

Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Høring - styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter

Vi viser til Deres brev av 13. juni 2006 hvor Justis- og politidepartementet sender på høring forslag til styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m.

Toll- og avgiftsdirektoratet har gjennomgått forslaget og har følgende merknader:

1. Generelt

Krenking av immaterielle rettigheter¹ er et stort og stadig økende problem. På verdensbasis er piratvarekriminaliteten en av de raskest voksende former for organisert kriminalitet. OECD antar at verdien på forfalskede varer og piratvarer er på mer enn 1000 milliarder kroner per år². Seriøse bedrifter kan ødelegges dersom deres produkter blir forfalsket og sendt ut på markedet. De kriminelle miljøene som profitterer stort på piratvarene opererer nesten uten unntak "svart" og ulovlig.

De økonomiske konsekvensene forplanter seg til reduserte statsinntekter og økte sosiale utgifter. En analyse gjort av Frontier Economics³ basert på tall fra OECD, viser at pirathandel har ført til 2,5 millioner tapte arbeidsplasser og økte sosiale kostnader på 500 milliarder kroner per år i G20-landene.

Handel med piratvarer har også store konsekvenser for liv og helse. Frontiers beregning viser at forfalskede varer og piratvarer er årsak til 3000 dødsfall per år i den samme gruppe land. Dette skyldes dårligere produktkvalitet som fører til uhell og ulykker. Dessuten kan forfalskede medisiner og leketøy være akutt skadelige.

Økokrim har i sin trusselvurdering for 2011-2012 omtalt omsetning av piratkopierte produkter som en økende trussel i Europa. Pågående etterforskning i regi av Europol

¹ Vi vil i det følgende benytte begrepene immaterielle rettigheter og IPR (intellectual property rights) som samlebetegnelse på opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven. Mens departementets høring først og fremst omfatter industrielle rettigheter, så vil våre kommentarer også omfatte rettigheter etter åndsverkloven.

² "Counting the Cost: The Economic Impacts of Counterfeiting and Piracy. Preliminary Findings of the OECD Study", OECD, 2007. Tallet inkluderer ikke varer som er produsert og solgt i samme land, og heller ikke digitalt kopierte varer.

³ "The Impact on Counterfeiting on Governments and Consumers", Frontier Economics Ltd., London, mai 2009.

bekrefter at det drives i organisert form. Etter Økokrims oppfatning indikerer dette at vi også i Norge bør være oppmerksomme på at slik kriminalitet kan komme i større omfang.

I Norge har tollmyndighetenes kontroll med vareførselen i 2010 avdekket ca 220 000 forfalskede merkevarer fordelt på 315 beslag til en anslått verdi av 40 millioner kroner. I første halvår i 2011 er det allerede tatt 321 beslag og ca 160 000 varer til en verdi av ca 35 millioner kroner.

Det er positivt at Justisdepartementet foreslår en styrking av immaterialrettighetene, og vi vil trekke frem punkt 10 om bevisregler og punkt 11.3 om tvungent verneting som gode forslag. Vi er også positive til at departementet ønsker å utvide strafferammene under punkt 7. Det er viktig arbeid som gjøres når departementet vil styrke vernet for industrielle rettigheter. Samfunnet som helhet vil tjene både økonomisk og helsemessig på dette.

Selv om høringen behandler mange viktige problemstillinger, mener vi imidlertid at endringene som foreslås på flere punkter er for beskjedne. Spesielt gjelder dette for tollmyndighetens grensek kontroll. Vi vil spesielt kommentere følgende temaer:

- Grensek kontroll og forenklete prosedyrer
- Vederlag og erstatning
- Straff

Det er ikke alene i domstolen at kampen mot piratvarer skjer, men i høy grad på grensen. Mange saker kommer ikke for domstolen etter tollvesenets tilbakehold, men blir avgjort ved forlik eller abandonering. Andre saker blir ikke fulgt opp fra rettighetshaver, blant annet fordi ressursbruken fremstår som større enn gevinsten ved å gå videre med en sak. For at rettighetshavere skal oppnå beskyttelse er det viktig med tilstrekkelige rammer både for straff og erstatning slik at man oppnår den nødvendige preventive effekten. Samtidig må tollvesenet ha mer effektive kontrollmuligheter og næringslivet må få lettere tilgang til tollvesenets bistand. Grensek kontrollen må prioriteres fordi majoriteten av de krenkelser av immaterielle rettigheter vi har i Norge oppstår når varene passerer grensen. Det er langt mer effektivt å stoppe piratvarene ved grensen mens varestrømmen er konsentrert, enn å stanse dem når de allerede er kommet på markedet og har oppnådd en vid distribusjon; i praksis kan det være umulig å stoppe IPR-varer etter grensepassering.

2. Om midlertidig forføyning og grensek kontroll (høringsnotatets punkt 9)

Departementet legger til grunn at reglene om midlertidige forføyninger og grensek kontroll oppfyller kravene i TRIPS-avtalen med god margin og er fullt på høyde med kravene direktiv 2004/48/EF stiller til EU-landene. Det påpekes også at omfanget av tilbakeholdelser har økt betydelig siden siste endring av reglene i 2007.

Departementet har inntrykk av at reglene nå fungerer tilfredsstillende, slik at det ikke er grunn til endringer utover å bringe avgresningen av immaterialrettigheter i reglene om grensekontroll i samsvar med den som er foreslått innført i reglene om rett til informasjon i tvisteloven, jf. høringsnotatets punkt 10.5. Avgrensningen som er foreslått der omfatter noen flere rettigheter enn de som er omfattet av reglene om grensekontroll.

Toll- og avgiftsdirektoratet mener at en sammenligning med minimumskriteriene både i TRIPS og i EUs regelverk ikke er et hensiktsmessig sammenligningsgrunnlag. Disse minimumsreglene er blant annet laget for å kunne gjennomføres i utviklingsland og i nykommere i EU som for eksempel Romania og Bulgaria. De fleste EU-land har valgt å legge seg på et vesentlig høyere nivå. Når det gjelder tolltiltak mot mulige brudd på immaterielle rettigheter, mener vi videre at vi kan sikre en mer effektiv kontroll og oppfølging av beslaglagte IPR-varer dersom vi også følger EU-landenes regelverk i forordning 2003/1383/EF.

Tollmyndighetene har siden 1. januar 1997 forvaltet regelverket om tilbakehold av varer som ved innførsel eller utførsel krenker immaterialrettigheter. I løpet av tiden som har gått, har det vært en urovekkende utvikling i omfanget av handel med IPR-varer. Vi vet at omfanget er stort, og etter at tollvesenet fikk økte ressurser til å bekjempe piratvarer har beslagene som nevnt gått kraftig opp. Det er grunn til å tro at dette bare er toppen av isfjellet.

På bakgrunn av den store økningen i antall tilbakehold av IPR-varer er det et etter vår oppfatning behov for å tilrettelegge for en mer effektiv grensekontroll og saksbehandling av slike saker. Ved å nedfelle i vårt regelverk EUs praktiske og håndterbare løsninger i forhold til prosedyrer, lagring av tilbakeholdte varer, tidsfrister, verifisering, utlevering, destruksjon, kostnader osv., vil vi i større grad kunne nyttiggjøre både nasjonalt og regionalt samarbeid på området. Tollmyndighetene spesielt og samfunnet generelt vil dessuten få et mer effektivt instrument for å bekjempe handel med varer som krenker immaterielle rettigheter.

Siden TRIPS-avtalen ble inngått har det blitt nevnt i en rekke sammenhenger at regelverket bør revideres hvis erfaring viser at det behøves eller at EUs regelverk viser seg å være bedre enn vårt. Justisdepartementet påpekte for eksempel i høringsbrev av 21. desember 1995 at *"I EU kan rettighetshavere henvende seg direkte til tollmyndighetene for å få stanset varemerkeforfalskede og piratkopierte varer [...]. En gjennomføring av TRIPS-avtalen som skissert ovenfor vil ikke være til hinder for at en på bakgrunn av de erfaringer som vinnes, ved en senere anledning vurderer å åpne for det samme i Norge"*. Videre anførte Justisdepartementet i Ot. prp. nr. 73 (1995-96) at *"En gjennomføring av TRIPS-avtalen slik som skissert i høringsbrevet vil ikke være til hinder for at man på et senere tidspunkt vurderer å innføre en annen ordning, for eksempel en slik ordning som man nå har i EU"*. Denne anmerkningen ble også

kommentert av Justiskomiteen⁴: "Komiteen vil minne om at det er mulig å vurdere endringer i tråd med EUs regelverk i fremtiden dersom erfaringene både i Norge og i EU skulle tilsi at EUs forordning er bedre enn den ordningen departementet nå foreslår."

Toll- og avgiftsdirektoratet erfaring i de nesten 15 årene som har gått siden dette spørsmålet sist ble diskutert, tilsier at det nå er behov for å vurdere slike endringer. Erfaringer fra EU viser at EUs prosedyrer sikrer en mer effektiv og velfungerende håndheving av rettigheter enn den norske. I vår kontakt med myndighetene i blant annet Nederland vises det til at varer i en størrelsesorden på 95% av det totale antall beslaglagte varer blir destruert etter den forenklete prosessen med passivt samtykke, uten at dette synes å skape praktiske problemer. Danmark rapporterer en lett stigende tendens i samme retning, og viser til at ca 25% av deres beslaglagte varer destrueres etter denne prosessen.

Toll- og avgiftsetaten mener derfor at følgende bør vurderes innført i Norge:

2.1 Forenklet prosedyre for destruksjon av tilbakeholdte varer

I høringsnotatet gjentas det at rettighetshavers stilling bør styrkes. Dette bør innebære at det må bli enklere for rettighetshaver å beskytte seg mot brudd på immaterielle rettigheter. Det ønskelige utfallet av en IPR-sak er å få varene satt ut av omløp ved destruksjon i tillegg til at lovbrøteren forfølges. I dag krever dette en destruksjonserklæring med vareeierens samtykke. Å skaffe et slikt samtykke kan i enkelte tilfeller være vanskelig, og rettighetshaver må derfor skaffe en kjennelse fra retten for å få destruert varene.

Vi foreslår at det etter mønster fra EU tas inn en ny bestemmelse i tolloven kapittel 15 om en forenklet prosedyre som på nærmere bestemte vilkår, herunder *passivt samtykke*, gir tollmyndighetene adgang til å destruere de tilbakeholdte varene *uten* at det er nødvendig å fastslå om varene krenker en immateriell rettighet. Begrunnelsen for en slik regel er å løse tilfeller hvor det ikke er mulig å komme i kontakt med vareeieren eller hvor denne ikke ønsker å bidra til å løse saken. Det bør dessuten også innføres en regel om at rettighetshaveren er ansvarlig for utgiftene ved destruksjon. Dette er i dag ordningen i EU.

2.2 Tilbakehold av varer i transitt (høringsnotatets punkt 9.1)

Departementet nevner at etter gjeldende rett kan ikke midlertidig forføyning besluttes ved transitt. Vi mener at det bør innføres regler som gir tollmyndighetene adgang til å holde tilbake varer som er i transitt og som mistenkes å krenke immaterielle rettigheter.

⁴ Innst. O. nr. 15 1996-97

Dette er i overensstemmelse med uttalelser fra EU-domstolen i samband med Nederlands praksis med transittforsendelser. I dag det ingen risiko forbundet med å benytte Norge som transittland for varer bestemt for markedet i EU, noe som kan gjøre det attraktivt for den som handler med varer som krenker immaterielle rettigheter å benytte Norge som transittland på vei til EU.

2.3 Midlertidig forføyning

Når tollvesenet beslaglegger varer på grensen som mistenkes å krenke immaterielle rettigheter, varsles rettighetshaveren. Han har da en frist på fem dager til å fremskaffe en kjennelse fra tingretten med midlertidig forføyning over de tilbakeholdte varene. Rettighetshaveren kan også anmode retten om en midlertidig forføyning på generelt grunnlag uten at det foreligger et konkret tilfelle av tilbakeholdte varer. Sistnevnte forføyning gjelder for ett år før man eventuelt må anmode om en ny.

Å søke om midlertidig forføyning er både kostbart og tidkrevende, noe som kan være grunnen til at det per i dag kun eksisterer 65 aktive kjennelser. Til sammenligning har svensk toll per i dag mer enn 600 anmodninger om bistand. Tollvesenet og rettighetshavere er avhengig av hverandre for å kunne forhindre import av varer som krenker immaterialretten. En effektivisering av saksgangen er derfor en nødvendighet.

Vi foreslår derfor at det etter mønster i EU innføres regler som gir tollmyndighetene hjemmel til selv å behandle anmodninger om inngripen. Etter et slikt system vil tollmyndighetene behandle en anmodning innen 30 dager, enten ved imøtekomning eller avvisning. Hvis anmodningen imøtekommes, fastsettes en generell periode for inngripen på maks ett år. Imøtekomningen innebærer at varer som omfattes av avgjørelsen ikke blir frigitt fra tollmyndighetenes varetekt. Hvis rettighetshaveren ikke innen ti dager etter at han er meddelt at anmodningen er tatt til følge, har tatt skritt (rettslig eller forlik) for å fastslå om de et parti av tilbakeholdte varer utgjør et inngrep i en immateriell rettighet, frigis det konkrete varepartiet.

Ved å innføre en adgang for rettighetshavere til å anmode tollvesenet direkte, kan terskelen for å ta et slikt skritt bli lavere. Utgiftene for rettighetshaver kan også reduseres. En del mindre bedrifter kvier seg i dag for å kontakte advokat og gå veien om retten for å få en midlertidig kjennelse. Med et system som EUs vil saker kunne avgjøres uten at rettsapparatet involveres, noe som betyr en mer effektiv og kostnadsbesparende prosess, og dermed en mer effektiv håndheving av rettighetene. Vi antar at en slik ordning også vil gi en bedre dialog mellom tollmyndighetene og rettighetshavere.

En ordning hvor tollmyndighetene behandler anmodninger om å gripe inn mot IPR-varer vil nødvendigvis kreve et at det utformes et velfungerende system før ordningen iverksettes. Ordningen krever dessuten at det må stilles strenge krav til ansvar, oppfølging og informasjonsplikt for rettighetshaverne.

3. Om vederlag og erstatning (høringsnotatets punkt 5)

For tilfeller der inngriper har opptrådt forsettlig eller uaktsomt, foreslår departementet et system med tre alternative grunnlag å utmåle vederlaget eller erstatningen på, slik at rettighetshaver kan kreve lagt til grunn det av de tre alternative utmålingsgrunnlagene som gir høyest kompensasjon i det enkelte tilfelle.

Videre foreslår departementet at det innføres ytterligere et utmålingsgrunnlag for tilfeller der inngriper har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt. I slike tilfeller bør rettighetshaver kunne kreve et vederlag svarende til det dobbelte av en rimelig lisensavgift for utnyttelsen

Etter det vi kjenner til, har det i norsk rett ikke vært idømt fengselsstraff for rene immaterialrettskrenkelser. I praksis er det derfor erstatnings- og vederlagskravet som skal ivareta både hensynet til å gjenopprette eller kompensere for skade, og hensynet til avskrekking og prevensjon. Så langt har ikke erstatningsnivået på dette området i norsk rett vært egnet til å skremme noen, et inntrykk som blir bekreftet av fullmektig- og advokatbransjen.

Vi mener at det er positivt at departementet understreker behovet for å øke vederlaget eller erstatningen til rettighetshaver. Vi mener imidlertid at det i enda større grad kan legges til rette for å gi erstatning for tap av goodwill og renommé, som ofte er den mest merkbare skaden ved et inngrep. Slik skade gir seg ikke alltid økonomiske utslag på kort sikt, og kan derfor være vanskelig å dokumentere. Verdier som kjennetegnet, goodwill ol., utgjør i dag en svært stor del av børsverdien til mange selskaper, opptil 80 % hevder patentstyret. Tas slik skade i betraktning vil det kunne gjøre erstatning tilgjengelig også i de sakene hvor tollvesenet lykkes i å holde tilbake alle varene før de kommer på markedet. Dermed oppnås en avskrekkende virkning mot ytterligere importforsøk.

Hva gjelder en opplisting av alternative tapsposter, deler vi ikke departementets bekymring over at det vil føre til at andre relevante tapsposter overses. Vi tror at en opplisting både vil tjene som en påminnelse om hva som kan kreves og en inspirasjon til å finne flere relevante poster.

Departementet ser videre ut til å legge til grunn at tvistene som oftest vil oppstå mellom likeverdige næringsdrivende. Etter vår erfaring er det mange som opererer i og utenfor gråsonen i stor skala, og som grovt utnytter svakhetene i dagens system. Disse vil ofte kunne komme utenom et erstatningskrav. Derfor er det etter vår oppfatning viktig at man også legger til rette for en effektiv oppfølging gjennom straffesporet.

4. Om strafferammer (høringsnotatets punkt 7)

Departementet foreslår at den alminnelige strafferammen i alle lovene bør være bøter eller fengsel inntil ett år. Hvis inngrepet er begått under særlig skjerpene omstendigheter, bør strafferammen utvides til bøter eller fengsel inntil tre år. Det foreslås tatt inn en opplisting i loven av momenter det særlig skal legges vekt på ved vurderingen av om særlig skjerpene omstendigheter foreligger. For alle lovene foreslås det at påtale bare skal skje etter fornærmedes begjæring eller hvis det kreves av allmenne hensyn. Alternativet allmenne hensyn er nytt i patentloven, planteforedlerloven og designloven.

Direktoratet er enig med departementet i at strafferammene bør utvides. Vi mener imidlertid at man bør gå lengre enn forslaget om en alminnelig strafferamme med bøter eller fengsel inntil ett år og fengsel inntil tre år hvor inngrepet er begått under særlig skjerpene omstendigheter. Det er nærliggende å sammenligne med Danmark hvor strafferammen er fengsel inntil seks år, hvor hensikten med inngrepet er å skaffe seg selv eller andre en uberettiget vinning eller det foreligger andre særlig skjerpene omstendigheter. Selv om vi i Norge i noen grad vil kunne bruke straffelovens § 60a om organisert kriminalitet i slike tilfeller, vil en bestemmelse tilsvarende den danske kunne ha et videre anvendelsesgrunnlag og dermed sørge for en mer effektiv håndheving av regelverket.

Å innføre en tilsvarende strafferamme i Norge vil også sende et signal om hvor alvorlig myndighetene tar krenkelser av immaterielle rettigheter. I dag er situasjonen dessuten den at anmeldelser av overtredelser ofte blir henlagt av politiet. En høyere strafferamme kan medføre at flere saker blir prioritert etterforsket og pådømt. Det er en kjensgjerning at saker der de særskilte etterforskningsmidlene kan benyttes, blir høyere prioritert. En høyere strafferamme vil også bedre reflektere samfunnets syn på piratvarevirksomheten. Selv om piratvaresalg kan fremstå som tilforlatelig, med relativt små og uskyldige selgere og fattige produsenter, så er virkeligheten ofte en helt annen. Informasjon og statistikk fra EUROPOL, INTERPOL og ICE (US- Immigration and Customs Enforcement) viser at større og større andeler av denne handelen er styrt av organisert kriminalitet. Det er en av de raskest voksende former for organisert kriminalitet de seneste årene. Et av de største beslagene i Europa besto av over 6 millioner par med Nike sko. Dette er langt over årsforbruket i mange land, og krever en velfungerende organisasjon for transport, distribusjon og håndtering av pengestrømmene.

Piratvarehandelen går dessuten parallelt med annen virksomhet slik som narkotika, sigaretter og lignende kriminell virksomhet. Piratvarene peker seg foreløpig ut med lave utgifter, svært liten risiko for sanksjoner og ofte høy fortjeneste. Falsk Viagra har i følge produsenten langt høyere fortjeneste enn heroin. Tapet for samfunnet i tapte toll og avgifter, tapte arbeidsplasser, tapte skatteinntekter og økte sosiale utgifter er enormt. I tillegg utgjør piratvarene en trussel mot helse, miljø og sikkerhet. Alt fra barnemat, medisiner, sprøytemidler til reservedeler til fly blir produsert og omsatt ulovlig. Som nevnt finner det engelske analyseselskapet Frontier i sin rapport om piratvarenes

innvirkning på samfunnet at piratvarer er skyld i inntil 3000 dødsfall i G20 landene årlig (rapporten er bl.a. basert på en OECD-analyse om piratvaremarkedet i Europa).

Selv om deler av denne kriminelle virksomheten vil kunne rammes av andre lovbestemmelser, mener direktoratet at det er viktig å øke strafferammene også hva gjelder rene brudd på immaterielle rettigheter. Det er viktig at det ikke finnes "smutthull" i regelverket som hindrer en effektiv sanksjonering. Ved å øke strafferammen til seks år vil det gis et kraftig signal om at samfunnet tar denne form for kriminalitet på alvor.

5. Om bevisregler – rett til informasjon om inngrep (høringsnotatets punkt 10)

Vi hilser velkommen departementets forslag om opplysningsplikt for inngriper og visse andre personer for opprinnelse og distribusjonsnettverk. Dette gjelder særlig med tanke på EU-domstolens ferske uttalelse i saken mellom L'oreal og eBay, der domstolen åpner for at nettverkstilbyder og andre tjenesteytere som på en aktiv eller på annen måte bidrar til spredning av piratvarer eller åpenlyst passivt lar slik aktivitet skje, kan bli ansvarlige for handel med piratkopier på deres tjenester. Tollvesenet har registrert at enkelte på norske nettauksjonssider skryter åpenlyst av å ha solgt flere hundre piratkopierte varer. Så langt har nettauksjonsselskapene vært tilbakeholdne med å frigi informasjon om selgere. Dette forslaget vil forhåpentligvis bedre situasjonen.

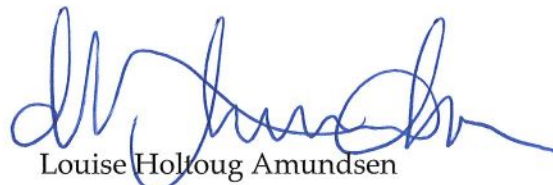
6. Oppsummering

Departementet har med sine forslag tatt mange steg i riktig retning. Vi mener imidlertid at også regelverket om grensekontroll må styrkes. I resten Europa og i de fleste land ellers i verden er det i dag tollmyndighetene som utgjør frontlinjen mot piratprodusenten. Vi håper derfor at departementet vil imøtekomme våre forslag.

Med hilsen



Pål Hellesylt
avdelingsdirektør



Louise Holtoug Amundsen
underdirektør