

Det kan tyckas underligt att först efter det att EU-parlamentet sa nej till den så omdebatterade och hårt kritiserade ACTA-avtalet, ha med det som tema-artikel i BrandNews – men det är inte så konstigt. Frågan är nämligen om vi därmed har sluppit en mängd regleringar som på ett orimligt sätt hotar dem som inte vill acceptera de immateriella rättigheterna?

Av Christer Löfgren

Psykologins effekt i den politiska diskussionen skall aldrig underskattas. När det gäller ACTA-avtalet fick det absolut sämsta möjliga start inom EU. Arbetet med avtalet påbörjades internationellt i det fördolda 2008 och kom upp i diskussionen på allvar i samband med den internationellt uppmärksamade Pirate Bay-rättegången under 2009, följt av diskussionerna om FRA:s signalspaning på nätrafiken. Många debattörer såg med oro på framtiden, där de stora rättighetshavarna skulle kunna diktera villkoren och övervakningen skulle vara massiv. Mot den bakgrunden diskuterades alltså det inte globala, men i alla fall internationella ACTA-avtalet - inför stängda dörrar! När något är så hemligt att ingen utanför förhandlingsrummen får se och höra och det handlar om effektiva åtgärder mot piratkopiering – då var grogrunden för obarmhärtig kritik välgöddslad. En annan effekt av att det förhandlades utan insyn, var att rykten fick bärkraft och när väl avtalet visades upp så var det försent – allmänhetens inställning i hela EU var redan etablerad. Försöken att motverka den allmänna inställningen blev verkningslösa.

Redan här skall det dock sägas att det i de första utkasterna till avtal skall ha funnits orimliga delar, som efter den massiva kritiken plockades bort. Självklart har kritisk granskning alltid en funktion.

Jublet steg i media när avtalet stegvis under våren fick preliminära nej i skilda utskott och slutligen ett överväldigande nej i EU-parlamentet den fjärde juli. Röst-siffrorna var 487 för att lägga avtalet i sopkorgen; 39 för att underteckna avtalet, medan 165 parlamentsledamöter la ned sina röster.

En representativ röst för kritikerna hit-

tar man hos Aftonbladet, **Daniel Swedin**. Samma dag som omröstningen skedde skrev han illustrativt bl a följande under rubriken "Acta måste dö":

"[...] Det vore på tiden. Inom avtalet finns formuleringar som kan innebära allvarliga inskränkningar av de medborgerliga fri- och rättigheterna. Acta har sågats av de flesta experter på området. Avtalet kan strida mot EU-rätten och EU-parlamentets egna sakkunniga i medborgarrättsfrågor är för ett nej till Acta.

Och vad värre är: Acta är ett människorättsligt problem. Avtalet riskerar att begränsa tillgången till billiga och lagliga mediciner i tredje världen. Varningen kommer från en av världens mest respekterade hjälporganisationer och mottagare av Nobels fredspris, Läkare utan gränser.

Genom så kallade generika – likvärdiga kopior på läkemedel vars patent har gått ut – har rekordmånga människor fått tillgång till livräddande mediciner. 80 procent av de mediciner som når de miljoners hivsmittade i fattiga länder är generika.

[...] Väldigt många människor riskerar att dö i sjukdomar som mänskligheten redan har bot för, därför att de inte längre har råd med medicin."

Vem är ute och cyklar?

Det här är förstås intressant, och BrandNews ställde sig frågan vem som egentligen är ute och cyklar. Swedin och många andra ACTA-kritiker blåste upp faran till gigantiska proportioner, medan exempelvis en av Sveriges främsta immaterialrättsexperter, professor **Marianne Levin**, i en artikel i Sydsvenska Dagbladet kallade resonemangen som figurerat om effekterna på generikatillgången som "befängt".

Levin konstaterade nämligen att avtalet endast gäller de länder som skriver under det, alla andra kan ha vilka regler de vill.

När nu EU-länderna ströks från de medverkandes lista är blott följande tio länder kvar: Australien, Kanada, Japan, Mexiko, Marocko, Nya Zeeland, Singapore, Sydkorea, Schweiz och USA.

Då har dessutom Mexikos senat sagt nej till avtalet, även om det förefaller råda oenighet i landet.

Levins artikel skrevs innan Swedin publicerade sin, och man kan just i hans fall notera att det är fritt att tillverka generika när patent har upphört, oavsett Acta-avtal eller inte - det finns inget i avtalet som föreskriver en längre skyddstid för patent.

En annan fråga är när man tillverkar olaglig generika, alltså kopior innan patentet har upphört. Då skulle ett avtal av Actas slag kunna påverka tillgången av otillåtna kopior om tillverkningen och distributionen/försäljningen skulle ske i ett land som har undertecknat Acta-avtalet.

BrandNews har samlat ihop en hel del artiklar de senaste åren om Acta-avtalet. Men istället för att plocka fram allt material letades den svenska versionen av avtalet upp och läsningen började. Vad säger egentligen avtalet?

Varför ett Acta-avtal?

Skälet bakom Acta-avtalet är den ökande handeln piratkopior av alla de slag, oavsett om det handlar om nedladdningar eller butikshandel osv. Mer preciserat så handlar det om den internationella handeln där man genom TRIPS-avtalet har fått en rad miniminivåer vad gäller det immaterialrättsliga skyddet, men det man med stor möda förhandlar fram i det globala

samarbetet räcker enligt många inte till när det gäller tillämpningen: där behövs det mer samsyn – en samsyn som är svår att nå globalt. Då började ett antal länder istället förhandla fram Acta-avtalet för att använda mellan dessa länder.

Genom avtalet ville man få fram en mer gemensam syn i EU samt i de tio andra länderna så att rättighetshavarna enklare kan upprätthålla sina rättigheter. För EU:s del och ur svensk synvinkel innebar avtalet i stort sett några förändringar hos oss. Så här står det i EU-kommissionens motivering till det ny ratade avtalet:

”Även om Acta-avtalet inte ändrar något i EU:s regelverk, eftersom EU-lagstiftningen redan har gått avsevärt mycket längre än de internationella standarderna, kommer avtalet att medföra en ny internationell standard, som bygger på Trips-avtalet, som antogs 1994 inom ramen för Världshandelsorganisation (WTO). Avtalet kommer således att erbjuda fördelar för EU:s exporterande rättighetshavare på den globala marknaden, vilka nu drabbas av systematiska och allmänt förekommande intrång i upphovsrätten, varumärken, patent, formlingning och geografiska ursprungsbenämningar.”

Av detta mål blir det dock tydligt att det inte är någon tvekan om att avtalet är till för att förstärka rättighetshavarnas position

för att bättre kunna stävja kopiehandeln. Bara det retar förstås upp de som har svårt att acceptera andras ensamrätter.

Det här handlar emellertid inte om varumärken, upphovsrätt, patent m m berättigades existens, det handlar om vad vi gick miste om eller klarade oss undan genom att Acta-avtalet nekades.

En rad hänsyn skall tas

I de inledande artiklarna finns några grundläggande detaljer, bl a att avtalet endast gäller för sådant som är immaterialrättsligt skyddat i det aktuella landet. Därmed omfattas exempelvis inte utgångna patent. Punkt två i artikel 3:

”Detta avtal medför inte någon skyldighet för en part att vidta åtgärder när en immateriell rättighet inte är skyddad enligt dess egna lagar och förordningar.”

I artikel fyra listas skydd för sekretessbelagd information samt för annan information som är skyddad enligt respektive lands lagar, vilket exemplifieras med bl a integritetsskydd.

Det anges uttryckligen en allmän skyldighet för länderna att tillhandahålla effektiva verkställighetsåtgärder vid intrång, som även avskräcker fortsatta intrång. Det sistnämnda kan låta hårt, men för svensk del finns det redan genom våra vitesförbud samt genom att det vid bedömningen av våra milda svenska skadestånd skall finnas med en

sådan avskräckande effekt.

Detta allmänna verkställighetskrav mildras genom att man har lagt in brasklappar om att:

- den rättmätiga handeln inte får hindras;
- det måste säkerställas att åtgärderna inte missbrukas;
- de skall vara rättvisa och skäliga; inte vara onödigt komplicerade kostsamma eller medföra oskäliga och otymotiverade frister eller dröjsmål,
- åtgärderna skall vara proportionella
- därtill skall hänsyn tas till tredje man.

Åtgärder som skall finnas

När avtalet i artiklarna 8-10 konkretiserar de åtgärder som skall finnas känner vi igen alltihop. Det handlar om förbud och skadestånd, där det sistnämnda handlar om det vi redan har som kriterier om skada, utebliven vinst och skälig ersättning. Det anges att vinnaren i rättegången skall få ersättning för sina rättegångskostnader.

Det skall dessutom finnas möjlighet för domstolarna att besluta om förstörande av kopiorna och av utrustning som huvudsakligen används för tillverkningen av kopiorna (VML kap 8 §7 / URL 53a).

En kritiserad del i avtalet är möjligheten till interimistiska åtgärder. Ur svenska ögon är det inget konstigt med det, vi har därtill möjlighet till interimistiska förbud och bevissäkringsåtgärder utan hörande, alltså att den misstänkte inte får chans att gå i svaromål innan beslutet träder i kraft.

Det många har hakat upp sig på är att avtalet bara tar upp en rad åtgärder utan att det anges vilken grad av misstanke som måste nås för att åtgärderna skall kunna aktiveras, alltså om det krävs sannolika skäl för intrång eller någon annan nivå.

För att i Sverige få till en bevissäkring genom intrångsundersökning (i praktiken en husrannsakan av kronofogden) är misstankegraden låg; det räcker med att det finns ”skälig misstanke”. För att få till ett interimistiskt förbud krävs mer: ”sannolika skäl” att det sker ett intrång.

Men att uppfatta Acta-avtalet som att allt kan angripas oavsett misstankegrad det blir lite löjväckande. Att alla de involverade länderna helt plötsligt skulle släppa på alla skälighets- och rättsäkerhetsaspekter är mildt sagt långsökt. Det är lite som att bara för att det i avtalet inte anges vilket maximalt fängelsestraff som kan utdömas så kommer alla länderna att ha livstid som normalstraffet vid uppsåtligt varumärkesintrång.

En annan detalj i avtalet som nu har funnits några år i Sverige efter implemente-



landet av EU:s sanktionsdirektiv är möjligheten att via informationsföreläggande vid vite tvinga fram information om kopiornas ursprung och distributionsled (se VML kap 9 och avtalet artikel 11). Se mer om detta nedan när det gäller den digitala miljön.

Gränsskyddet

En del i avtalet som används som skräckexempel handlar om gränskontrollerna. Avsnittet inleds med en allmänt hållen uppmaning om att länderna skall ha en effektiv gränskontroll inom ramen för TRIPS-avtalet, där man skall undvika att hindra den rättmätiga handeln.

En speciell del gäller små sändningar och personligt bagage, som även har fått en särskild artikel:

Artikel 14: Små sändningar och personligt bagage

1. Vardera parten ska vid tillämpningen av detta avsnitt inkludera varor av kommersiell natur som skickas i små sändningar.

2. En part får från tillämpningen av detta avsnitt undanta små mängder av varor av icke kommersiell natur som ingår i resandes personliga bagage.

Inte heller detta är något annat än det som tillämpas här i landet idag. Personligt bagage där små mängder kopior finns släpps igenom, men är mängderna lite större ses det som kommersiellt. Ett skäl till punkten 1 är att kopieimporten tog en ny väg för några år sedan där kopiepartier delades upp och skickades till flera skilda privatpersoner för att ”undgå radarn”. Ett exempel på detta var uppe i Stockholms tingsrätt under 2007, där sex privatpersoner fälldes i en systematisk import av småförsändelser LACOSTE-tröjor (se BN 7/07).

Gränsen mellan små privata och kommersiella försändelser var uppe i Stockholms tingsrätt när en privatperson fälldes för import av fem skjortor, två pikétröjor, en täckväst, tre t-shirts, elva bälten, sex par solglasögon, tre väskor samt sju par skor vid hemkomsten från en USA-resa då han fastnade i tullen. De 38 produkterna hade det gemensamt att det var piratkopior märkta med Guccis varumärke. Det kostade honom 15 000 kronor i skadestånd och drygt 52 000 kronor i rättegångskostnader (se BN 2/12).

En underlig brasklapp dyker upp i avtalet i något som verkar vara en eftergift till de skräckscenarier som målas upp kring generikaimporten i länder som inte berörs av avtalet. I en not till avsnittet om gränskontroller sägs nämligen följande:

”Parterna är överens om att patent och

skydd av sekretessbelagd information inte omfattas av bestämmelserna i detta avsnitt.”

För svensk del är det självklart att Tullverket kan agera mot import av produkter som innebär patentintrång. Det går även bra att göra en sk ansökan om ingripande även för patent, även om det kanske är vanligare för varumärken.

Kopior i transit

En känslig del gäller transitvaror, alltså varor som bara passerar ett land på väg till nästa. EU-domstolen har tidigare slagit fast i en dom om tandkräm att varor som är i transit inte kan innebära intrång. Det är först när varorna förtullas och sätts i sk fri omsättning som de kan innebära intrång. Det finns undantag, och det är om det står helt klart att varorna är på väg i fri omsättning (se BN 10/05). EU-domstolen har där efter i några domar filat på sidofrågor runt denna dom.

I Acta-avtalet sägs följande kring varor i transit:

En part får anta eller behålla förfaranden som gäller misstänkta transitvaror eller i andra situationer där varorna är under tullkontroll under vilken

a) dess tullmyndigheter får agera på eget initiativ för att uppskjuta frisläppandet av, eller kvarhålla misstänkta varor, och b) där så är lämpligt, en rättighetshavare får begära att dess behöriga myndigheter skjuter upp frisläppandet av, eller kvarhåller, misstänkta varor.

Det här är inte heller något konstigt eftersom Tullverket kan hålla kvar misstänkta produkter även när de är i transit för att reda ut vad som gäller just dessa varor.

Maxtid för kvarhållande utan att gå till domstol

En del i kritiken vad gäller tullens möjligheter är att det inte anges exakt hur många dagar misstänkta produkter kan hållas kvar av tullen innan rättighetshavaren har inlett ett rättsligt förfarande domstol. I TRIPS-avtalet anges tio arbetsdagar som gräns, som dock går att förlänga tio dagar. I EU-förordningen som styr tullverkens arbete i denna del finns flera exakta tidsgränser. När tullen har hittat något misstänkt har rättighetshavaren 10 dagar på sig (tre dagar om det är produkter som förstörs av lagringen) att ha inlett ett rättsligt förfarande.

I Acta-avtalet finns inte några konkreta

tidsgränser alls, istället sägs ”inom rimlig tid”. BrandNews har lite svårt att förstå kritiken på den punkten. Acta-avtalet är ju ett komplement till TRIPS, och frågan är då hur det skulle vara möjligt för avtalsparterna att bortse från TRIPS-avtalets tio dagars krav?

Både böter och fängelse

När det gäller straffrättsliga sanktioner har vi strängare åtgärder än vad som anges i Acta-avtalet. I avtalet talas det nämligen om att sådana åtgärder skall finnas vid ”åtminstone [...] uppsåtlig[t]” intrång, medan vi har sådant ansvar vid både uppsåtliga och grova oaktsamma intrång. I avtalet poängteras också vid flera tillfällen att det som skall kunna angripas är intrång i kommersiell verksamhet.

Precis som här hos oss skall man även kunna angripa intrångsgörarnas medhjälpare.

De påföljder som skall finnas till hands enligt avtalet är självklart både fängelse och böter, även om det inte behöver vara möjligt att döma ut båda för samma gärning.

Skulle krävt svensk lagändring

Den artikel som skulle ha krävt en svensk lagändring är artikel 26, som lyder så här: ”Vardera parten ska föreskriva att dess behöriga myndigheter, där så är lämpligt, kan agera på eget initiativ för att inleda en utredning eller en rättslig åtgärd rörande de straffrättsliga överträdelser som anges i punkterna 1, 2 och 4 i artikel 23 (Straffrättsliga överträdelser) och för vilka den parten föreskriver straffrättsliga förfaranden och påföljder.”

När det gäller upphovsrätten krävs inga förändringar, däremot när det gäller varumärken och design. Idag krävs det nämligen både att rättighetshavaren anger brott till åtal och att åtal ”av särskilda skäl är motiverat [”påkallat”i ML], från allmän synpunkt” för att åklagaren skall kunna väcka åtal vid intrång i varumärken och design.

Kraven för att åklagaren skall kunna agera var ännu högre förr. Ett väsentligt skäl för dessa åtalsregler är resursbegränsningar. De ekonomiska resurser som läggs på brottsbekämpning är begränsade och prioriteringar måste ske. Då har man valt att göra det möjligt att koppla in statens resurser även vid varumärkes- och designintrång, men inte utan en viss tröskel. Den tröskeln skulle behöva sänkas, men inte alls tas bort om vi skulle anpassa oss till Acta-avtalet.

I den digitala miljön

Det som sker på webben har fått ett särskilt avsnitt i Acta-avtalet, och det inleds med att de ovan nämnda verkställighetsåtgärderna även skall kunna tillämpas mot intrång som sker i ”den digitala miljön”. Även här tar avtalet upp att hänsyn måste tas till rättmätig verksamhet, yttrandefrihet, integritet och en rättvis process.

En avtalsdel som får många att se rött är redan etablerad i upphovsrättslagen. Det gäller möjligheten att tvinga internetleverantörer att lämna ut uppgifter om användare.

I avtalet anges först följande under de inledande fraserna:

”som önskar lösa problemet med intrång i immateriella rättigheter, inklusive intrång som sker i den digitala miljön, särskilt när det gäller upphovsrätt eller närstående rättigheter, på ett sätt som upprätthåller jämvikten mellan de berörda rättighetshavarnas, tjänsteleverantörernas och användarnas rättigheter och intressen, som önskar främja ett samarbete mellan tjänsteleverantörer och rättighetshavare för att komma till rätta med intrång i den digitala miljön,”

I artikeln anges att: ”En part får, i enlighet med sina lagar och förordningar, ge sina behöriga myndigheter befogenheten att ålägga en leverantör av Internet-tjänster att till en rättighetshavare utan dröjsmål lämna ut tillräcklig information för att identifiera en abonnent vars konto påstås användas för intrånget, när rättighetshavaren har lämnat in ett rättsligt sett tillräckligt underbyggt påstående om att intrång skett i ett varumärke eller en upphovsrätt eller närstående rättigheter, och när denna information begärs in för att skydda eller verkställa dessa rättigheter. Dessa förfaranden ska genomföras på ett sätt som undviker att skapa hinder för rättmätig verksamhet, inklusive elektronisk handel, och, i överensstämmelse med den partens lagstiftning, och upprätthåller grundläggande principer såsom yttrandefrihet, rättvis process och integritet.”

I upphovsrättslagen löses detta sedan ett par år genom regeln om informationsföreläggande:

53 c § Om sökanden visar sannolika skäl för att någon har gjort ett intrång eller gjort sig skyldig till en överträdelse som avses i 53 §, får domstolen vid vite besluta att någon eller några av dem som anges i andra stycket ska ge sökanden information om ursprung och distributionsnät för

de varor eller tjänster som intrånget eller överträdelserna gäller (informationsföreläggande). Ett sådant beslut får meddelas på yrkande av upphovsmannen eller upphovsmannens rättsinnehavare eller den som på grund av upplåtelse har rätt att utnyttja verket. Det får bara meddelas om informationen kan antas underlätta utredning av ett intrång eller en överträdelse som avser varorna eller tjänsterna.

53 d § Ett informationsföreläggande får meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse.

Internetleverantören Ephone har också fått se EU-domstolen ge grönt ljus för att tvinga fram uppgifterna om användare. Inte heller Ephones hänvisning till skyddet för personuppgifter och integritet räckte till. EU-domstolen konstaterade att eftersom bara domstolar kan ta beslut om att tvinga fram uppgifterna så säkrar man att det görs en proportionalitetsbedömning och en avvägning av de motstående intressen som finns.

Ett särskilt stycke tar upp krav på att det måste finnas ett rättsligt skydd mot kringgåenden av effektiva tekniska skyddsåtgärder. Sådant skydd finns i upphovsrättslagen (§ 52 d och e och § 57a) och marknadsföring av en sådan produkt, PSJAILBREAK, har även förbjudits av Marknadsdomstolen (se BN 4/11)

Expertis behövs och finns

Om vi lämnar den digitala miljön föreskriver Acta-avtalet att länderna skall främja och uppmuntra till att det utvecklas expertis inom området. I Sverige är det sedan flera år ”materialiserat” genom de två IP-åklagarna vid Nationella gruppen mot immaterialrättsbrott på Internationella åklagarkammaren i Stockholm. Därtill har polisen en särskild nationell samordnare för IP-brott.

Dessa specialister bygger kontinuerligt upp samarbeten och kontaktnät såväl i Sverige som utomlands inom de ramar de har.

Det sägs dessutom särskilt i avtalet att länderna får samverka när det gäller att agera mot exempelvis källor till kopiorna, vilket torde vara högst normalt polis-, åklagar- respektive tullarbete.

Internationellt samarbete

Det sista i avtalet som kan vara relevant är

ett avsnitt där det internationella samarbetet betonas starkt.

I avtalets artikel 35 ”preciserar” åtgärder som krävs:

”Vardera parten ska, på begäran och på gemensamt överenskomna villkor, sträva efter att bistå med kapacitetsuppbyggnad och tekniskt bistånd för att förbättra verkställigheten av skyddet för immateriella rättigheter till andra parter i detta avtal och, där så är lämpligt, till blivande parter.

Kapacitetsuppbyggnaden och det tekniska biståndet kan omfatta områden som till exempel

- förbättrande av allmänhetens medvetenhet om immateriella rättigheter,
- utveckling och genomförande av nationell lagstiftning rörande verkställigheten av skyddet för immateriella rättigheter,
- fortbildning av tjänstemän om verkställigheten av skyddet för immateriella rättigheter, och
- samordnade insatser som bedrivs på regional och multilateral nivå.”

Skulle ha krävts en lagändring

Känslan efter att ha läst igenom hela detta ”hemska” Acta-avtal är – vad är det som är problematiskt och så hotande?

När en av de mer kunniga om detta avtal, Stefan Johansson på Justitiedepartementet, berättade om avtalet i våras var hans slutsats att det enda som måste justeras i våra befintliga lagar är att åklagaren måste ges vissa möjligheter att agera mot varumärkesintrång utan att rättighetshavaren anger ärendet till åtal, se mer ovan.

Man skulle kunna egentligen kunna se det hela som ett utmärkt exempel på vilken associationskraft det kan finnas i ett kännetecken, och hur svårt det kan vara att påverka associationerna även när produkten ändras markant.

Acta-avtalet ligger hos EU-domstolen som skall yttra sig över om och i så fall hur avtalet strider mot gällande EU-rätt. Huruvida det arbetet fortgår även efter det att EU-parlamentet sa nej återstår att se.

I nästa nummer följer vi upp detta med en intervju med professor Marianne Levin.

Not: Den svenska versionen av avtalet finns för nedladdning på brandnews.se tillsammans med en skrift över kritik mot avtalet.