

| | |
|---|---|
| <p>Coalition Report Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights - 2005/0127(COD) FFII/EFF/EBLIDA/BEUC coalition draft report on IPRED2 as amended in Strasbourg by the European Parliament at its first reading on Wednesday, 25 April, 2007.</p> <p>Contents</p> <ol style="list-style-type: none">1. Executive Summary2. Competence and subsidiarity<ol style="list-style-type: none">1. General remarks2. Legal means are already available3. Harmonisation issues<ol style="list-style-type: none">1. Preliminary ruling incompatible with right to a fair trial2. Underlying substantive law not harmonised3. Distortion of carefully balanced national law systems3. Proportionality<ol style="list-style-type: none">1. Infringing item2. Commercial scale3. Intention4. Secondary liability5. Unsolved issues - scope6. Unsolved issues – public cause7. Parallel importation4. Misuse<ol style="list-style-type: none">1. Countermeasures2. Article 73. Information gathered can be used in civil cases5. More issues<ol style="list-style-type: none">1. Universal crimes2. Prior complaint6. On line version with links <p>Executive Summary</p> <p>The original Commission proposal has been heavily criticized, and much of the concern can be traced to two major lines of analysis. First, many Member States submitted that the proposal went beyond the legislative competence of the European Community. For example, as the Dutch Parliament stated in a letter, the legal means to combat piracy are already available, so the proposal was not justified. Second, almost all position papers written about the proposal characterized it as</p> | <p>Raport Koalicji FFII Foundation for a Free Information Infrastructure EFF Electronic Frontier Foundation EBLIDA European Bureau of Library, Information and Documentation Associations BEUC Bureau Européen des Unions de Consommateurs - The European Consumers' Organisation</p> <p>Raport o Dyrektywie IPRED2 w wersji zmienionej w Strasburgu przez Parlament Europejski w pierwszym czytaniu 25 kwietnia 2007</p> <ol style="list-style-type: none">1. Streszczenie2. Kompetencje i pomocniczość<ol style="list-style-type: none">2.1 Uwagi ogólne2.2 Środki prawne są już dostępne2.3 Problemy harmonizacji<ol style="list-style-type: none">2.3.1 Wstępne wyjaśnienia w trybie prejudycjalnym są niezgodne z prawem do sprawiedliwego sądu2.3.2 Prawno-materialna podstawa prawna nie została zharmonizowana2.3.3 Zaburzenie starannie wyważonych narodowych systemów prawa3. Proporcjonalność<ol style="list-style-type: none">3.1 Przedmiot naruszenia3.2 Skala handlowa3.3 Zamiar3.5 Sprawy nierozwiązane - zakres3.6 Sprawy nierozwiązane – potrzeby publiczne3.7 Równoczesny przywóz4. Nadużycia<ol style="list-style-type: none">4.1 Środki ochronne4.2 Artykuł 74.3 Gromadzona informacja może być wykorzystana w sprawach cywilnych5. Dalsze sprawy<ol style="list-style-type: none">5.1 Uniwersalne przestępstwa5.2 Pierwotne oskarżenie5.3 Praca nieletnich6. Wersja on line z linkami <p>1. Streszczenie</p> <p>Wyjściowa propozycja Komisji spotkała się z nasiloną krytyką. Stawiano dwa rodzaje zarzutów. Po pierwsze, liczne Państwa Członkowskie podnosiły, że propozycja wykroczyła poza prawodawcze kompetencje Wspólnoty Europejskiej. Na przykład, w nocie Parlamentu holenderskiego stwierdzono, że są już dostępne środki prawne dla zwalczania piractwa, więc nie ma uzasadnienia dla nowych przepisów. Z drugiej strony prawie</p> |
|---|---|

disproportional, and noted that it fails to make adequate distinctions between commercial piracy enterprises, legitimate/lawful activities undertaken by business competitors, or even the common activities of ordinary Europeans.

It should not be forgotten that in almost all cases, civil enforcement (rapid injunctions and damages) work better to protect intellectual property rights. In many countries the IP criminal law - although well-developed - only plays a subordinate role in actual practice

The directive as amended by the European Parliament (EP) raises a number of additional concerns because key concepts and definitions are left unacceptably vague, making the directive **disproportional** and **ineffective**.

The directive as amended by the EP is not proportional. Instead of targeting commercial infringement enterprises, the directive criminalises consumers, the young generation and legitimate business enterprises. This results from a number of features of the text. First, the definitions are weak. Second, the text creates an unprecedented scope of secondary liability for Internet intermediaries, ICTs, software vendors and a range of legitimate business activity. Third, it has an overbroad scope, including a number of untested rights, and rights that are not harmonized in Community law. Fourth, one of the adopted amendments makes infringements "universal" crimes, prosecutable all over the Union.

The resulting text threatens to undermine the Internal Market's current predictable legal environment and will have detrimental consequences for consumers and industry alike.

The directive's lack of clarity on central concepts will render it ineffective for its intended purpose, and it will force the European Court of Justice (ECJ) to take on an inappropriate legislative role. Undefined legal concepts or poor definitions will not give the Member States more freedom to implement the Directive since eventually the ECJ will decide. The same is true with regards to the Member States' wish to leave the penalties undefined: eventually the ECJ may decide. Not only is the ECJ the wrong venue for setting EU-wide criminal policy, it is also likely to extend the era of legal uncertainty

wszystkie ekspertyzy oceniają propozycję Komisji jako nie charakteryzującą się proporcjonalnością, nie czyniącą rozróżnienia między prawdziwymi pirackimi przedsięwzięciami w sferze gospodarki a usprawiedliwionymi i legalnymi działaniami podejmowanymi przez konkurentów rynkowych, a nawet pospolite działania zwykłych obywateli.

Nie należy zapominać o tym, że w prawie wszystkich przypadkach egzekwowanie prawa w trybie cywilnym (nakaz sądowy i pokrycie strat) jest właściwsze dla ochrony praw intelektualnych. W wielu krajach karne środki ochrony własności intelektualnej, aczkolwiek rozbudowane, odgrywają jedynie pomocniczą rolę w praktyce prawnej.

Treść zmodyfikowanej przez Parlament Europejski (PE) dyrektywy przynosi dodatkowe niepokoje, ponieważ podstawowe pojęcia i definicje pozostały niedookreślone, co czyni dyrektywę **nieproporcjonalną i nieskuteczną**.

Zmodyfikowana przez EP wersja Dyrektywy nie jest proporcjonalna. Dyrektywa zamiast być nakierowana na naruszające reguły handlowe przedsięwzięcia czyni kryminalnymi przestępcami konsumentów, młodzież i praworządnych przedsiębiorców. Bierze się to z kilku cech tekstu. Pierwszą są niejasności definicyjne. Po drugie, dyrektywa prowadzi do potencjalnego uwikłania w współsprawstwo internetowych dostawców i pośredników, dostawców oprogramowania, innych pośredników branży informatycznej, w sumie całego obszaru prawowitej aktywności gospodarczej. Po trzecie, zakres dyrektywy jest nadmiernie szeroki, zostały nią objęte także nieweryfikowane, jak i niezharmonizowane prawem wspólnotowym prawa. Po czwarte, jeden z wprowadzonych zapisów czyni naruszenia praw "uniwersalnymi" przestępstwami ściganymi w całej Unii.

Razem grozi to podważeniem obecnej przewidywalnej infrastruktury prawnej Rynku Wewnętrznego i będzie miało negatywne skutki zarówno dla konsumentów jak i wytwórczych branż gospodarki.

Dyrektywa tak jak została zmodyfikowana przez PE okaże się nieskuteczna w stosunku do intencji i wymusi na Europejskim Trybunale Sprawiedliwości (ETS) niewłaściwą dla niego rolę prawodawczą. Niejasność co do głównych pojęć nie da więcej swobody Państwom Członkowskim w implementacji dyrektywy gdyż to ETS sędzię decydować. Tak samo się skończy chęć

initiated by the Directive. The Community would in fact be making Carte Blanche criminal law, without any certainty about the final outcome and a deliberate lack of definitional clarity, which means the ECJ would be forced to take on a legislative role. In short, the promise to respect national sovereignty on law enforcement matters is empty if the directive is sure to require "interpretation" by the ECJ.

Conflicts over poorly defined Community legislation eventually end up in time-consuming ECJ preliminary rulings, but such hearings take an extraordinarily long time for criminal cases. In each case in which a preliminary ruling is asked, the case may be dismissed or the punishment may be lower. For these reasons, Community criminal law is a major threat to effective law enforcement.

In contrast, an alternative approach, incorporating clear definitions is likely to be more effective to combat counterfeit and piracy. The more precise the definitions, the higher the likelihood that Member States' implementation of the directive would not interfere with national legislation in the field of criminal law and the lower the risk ECJ would have to take the role of the legislator.

Recommended Action: The Directive is fundamentally flawed. For these reasons, we are united in our belief that the best option would be to reject the directive in its entirety. A second best alternative would be to seek to ameliorate the most egregious impacts of the directive by incorporating legally precise definitions to safeguard legal certainty and proportionality. Even then, a solution has to be found for the problem that preliminary rulings take too long for criminal cases.

Competence and subsidiarity

General remarks

Since much has been said on the competence issue already, we limit ourselves to the following few remarks.

In case C-176/03 the Member States submitted: "27 Not only is there no express conferral of power in that regard, but, given the considerable significance of criminal law for the sovereignty of the Member States, there

Państw Członkowskich do pozostawiania nie do końca sprecyzowanych kar, sprecyzuje je ETS. A ETS jest nie tylko niewłaściwym miejscem do tworzenia Wspólnej Europejskiej Polityki Karnej. Ta sytuacja prawdopodobnie doprowadzi do zapoczątkowania okresu nowej jakościowo niepewności prawnej. Wspólnota zacznie tworzyć blankietowe prawo karne niewiedząc jaki przybierze ono ostateczny kształt. W obliczu zamierzonych niejasności definicyjnych ETS będzie zmuszony przejąć niewłaściwą dla niego rolę prawodawcy. W ten sposób obietnica respektowania narodowych suwerenności w egzekwowaniu prawa stanie się pusta, gdyż jest pewnym że dyrektywa będzie musiała być "interpretowana" przez ETS.

Konflikty co do treści źle zdefiniowanych wspólnotowych przepisów doprowadzą do długotrwałych oczekiwań na wyjaśnienia ETS. Wiadomo procedury w ETS trwają za długo by je wiązać z rozstrzygnięciami w sprawach karnych. Bo nie można w nich przejąć zasady że decyzja jest odwlekana. A takie wyjaśnienia mogą bardzo wpłynąć na to czy kara zostanie zasądzona i w jakiej wysokości. Dlatego rozstrzygnięcia w sprawach karnych na poziomie Wspólnoty to zagrożenie dla skutecznego egzekwowania prawa.

Odmienne podejście, polegające na ścisłości wprowadzanych pojęć byłoby bardziej skuteczne w zwalczaniu podrabiania i piractwa. Im bardziej precyzyjne definicje tym większa szansa, że implementacje Dyrektywy w Państwach Członkowskich nie będą kolidowały z krajowym prawem karnym i mniejsze ryzyko, że ETS będzie zmuszany do odgrywania roli prawodawcy.

Zalecane działanie: Dyrektywa jest skażona zasadniczymi błędami. Z tego powodu nie ulega wątpliwości że najlepszą wyborem byłoby jej odrzucenie w całości. Jeżeli nie da się tego osiągnąć to dla zneutralizowania jej najbardziej skandalicznych skutków należy dodać precyzyjne definicje prawne, które zapewniłyby pewność prawną i proporcjonalność.

2. Kompetencje i pomocniczość

2.1 Uwagi ogólne

Wiele już powiedziano o kwestii kompetencji. Ograniczymy się do kilku uwag.

W sprawie C-176/03 Państwa Członkowskie poniosły: "27. Nie tylko nie ma żadnego odniesienia

are no grounds for accepting that this power can have been implicitly transferred to the Community (...)" .The European Court of Justice disregarded this objection and ruled that the Community can take measures which relate to the criminal law of the Member States. The decision in case C-176/03 was extremely controversial and has not been universally well-received. Put simply, it expands the sphere of legislative competence of the Community at the expense of Member States. For this reason, it has been called a "judicial coup d'état ", coming as it did, shortly after the Constitution was voted down. The Commission and the Parliament adopted a broad interpretation of case C-176/03.

According to the Council, the Community legislator must leave to the Member States the choice of the criminal penalties to apply, as long as they are effective, proportionate and dissuasive. Consequently, Community legislation cannot determine in detail and exclusively the level of penalties to be introduced. This should be left to the discretion of the Member States. However, this approach may turn out to be ineffective in practice. Eventually the ECJ may be called upon to decide whether particular penalties are "effective, proportionate and dissuasive", giving the Community the opportunity to define the penalties anyway. Only rejection of the directive may prevent this development and ensure that Member States retain sovereignty over penalty setting and administration in their national legal systems.

A European Parliament amendment proposed to remove the definitions of "on a commercial scale" and "intentional infringements". This approach would have led to legal uncertainty for many years and eventually an ECJ determination on the interpretation of those key terms. The Community would be making Carte Blanche criminal law, without any certainty about the final outcome, and would be effectively forcing the ECJ to take on a legislative role. An alternative approach, focusing on incorporation of legally precise definitions of these key terms, is likely to be more effective at serving the interests of all stakeholders and retaining Member States' sovereignty in domestic law enforcement issues. The clearer the definitions, the higher the likelihood that Member States will not have to change their national laws, or, worse,

do uprawnień w tym obszarze, lecz biorąc pod uwagę znaczenie prawa karnego dla suwerenności państw członkowskich, nie ma podstaw by zakładać, że te uprawnienia zostały pośrednio przeniesione na Wspólnotę (. . .)". Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie uwzględnił tych zastrzeżeń i dopuścił podejmowanie przez Wspólnotę środków związanych z prawem karnym. Rozstrzygnięcie w sprawie C-176/03 jest wyjątkowo kontrowersyjne i spotkało się z powszechną krytyką . W skrócie, rozszerza ono kompetencje Wspólnoty kosztem Państw Członkowskich. Z tego zostało one określone jako "prawniczy zamach stanu" – nastąpiło ono krótko po niepowodzeniu z Konstytucją. Komisja i Parlament przyjęły rozszerzającą interpretację sprawy C-176/03.

Zdaniem Rady, Wspólnotowy prawodawca musi pozostawić Państwom Członkowskim swobodę w wyborze środków karnych, o ile tylko będą one skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. W konsekwencji akty prawne Wspólnoty nie mogą określać szczegółów związanych wysokością i zakresem kar. To powinno być pozostawione do decyzji Państwom Członkowskim. Może się to okazać nieosiągalnym. Bo ETS decydując czy kary są "skuteczne, proporcjonalne i odstraszające" da Wspólnocie w pośredni sposób możliwość decydowania o karach. Tylko odrzucenie dyrektywy mogłoby zapewnić, że Państwa Członkowskie zachowają suwerenność co do ustalania zestawu kar i reguł postępowań karnych w swych systemach prawnych.

Parlament Europejski zaproponował usunięcie definicji "na skalę handlową" i "zamierzonego naruszenia". Takie podejście prowadziło do wieloletnich niepewności, być może kończonych dopiero interpretującymi te pojęcia wyrokami ETS. W ten sposób Wspólnota tworzyłaby blankietowe prawo karne, o niejasnych ostatecznych skutkach. Faktycznie wymuszając na ETS rolę prawodawczą. Odmienne podejście, polegające na ścisłości wydaje się bardziej skuteczne w służeniu interesom wszystkich zainteresowanych i zachowaniu suwerenności Państw Członkowskich w kwestiach egzekwowania krajowego prawa. Im klarowniejsze definicje tym większa szansa, że Państwa Członkowskie nie będą musiały zmieniać swego krajowego prawa, lub że dokona to za nie ETS, co byłoby jeszcze gorsze.

Ponadto, zarówno propozycje Komisji jak i Parlamentu włączają do zakresu dyrektywy nazwy handlowe. Skoro jednak nie ma prawa Wspólnoty dotyczącego nazw handlowych, więc wskazuje to

have them decided by the ECJ.

Finally, both the Commission proposal and the Parliament text include trade names within the directive's scope. However, since trade names are not part of the body of harmonized Community law, this clearly demonstrates that the Community exceeded its competence as defined in the treaties when it adopted such an overbroad directive.

Legal means are already available

The Dutch Parliament and others have made clear that the legal means to combat piracy are already available. Therefore Community measures are not necessary in order to ensure the effectiveness of Community law. A review of the existing available measures and the policy justifications offered for the new directive makes this clear:

1. The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) is binding on the Member States and the EU. Article 61 of TRIPS already requires criminal sanctions for willful trademark counterfeiting and copyright piracy. The Commission's proposal did not give any justification for creating an additional layer of Community-level criminal sanctions on top of TRIPS, or for requiring sanctions for other types of infringements. Indeed, the proposal only included examples of trademark counterfeiting and copyright piracy – the very matters already covered by TRIPS.

2. The Member States have more extensive national criminal provisions against IPR infringements.

3. Even the establishment of "harmonised" criminal penalties will not solve the problem of forum-shopping. The Commission submits that in the event of a major difference in penalties across Member States that pirates or counterfeiters would operate from the country with the lowest maximum sentences and that this would seriously hinder effective protection of intellectual property across the Internal Market. However, it is well documented that if criminals choose to operate in a particular country, that decision will be based on their calculation of the likelihood of being caught, not the relative severity of available penalties. The Community cannot influence prosecution priorities at the national level, so efforts to harmonize criminal sanctions at the

wyraźnie, jak daleko wykroczyła Wspólnota poza swe określone traktatowo kompetencje przyjmując dyrektywę o tak szerokim zakresie.

2.2 Środki prawne są już dostępne

Parlament holenderski, i nie tylko on, stwierdził że środki prawne do walki z piractwem są już dostępne. Dlatego nie ma potrzeby działań Wspólnoty dla osiągnięcia skuteczności prawa Wspólnoty. Jest to jasny rezultat wynikający z przeglądu dostępnych środków i uzasadnień mających usprawiedliwić nową dyrektywę.

1. Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (porozumienie TRIPS) jest zobowiązujące dla Państw Członkowskich i UE. Artykuł 61 TRIPS zawiera dość daleko idące zapisy odnoszące się do zwalczania podrabiania znaków towarowych i piractwa praw autorskich. Propozycja Komisji nie zawiera żadnego uzasadnienia stworzenia na poziomie Wspólnoty dodatkowej warstwy sankcji karnych, lub powodów wprowadzenia tych sankcji dla innych rodzajów naruszeń. W istocie pierwotna propozycja Komisji podaje tylko przykłady podrabiania znaków towarowych i piractwa praw autorskich, czyli kwestie już ujęte w TRIPS.

2. Państwa Członkowskie dysponują także dalej idącymi zapisami karnymi do zwalczania naruszeń praw własności intelektualnej.

3. Nawet doprowadzenie do "zharmonizowania" kar za przestępstwa kryminalne nie wiele zmieni postępowanie potencjalnych przestępców. Komisja twierdzi, że w przypadku znacznych różnic w karaniu piratów lub podrabiaczy mogliby oni działać z kraju o najniższych maksymalnych wyrokach, co by poważnie zagrażało skutecznej ochronie własności intelektualnej na Rynku Wewnętrznym. Jednakże jest dobrze udokumentowane, że jeśli kryminaliści dokonują wyboru w którym kraju działać, to ta decyzja zależy od tego jak oceniają szanse ich ujęcia, a nie od względnej surowości prawa. Wspólnota nie może wpływać na priorytety narodowych organów ścigania, tak więc starania do zharmonizowania środków karnych wcale nie wpłyną na to gdzie kryminalne przedsięwzięcia będą koncentrować swoją aktywność.

4. Przestępstwo popełnione w Państwie Członkowskim z niższym poziomem kar lub niższą szansą wszczęcia postępowania prokuratorskiego i tak będzie szybko ścigane w innych Państwach

| | |
|--|---|
| <p>Community level will have no bearing at all on where criminal enterprises choose to conduct their activities.</p> <p>4. An offence committed in a Member State with lower penalties and/or chance to get caught will soon be prosecutable in other Member States, namely where the counterfeit goods end up in normal circulation in the other Member State.</p> <p>5. In many countries the IP criminal law - although well-developed - only plays a subordinate role in actual practice. It has not been established that effective measures to combat piracy necessitate expansion of the existing range of measures and sanctions under procedural law. The establishment of priorities and the exchange of knowledge are of greater importance.</p> <p>6. The previous IPR Enforcement Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 (IPRED1) allows for making the losing party to pay for the costs of the trial. Thus, that directive already provides for disincentives against large-scale infringement enterprises since these costs can be considered as a form of punitive damages.</p> <p>7. The effects of IPRED1 are not yet known however, since it was only required to be implemented by 29 April 2006. They have to be evaluated before the need for extra criminal sanctions can be properly assessed.</p> <p>8. Endangering public health, e.g. by selling fake or non-approved medicines, is already criminally prosecutable, regardless of whether patents or trademarks were violated in the process.</p> <p>9. Most importantly, only a thorough investigation as to the current legal and factual conditions in the Member States could provide the justification for introducing more harmonized criminal measures. Apart from very general remarks regarding its competence, nothing in the explanatory memorandum to the proposal indicates that such an investigation was undertaken by the Commission, and, if so, what specific results it produced.</p> <p>Harmonisation issues</p> <p>Preliminary ruling incompatible with right to a fair trial</p> <p>Preliminary rulings are an essential aspect of harmonisation. If Community law is not clear a court has to ask the ECJ a preliminary ruling,</p> | <p>Członkowskich, mianowicie w tych w których podrabiane towary pojawiają się na rynku.</p> <p>5. W wielu krajach związane z własnością intelektualną prawo karne, choć rozbudowane, odgrywa w praktyce tylko podrzędną rolę. Nie ma dowodów, że dla skutecznego zwalczania piractwa niezbędne jest rozszerzenie istniejących środków i sankcji prawa proceduralnego. Ustanawianie priorytetów i wymiana informacji są sprawami ważniejszymi.</p> <p>6. Wcześniejsza dyrektywa o egzekwowaniu praw własności intelektualnej (2004/48/WE z 29 kwietnia 2004 - IPRED1) dopuszcza obciążenie strony przegranej kosztami procesu. Te koszty mogą być wyznaczane z nawiązką. Tak więc dotychczasowa dyrektywa umożliwi również karanie dostarczając tym samym środków zniechęcających dla naruszeń na dużą skalę.</p> <p>7. Konsekwencje przyjęcia dyrektywy IPRED1 nie są jeszcze znane, gdyż data obowiązków jej wdrożenia minęła dopiero 29 kwietnia 2006. Bez dokonania przeglądu jej funkcjonowania nie można prawidłowo ocenić potrzeby nadzwyczajnych środków karnych.</p> <p>8. Zagrożenie zdrowiu publicznemu, np. przez sprzedaż fałszywych lub niezatwierdzonych leków jest już ścigane karnie, niezależnie od tego czy naruszone zostały patenty lub znaki towarowe.</p> <p>9. Co najważniejsze, jedynie pogłębione badania co do prawnych i faktycznych uwarunkowań istniejących w Państwach Członkowskich mogłyby pomóc w pokazaniu potrzeby dalszych środków karnych. Poza ogólnymi rozważaniami o kompetencjach nic w umotywowaniu propozycji nie wskazuje, że Komisja podjęła takie badania, gdyż nie przytacza ona żadnych ich wyników.</p> <p>2.3 Problemy harmonizacji</p> <p>2.3.1 Wstępne wyjaśnienia w trybie prejudycjalnym są niezgodne z prawem do sprawiedliwego sądu</p> <p>Wstępne wyjaśnienia są zasadniczym elementem harmonizacji prawa. Jeśli prawo wspólnotowe nie jest jednoznaczne sąd krajowy jest zobowiązany zapytać ETS o jego interpretację w trybie prejudycjalnym. Oczekiwanie na odpowiedź zabiera zwykle 2-3 lata. W związku z regułami procedury karnej stwarza to poważne problemy zarówno dla oskarżających jak i obrońców.</p> |
|--|---|

this will take 2-3 years. In the context of criminal law, this presents serious problems for prosecutors **and** defendants.

According to art. 6 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time. However, it is impossible to request a preliminary ruling and have a conclusion of the trial within a reasonable time. In each case in which a preliminary ruling is asked, the suspect's right to a timely trial will almost certainly be breached, since such requests normally take 2-3 years to move through the system. This is unacceptable as a matter of human rights.

Moreover, the Directive undermines the State's ability to effectively prosecute the very crimes it describes. Dutch courts have already reduced the punishment, or even dismissed cases, if the suspect is forced to wait too long before his or her trial, in view of the above ECHR article. In short, the State may lose its case or have its desired punishment drastically lowered because the ECJ -- a crucial component of harmonisation -- is fundamentally incompatible with criminal proceedings. The ECJ may try to provide an "expressway" for criminal cases - but a rush procedure is hard to reconcile with the requirements of a fair trial and the *presumptio innocentiae*.

The system of harmonisation is designed without criminal law in mind. Preliminary rulings make it impossible to add criminal law without redesigning the system of harmonisation.

Underlying substantive law not harmonised

The directive is supposed to create uniform enforcement, but the underlying substantive law is not harmonised. Even limitation to those areas of intellectual property law that have been harmonised would not help. For example, copyright law is still fairly different in the Member States, even though the minimum standards have been harmonised by directives. E.g. only in the Netherlands is every piece of printed matter protected by copyright, regardless of its level of originality (normally an explicit requirement in copyright law). Germany has a large body of copyright contract law, while the Netherlands has

Zgodnie z art. 6 Konwencji o Przestrzeganiu Praw Człowieka i Podstawowych Wolności każdemu przysługuje sprawiedliwe i publiczne osądzenie w rozsądnym czasie. Jednakże jest niemożliwym występowanie o wstępne wyjaśnienie w trybie prejudycjalnym i rozstrzygnięcie sprawy w rozsądnym czasie. W takim przypadku prawo oskarżonego do nie przeciągania procesu w czasie prawie na pewno będzie naruszone gdyż na odpowiedź zwykle trzeba czekać 2-3 lata. Jest to nieakceptowalne z punktu widzenia praw człowieka.

Co więcej, Dyrektywa podważa zdolność Państwa do ścigania przestępstw których dotyczy. W takich sytuacja gdy oskarżony musiałby za długo czekać na rozstrzygnięcie z uwagi na przytoczony przepis Konwencji holenderskie sądy zwykły albo redukować karę lub wręcz umarzać oskarżenie. W skrócie, prokurator przegra sprawę, lub uzyska dramatycznie niski wyrok, bo ETS – zasadniczy element w procesie harmonizacji – całkowicie nie jest przystosowany do procedur karnych. ETS może próbować wprowadzenie "przyspieszonego rozpatrywania" w sprawach karnych – lecz taka procedura jest trudna do pogodzenia z wymogiem sprawiedliwego sądu i domniemania o niewinności.

Harmonizacja prawa w ramach Wspólnoty została pomyślana jako system pomijający sprawy karne. Obecność w nim wyjaśnień wstępnych powoduje że nie można dodać do niego prawa karnego bez jego zasadniczej przebudowy.

2.3.2 Prawno-materialna podstawa prawna nie została zharmonizowana

Dyrektywa ma wprowadzić ujednoliconą egzekucję, choć prawno-materialna podstawa prawna nie została zharmonizowana. Ograniczenie się do tej części prawa własności intelektualnej, która została zharmonizowana nie wiele pomoże. Na przykład, prawa autorskie są ciągle bardzo różnie rozumiane w poszczególnych państwach członkowskich, choć minimalne zasady zostały zharmonizowane w dyrektywach. Np. jedynie w Holandii każdy drukowany materiał jest objęty prawami autorskimi niezależnie od jego oryginalności (zwykle jest to warunek stosowania prawa autorskiego). Niemcy mają rozbudowane kontraktowe prawo autorskie, podczas gdy w Holandii nic takiego nie istnieje.

Systemy prawa karnego także różnią się znacznie: np. w niektórych krajach członkowskich "osoby prawne" (spółki) mogą być karane wyłącznie finansowo, gdy w innych osoby sprawujące funkcje

nothing in this area.

Criminal law systems differ considerably as well: e.g. in some Member States "legal persons" (companies) can only be imposed a fine, while in others the "factual leaders" can be imprisoned.

Distortion of carefully balanced national law systems

Unless the Directive is rejected or drastically amended, the carefully balanced national procedural law systems will be distorted. For instance, in the case of trade names, penalties may go up more than a hundred times in the Netherlands, without any good reason.

Criminal law may not work out as intended by the legislator. Beliefs expressed in criminal law may change. On a national level it is possible to change criminal laws again. This will be much harder on a Community level. Criminal law may lose its precision, its legitimacy.

Proportionality

Nearly all position papers written about the Commission proposal observe that it does not make a distinction between piracy and legitimate competition. For example, the Max Planck Institute (MPI) stated for the directive to be proportional, it is essential to define the qualification characteristics of the elements of a crime as clearly and narrowly as possible. Proportionality is a *conditio sine qua non* for Community legislation (art. 5 TEC). At the bare minimum, "infringing item", "commercial scale" and "intentional infringement" have to be more clearly defined.

Infringing item

The first element that has to be defined is the infringing item. The MPI recommended the following standard: "Identity with the infringed object of protection (the infringing item emulates the characteristic elements of a protected product or distinctive sign in an unmodified fashion [construction, assembly, etc.]). This found its way into two EP amendments: *"For the purposes of this Directive, trademark infringement consists of the use of a sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services*

kierownicze mogą być nawet więzione.

2.3.3 Zaburzenie starannie wyważonych narodowych systemów prawa

Jeśli dyrektywa nie zostanie odrzucona lub zasadniczo zmieniona starannie wyważone narodowe systemy prawa proceduralnego zostaną zaburzone. Np. w przypadku nazw handlowych kary w Holandii zostaną podniesione więcej niż sto razy, bez istotnego powodu.

Prawo karne nie musi prowadzić do skutków zakładanych przez prawodawcę. Cele stawiane przed prawem karnym mogą podlegać zmianom. Należy wtedy zmienić treść przepisów. Jest to znacznie łatwiej zrobić na poziomie krajowym, niż na poziomie Wspólnoty. Stąd groźba, że prawo karne straci swą precyzję i konsekwencji swą legitymację.

3. Proporcjonalność

W prawie wszystkich ekspertyzach oceniających propozycje Komisji zwraca się uwagę że w propozycji nie rozróżnia się między piractwem, a uprawnioną działalnością konkurencyjną. Na przykład, Instytut Maksa Plancka (MPI) stwierdził że aby uczynić dyrektywę proporcjonalną, jest niezbędne zdefiniowanie jakościowych elementów charakteryzujących przestępstwo tak klarownie i wąsko jak to możliwe. Proporcjonalność jest *warunkiem koniecznym* wspólnotowego prawodawstwa (art.5 TWE). Absolutne minimum stanowi konieczność ściślejszego zdefiniowania "przedmiotu naruszenia", "skali handlowej" i "zamiaru".

3.1 Przedmiot naruszenia

Pierwszym elementem, który musi zostać zdefiniowany to "przedmiot naruszenia". MPI zarekomendował następujący standard: "Tożsamość z naruszonym przedmiotem ochrony (naruszający twór powtarza charakterystyczne elementy chronionego tworu lub wyróżniony znak w niemodyfikowany sposób [konstrukcja, zestaw, itd])". Znalazło to odzwierciedlenie w dwóch poprawkach Parlamentu: *"Do celów niniejszej dyrektywy naruszenie znaku towarowego oznacza wykorzystanie oznakowania identycznego ze znakiem towarowym w odniesieniu do towarów lub usług identycznych z tymi, na które zarejestrowano znak towarowy"* (nr 52) i *"Do celów niniejszej dyrektywy naruszenie praw innych niż prawa do*

which are identical with those for which the trade mark is registered." (nr 52) and: "For the purposes of this Directive, infringement of other rights than trademark rights, consists of the identical or virtually identical reproduction of a protected work or product. This excludes the creation of derivate products or works." (nr 53).

With these amendments fake Rolex and Gucci manufacturers would be prosecutable, while legitimate competition conflicts (ambiguous cases of trademark confusion) are not. Such cases belong in civil courts. By refusing to adopt these amendments, the EP failed to make a clear distinction between piracy and legitimate competition.

Instead Parliament adopted nr 8: *"This Directive lays down the criminal measures necessary to ensure the enforcement of intellectual property rights, as defined below, in the context of counterfeiting and piracy."* Astoundingly, the concepts "piracy" and "counterfeiting", are not defined. This will lead to legal uncertainty for many years and the final outcome is unknown. The concepts "piracy" and "counterfeiting" come from the TRIPS agreement. Unlike Community Directives, the TRIPS agreement leaves Member states much freedom to implement it.

Parliament also adopted amendment 39=59: " - trademark rights, in so far as extending to them the protection of criminal law is not inimical to free market rules and research activities," This formulation is much too loose as well.

Directives are harmonising, which means the ECJ will decide any areas of ambiguity or uncertainty. While loose concepts may be appropriate in the TRIPS agreement, they lead to legal uncertainty and an unknown final outcome in directives. This makes it impossible to assess the likely impact and whether the proposed measures are proportional. Loose concepts in a directive will force the ECJ to take on a legislative role.

Commercial scale

The European Parliament clearly wanted to avoid making criminals out of children and average consumers (i.e. no prosecution of file sharing teenagers). Unfortunately, Parliament failed in this. The definition simply is badly

znaków towarowych polega na identycznym lub praktycznie identycznym odtworzeniu chronionego3 dzieła lub produktu. Nie obejmuje to tworzenia produktów lub dzieł pochodnych" (nr 53).

Zgodnie z tymi poprawkami chińscy wytwórcy fałszywych Roleksów i Gucci byliby ścigani karnie podczas, gdy zamieszani w usprawiedliwione konflikty konkurencyjne (niejasne przypadki podobnych znaków towarowych) nie byliby. Miejscem do rozstrzygania takich konfliktów są sądy cywilne. Nie akceptując tych poprawek Parlament nie dokonał wyraźnego rozróżnienia między piractwem, a uprawnioną działalnością konkurencyjną.

Zamiast tego Parlament przyjął poprawkę nr 8: *"Niniejsza dyrektywa ustanawia środki prawa karnego niezbędne do zapewnienia egzekwowania praw własności intelektualnej określonych poniżej w kontekście podrabiania i piractwa."* Budzi zdziwienie, że pojęcia "piractwo" i "podrabianie" nie zostały zdefiniowane. Będzie to prowadzić do wieloletniej niepewności prawnej, jej końcowy wynik też jest nieznany. Pojęcia "piractwo" i "podrabianie" pochodzą z porozumienia TRIPS. Odmiennie niż wspólnotowe dyrektywy porozumienie TRIPS pozostawia sygnatariuszom dużą swobodę w jego implementacji.

Parlament przyjął także poprawkę 39=59 "- prawa do znaków towarowych, w zakresie, w jakim objęcie ich ochroną w prawie karnym nie ogranicza zasad wolnego rynku ani działalności badawczej". Te sformułowanie także nie jest klarowne.

Dyrektywy mają charakter harmonizacyjny, o ich niedopowiedzianych szczegółach decyduje ETS. O ile niedookreślone pojęcia mają sens w porozumieniu TRIPS, prowadzą one do prawnej niepewności i nieznanego końcowego skutku w przypadku przyjmowanych dyrektyw. Czyni to niemożliwym ocenę wpływu dyrektyw i czy proponowane środki są proporcjonalne. Niejasne pojęcia w dyrektywie wymuszają na ETS rolę prawodawcy.

3.2 Skala handlowa

Parlament Europejski wyraźnie chciał uniknąć traktowania dzieci i zwykłych konsumentów jak kryminalistów (stąd np. brak zgody na karanie nastolatków za wymianę plików). Niestety nie osiągnął tego. Definicja została po prostu źle sformułowana. Przyjęta poprawka 39=59 brzmi: "b) "naruszenia na skalę handlową" oznacza wszelkie

drafted. The adopted amendment nr 39=59 reads: "(b) "infringements on a commercial scale" means any infringement of an intellectual property right committed to obtain a commercial advantage; this excludes acts carried out by private users for personal and not-for-profit purposes;". "obtaining a commercial advantage" can be interpreted as "spending less money". For example when someone downloads a song from the Internet, that person has a commercial advantage. The amendment would criminalise the behavior of millions of Europeans who have downloaded music or movies from via the Internet.

Moreover, non commercial publication of a document on the internet is not covered by the amendment since such an activity would not be pursued for "personal purpose."

Worse, even a single mistake may lead to prosecution. If an office worker emails a copy of a market research report to his colleague at work, he may be considered to have infringed copyright if it could be argued that his firm could have saved the cost of another individual subscription or purchase. He could also be criminally liable under the adopted amendment. This serves no good policy outcome.

A better amendment, nr 46, was tabled: "(b) For the purpose of this directive "on a commercial scale" means a large number of repeated infringements *committed in pursuit of a direct pecuniary gain*, excluding in particular any act carried out by a private person not intended to earn a profit." This amendment clearly would have allowed the prosecution of those involved in illegal factories copying CDs and DVDs massively, but not individual filesharing teenagers. It would have defined commercial scale in a proportional way. Unfortunately, it was not adopted by Parliament.

Intention

Amendment 39=59, adopted by Parliament, is confused: "(c) "intentional infringements of an intellectual property right" means deliberate and conscious infringement of the right concerned for the purpose of obtaining an economic advantage on a commercial scale". It does not make sense to refer to commercial scale in this amendment. Normal intention is

naruszenia praw własności intelektualnej popełnione w celu uzyskania korzyści handlowych; termin ten nie obejmuje czynów popełnionych przez prywatnych użytkowników dla celów osobistych nienastawionych na zysk;" Formuła "uzyskania korzyści handlowych" może być interpretowane jako wydawanie mniej pieniędzy. Na przykład, jeśli ktoś ściągnie piosenkę z internetu to ta osoba uzyska korzyść handlową. W ten sposób zapis z poprawki czyni kryminalistami miliony Europejczyków, którzy kopią przez internet muzykę i filmy.

Co więcej, przy pomocy tej poprawki nie została wyłączona spod działania dyrektywy niehandlowa publikacja jakiegoś dokumentu w internecie, gdyż nie czyni się tego dla "celów osobistych".

Gorzej, nawet pojedynczy błąd może prowadzić do dochodzenia karnego. Jeżeli pracownik prześle przy pomocy poczty elektronicznej koledze kopie nabytego raportu o sytuacji na rynku można uważać że narusza on prawa autorskie. Można twierdzić że jego firma oszczędziła na zakupie kolejnego egzemplarza i zgodnie z przyjętym zapisem on i jego firma byłiby winni przestępstwa kryminalnego. Taki stan prawny nie służyłby niczemu dobremu.

A przedłożono lepszą poprawkę nr 46: "(b) do celów niniejszej dyrektywy "na skalę handlową" oznacza liczne i powtarzające się naruszenia *popełnione w celu uzyskania bezpośrednich korzyści pieniężnych*, z wyłączeniem w szczególności nienastawionych na zysk czynów popełnionych przez osobę prywatną". Ta poprawka na pewno pozwalałaby ścigać wszystkich powiązanych z nielegalnymi wytwórniami kopiującymi na wielką skalę płyty CD i DVD, natomiast wyłączałyby wymieniających się plikami nastolatki. Definiowałaby "skalę handlową" w proporcjonalny sposób. Niestety nie została przyjęta przez Parlament.

3.3 Zamiar

Poprawka 39=59 przyjęta przez Parlament jest myląca: "(c) "zamierzone naruszenia praw własności intelektualnej" oznaczają celowe i świadome naruszenia przedmiotowych praw w celu uzyskania korzyści gospodarczych na skalę handlową". Nie ma powodu dla odwoływania się w tym przepisie do skali handlowej. Zwykły zamiar nie może wystarczać do zagrożenia odpowiedzialnością karną, gdyż wszystkie działania handlowe są zamierzone. W takim przypadku niezbędna jest **zła intencja**, wiedza że następuje naruszenie prawa. Ujęto to w poprawce 46: "(c) "zamierzone

not sufficient for criminal liability, since all commercial acts are intentional acts. This section requires the inclusion of **dolus malus (with malice)**, the knowledge one is infringing. This is expressed in amendment 46: "(c) "intentional infringement" of an intellectual property right means a deliberate, conscious and malicious infringement with regard to the existence of the infringed right." Unfortunately, this amendment was also rejected by Parliament.

Secondary liability

The Commission text creates an unprecedented scope of secondary liability for Internet intermediaries, ICTs, software vendors and a range of legitimate business activity. Parliament adopted amendment 14: "Member States shall ensure that all intentional infringements of an intellectual property right on a commercial scale, and aiding or abetting and inciting the actual infringement, are treated as criminal offences." Such a regime would have dire consequences for the commercial sector, where litigation around these definitions is sure to erupt.

National legal systems have their own general methods for dealing with recognized criminal offences like "attempting, aiding or abetting". The Community does not have the authority to harmonise these systems, not even after decision C-176/03. Harmonisation on a directive by directive basis will create different rules for aiding/abetting/... depending on the crime committed. The end result will be more fragmented than the current situation while losing the national context in which the original statutes were drafted.

An alternative amendment, nr 50=64, which would have removed the dangerous secondary liability regime, was not adopted: "Member States shall ensure that the intentional infringement of an intellectual property right on a commercial scale is treated as a criminal offence."

For example, it could be argued that the ready availability of Mp3 players incite IPR infringements. Apple sells the popular iPod mp3 player. These players can both play purchased music, and music downloaded without authorization from the Internet. According to Apple, the average iPod holds

naruszenie" prawa własności intelektualnej oznacza celowe, świadome i popełnione w złym zamiarze naruszenie przedmiotowych praw." Niestety ta poprawka też nie została przyjęta przez Parlament.

3.4 Wtórna odpowiedzialność

Tekst Komisji stwarza bezprecedensowy obszar wtórnej odpowiedzialności za naganne postępowanie użytkowników internetu obciążając nim dostawców i pośredników internetowych, branżę telekomunikacyjną i informatyczną oraz inne firmy prowadzące niewątpliwie uprawnioną działalność gospodarczą. Parlament przyjął poprawkę 14: "Państwa członkowskie zapewniają zakwalifikowanie jako czynu zabronionego pod groźbą kary wszelkich zamierzonych naruszeń praw własności intelektualnej popełnianych na skalę handlową, jak również usiłowania naruszenia, współsprawstwa i nakłaniania do rzeczywistego naruszenia." Taki zapis będzie miał fatalne skutki dla całej sfery handlu, gdyż można się spodziewać erupcji sporów co do jego rozumienia.

Narodowe systemy prawne mają swoje własne ogólne zasady rozpoznawania przestępstw karnych takich jak "usiłowania naruszenia, współsprawstwa i nakłaniania". Wspólnota nie ma uprawnień do harmonizowania tych zasad, także po rozstrzygnięciu sprawy C-176/03. Próba harmonizacji przy pomocy dyrektywy doprowadzi do różnych reguł dla współsprawstwa/nakłaniania w zależności od popełnionego przestępstwa. Skończy się na jeszcze bardziej niejednorodnej sytuacji jak obecna, przy czym stracone zostaną odniesienia do narodowych potrzeb, które wpływały na pierwotne zapisy.

Nie zaaprobowano alternatywnej poprawki nr 50=64, znoszącej niebezpieczną regułę wtórnej odpowiedzialności: "Państwa członkowskie zapewniają zakwalifikowanie jako czynu zabronionego pod groźbą kary zamierzonego naruszenia praw własności intelektualnej popełnionego na skalę handlową".

Na przykład można twierdzić, że odtwarzacze MP3 są narzędziami do nakłaniania do naruszeń praw własności intelektualnej. Apple sprzedaje popularne odtwarzacze iPod mp3. Mogą one służyć zarówno do odtwarzania kupionej muzyki jak i nieautoryzowanej muzyki ściągniętej z internetu. Według Apple przeciętny iPod zawiera 1000 piosenek, choć iTunes Music Store sprzedał "prawowitej" muzyki, która wystarcza na 22 piosenki na odtwarzacz. Pozostałych 978 piosenek

about 1,000 songs, but the iTunes Music Store has only sold enough "legitimate" music to put 22 songs on each player. The other 978 songs have to come from somewhere else – a personal CD collection, authorized downloads from non-iTunes sources, or, more likely, unauthorized downloads. If these players would not be able to play music downloaded from the Internet, their appeal would be significantly lower. Apple could therefore be seen to be inciting people to infringe copyright by downloading music and putting it on their iPod mp3 players. In fact, the CEO of Universal Music has already said this in public. He wants part of Apple's income from iPod sales, because "These devices are just repositories for stolen music, and they all know it," statement of UMG chairman/CEO Doug Morris says. "So it's time to get paid for it." In other words, Apple is supposedly knowingly selling devices for storing "stolen music" on them, thus arguably inciting/aiding/abetting infringements under the Directive.

Unsolved issues - scope

Even if "infringing item", "commercial scale" and "intentional infringement" are defined as sharply as possible, not all proportionality issues are solved. It is essential to limit the scope as well.

The Commission proposal does not list the concerned rights in the directive itself. The MPI wrote about that: "19 . Ambiguities must be avoided with regard to the question of which (national) IP rights are encompassed by the harmonisation of criminal penalties. A catalogue, like the one contained in the statement of the Commission concerning Directive 2004/48 needs to be set out in the directive itself."

Furthermore, the communication the Commission proposal refers to uses the formulation "at least the following intellectual property rights are covered by the scope of the Directive:". The Commission proposal has an open end, which is a major threat to legal certainty, furthermore, it is impossible to establish whether open ended criminal law is proportional.

The Parliament text (amendment 39=59) does list the rights concerned, but also refers to

musi pochodzić z innych źródeł – z płyt CD, autoryzowanych kopiowań z innych niż iTunes źródeł, i przede wszystkim nieautoryzowanych kopiowań. Gdyby te odtwarzacze nie były dostosowane do odgrywania muzyki ściągniętej z internetu, zainteresowanie nimi byłoby znacznie mniejsze. Tak więc można twierdzić, że Apple nakłania ludzi do naruszania praw autorskich poprzez ściąganie muzyki dla odtwarzania jej na iPod'ach mp3. Prezes Universal Music powiedział to publicznie. Wystąpił on pretensjami do części dochodów Apple pochodzących ze sprzedaży iPod'ów, bo "te urządzenia są składnicami kradzionej muzyki i wszyscy o tym wiedzą". Prezes UMG Doug Morris powiedział: "Najwyższy czas żeby zaczęli za to płacić". Innymi słowy, Apple przypuszczalnie świadomie sprzedaje urządzenia do zapisywania "kradzonej muzyki" uczestnicząc w usiłowaniu/współsprawstwie/nakłanianiu prowadzącym do naruszania ujętego Dyrektywą prawa.

3.5 Sprawy nierozwiązane - zakres

Nawet jeśli "przedmiot naruszania", "skala handlowa" i "zamiar" zostaną zdefiniowane ściśle jak to możliwe nie wszystkie problemy proporcjonalności zostaną rozwiązane. Istotnym jest także ograniczenie zakresu.

W propozycji Komisji nie są wymienione imiennie prawa jakich dotyczy dyrektywa. MPI napisał o tym "19. Należy unikać dwuznaczności co do tego które (krajowe) prawa własności intelektualnej są objęte zakresem dyrektywy. Katalog podobny do zawartego w oświadczeniu Komisji dotyczącym Dyrektywy 2004/48/WE powinien być umieszczony w samej dyrektywie."

Co więcej, informując o propozycji Komisja używa formuły: "co najmniej następujące prawa są objęte zakresem Dyrektywy". Propozycja Komisji ma więc charakter otwarty, co jest poważnym niebezpieczeństwem dla pewności prawnej. Nie jest możliwe ustalenie, czy prawo karne o charakterze otwartym jest proporcjonalne.

Tekst Parlamentu (poprawka 39=59) nie wylicza praw których dotyczy, ale odnosi się do praw z artykułu 2(1)(a) i (b) Rozporządzenia Rady (WE) nr 1383/2003 z dnia 22 lipca 2003 r. Niektóre sformułowania z tego rozporządzenia są szeroko ujęte i nie jest jasne co się stanie jeśli rozporządzenie będzie zmienione. Nie ma powodu by zakres dyrektywy nie był w niej określony.

| | |
|---|---|
| <p>rights in Article 2(1)(a) and (b) of Council Regulation (EC) No 1383/2003 of 22 July 2003. Some of the formulations in the regulation are broad and it is unclear what will happen if this regulation is changed. Again, all rights under the scope have to be mentioned in the directive itself.</p> <p>Design rights and database rights should not be under the scope for two reasons. First they are relatively new, case law is still evolving. Second, these rights are unexamined and may often be invalid. And if they are valid, it is unclear whether the actions in question fall within the valid scope of the right.</p> <p>Similar problems plague the definition of database rights, which are according to the Commission's own report surrounded by "considerable legal uncertainty", due to vague legal drafting. This stems largely from the unclear criterion of what constitutes "substantial investment" by the database owner, and which has been recently challenged in several ECJ decisions.</p> <p>Allowing untested rights under the scope leads to disproportional criminal law. The Chartered Institute of Patent Agents believes "that criminal sanctions should generally be restricted to registered trade marks and copyright, and the Directive should generally not seek to criminalise acts in relation to other intellectual property rights." The Commission only gives examples of trademark counterfeiting and copyright piracy.</p> <p>We welcome the general acceptance that patents should be excluded from the scope of the Directive; but excluding patents is not enough.</p> <p>Example one: design rights. Dyson makes vacuum cleaners. Another company, Qualtex, made spare parts for these vacuum cleaners. Dyson sued Qualtex for infringing on its unregistered design rights, because the spare parts had the same appearance as the originals. Qualtex tried to defend itself by saying the parts had to be designed that way because of "must match" and "must fit" requirements, and in those cases design rights do not apply. The judge, however, ruled that those exceptions did not hold in this case.</p> <p>This was a civil suit, and the result is that</p> | <p>Prawa z wzorów przemysłowych i baz danych nie powinny być objętych zakresem dyrektywy z dwóch powodów. Po pierwsze, są one stosunkowo nowe i ich prawo precedensowe nie jest jeszcze skryształizowane. Po drugie, te prawa przy rejestracji nie podlegają żadnej weryfikacji i łatwo je unieważnić. A jeśli są ważne to trudno ocenić czy porównywany przedmiot wchodzi w zakres zastrzeżonego prawa.</p> <p>Podobne problemy trapią praw do baz danych, które zgodnie z opracowaniem samej Komisji związane są "znacznymi niepewnościami prawnymi". Bierze się to głównie z powodu niejasnych kryteriów tego co stanowi "znaczną inwestycję" właściciela bazy danych i takie inwestycje zostały zakwestionowane w kilku decyzjach ETS.</p> <p>Włączenie nieweryfikowanych praw do zakresu dyrektywy czyni prawo karne nieproporcjonalnym. Chartered Institute of Patent Agents wyraża pogląd, że "stosowanie środków karnych powinno być w zasadzie ograniczone do udzielonych znaków towarowych i praw autorskich, a przy pomocy dyrektywy nie należy kryminalizować czynów w stosunku do innych praw własności intelektualnej". Komisja posługuje się tylko przykładami podrabiania znaków towarowych i piractwa praw autorskich.</p> <p>Generalna akceptacja, że patenty powinny być wyłączone z zakresu Dyrektywy jest godna uwagi, lecz wyłączenie patentów nie wystarcza.</p> <p>Przykład pierwszy: wzory przemysłowe. Dyson jest producentem odkurzaczy. Inna firma, Qualtex, produkowała części zamienne do tych odkurzaczy. Dyson pozwał Qualtex za naruszenie swych nieweryfikowanych wzorów przemysłowych, ponieważ części zamienne mają ten sam kształt co oryginały. Qualtex usiłował się bronić twierdząc że muszą one tak samo wyglądać ponieważ muszą spełniać wymogi "pasowania w to samo miejsce" i w tym przypadku prawa wyłączne nie mają zastosowania. Jednakże sąd nie widział powodu dla takiego wyjątku.</p> <p>Było to postępowanie cywilne, w jego wyniku Qualtex musiał zaprzestać produkcji części zamiennych. Gdyby sankcje karne zaczęły dotyczyć takich sytuacji, kiedy części zamienne mogą naruszać prawa z wzorów przemysłowych sflamsiłoby to rynek części zamiennych. Jaki menadżer decydowałby się na produkcję takich części ryzykując więzieniem? Konsumenci ponieśliby duże straty gdyż byłiby zmuszani</p> |
|---|---|

| | |
|--|--|
| <p>Qualtex had to stop making spare parts. In general, if criminal sanctions are possible for spare parts makers because their replacement parts might infringe on a design right and not fall under the exceptions of the law, this will significantly stifle the spare parts market. After all, which director wants to risk criminal sanctions for providing spare parts? Consumers will experience significant harm, since they will be locked into buying spare parts only from the manufacturer itself, leading to monopoly-based prices.</p> <p>Example two: database rights. In 1999, a Belgian pharmacy chain (Belpharma) copied a list of addresses of self-help groups from the website of a national health service organisation (UNMS), and distributed it as flyers in its pharmacies. After a complaint by UNMS, the judge decided that this list of addresses constituted a database and ordered Belpharma to cease infringing on UNMS' database rights.</p> <p>This infringement was clearly intentional (they copied the list of addresses, including mistakes) and on a commercial scale (Belpharma offered an extra service for attracting more customers). Threatening the management of Belpharma with criminal penalties for distributing a copied – though freely available -- list of addresses of self-help groups is disproportionate.</p> <p>Unsolved issues – public cause</p> <p>Even if infringing item, commercial scale and intentional are defined as sharply as possible, and even if untested rights are removed from the scope, not all proportionality issues will be solved. It is essential to protect journalists, scientists, etc. Parliament adopted amendment 16: "Member States shall ensure that the fair use of a protected work, including such use by reproduction in copies or audio or by any other means, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship or research, does not constitute a criminal offence."</p> <p>Further scrutiny is needed to establish whether this amendment will adequately address public interest concerns. For instance, will the amendment adequately protect a non professional journalist, like a weblogger?</p> | <p>kupować wyłącznie części producenta urządzenia, co prowadziłoby do opartych na monopolu cenach.</p> <p>Przykład drugi: Bazy danych. W 1999 belgijska sieć aptek (Belpharma) skopiowała z internetowej strony krajowej organizacji służby zdrowia (UNMS) listę grup samopomocy i jako ulotki dystrybuowała je w swoich aptekach. Po skardze UNMS sąd uznał że lista adresów stanowi bazę danych i nakazał Belpharma zaprzestania naruszania praw UNMS do bazy danych.</p> <p>Te naruszenie było wyraźnie intencjonalne (skopiowane zostały adresy łącznie z błędami) i w skali handlowej (Belpharma oferowała specjalne usługi by zachęcić dodatkowych klientów). Groźenie szefom Belpharmy sankcjami karnymi za dystrybucję skopiowanej, powszechnie dostępnej listy adresów grup samopomocy jest jednak wyraźnie nieproporcjonalne.</p> <p>3.6 Sprawy nierozwiązane – potrzeby publiczne</p> <p>Nawet jeśli przedmiot naruszenia, skala handlowa i zamiar zostałyby zdefiniowane wąsko jak to możliwe, nawet jeśli niezwyfikowane prawa zostaną usunięte z zakresu dyrektywy, nie wszystkie problemy z proporcjonalnością zostaną rozwiązane. Jest niezbędnym by chronieni byli, dziennikarze, naukowcy i podobne grupy zawodowe. Parlament przyjął poprawkę 16: "Państwa członkowskie zapewniają niekwalifikowanie jako czynu zabronionego pod groźbą kary uczciwego wykorzystywania dzieł objętych ochroną, w tym poprzez kopiowanie lub odtwarzanie lub innymi sposobami dla takich celów jak krytyka, komentarz, relacje z wydarzeń bieżących, nauczanie (w tym powielanie w wielu egzemplarzach dla potrzeb pracy w klasie) oraz dla celów naukowych lub badawczych."</p> <p>Wymagana jest bliższa analiza czy ta poprawka wystarcza dla zaspokojenia wszystkich interesów publicznych. Na przykład, czy chroni ona odpowiednio niezawodowego dziennikarza, takiego jak blogger? Czy archiwizowanie nie powinno być generatywnie wymienione? Weźmy taki oto przykład:</p> <p>* W celu zachowania dla potomności cyfrowych nagrań dźwiękowych, biblioteki zgodnie z prawem dla wszystkich otrzymanych i pozyskanych nagrań dokonują obejścia zabezpieczających je technicznych środków ochrony. Jest to intencjonalne naruszenie (dla praworządnego powodu) mające na celu sformatowanie nagrań w</p> |
|--|--|

Should archiving be explicitly mentioned?
Take for instance the following example:

* In order to preserve digital sound recordings for posterity, a library unlawfully breaks the technical protection measure wrapping the digital recording, each time it lawfully receives a sound recording either by purchase or by legal deposit. This is intentional infringement (in pursuit of a lawful purpose) in order to reformat the recordings for sensible preservation. It happens routinely for hundreds of recordings. It is thus probably on a commercial scale, and it is certainly intentional. Should Europe adopt laws that can jail librarians?

Parallel importation

Parallel importation does not involve copying at all: genuine products are sold after being imported from a country where they are already being offered to the public. Parallel importation is not piracy.

There are two kinds of parallel importation, from within and from outside the EU. Parallel importation from within the EU is not an infringement, yet there may be exceptions, as ECJ Case C-348/04 shows. In those cases that parallel importation from within the EU is an infringement, it should not be a crime. This issue has not yet been addressed.

Parallel importation from outside the EU is an infringement. The MPI wrote in its position paper: "16 . Parallel importation of genuine goods which have been marketed with the consent of the rightholder in a non -EU country and/or measures accessory to such imports cannot be considered as piracy or counterfeiting. In accordance with what was said above, harmonisation of IP penalties should not be contemplated for such cases."

Parliament adopted two amendments on parallel importation. Amendment 15: "Criminal sanctions shall not be applied in cases of parallel importation of original goods which have been marketed with the agreement of the right-holder in a country outside the European Union." This seems to be an effective formulation with regards to parallel importation from outside the EU.

The other amendment is number 38, it

sposób ułatwiający ich zachowanie. Dzieje się to rutynowo dla setek nagrań. I dzieje się to prawdopodobnie na skalę handlową, a z pewnością intencjonalnie. Czy Europa powinna wprowadzać prawo na mocy którego można więzić bibliotekarzy?

3.7 Równoczesny przywóz

Równoczesny przywóz wcale nie dotyczy kopiowania. Sprzedawane są oryginalne produkty, po sprowadzeniu z kraju gdzie były oferowane na rynku. Równoczesny przywóz nie jest piractwem.

Są dwa rodzaje równoczesnego przywozu, pochodzącego z UE, spoza UE. Równoczesny przywóz z UE nie jest naruszeniem, lecz mogą być wyjątki, jak dowodzi sprawa C-348/04 przed ETS. W przypadku gdy równoczesny przywóz jest naruszeniem, nie powinien stać się on przestępstwem. To nie zostało zagwarantowane.

Równoczesny przywóz spoza UE jest naruszeniem. MPI napisał w swej ekspertyzie: "16. Równoczesny przywóz autentycznych towarów które za wiedzą uprawnionego z prawa pojawiły się na rynku kraju spoza UE i dodatkowe działania do takiego przywozu nie może być uważane za piractwo lub podrabianie. W związku z tym co powiedziane powyżej, harmonizacja kar związanych z prawami własności intelektualnej nie powinna być przewidywana dla takich przypadków."

Parlament przyjął dwie poprawki dotyczące równoczesnego przywozu. Poprawka 15: "Sankcje karne nie są stosowane w przypadkach równoczesnego przywozu towarów, które zostały wprowadzone na rynek za zgodą posiadacza prawa w kraju spoza Unii Europejskiej." To wydaje się właściwym sformułowaniem jeśli chodzi o równoczesny przywóz spoza UE.

Inna poprawka, 38, wyklucza spod działania dyrektywy "równoczesny przywóz oryginalnych towarów, które zostały wprowadzone na rynek za zgodą posiadacza prawa w kraju trzecim."

Jej sens jest niejasny, "za zgodą posiadacza" odnosi się do "oryginalnych towarów". Lecz konsekwencje są wieloznaczne. Przykład, założmy że spółka sprowadza spodnie Levi z USA, gdzie są one tańsze. Jest różnica między

(i) uprawniony zezwala sprzedawać na sprzedaż spodni w USA,

(ii) uprawniony pozwala przywozić spodnie do UE.

excludes "parallel importation of original goods from a third country which have been allowed by the rightholder".

This amendment is unclear, "have been allowed" refers to "original goods". It's meaning is ambiguous. An example. Suppose a company is shipping in Levi jeans from the USA, where let's say they happen to be cheaper. The difference is between

(i) the rightholder allowing the jeans to be sold in the USA

(ii) the rightholder allowing the jeans to be imported into the EU

In this amendment it seems (ii) is the test. A parallel importation which is allowed by the rightholder is not even an infringement. The amendment is ineffective with regards to parallel importation from outside the EU. Furthermore, in parallel importation often no third country is involved, just the country where the product was marketed and the EU are involved.

Misuse

Countermeasures

The Max Planck Institute: "20. The potential of a rightholder to deter potential infringers increases considerably if criminal penalties are threatened. Furthermore, procedural misuses are conceivable. A harmonisation of IP criminal sanctions, therefore, calls for countermeasures."

Parliament adopted amendment 24: "Misuse of rights Member States shall ensure that, through criminal, civil and procedural measures, the misuse of threats of criminal sanctions is prohibited and made subject to penalties. Member States shall prohibit procedural misuse, especially where criminal measures are employed for the enforcement of the requirements of civil law."

Further scrutiny is needed to establish whether this amendment solves this issue.

Article 7

Special care has to be taken with article 7. The Commission text allowed rights holders to assist in the investigations by joint investigation teams. This sparked much

W związku z tą poprawką przypadek (ii) jest problemem. Równoczesny przywóz za zezwoleniem uprawnionego nie jest nawet naruszeniem. Poprawka jest nieskuteczna w stosunku do przywozu spoza UE. Więcej, w przypadku równoczesnego przywozu często żaden trzeci kraj nie jest angażowany, jedynie kraj gdzie produkt był sprzedawany i UE.

4. Nadużycia

4.1 Środki ochronne

Instytut Maksa Plancka: "20. Możliwości uprawnionego z prawa do odstraszenia potencjalnych naruszcycieli powiększają się znacznie jeżeli można im grozić sankcjami karnymi. Co więcej, wyobrażalne są nadużycia tej procedury. Dlatego harmonizacja dotyczących własności intelektualnej sankcji karnych wymaga środków ochronnych."

Parlament przyjął poprawkę 24: "Nadużycie prawa. Państwa członkowskie zapewniają możliwość zakazu i karanie nadużywania gróźb zastosowania sankcji karnych, za pomocą środków karnych, cywilnych i proceduralnych. Państwa członkowskie zakazują nadużyć proceduralnych, zwłaszcza przy stosowaniu sankcji karnych dla wyegzekwowania wymogów prawa cywilnego."

Wymagana jest bliższa analiza czy ta poprawka jest rozwiązaniem dla tego problemu.

4.2 Artykuł 7

Specjalną uwagę należy zwrócić na artykuł 7. Tekst Komisji daje możliwość uprawnionym z praw do uczestniczenia w prowadzonych postępowaniach poprzez udział we wspólnych zespołach dochodzeniowo-śledczych. Wywołało to wiele krytyki. MPI napisał: "Obowiązek Państw Członkowskich do delegowania funkcji związanych z prowadzeniem postępowań karnych w tak nieokreślony sposób jest z tego powodu niezgodny z podstawowymi zasadami społeczeństwa demokratycznego".

W tekście Parlamentu ten obowiązek został ujęty w inny sposób: "Państwa członkowskie muszą zapewnić współpracę uprawnionym z praw własności intelektualnej ze wspólnymi zespołami dochodzeniowo-śledczymi zgodnie z porozumieniami określonymi w decyzji ramowej Rady nr 2002/465/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002

criticism. The MPI wrote: "The obligation of Member States to delegate functions within the conduct of criminal investigations to private parties in such a diffuse manner is therefore incompatible with the fundamental structure of a democratic society."

The Parliament text turns it around: "Member States must ensure the cooperation of the holders of intellectual property rights with joint investigation teams in accordance with the arrangements provided for in Council Framework Decision 2002/465/JHA of 13 June 2002 on joint investigation teams [1]." (Amendment 26)

This amendment raises many questions. How must the Member States ensure right holders will cooperate? Will it become a crime if a rights holder does not want to enforce his rights? The amendments does not reference "the offences referred to in Article 3", as did the Commission text. A subject like this should be left to the discretion of the Member States, art 7 should be deleted.

Information gathered can be used in civil cases

Parliament adopted amendment 29: "Right to receive information from law enforcement authorities Member States shall provide that, where law enforcement authorities seize infringing items or obtain other evidence of infringement, the authorities make such evidence available for use in pending or contemplated civil proceedings against the alleged infringer brought by the right-holder before a court of competent jurisdiction within the European Union, and, where practicable, that those authorities inform the right-holder concerned or his representative that they are in possession of such items or evidence. Member States may require that any such provision of evidence to the right-holder be made subject to reasonable access, security or other requirements so as to ensure the integrity of the evidence and to avoid prejudice to any criminal proceedings that may ensue."

Criminal law gives broader possibilities to gather information. The rights holders get the right to use this information in civil cases. One of the parties in a civil case gets a better position.

r. w sprawie wspólnych zespołów dochodzeniowych" (poprawka 26).

Treść poprawki wywołuje szereg pytań. Jak mają Państwa Członkowskie zapewnić uprawnionym z praw współpracy? Czy będzie przestępstwem jeśli uprawniony nie będzie chciał egzekwować swego prawa? W poprawce nie ma odniesienia do czynów zabronionych z art.3 jak w tekście Komisji. Tego rodzaju kwestia powinna być zostawiona do uznania Państw Członkowskich, art. 7 powinien być wykreślony.

4.3 Gromadzona informacja może być wykorzystana w sprawach cywilnych

Parlament przyjął poprawkę 29: "Prawo do uzyskiwania informacji od organów ścigania. Państwa Członkowskie ustanawiają przepisy, zgodnie z którymi organy ścigania, które skonfiskują przedmioty stanowiące naruszenie lub uzyskają inne dowody naruszenia, udostępniają zdobyte dowody na potrzeby toczącego się lub rozważanego postępowania cywilnego przeciwko domniemanemu sprawcy naruszenia, wniesionego przez posiadacza praw do sądu we właściwym państwie członkowskim Unii Europejskiej, a w odpowiednich przypadkach informują również odpowiednią osobę uprawnioną lub jej pełnomocnika o tym, iż są w posiadaniu takich przedmiotów lub dowodów. Państwa członkowskie mogą wprowadzić wymóg, by udostępnienie dowodów osobie uprawnionej było uzależnione od spełnienia uzasadnionych wymogów dotyczących dostępu, bezpieczeństwa lub innych, tak aby zapewnić nienaruszalność materiału dowodowego oraz uniknąć zakłócenia ewentualnego postępowania karnego."

Prawo karne charakteryzuje się szerszymi możliwościami pozyskiwania informacji. Uprawnieni z praw uzyskują w ten sposób możliwość wykorzystywania tych informacji w sprawach cywilnych. Jedna ze stron takiego sporu cywilnego znajduje się w lepszej sytuacji.

5. Dalsze sprawy

5.1 Uniwersalne przestępstwa

Parlament przyjął poprawkę 22, która może doprowadzić do tworzenia prawa karnego ponad granicami: "2a. Określając wymiar kary zgodnie z ust. 1 i 2 niniejszego artykułu, Państwa Członkowskie podejmują odpowiednie środki

| | |
|---|--|
| <p>More issues</p> <p>Universal crimes</p> <p>Parliament adopted amendment 22, which may lead to cross border criminalisation: "2a. Member States shall take the necessary measures to ensure that repeated offences within the meaning of Article 3 committed by natural and legal persons in a Member State other than their country of origin or domicile are taken into account when determining the level of penalties in accordance with paragraphs 1 and 2 of this Article."</p> <p>An act in your own country, where it is not a crime, or it is not prosecuted, can be prosecuted in an other country if you are there for a conference, a holiday, etc. The amendment risks making infringements "universal" crimes, prosecutable all over the Union.</p> <p>This further undermines Member States' ability to determine appropriate criminal penalties for their own citizens.</p> <p>Prior complaint</p> <p>Criminal investigation authorities should not be able to act on their own initiative without a prior complaint of the rights owner, because licensing arrangements are not published and the rights owner has the fundamental right to dispose of his rights as he desires. Article 8 should be deleted.</p> <p>On line version with links</p> <p>http://action.ffii.org/ipred2/Report_on_EP_vote</p> | <p>zapewniające uwzględnienie wielokrotnych czynów zabronionych pod groźbą kary w rozumieniu art. 3 popełnionych przez osobę fizyczną lub prawną w państwie członkowskim innym niż jej państwo pochodzenia lub zamieszkania."</p> <p>Oznacza to, że ktoś za popełnienie czynu, który w jego własnym kraju nie jest przestępstwem i nie może być ścigany może zostać ujęty w innym kraju, odwiedzanym z powodu konferencji, czy wycieczki. Ta poprawka może prowadzić do traktowania naruszeń jako "uniwersalnych" przestępstw ściganych na terenie całej Unii.</p> <p>To jeszcze bardziej podważa zdolność Państw Członkowskich do decydowania o właściwych karach za czyny kryminalne popełnione przez ich własnych obywateli.</p> <p>5.2 Pierwotne oskarżenie</p> <p>Organy prowadzące dochodzenia karne nie powinny mieć możliwości działania z własnej inicjatywy, zanim posiadacz praw wniesie skargę, ponieważ umowy licencyjne nie są publikowane, a podstawowym prawem posiadacza praw jest dowolne dysponowanie nimi. Artykuł 8 powinien być skreślony.</p> <p>6. Wersja on line z linkami</p> <p>http://action.ffii.org/ipred2/Report_on_EP_vote</p> |
|---|--|