

Stockholm den 27 september 2007

R-2007/0975

Till Justitiedepartementet

Ju2007/6426/L3

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 9 juli 2007 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG, Ds 2007:19.

Sammanfattning

Advokatsamfundet tillstyrker förslaget i huvudsak, men anser att det måste kompletteras i flera avseenden.

Det framgår inte av promemorian om artikel 6 och 8 i direktivet inbegriper rätt till sådan indirekt bevisning som undantas från bl.a. edition.

Advokatsamfundet anser att förslaget om informationsförelägganden är väl avvägt för att tillgodose ett tillvaratagande av den personliga integriteten. Samfundet anser dock att beviskravet bör vara lägre än styrkt.

Advokatsamfundet emotser de föreslagna förtydligandena av skadeståndsbestämmelserna. Mot bakgrund av tidigare utredningar och rättspraxis anser Advokatsamfundet att ytterligare förtydliganden är påkallade.

Advokatsamfundet anser vidare att det av lagtext eller förarbeten bör framgå att kostnaderna för korrigeringsåtgärder eller offentliggöranden som svaranden kan åläggas att ersätta, skall vara skäliga i förhållande till intrångets omfattning.

Vidare föreslår Advokatsamfundet att lokutionen kommersiell skala ersätts av det i immaterialrättslagstiftningen existerande begreppet i näringsverksamhet.

Slutligen anser Advokatsamfundet att ett informationsföreläggande bör kunna meddelas även sedan en immateriell rättighet har upphört, dock inte om den har hävts.

1 Tillgång till bevisning

1.1 Begränsningar i tillgången till bevisning

För utredning av ett intrångs omfattning kan handlingar som i sig inte har direkt betydelse som bevis vara av intresse. Det har i doktrinen påpekats att sådan indirekt bevisning kan utgöras av handlingar med vars stöd sökanden kan spåra relevanta dokument, vittnen eller inhämta annan information. I promemorian belyses inte om artikel 6 i direktivet medför att den misstänkte intrångsgöraren skall kunna föreläggas att lägga fram indirekt bevisning eller inte. Samma otydlighet gäller informationsförelägganden i enlighet med artikel 8 i direktivet.

2. Rätten till information om intrångsgörande varors ursprung m.m.

2.1 Integritetsaspekter

Det kan konstateras att när det gäller de civilrättsliga skydds- och säkerhetsåtgärderna, har lagstiftaren ansett att den påstådde intrångsgörarens integritetsintresse är tillgodosett dels genom att begäran är föremål för domstolsprövning, dels genom att det ankommer på domstolen att göra en proportionalitetsavvägning mellan sökandens skäl för en åtgärd och svarandens olägenhet till följd av åtgärden. En sådan avvägning görs bl.a. vid yrkande om intrångsundersökning, vilken är en åtgärd som ur ett integritetsperspektiv måste anses vara avsevärt mer långtgående än förslaget med informationsförelägganden. Verkställighet av en intrångsundersökning har i praktiken medfört att Kronofogdemyndigheten genom ett oannonserat tillslag kan söka igenom bostäder eller en anställds dator på dennes arbetsplats. Sådana åtgärder måste typiskt sett vara avsevärt mer integritetskränkande än t.ex. ett utlämnande av identiteten hos en abonnent bakom ett visst IP-nummer.

Förslaget om informationsföreläggande innehåller inga regler om hur den utlämnade informationen får utnyttjas. Informationen bör enligt Advokatsamfundets uppfattning endast få utnyttjas för ändamålet att beivra intrång i rättighetshavarens immateriella rättigheter och för information om skadans omfattning. Information bör inte få röjas för tredje man, såvida skälig anledning till sådant röjande inte föreligger, t.ex. då tredje mans medverkan är nödvändig för att identifiera en intrångsgörare.

Liksom vid intrångsundersökning bör domstolen, om det behövs, även ha möjlighet att i sitt beslut om informationsföreläggande förordna om villkor för tillhandahållandet av informationen.

Advokatsamfundet anser att principen om rätt till information skall göras teknikberoende.

2.2 *Beviskravet*

Enligt förslaget skall beviskravet för att ett intrång förelegat och att ett informationsföreläggande skall kunna meddelas vara att intrånget är styrkt. Som skäl för detta beviskrav har integritetsskäl angivits. Advokatsamfundet ifrågasätter om beviskravet och den föreslagna ordningen verkligen tillgodoser behovet av integritetsskydd och ifrågasätter vidare förslaget ur ett rättssystematiskt perspektiv. Enligt Advokatsamfundet talar flera skäl för att ett lägre beviskrav bör kunna tillämpas utan att risken för integritetskränkningar ökar.

Vid ett informationsföreläggande som prövas i samband med dom, dvs. mot intrångsgöraren, är det naturligt att beviskravet är styrkt. Mot denna ordning har Advokatsamfundet inga synpunkter. När det gäller yrkanden om informationsföreläggande som framställs då rättegång inte pågår förhåller det sig annorlunda.

Tredje man har typiskt sett mindre information om intrånget och kan därför inte antas göra samtliga invändningar som den påstådde intrångsgöraren skulle ha gjort. Eftersom den påstådde intrångsgöraren vid en informationsföreläggandeprocess som avser tredje man, inte med nödvändighet känner till processens existens, kan den påstådde intrångsgöraren inte heller inträda i processen som intervenient. Om den påstådde intrångsgöraren känner till processen är det inte heller säkert att den tredje mannen och intrångsgöraren kan enas om ett sätt att gå i svaromål. Om intrångsfrågan prövas i en process där svaranden inte är intrångsgörare, finns det med andra ord en risk för att varken förhandlingsprincipen eller dispositionsprincipen kommer till sin rätt.

Enligt nuvarande ordning för vitesförbud kan, om åtgärden yrkas interimistiskt, beslutet användas av rättighetshavaren som en materiell förprovning i intrångsfrågan. Om domstolen funnit att sannolika skäl för intrång föreligger, utgör den delen av beslutet ett mycket tungt vägande skäl för intrångsgöraren att träffa en förlikning på rättighetshavarens villkor. Om domstolen prövar intrångsfrågan inför ett beslut om informationsföreläggande avseende en tredje man i ett ärende måste ett sådant beslut få samma prejudicerande verkan som en dom i ett intrångsmål. Ett sådant beslut kan komma att användas i påtryckningssyfte mot den påstådde intrångsgöraren på samma sätt som i dag sker vid beslut om interimistiska åtgärder. Den föreslagna ordningen kan således medföra en minskad rätts-säkerhet för den påstådde intrångsgöraren.

Genom att sänka beviskravet för att ett informationsföreläggande skall kunna meddelas kan den prejudicerande verkan av ett sådant beslut minska, liksom risken för att informationsföreläggandeinstitutet används för att komma i åtnjutande av en snabb materiell förprovning utan att intrångsgöraren fått tillfälle att yttra sig.

Informationsföreläggandet är ett delvis nytt institut och frågan är var det bör inordnas rättssystematiskt. En intrångsundersökning är en skyddsåtgärd som syftar till att säkra bevisning om intrång har begåtts och i så fall om intrångets omfattning. Beviskravet för att en intrångsundersökning skall genomföras är att det skäligen kan antas att ett intrång i objektiv mening har begåtts. Ett informationsföreläggande i enlighet med promemorian skulle fylla en delvis annorlunda funktion, nämligen att antingen identifiera en framtida

svarande i en intrångsprocess (i huvudsak vid intrång som begås över Internet där sökanden begär ett informationsföreläggande avseende abonnenten bakom ett visst IP-nummer) eller att komma åt information om inköps- och distributionskanaler avseende intrångsgörande varor i syfte att hindra ytterligare intrång.

Det låga beviskravet vid beslut om intrångsundersökning kan bl.a. ses mot bakgrund av att det är en åtgärd som är avsedd att tillämpas i ett mycket tidigt ske i en process. I syfte att främja uppgörelser utom rätta, vore det enligt Advokatsamfundet en fördel om även informationsföreläggandet, då detta yrkas i ärendeform, betraktas som ett institut som skulle kunna förekomma i ett tidigt skede. Om rättighetshavaren erhållit bevisning från tredje man som styrker intrång redan innan en process mot den påstådda intrångsgöraren inletts, torde den förestående processen kunna förenklas.

För att skydda den personliga integriteten bör, enligt Advokatsamfundet, högre krav ställas på bevisläget vid ett informationsföreläggande än vid en intrångsundersökning. Rättssystematiskt bör därför informationsförelägganden ur bevishänseende inordnas ”över” intrångsundersökningar. Advokatsamfundet föreslår därför att beviskravet för ett informationsföreläggande skall vara att det föreligger sannolika skäl för att intrång begåtts.

3. Skadestånd

Det är alltså svårt för rättighetshavare att visa sin skada och därmed få full ersättning. Bevislätnadsregeln i 35 kap. 5 § rättegångsbalken avseende skadans omfattning har ur detta hänseende visat sig vara otillräcklig. Genom NJA 2005 s. 180, det s.k. Formsprutarnamålet, har Högsta domstolen uppställt relativt stränga krav för att bevislätnadsregeln skall kunna tillämpas. I målet saknades utredning beträffande det allmänna skadeståndet och något skäl till frånvaron av utredningar hade inte angivits av rättighetshavaren. I ett senare avgörande har Hovrätten över Skåne och Blekinge (mål nr T 1301-04) tolkat bevislätnadsregeln i 35 kap. 5 § rättegångsbalken mycket strikt och uttalade att en marknadsundersökning skulle vara nödvändig för att visa goodwillskadan till följd av ett upphovsrättsintrång.

Det finns dock exempel på underrättsdomar som meddelats efter Formsprutarnamålet, i vilka domstolarna inte gjort motsvarande stränga bedömningen av bevislätnadsregeln, t.ex. Svea hovrätts dom i mål nr T 8982-05 (Fjällräven) och Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 26542-05 (Canon). Även om förtydligandena i promemorian införs, kvarstår enligt Advokatsamfundet betydande otydligheter vad avser räckvidden av bevislätnadsregeln i 35 kap. 5 § rättegångsbalken.

Advokatsamfundet anser att Mönsterutredningens förslag i SOU 2001:68 (s. 129 ff.) avseende förslaget på beräkning av förlust p.g.a. utebliven försäljning och krav på orsaksamband bör genomföras.

4 Offentliggörande av domstolsavgörande

Såsom förslaget vad avser kostnader för ett offentliggörande är utformat, är det möjligt att intrångsgörarens ersättning till rättighetshavaren för ett offentliggörande blir högre än rättighetshavarens ersättning för intrånget. Enligt Advokatsamfundet bör kostnaden för ett offentliggörande vara skäligt i förhållande till intrångsgörarens kostnader i målet i övrigt. Detta är enligt Advokatsamfundet viktigt för att kostnaderna för ett offentliggörande i praktiken inte skall få ställningen av ytterligare en sanktion.

5 Korrigeringsåtgärder

Liksom intrångsgörarens skyldighet att ersätta rättighetshavarens kostnader för ett offentliggörande, bör kostnader som uppkommer i samband med korrigeringsåtgärder, typiskt sett kostnader för destruering, vara skäliga.

Av promemorian framgår inte hur skadeståndsbestämmelserna om skälig ersättning förhåller sig till en återkallelse. Intrångsgörare kommer att kunna ådömas att betala skadestånd till rättighetshavare samtidigt som denne åläggs att återkalla distribuerade intrångsprodukter. Det framgår inte av promemorian om det är möjligt att sätta ned ett utdömt skadestånd om en svarandens återkallelse av intrångsprodukter blir så resultatrik att rättighetshavarens skada klart minskar.

6. Övrigt

6.1 Kommersiell skala

Av gällande immaterialrättslig lagstiftning framgår att intrång föreligger när någon olovligen använder annans immateriella rättighet i sin *näringsverksamhet*. Genom att rekvisitet kommersiell skala införs som en förutsättning för flera av de föreslagna åtgärderna kan osäkerhet uppstå.

Ur ett språkligt hänseende får rekvisitet i näringsverksamhet sägas innefatta kommersiell skala, men det omvända torde inte vara språkligt korrekt. Således kan kommersiell skala uppfattas som en mer omfattande intrångsverksamhet än vad som hittills förutsätts i svensk rätt. Det ankommer inte på medlemsstaterna eller nationella domstolar att närmare definiera rekvisitet kommersiell skala. Medlemsstaterna får emellertid föreskriva om förfaranden som är gynnsammare för rättighetshavaren än de som följer av direktivet. För att upprätthålla en enhetlig systematik i de immaterialrättsliga lagarna föreslås därför att beslut om de föreslagna åtgärderna skall kunna fattas då intrånget sker i näringsverksamhet.

6.2 Civilrättslig verkan av hävning respektive upphörande

I promemorian sägs på s. 198 att ”om en registrering av ensamrätten har *hävts* [kursiverat här] genom ett lagakraftvunnet avgörande”, kan ingen dömas till ersättningskyldighet för

intrång m.m. En *hävning* av en ensamrätt medför nullitet av rättigheten, vilket innebär en civilrättslig verkan *ex tunc* (dvs. retroaktiv verkan). På s. 198 sista raden sägs vidare att ett ”informationsföreläggande bör alltså inte kunna beslutas med anledning av ett intrång i en ensamrätt som har *upphört* [kursiverat här].” Den civilrättsliga verkan av att en ensamrätt *upphört* är endast *ex nunc* (dvs. endast framtida verkan). Det vore i sammanhanget lämpligt om ett informationsföreläggande kunde riktas mot någon även sedan ensamrätten upphört för utredning av ett inträngs omfattning under den period ensamrätten var gällande.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg