktyg som huvudsakligen har använts för att skapa eller tillverka” intrångsföremålen utsättas för åtgärd. Det bör observeras att här gäller ett huvudsaklighetskrav, som dock inte förklaras närmare i direktivet eller kommissionens förslag. En naturlig utgångspunkt vore att materialens och verktygens primära användningsändamål (dock inte nödvändigtvis enda) har varit att tillverka intrångsföremålen.

Som har konstaterats göra intrång i en immateriell rättighet. Frågan är om korrigeringsåtgärder endast kan vidtas efter en ordinarie process, d.v.s. en intrångstalan, eller om åtgärderna även står till buds i olika interimistiska förfaranden. Det framgår inte vad som har avsetts med ”konstaterats göra intrång”, men en naturlig tolkning vore att anse att intrång endast kan konstateras efter en ordinarie process. I den summariska processen (t.ex. som gäller interimistiskt förbud) tas endast ställning till om intrånget är sannolikt. Graden av åtgärdernas slutgiltighet måste också beaktas. Slutgiltigt avlägsnande och förstörande är till den grad slutgiltiga att de inte kan återkallas efter att åtgärden har vidtagits. Däremot kunde

man tänka sig att återkallandet från marknaden inte leder till en irreversibel situation. Syftet torde dock inte ha varit att förelägga medlemsstaterna att reglera om korrigeringsåtgärder även i det interimistiska skedet av processen.

Åtgärdsarsenalen. De åtgärder som åtminstone skall finnas till hands är återkallande från marknaden, slutgiltigt avlägsnande från marknaden och förstörande. Att möjligheten att låta ändra intrångsföremålen inte nämns, t.ex. så att man vid varumärkesintrång avlägsnar märket, torde bero på artikel 46 i TRIPS-avtalet som avvisar en sådan möjlighet som huvudregel: "In regard to counterfeit trademark goods, the simple removal of the trademark unlawfully affixed shall not be sufficient, other than in exceptional cases, to permit release of the goods into the channels of commerce".¹⁶ I övrigt finns inga uttryckliga hinder för andra "lämpliga åtgärder" förutsatt att de är effektiva, avskräckande och proportionella och inte utgör handelshinder, eftersom uppräknningen i direktivet endast utgör en exempelförteckning på åtgärder.

Skillnaden mellan åtgärderna. Förstörande är den längstgående åtgärden; varorna görs obrukbara t.ex. genom förbränning. Vad som är skillnaden mellan återkallande från marknaden och slutgiltigt avlägsnande från marknaden är något oklart. I kommissionens förslag var åtgärderna uppdelade på tre artiklar. Återkallande sades ha sin grund i nederländsk rätt. Återkallandet innebär att intrångsföremålen m.m. samlas in på intrångsgörarens bekostnad.¹⁷ Detta förefaller inte innefatta att varorna görs obrukbara eller att de ändras. Avlägsnande från marknaden går ett steg längre. I skälen till kommissionens förslag anges att föremålen i fråga förverkas på samma sätt som enligt den belgiska lagen om upphovsrätt från den 30 juni 1994, artikel 87.2¹⁸, som lyder på följande vis (i engelsk översättning):

(2) [...] In the event of bad faith on the part of the defendant, the latter shall be sentenced to confiscation of the counterfeit articles and of the plates, moulds, dies or other appliances having directly served to commit the infringement [...].

Medan återkallandet endast förefaller innebära att varorna samlas in från marknaden, synes avlägsnandet innebära konfiskation av föremålen, d.v.s. en ersätt-

¹⁶ Artikel 46 i TRIPS-avtalet lyder i övrigt på följande sätt: "In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed. The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing goods be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to minimize the risks of further infringements. In considering such requests, the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account. [...]"

¹⁷ KOM (2003) 46 slutlig, s. 22.

¹⁸ KOM (2003) 46 slutlig, s. 22.

ningsfri övergång av ägande- och besittningsrätten till staten eller eventuellt rättighetshavaren.

På intrångsgörarens bekostnad. Åtgärden skall i regel vidtas på intrångsgörarens bekostnad (artikel 10.2). Undantagsvis kan domstolarna frånga detta, om särskilda skäl åberopas. Vilka dessa skäl är framgår inte av direktivet eller kommissionens förslag, men man kan tänka sig att förstörandekostnader som är oproportionerliga i förhållande till intrångsföremålets värde, intrångsgörarens skuld eller ekonomiska bärformåga skulle kunna innebära en omfördelning av kostnadsansvaret. En rimlig tolkning är dock att huvudregeln om att åtgärden skall ske på intrångsgörarens bekostnad är en stark huvudregel.

Proportionalitetshänsyn. Artikel 10.3 innehåller en explikering av proportionalitetsprincipen: vid prövningen skall beaktas att de beslutade åtgärderna står i rimlig proportion till intrånget. Som redan framgick finns proportionalitetsprincipen även kodifierad i artikel 3.2, som anger bl.a. att sanktionerna skall vara proportionella. Eventuellt kunde man se artikel 10.3 som en specificering av artikel 3.2, eftersom det i artikel 10.3 står att åtgärderna skall stå i proportion till *intrånget*. Avsikten är alltså inte att man här skall beakta svarandens ekonomiska situation eller dylikt, utan det gäller att jämföra åtgärdens effekter i förhållandet till intrånget (främst omfattning och karaktär).

Tredjemansintressen. Även tredjemansintressen skall beaktas. I skäl 24 anges att så skall göras i synnerhet när det gäller konsumenter och privata intressenter som handlar i god tro.

5.4 Offentliggörande av dom. I artikel 15 föreskrivs att medlemsstaterna skall se till att de rättsliga myndigheterna, i mål om immaterialrättsintrång, på begäran av sökanden och på intrångsgörarens bekostnad får förordna om lämpliga åtgärder för att sprida information om avgörandet. Dyliga förordnanden ges sedan tidigare åtminstone inte i Finland.

I skäl 27 i direktivet anges att offentliggörande är av värde som en kompletterande åtgärd för att avskräcka framtida intrångsgörare och för att öka medvetenheten hos den breda allmänheten. I kommissionens förslag anges att offentliggörandet allmänt anses vara ett effektivt sätt att informera allmänheten och en bra avskräckningsmetod när det gäller immaterialrättsintrång.¹⁹

På intrångsgörarens bekostnad. Det föreskrivs att offentliggörandet skall ske på intrångsgörarens bekostnad. Det finns ingen möjlighet till skälighetsprövning som vid korrigeringsåtgärderna där undantag medges om det föreligger särskilda skäl. Orsaken till denna skillnad framgår inte. En skälighetsprövning kunde eventuellt ingå med stöd av proportionalitetsprincipen i artikel 3.2 samt uttalandet i skäl 17 om bedömning in casu.

¹⁹ KOM (2003) 46 slutlig, s. 23.

Lämpliga åtgärder för att sprida information om avgörandet. I kommissionens förslag föreslogs det att avgörandena skulle anslås och offentliggöras helt eller delvis i de tidningar som rättsinnehavaren anger. Därtill gavs medlemsstaterna en rätt att föreskriva om andra lämpliga åtgärder för offentliggörandet.²⁰ Man har nu frångått denna rangordning. I stället föreskrivs det att domstolarna får förordna om ”lämpliga åtgärder för att sprida information om avgörandet, innefattande att avgörandet skall anslås och offentliggöras helt eller delvis”. Domstolarna är med andra ord inte bundna till något viss medium. Medlemsstaterna får därtill bestämma om ytterligare lämpliga åtgärder för offentliggörande som är ”anpassade till speciella förhållanden, inbegripet framträdande annonsering”.

5.5 Alternativa åtgärder. I artikel 12 föreskrivs om s.k. alternativa åtgärder. I vissa mycket specifika undantagsfall har domstolen en rätt att i stället för korrigeringsåtgärd eller förbudsdom eller båda besluta att intrångsgöraren i stället betalar ekonomisk ersättning till den skadelidande parten. Att endast korrigeringsåtgärd och förbudsdom omfattas (och inte offentliggörande av dom) hänger samman med artikelns hänvisning till att undantag kan göras i fråga om åtgärderna ”i detta avsnitt”, d.v.s. avsnitt 5 om åtgärder efter beslut i sakfrågan, som endast består av tre artiklar: korrigeringsåtgärder, förelägganden (förbudsdom) och alternativa åtgärder.

I kommissionens förslag anges att bestämmelsen har sin grund i § 101.1 i den tyska upphovsrättslagen, som har följande innehåll:

(1) Richten sich im Falle der Verletzung eines nach diesem Gesetz geschützten Rechts die Ansprüche des Verletzten auf Beseitigung oder Unterlassung (§ 97), auf Vernichtung oder Überlassung der Vervielfältigungsstücke (§ 98) oder der Vorrichtungen (§ 99) gegen eine Person, der weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last fällt, so kann diese zur Abwendung der Ansprüche den Verletzten in Geld entschädigen, wenn ihr durch die Erfüllung der Ansprüche ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde und dem Verletzten die Abfindung in Geld zuzumuten ist. Als Entschädigung ist der Betrag zu zahlen, der im Falle einer vertraglichen Einräumung des Rechts als Vergütung angemessen gewesen wäre. Mit der Zahlung der Entschädigung gilt die Einwilligung des Verletzten zur Verwertung im üblichen Umfange als erteilt.

Förutsättningarna. För att intrångsgöraren skall få betala ersättning i stället för att bli föremål för en korrigeringsåtgärd (artikel 10) och/eller en förbudsdom (artikel 11) krävs att det är lämpligt, att intrångsgöraren begär det, att intrångsgöraren varken har handlat uppsåtligt eller oaktsamt, att korrigeringsåtgärden/förbudsdomen skulle orsaka oproportionerligt stor skada och att ekonomisk ersättning framstår som rimligt tillfredsställande.

Lämpligt. Det är oklart vad som avses med att det skall vara ”lämpligt” för att alternativa åtgärder skall kunna vidtas. I tyska § 101.1 UrhG finns inte någon

²⁰ KOM (2003) 46 slutlig, s. 40.

motsvarighet till lämplighetskravet. Eventuellt kunde lämplighetskravet tolkas så att det endast är en förstärkning av den fakultativa karaktären, d.v.s. att domstolen får besluta om ersättning.

Intrångsgörarens begäran. Domstolen har inte rätt att ex officio besluta om ersättning i stället för korrigering och/eller förbudsdom.

Varken uppsåt eller oaktsamhet. Det krav som uppenbarligen blir svårast att uppfylla är kravet på att det får föreligga varken uppsåt eller oaktsamhet hos intrångsgöraren. Om gränsen för oaktsamhet är mycket låg är det mycket svårt att se att denna undantagsbestämmelse skulle få någon verklig betydelse.

Oproportionerligt stor skada. En ytterligare förutsättning för en alternativ åtgärd är att en korrigeringsåtgärd eller en förbudsdom skulle orsaka svaranden oproportionerligt stor skada. Detta krav synes i första hand fokusera på de ekonomiska följderna för svaranden, eftersom begreppet skada används. Den skada som orsakas skall ha sin grund i korrigeringsåtgärden och/eller förbudsdomen. Det är inte svårt att tänka sig att förstörande av t.ex. pirattillverkade CD-skivor som svaranden har i sin besittning leder till en skada.

När man talar om att något är oproportionerligt förutsätts att man sätter svarandens skada i proportion till någonting. Vad skadan skall jämföras med anges inte. Man kunde t.ex. tänka sig att skadan jämförs med svarandens ekonomiska bärformåga, intrångets storlek och/eller intrångets principiella betydelse. Eftersom direktivet tiger i denna del, har medlemsstaterna en viss valfrihet (med beaktande av kraven på effektivitet, proportionalitet m.m.).

Ersättning rimligt tillfredsställande. Ett sista krav är att ekonomisk ersättning till den skadelidande parten skall framstå som rimligt tillfredsställande. Detta krav torde åtminstone vara en hänvisning till sanktionssystemets effektivitet: är ekonomisk kompensation tillräckligt effektivt för att hindra fortsatta intrång och försätts rättighetshavaren i samma position som han hade varit i om intrånget inte hade inträffat.

Sammantaget kunde man betrakta kraven på oproportionerligt stor skada och kompensationen som rimligt tillfredsställande som en omskrivning av proportionalitets- och effektivitetsprincipen: sanktionerna skall vara effektiva, men proportionella. En alternativ åtgärd kan vidtas om den är tillräckligt effektiv (d.v.s. kompensationen är rimligt tillfredsställande) och om andra åtgärder skulle leda till ett brott mot proportionalitetsprincipen (d.v.s. orsaka oproportionerlig skada, vilket även kan omskrivas så att åtgärderna skulle gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet).

5.6 Interimistiska åtgärder. I artikel 9 föreskrivs ”interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder”. Enligt skäl 22 i ingressen är det nödvändigt att tillhandahålla interimistiska åtgärder som gör det möjligt att omedelbart stoppa ett intrång utan att

invänta ett avgörande i sakfrågan. Särskilt motiverade är interimistiska åtgärder när ett dröjsmål kan leda till irreparabel skada för rättighetshavaren.

Åtgärderna. Artikel 9 föreskriver om ”interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder”, som enligt kommissionens förslag anses vara mycket viktiga i samband med misstänkta intrång i immaterialrätter eftersom det nästan alltid gäller att agera mycket snabbt.²¹ I kommissionens förslag angavs att bestämmelsen kompletterar artikel 50 i TRIPS-avtalet. Artikel 9 motsvarar i det mesta TRIPS-avtalet, dock inte helt.

De åtgärder som avses är interimistiskt förbud (artikel 9.1 a-punkten), interimistiskt föreläggande om att den påstådda intrångsgöraren skall ställa säkerhet för skadeståndsbetalningen (artikel 9.1 a-punkten), beslag av intrångsföremål (artikel 9.1 b-punkten), överlämnande av intrångsföremål (artikel 9.1 b-punkten), kvarstad för att säkerställa betalningen av skadestånd (artikel 9.2) samt tillgång till relevant information i syfte att verkställa kvarstadsbeslutet (artikel 9.2).

Interimistiskt förbud. Enligt artikel 9.1 a-punkten får domstolarna utfärda ett interimistiskt föreläggande mot den påstådda intrångsgöraren i syfte att hindra ett omedelbart förestående immaterialrättsintrång eller tillfälligt förbjuda en fortsättning av det påstådda intrånget. Interimistiskt förbud skall alltså finnas till hands såväl vid pågående intrång som vid omedelbart förestående intrång. Åtminstone i svensk rätt förefaller lagen utgå ifrån att interimistiskt förbud endast kan meddelas vid pågående intrång.

Intrångsgöraren skall ställa säkerhet. Artikel 9.1 a-punkten anger även att de behöriga rättsliga myndigheterna får göra en fortsättning avhängig av att det ställs säkerhet för ersättning till rättighetshavaren. Det måste med andra ord finnas en möjlighet för myndigheterna (främst domstolarna eller exekutionsmyndigheterna) att låta svaranden fortsätta med sin verksamhet om denne ställer en betryggande säkerhet. Artikel 50 i TRIPS-avtalet känner inte till denna möjlighet, som fanns med redan i kommissionens förslag. I finsk rätt är den påstådda intrångsgörarens möjligheter att på detta sätt köpa sig fri mycket begränsade. Om interimistiskt förbud har sökts på basis av 7 kap. 3 § rättegångsbalken kan svaranden i verkställighetsskedet erbjuda rättighetshavaren säkerhet för att slippa förbudet. En sådan motsäkerhet får godkännas av utmätningssmannen endast om sökanden godkänner säkerheten eller om säkerheten på ett lämpligt och tillräckligt sätt motsvarar sökandens behov av rättsskydd. Sökandens rättsskydd torde i regel inte tryggas av en sådan motsäkerhet, eftersom immaterialrättigheterna är förbudsrätter. Ifall motsäkerheter regelmässigt godkänns förändras immaterialrätten på ett problematiskt sätt till (endast) en rätt till kompensation.

Trots att möjligheten att ställa en motsäkerhet explicit nämns i direktivet är regeln fakultativ; myndigheterna ges en prövningsrätt. Eftersom de närmare för-

²¹ KOM (2003) 46 slutlig, s. 21.

utsättningarna inte nämns, torde det vara klart att t.ex. den i Finland rådande förhållandevis strikta synen inte behöver göras mer liberal.

Beslag. Artikel 9.1 b-punkten föreskriver om beslag av varor som misstänks göra intrång i en immateriell rättighet för att förhindra att de införs eller omsätts på marknaden. Det handlar således om beslag av intrångsföremål, dock ej material eller verktyg som använts vid tillverkningen av intrångsföremålen.

Överlämnande av intrångsföremål. Artikel 9.1 b-punkten föreskriver även om överlämnande av varor som misstänks göra intrång i en immateriell rättighet för att förhindra att de införs eller omsätts på marknaden. Man frågar sig vem som är avsedd att vara mottagare. En i ljuset av 15 kap 3 § svenska rättegångsbalken och 7 kap 3 § finska rättegångsbalken inspirerad lösning vore att överlämnandet sker till en syssloman, en neutral utomstående som förvaltar egendomen tills intrångsmålet har avgjorts. En annan möjlig tolkning är att intrångsföremålen skall överlåtas till rättighetshavaren. Ett tredje alternativ är att varorna överlämnas till den myndighet som verkställer beslutet (utnättningsmannen, krono- eller häradsfogden el. dyl.). Då skulle det inte föreligga någon skillnad i sak mellan beslag och överlämnande. Vilket alternativ som avsetts framgår inte, varför samtliga alternativ torde vara tillåtna.²²

Kvarstad. När intrånget begås i kommersiell skala skall medlemsstaterna se till att de rättsliga myndigheterna får belägga fast och lös egendom som tillhör den påstådda intrångsgöraren med kvarstad. Kvarstad innefattar även möjligheten att frysa bankkonton och andra tillgångar. Det anges i kommissionens förslag att idén till bestämmelsen är hämtad från brittisk lagstiftning om *freezing injunction* (tidigare kallad *Mareva injunction*).²³ Att man tagit idén från engelsk rätt är litet förvånande eftersom kvarstad infördes i engelsk rätt så sent som på 1970-talet.²⁴ Kvarstad har funnits i nordisk och kontinental rätt åtminstone hela 1900-talet.

Med kommersiell skala avses sådana handlingar som utförs för att uppnå en direkt eller indirekt kommersiell eller ekonomisk fördel. Kommersiell skala omfattar i allmänhet inte handlingar som utförs av slutkonsumenter i god tro.²⁵

Det bör observeras att kvarstad möjliggörs endast vid intrång i kommersiell skala. Någon sådan begränsning finns inte i nu gällande finsk lagstiftning, vilket innebär att finsk rätt redan nu är striktare än direktivet.

Tillgång till relevant information. De behöriga myndigheterna får besluta att bank-, finans- eller affärshandlingar skall lämnas ut, eller om lämplig tillgång till relevant information (Artikel 9.2 sista meningen). I kommissionens förslag anges att

²² T.ex. i engelsk rätt skall "delivery up" ske till rättighetshavaren eller "such other person as the court may direct" (Copyright, Designs and Patents Act 1988, section 99).

²³ KOM (2003) 46 slutlig, s. 21.

²⁴ *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulk Carriers S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509, C.A.

²⁵ Direktivets skäl 14.

det måste gå att besluta om utlämning eller beslag av dessa akter ”för att man skall kunna hitta och åtala dem som verkligen tjänar på intrånget”.²⁶ Motiveringen får en att fundera på förhållandet till editionsföreläggandet i artikel 6, bevissäkringsåtgärden i artikel 7 och rätten till information i artikel 8. Tanken om att hitta dem som verkligen tjänar på intrånget är inte i linje med den av kommissionen föreslagna direktivtexten: ”För att de åtgärder som anges i första stycket [kvarstad, MN] skall kunna genomföras skall medlemsstaterna också se till att de behöriga myndigheterna får kräva att bank-, finans- eller affärsakter lämnas ut eller får ta dem i beslag.”

Förslaget till beslagsbestämmelsen anger alltså att bankakter m.m. skall kunna beslagtas för att genomföra en kvarstad, d.v.s. för att kunna verkställa kvarstaden. Det kan innebära t.ex. underlättande att hitta svarandens tillgångar. Också i direktivet i den form som det sedermera godkändes hänvisas till detta begränsade syfte, eftersom beslut om utlämnande av handlingar får göras i ”detta syfte”, som hänvisar till kvarstaden.

Syftet med beslag av bankakter m.m. är inte att hitta nya intrångsgörare, utan att säkerställa den påstådda intrångsgörarens egendom i syfte att verkställa kvarstadsbeslutet.

Ett ytterligare problem med tillgången till information är att det inte anges vem som kan åläggas att utlämna handlingar. Utgångspunkten torde vara att den påstådda intrångsgöraren kan åläggas en dylik handlingsplikt, men eftersom denna begränsning inte framgår av bestämmelsen, torde det även finnas möjlighet att tolka bestämmelsen så att finansiella institutioner och avtalsparter kunde förmas att utlämna handlingar. En restriktiv implementering vore på sin plats, så att endast den som på sannolika skäl (el. motsv.) antas vara intrångsgörare kan åläggas att presentera handlingar. Annars kommer oskyldiga tredjemän i kläm.

Sökandens begäran. De behöriga rättsliga myndigheterna, d.v.s. i de flesta länder domstolen, skall på sökandens begäran meddela det interimistiska föreläggandet. Att man här valt det neutrala begreppet ”sökanden” kunde tänkas indikera att det skall finnas en möjlighet för den påstådda intrångsgöraren att ansöka om rätt att ställa säkerhet innan rättighetshavaren har ansökt om interimistiskt förbud. Detta skulle motsvara möjligheten, som finns i vissa länder, att den påstådda intrångsgöraren gör en ansökan om interimistiskt förordnande, i vilket denne ber domstolen att på sannolika grunder fastställa att intrång *inte* föreligger.

I ljuset av artikel 9.3, som reglerar frågan om vad för slags bevisning ”sökanden” skall presentera, är det dock klart att man endast har haft rättighetshavaren i åtanke som sökande. Artikel 9.3 anger nämligen att sökanden skall presentera bevisning om att han är rättighetshavare och att intrång pågår eller är omedelbart förestående.

Bevisningen. I artikel 9.3 anges att sökanden skall tillhandahålla skäligen bevisning så att de rättsliga myndigheterna med tillräcklig säkerhet kan fastställa att sökan-

²⁶ KOM (2003) 46 slutlig, s. 22.

den är rättighetshavare och att det har begåtts ett intrång i dennes rättighet eller att ett sådant intrång är omedelbart förestående.

Bestämmelsen är, speciellt i fråga om beviskravet, lika intetsägande som artikel 50.3 i TRIPS-avtalet, där det hänvisas till "any reasonably available evidence". Vad avses med "skälig" bevisning och "tillräcklig säkerhet"? Klart torde vara att "sannolika skäl" väl ryms inom denna definition.

Förvånande är att någon bevisning om att intrånget kommer att fortsätta inte behöver presenteras. Kanske är det så att ett pågående intrång presumeras fortsätta utan att vidare bevisning behöver framläggas?

Ex parte. Enligt artikel 9.4 första stycket skall medlemsstaterna se till att de interimistiska åtgärderna "där så är lämpligt" får vidtas utan att motparten hörs, särskilt om ett dröjsmål skulle leda till irreparabel skada för rättighetshavaren. Senast omedelbart efter verkställandet av ex parte-åtgärden skall parten underrättas om ex parte-beslutet.

Omprövning. En omprövning, innefattande en rätt att bli hörd, skall enligt artikel 9.4 andra stycket ske på svarandens begäran, så att det inom rimlig tid efter underrättelsen om åtgärderna kan beslutas huruvida dessa skall ändras, upphävas eller fastställas.

Upphävning och upphörande. De interimistiska åtgärderna skall upphävas eller upphöra att gälla, på begäran av svaranden, om inte sökanden inom skälig tid väcker talan om saken vid den behöriga rättsliga myndigheten; tidslängden skall beslutas av den rättsliga myndigheten eller, om beslut saknas, vara högst 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar.

Sökandesäkerhet. De behöriga myndigheterna får göra interimistiska åtgärder avhängiga av att sökanden ställer lämplig säkerhet eller motsvarande garanti avsedd att täcka eventuell ersättning till svaranden för skada.

Skadestånd. Om de interimistiska åtgärderna upphävs eller upphör på grund av en handling eller underlåtenhet från sökandens sida, eller om det i efterhand konstateras att det inte förelåg något intrång eller hot om intrång i en immateriell rättighet, skall de rättsliga myndigheterna ha befogenhet att på begäran av svaranden förordna om att sökanden skall betala lämplig ersättning till svaranden för skada som har orsakats av dessa åtgärder.

6. Processuella frågor

6.1 Bevisningen. 6.1.1 Upphovsmannaspresumtionen. I artikel 5 finns en presumtion om upphovsmannaskap. För att upphovsmannen skall anses som sådan är det tillräckligt att den personens namn på sedvanligt sätt finns angivet på verket (artikel 5.1). Detta gäller även upphovsrätten närstående rättigheter (artikel 5.2). I ingressen anges att det förutom den egentliga upphovsmannaspresumtionen i artikel 5.1, som har sin grund i artikel 15 i Bernkonventionen, även finns behov

av motsvarande reglering för närstående rättigheter, eftersom det ofta är innehavaren av en närstående rättighet som kommer att försöka göra sina rättigheter gällande och bekämpa piratkopiering (skäl 19).

6.1.2 Edition. Artikel 6 om ”bevisning” reglerar det som i svensk och finsk processrätt kallas processuell edition. Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, på begäran av en part som har lagt fram skälig bevisning som är tillräcklig för att visa grund för talan och har angivit bevisning till stöd för sin talan som motparten förfogar över, kan besluta att motparten skall lägga fram bevisningen, förutsatt att sekretessbelagd och annan konfidentiell information skyddas. Bestämmelsen har sin grund i artikel 43 i TRIPS-avtalet.

Talerätten. Bestämmelsens tillämpning är inte begränsad till rättighetshavaren, även svaranden har rätt att begära edition på basis av artikel 6. Det framgår av det neutrala uttryckssättet: begäran av en part som visar grund för sin talan.

Skälig bevisning som är tillräcklig för att visa grund för talan. För ett bifallande editionsföreläggande krävs skälig bevisning som är tillräcklig för att visa grund för talan. Beviskravet är vagt, men det preciseras något i sista meningen i artikel 6.1: medlemsstaterna får föreskriva att ett rimligt urval av ett betydande antal exemplar av ett verk eller något annat skyddat föremål utgör skälig bevisning. Denna mening syftar endast på en editionsbegäran av rättighetshavaren. Tanken är att ett urval intrångsföremål är tillräcklig bevisning för ett editionsföreläggande.

Angivit bevisning till stöd för sin talan som motparten förfogar över. Den bevisning som parten vill komma åt skall vara sådan som denne har angivit som bevisning till stöd för sin talan, och den skall vara sådan som motparten förfogar över.

Skyddet av sekretessbelagd och annan konfidentiell information. Bestämmelsen förutsätter även att sekretessbelagd och annan konfidentiell information skall skyddas.

6.1.3 Bevissäkringsåtgärd. I artikel 7 föreskrivs om ”åtgärder för att skydda bevisning”, d.v.s. bevissäkringsåtgärder eller intrångsundersökning. Eftersom intrångsundersökning är ett i svensk lagstiftning använt begrepp använder jag här konsekvent bevissäkringsåtgärd för att undvika förväxling med det svenska rättsinstitutet.

Redan innan prövningen av sakfrågan har inletts. En bevissäkringsåtgärd skall kunna meddelas redan innan prövningen av sakfrågan har inletts. Detta något vilseledande uttryckssätt (när inleds prövningen av sakfrågan?) torde dock innebära att en åtgärd kan meddelas innan intrångstalan har anhängiggjorts, d.v.s. innan ordinarie rättegång har inletts.

Skälig bevisning. Det krävs skälig bevisning för att intrång har begåtts eller är omedelbart förestående. ”Skälig bevisning” är ett mått på beviskravet (hur över-

tygande bevisningen skall vara). Eftersom beviskraven i regel uttrycks på annat sätt än genom en hänvisning till skäligheten, är det ytterst svårt att dra några som helst slutsatser om hur övertygande bevisningen skall vara. Det innebär å andra sidan att medlemsstaterna har förhållandevis fria händer. Skäligheten kunde dock rimligen tolkas å ena sidan så att åtgärd inte skall beviljas helt utan bevis, å andra sidan så att det måste finnas en verklig möjlighet att utverka åtgärd. Med andra ord får beviskravet inte vara obefintligt, men det får inte heller krävas att intrånget är fullständigt klart (uppenbart).

Pågående eller omedelbart förestående intrång. Medlemsstaterna har skyldighet att se till att domstolarna har rätt att meddela en bevissäkringsåtgärd, inte enbart vid pågående intrång, d.v.s. då intrång redan har inträffat, utan även innan den första intrångshandlingen har vidtagits, om intrånget är omedelbart förestående. Det innebär att en bevissäkringsåtgärd skall kunna meddelas redan i förberedelseskedet, förutsatt att intrånget kommer att ske inom en tillräckligt nära framtid.

Omedelbara och effektiva åtgärder. De rättsliga myndigheterna skall ha rätt att besluta om omedelbara och effektiva interimistiska åtgärder för att säkra relevant bevisning om det påstådda intrånget, förutsatt att konfidentiell information skyddas. Med omedelbarheten torde åsyftas att åtgärden skall verkställas omedelbart efter beslutet. I den danska versionen syns detta syfte tydligt ("træffer afgørelse om, at der omgående skal iværksættes effektive foreløbige foranstaltninger"). I den tyska och finska språkversionen talas i stället om snabba (*schnelle, nopeita*) åtgärder. I likhet med den svenska versionen syftar även den engelska språkversionen på att åtgärden skall vidtas utan dröjsmål (*prompt [...] measures*).

Med effektivitet torde avses att åtgärden i fråga skall uppnå det mål som eftersträvas, d.v.s. den skall säkra relevant bevisning. En åtgärd kan t.ex. inte anses vara effektiv om bevisningen, trots åtgärden, kan komma att förstöras innan rättegången.

Trots att proportionalitetsprincipen inte finns nedtecknad i artikeln skall proportionalitetshänsyn beaktas (artikel 3.2). Därtill måste uttalandet i skäl 17 om beaktandet av omständigheterna i det enskilda fallet tillmätas betydelse.

Någon uttömmande förteckning över de åtgärder som skall kunna vidtas finns inte upptagen i artikeln. Däremot anges beskrivning av varorna, tagande av provexemplar, beslag av varor, material, verktyg och handlingar som exempel på tänkbara åtgärder. Vilka åtgärder som i det enskilda fallet uppfyller kravet på effektivitet kan inte anges på ett allmänt plan, men kopiering av olika dokument och beslagtagande av intrångsföremål torde även i fortsättningen vara vanliga åtgärder.

Ex parte. En bevissäkringsåtgärd skall "om nödvändigt" vidtas utan att motparten hörs, särskilt om ett dröjsmål kan antas medföra irreparabel skada för rättighetshavaren eller om det finns en uppenbar risk för att bevisningen kan komma att förstöras. Att dessa två krav har två helt olika formulerade beviskrav förefaller

oändamålsenligt. Å ena sidan räcker det med att ”det kan antas” att ett dröjsmål medför irreparabel skada. Å andra sidan krävs att det skall finnas ”en uppenbar risk” för att bevisningen kan komma att förstöras. Skall detta tolkas så att det skall vara näst intill klart att bevisning kommer att förstöras, medan det räcker med en mycket låg sannolikhet för irreparabel skada? I en konkret tvistesituation kan det dessutom vara så att förlust av den bevisning som motparten har i sin besittning leder till en irreparabel skada.

I regel inget krav på sabotagerisk. I kommissionens förslag²⁷ krävdes förutom intrång eller omedelbart förestående intrång även att det fanns en ”påvisbar risk för att bevismaterialet kommer att förstöras” (”demonstrable risk that evidence may be destroyed”). Detta krav föll bort i behandlingen i parlamentet utan någon förklaring.²⁸ Sabotagerisk är endast ett krav vid *ex parte*-beslut, och även där är det endast ett alternativt krav. Även artikel 50 i TRIPS-avtalet talar om sabotagerisk som ett allmänt krav; även där är sabotagerisken ett alternativt krav vid *ex parte*-beslut (eller beslut *inaudita altera parte* som det kallas i TRIPS-avtalet).

Direktivet är ett minimidirektiv, vilket innebär att strängare lagstiftning är tillåten, dock inte lindrigare. Frågan är om lagstiftningen är lindrigare i det fall att det uppställs ett allmänt krav på sabotagerisk, som det görs i t.ex. Finland. I Finland krävs, förutom intrång eller omedelbart förestående intrång, även bl.a. att det finns risk för att motparten eller den som har materialet i sin besittning gömmer, förstör eller överlåter bevismaterial eller gör något annat som kan äventyra bevarandet av bevismaterial (3 § 1 mom 2-punkten lagen om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter 7.4.2000/344).

Omprövning. Det anges att omprövning endast behöver ske på begäran av de berörda parterna. Ur den processuella rättvisans synvinkel vore bättre att domstolen *ex officio* sätter ut ett datum för hörande av motparten (om möjligt redan i samband med beslutet om bevissäkringsåtgärd).

Sökandesäkerhet. Upphävande och upphörande. Lämplig ersättning. På motsvarande sätt som vid interimistiska åtgärder enligt artikel 9 får sökanden åläggas att ställa säkerhet (artikel 7.2) och utge ersättning bl.a. om intrång inte förelåg (artikel 7.4). Likaså föreskrivs om upphävande och upphörande av bevissäkringsåtgärden (artikel 7.3)

Skydda vittnens identitet. I artikel 7.5 föreskrivs att medlemsstaterna får vidta åtgärder för att skydda vittnens identitet. Medlemsstaterna har således en rätt, men inte en skyldighet, att införa ett skydd. I kommissionens förslag fanns inget an-

²⁷ KOM (2003) 46 slutlig, s. 34.

²⁸ Fourtoun-rapporten (Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the measures and procedures to ensure the enforcement of intellectual property rights, A5-0468/2003), s. 8.

givet om att vittnens identitet skulle skyddas. Detta figurerade första gången i parlamentsbehandlingen i den s.k. Fourtou-rapporten.²⁹

6.1.4 *Informationsanspråk*. Rätten till information, som man även kunde kalla "informationsanspråk" efter den tyska förlagan "*Auskunftsanspruch*", regleras i artikel 8. Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, i samband med en rättegång om immaterialrättsintrång och som svar på en berättigad och proportionell begäran av käranden, får besluta att information om ursprung och distributionsnät för intrångsföremålen skall lämnas av intrångsgöraren och en del andra personer.

Ursprunget till bestämmelsen går att spåra till Benelux-länderna och Tyskland. I tysk rätt infördes *Auskunftsanspruch* ("informationsanspråk") i immaterialrättslagarna genom 1990 års *Produktpirateriegesetz*. Det angavs att syftet med lagen var att stävja den tilltagande immaterialrättsliga piratismen genom att täppa till hålen i fråga om möjligheten för rättighetshavaren att skaffa information om intrånget. Med hjälp av den information som rättighetshavaren får kan intrång beivras i förhållande till de som har angivits. I den beneluxiska varumärkeslagen regleras frågan på följande vis (i engelsk översättning³⁰):

5. At the request of the proprietor of a mark, the court may order the person who has infringed his right to supply to the proprietor all information at his disposal with respect to the origin of the objects that have infringed the mark and to communicate to him all relevant data.

I kommissionens förslag anges i motiveringen till artikel 9 att det är tänkt att artikeln skall suppleras TRIPS artikel 47 om rätten till information. Det som dock inte anges i kommissionens förslag är att TRIPS artikel 47 ger medlemsländerna en rätt, inte en skyldighet, att införa bestämmelser om rätten till information. Bl.a. Finland har valt att inte införa sådana bestämmelser.

²⁹ Fourtou-rapporten (Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the measures and procedures to ensure the enforcement of intellectual property rights, A5-0468/2003), s. 20: "Applicants frequently depend on evidence provided by members of the public concerning suspected infringements of intellectual property rights. The effective administration of justice requires such informers to be able to provide evidence without incurring any social, economic or personal risk of affecting their employment. So it must be possible to produce evidence to a court without requiring the identity of the witness concerned to be provided to the court or, at least, to the infringer/defendant. That is not creating any new rule for such evidence. The aim is just to allow the court to know the source of the evidence and take a view on its provenance. Such a procedure already exists under Irish law."

A measure such as this will not in any way adversely affect the defendant. It is up to the court to consider the evidence to decide if sound arguments have been produced in favour of issuing a search order. Execution of the order will provide the evidence on which to base an action for the alleged infringement of intellectual property rights. If the evidence is established, an action will follow; if none is provided, it will not [...].

³⁰ Hämtad från www.wipo.org, 12.8.2004.

Parlamentet försökte få med en bestämmelse om informationsanspråk redan i designdirektivet,³¹ men drog tillbaka förslaget på begäran av rådet som ansåg att designdirektivet var fel rättsakt.

I samband med en rättegång om immaterialrättsintrång. Domstolen har rätt att ”i samband med en rättegång om immaterialrättsintrång” besluta om lämnande av information. Vad som är i samband med rättegången är något oklart. Det torde vara klart att sambandskravet uppfylls efter att det har konstaterats att svaranden har gjort sig skyldig till intrång, d.v.s. i intrångsdomen skall domstolen kunna ålägga svaranden att ge begärd information. Om sambandskravet även förutsätter att domstolarna skall ha rätt att fatta ett ”informationsbeslut” under rättegången innan det slutligen har fastställts att intrång har ägt rum framgår inte av direktivet.

I tysk rätt kan rätten till information genomdrivas med säkringsåtgärd (*einstweilige Verfügung*) endast om intrånget är uppenbart (*offensichtlich*). Någon sådan begränsning finns inte i direktivförslaget. Den tyska linjen förefaller välmotiverad, eftersom behovet av rätten till information är störst i fall av piratism och varumärkesförfalskning, och i sådana fall är intrånget till sin natur vanligen uppenbart. Problemet är om en sådan begränsning strider mot direktivets minimikrav.

I kommissionens förslag anges att ”de rättsliga myndigheter som är behöriga att behandla ärenden om att fastställa ett intrång i en immaterialrätt eller att bevilja en ansökan om interimistiska åtgärder eller säkerhetsåtgärder” får fatta beslut.³² Det här indikerar att kommissionen har tänkt sig att informationsbeslut även borde kunna fattas under rättegången i ett interimistiskt förfarande.

Skrivsättet (”i samband med”) skiljer sig från vad som anges i andra bestämmelser i direktivet. I fråga om korrigeringsåtgärderna förutsätts att varorna som skall utsättas för åtgärd har konstaterats göra intrång, vilket alltså klart visar att en korrigeringsåtgärd endast kan vidtas i eller efter en bifallande intrångsdom. På motsvarande sätt anges i förbudsdomsbestämmelsen i artikel 11 att ett föreläggande får utfärdas när det har fastställts att ett intrång har begåtts. Att skrivsättet skiljer sig från dessa bestämmelser kunde tolkas så att informationsbeslut även skall kunna ges under rättegången. Hur långtgående slutsatser man kan dra av denna språkliga analys är något oklart eftersom t.ex. skadeståndsbestämmelsen (artikel 13) och publiceringsbestämmelsen (artikel 15) inte förutsätter att intrång har fastställts. Publiceringsbestämmelsen anger endast att ett beslut om publicering får ske ”i mål om immaterialrättsintrång”, vilket antyder att sådant beslut skall kunna ges även under rättegången, trots att det torde krävas att intrång har fastställts.

Bevisåtgärderna kan däremot vidtas ”redan innan prövningen av sakfrågan inletts”. I informationsanspråksbestämmelsen finns inte någon sådan uttrycklig hänvisning.

³¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd.

³² KOM (2003) 46 slutlig, s. 35.

En indikation på att informationsanspråk endast behöver kunna genomdrivas i ordinarie process är att det hänvisas till intrångsgöraren och andra personer "som har befunnits" förfoga över intrångsgörande varor eller dylikt. De använda termerna antyder att intrånget måste ha prövats i ordinarie intrångstalan, och att det där har fastställts att personen i fråga har gjort sig skyldig till intrång eller haft varor i sin besittning. I artikel 9.1 om interimistiska åtgärder används däremot begreppet "påstådd" intrångsgörare för att visa att personen inte (ännu) har befunnits göra intrång.

Rättskyddsgarantierna i artikel 9 om interimistiska åtgärder och artikel 7 om beviskrav (här aktualiseras främst sökandesäkerheten och skadeståndsskyldigheten) återfinns inte heller i artikel 8, vilket är en indikation på att avsikten inte har varit att ålägga medlemsstaterna en skyldighet att införa informationsanspråk i interimistiska förfaranden.

Direktivets allmänna formuleringar innebär att den nationella lagstiftaren har en möjlighet att antingen låta bli att ge domstolarna en rätt till information i summariska processer och om sådan rätt införs, att föreskriva ett högt beviskrav (varmed alltså rätten till information är förbehållen pirat- och varumärkesför-falskningsfallen).

Vid implementeringen måste man fästa särskild uppmärksamhet vid förutsätt-ningarna. Utgångspunkten borde vara att åtgärden förbehålls situationer av pi-rattillverkning och varumärkesför-falskningar. I andra mål kan följderna bli ett missbruk av rätten till information i form av försök till företagsspionage och dy-lik.

Berättigad begäran. För bifall krävs att käranden gör en berättigad och proportio-nell begäran. Termen "berättigad", som förefaller överflödig, ger den nationella lagstiftaren synnerligen fria händer i fråga om förutsättningarna. Naturligt vore att förutsätta att intrång har konstaterats.

Proportionell begäran. Av betydelse är att begäran skall vara "proportionell", vil-ket betonar den redan i artikel 3.2 fastslagna proportionalitetsprincipens bety-delse. Proportionalitetsprincipen kan ges olika innehåll; en möjlighet är att av-väga skadan för käranden om åtgärden inte meddelas mot den skada som svaran-den lider om åtgärden meddelas. Vid proportionalitetsbedömningen skall även beaktas skäl 17 i ingressen som anger att vederbörlig hänsyn skall tas till omstän-digheterna i det enskilda fallet, inklusive särdragen hos de olika typerna av im-materiella rättigheter och, när det är lämpligt, om intrånget har begåtts avsiktligt eller oavsiktligt.

Kärande. Begäran skall göras av "käranden", vilket lämnar frågan om talerätt fullständigt öppen. Eftersom artikel 4 om talerätt endast anger att talerätten skall avgöras av tillämplig lag är det således nationell rätt som avgör om även licensta-gare, *collecting societies* och intresseorganisationer får framställa en begäran om in-formation.

Intrångsgöraren. Frågan om vem som kan åläggas att ge information regleras förhållandevis noggrant. Intrångsgöraren, d.v.s. den som har gjort sig skyldig till ett immaterialrättsligt intrång, kan åläggas att ge information. Något krav på att intrånget skall ha varit uppsåtligt eller vårdslöst ställs inte. Det krävs inte heller att det skall finnas en risk för att intrånget skall fortsätta. Således förefaller det räcka med det objektiva kravet att intrångsgöraren har gjort ett intrång eller att denne fortfarande begår intrång.

Förfogat över intrångsföremål i kommersiell skala. Den som har befunnits förfoga över intrångsgörande varor i kommersiell skala kan förpliktas att ge information (artikel 8.1 a-punkten). Vad som avses med "förfoga" är inte helt klart. Rent språkligt indikerar det att personen i fråga har disponerat över eller haft kontrollen över varorna i fråga. Detta är ett bredare betydelseinnehåll än den danska, finska, tyska eller engelska språkversionen ger vid handen. Där krävs att personen har haft varorna i sin besittning ("er fundet i besiddelse af de omtvistede varer [...]", "todettu pitävän hallussaan", "[...] in ihrem Besitz hatte", "[...] found in possession of infringing goods"). Även i den franska språkversionen hänvisas till besittning (*possession*). Av den anledning torde även uttrycket förfoga i den svenska versionen ha den mer begränsade betydelsen "ha i sin besittning".

Använt intrångsgörande tjänster i kommersiell skala. Den som har befunnits använda intrångsgörande tjänster i kommersiell skala kan förpliktas att ge information (artikel 8.1 b-punkten).

Tillhandahållit intrångsgörande tjänster som använts i kommersiell skala. Den som har befunnits i kommersiell skala tillhandahålla tjänster som använts i intrångsgörande verksamhet kan förpliktas att ge information (artikel 8.1 c-punkten).

Utpekats. Person som har pekats ut av den som kommersiellt har förfogat över intrångsföremål (artikel 8.1 a-punkten), kommersiellt använt intrångsgörande tjänster (artikel 8.1 b-punkten) eller kommersiellt tillhandahållit tjänster som använts vid intrång (artikel 8.1 c-punkten) kan förpliktas att ge information om den utpekade personen har varit delaktig i produktion, tillverkning eller distribution av varorna eller tillhandahållandet av tjänsterna (artikel 8.1 d-punkten). En person som utpekats av intrångsgöraren kan enligt bestämmelsens ordalydelse inte förpliktas att ge information, eftersom uppräknningen över vem som kan peka ut delaktiga inte omfattar intrångsgöraren. Det torde här handla om ett misstag, någon rationell orsak till att sådana personer som intrångsgöraren har pekat ut inte skall kunna förpliktas att ge information finns inte.

Kommersiell skala. Vad som avses med kommersiell skala anges inte i bestämmelsen, utan i skäl 14 i direktivet. Handlingar som utförs i kommersiell skala är sådana som utförs för att uppnå en direkt eller indirekt kommersiell eller ekonomisk fördel. Det anges vidare att som kommersiella i allmänhet inte anses hand-

lingar som utförs av slutkonsumenter i god tro. Detta bör dock enligt min mening inte tolkas *e contrario*. Man skall alltså inte dra en sådan slutsats att andra än slutkonsumenter i god tro alltid skulle kunna åläggas att ge information. Det problematiska med definitionen av kommersiell skala är att det räcker med handlingar vars syfte är att uppnå ekonomisk fördel. Alltid när man köper något under gängse pris uppnås en ekonomisk fördel; ju mindre man betalar, desto större ekonomisk fördel. En sådan definition inrymmer alla utom ovan nämnda godtroskonsumenter. En sådan tolkning strider dock mot den allmänt uppfattade innebörden av ”kommersiell”. Det krävs vanligen något slags varaktighet, omfattning och planmässighet av verksamheten. I varje fall torde innebörden av ”kommersiell” i vanliga fall kräva att den som gör något i kommersiell omfattning även säljer produkter med vinst eller åtminstone syftar till att göra så. En konsument, oberoende av om denne är i god eller ond tro, köper i regel inte för att sälja vidare. En konsument är definitionsmässigt någon som köper en produkt huvudsakligen för privat användning. Definitionen i direktivet skall således inte ges en för omfattande tolkning.

Information. Enligt artikel 8.2 skall den information som skall ges, om lämpligt, omfatta namn och adress på producenter, tillverkare, distributörer, leverantörer och andra som tidigare innehaft respektive använt varorna eller tjänsterna, samt på tilltänkta grossister och detaljister (a-punkten), uppgifter om hur mycket som producerats, tillverkats, levererats, mottagits eller beställts samt om erhållet pris på varorna och tjänster (b-punkten). Det handlar således å ena sidan om namn och adressuppgifter, å andra sidan om mängder och priser.

Förhållandet till andra bestämmelser. Enligt artikel 8.3 skall bestämmelsen inte påverka tillämpningen av andra lagbestämmelser som (a) ger rättighetshavaren rätt till ytterligare information, (b) reglerar hur information som lämnas enligt bestämmelsen får användas i civilrättsliga eller straffrättsliga förfaranden, (c) reglerar ansvar för missbruk av rätten till information, (d) gäller självinkriminering eller (d) reglerar sekretesskydd för informationskällor eller behandling av personuppgifter.

Taleberättigade. Artikel 4 anger vilka som har talerätt (saklegitimation) att ”ansöka om tillämpning av de åtgärder, förfaranden och sanktioner som avses i detta kapitel”, d.v.s. edition (artikel 6), bevissäkringsåtgärd (artikel 7), informationstalan (artikel 8), interimistiska åtgärder (artikel 9), korrigeringsåtgärder (artikel 10), förbudsdom (artikel 11), alternativa åtgärder (artikel 12), skadestånd (artikel 13) och domsoffentliggörande (artikel 15).

I kommissionens förslag hade man föreskrivit att talerätt tillkom förutom rättighetshavaren (inkl. ställföreträdare och ombud) även sammanslutningar som förvaltar rättigheter eller tar tillvara branschintressen. I direktivet har man dock överlämnat talerätsfrågan att avgöras av tillämplig lag. I a-punkten anges att talerätt tillkommer personer som innehar immateriella rättigheter, d.v.s. rättighetshavare, i överensstämmelse med bestämmelserna i tillämplig lag. Licenstaga-

re och andra personer som får utnyttja rättigheten i fråga har talerätt i den mån det tillåts i och överensstämmer med bestämmelserna i tillämplig lag (b-punkten). Även regleringen av talerätten för organ som förvaltar kollektiva immateriella rättigheter och branschorgan överläts till tillämplig lag (punkterna c–d).

Artikel 4 innebär således ingen förändring i förhållande till vad som nu gäller. Eventuellt kunde man ha strukit artikeln helt, men den försvarar sin plats som en klargörande bestämmelse.

6.3 Rättegångskostnadsansvar. Artikel 14 anger att rimliga och proportionerliga kostnader för förfarandet och andra kostnader som har åsamkats den vinnande parten i allmänhet skall ersättas av den förlorande parten om det inte är oskäligt.

Bestämmelsen anger att i regel är det den förlorande parten som står för kostnaderna, en regel som återfinns i de flesta europeiska länder. På grund av bestämmelsens vaga utformning torde den inte heller medföra några ändringar.

7. Sammanfattning och några slutsatser

Direktivet är i allra högsta grad en kompromiss mellan olika intressen. Skillnaderna mellan kommissionens ursprungliga förslag och det slutliga direktivet är ställvis slående. Kompromisser är dock sällan ur juridisk synvinkel de allra bästa. Därtill finns en hel del juridisk-tekniska oklarheter i direktivtexten, som kunde ha undvikits med bättre beredning och klarare språkbruk. Man har även mycket fritt plockat element ur olika rättssystem utan att ta hänsyn till hur de passar in i andra länders sanktionssystem.

Trots att det finns vissa problem med direktivet skall det implementeras. På grund av olika rättskulturer och processordningar kommer direktivet högst sannolikt inte att implementeras på samma sätt i alla länder. Den eftersträlvade höga, likvärdiga och enhetliga skyddsnivån kommer knappast att uppnås. Förutom att man gjort många kompromisser är ett minimidirektiv inte ett lämpligt instrument för att uppnå enhetlighet. Det kommer att finnas skillnader i sanktionssystemen även efter implementeringen.

Trots att direktivet kunde implementeras genom att ändra så litet som möjligt i gällande sanktionssystem finns det dock orsak, t.ex. i länder som Finland där det finns omotiverade skillnader mellan de olika immaterialrättslagarnas sanktionssystem, att överväga möjligheten att totalreformera det immaterialrättsliga sanktionssystemet. En sådan reform skulle inte enbart tjäna rättighetshavarna i form av ett effektivare sanktionssystem, utan även övriga marknadsaktörer i form av ökad förutsebarhet.