

# PROPORTIONALITETSPRÖVNINGEN VID INTERIMISTISKA FÖRBUD I IMMATERIALRÄTTEN

Av David Ramsjö<sup>1</sup>

*I immaterialrätten kan det interimistiska förbudet ses som ett effektivt rättsmedel för att få stopp på ett pågående intrång. Innan ett sådant förbud meddelas ska domstolen beakta proportionalitetsprincipen. Tillämpningen av proportionalitetsprincipen kan sammanfattningsvis innebära att även om övriga rekvisit är uppfyllda kan åtgärdsyrkandet ogillas sedan sökandens skäl för åtgärden har vägts mot den skada som åtgärden skulle innebära för motparten. I svårbedömda fall där det är fråga om både ifall en giltig ensamrätt och ett intrång föreligger blir utrymmet för denna bedömning större. Hur domstolen väljer att beakta proportionalitetsprincipen kan samtidigt variera, i vissa fall beroende på hur en part väljer att föra sin argumentation. Artikeln diskuterar därför proportionalitetsprincipen utifrån omständigheter en domstol kan välja att ta hänsyn till innan den fattar sitt beslut.*

## 1. INLEDNING

Immaterialrätten syftar till ett effektivt och avvägt skydd för rättshavares intellektuella prestationer. För den som uppträder att hans eller hennes ensamrätt olovligt används av annan är det interimistiska förbudet en kraftfull sanktion mot ett fortsatt intrång. Det interimistiska förbudet är en processuell säkerhetsåtgärd som rättshavaren kan utverka under pågående rättegång eller under en begränsad tid med effekt att ett förbud gäller mot den person som gör intrång i immaterialrätten. Under den tid förbudet gäller måste den som misstänks göra intrång upphöra med den verksamhet som omfattas av förbudet med risk för att ett vite annars utdöms. Förbudet, som således meddelas innan målet avgjorts av domstolen genom dom, beslutas normalt efter en snabb och summarisk process.<sup>2</sup> Sedan 1994 är bestämmelser om vitesförbud och interimistiska vitesförbud införda i samtliga immaterialrättsliga lagar.<sup>3</sup>

---

1 Jur.kand. trainee på Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut. Artikeln bygger på författarens examensarbete med samma namn.

2 Norrgård, Marcus, Interimistiska förbud i immaterialrätten, Helsingfors 2002, s. 1.

3 37 b § varumärkeslagen (1960:644) (VmL), 53 b § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL), 57 b § patentlagen (1967:837) (PatL), 35 b § § mönsterskyddslagen (1970:485) (ML), 15 § 2 st. firmalagen (1974:156) (FL), 9 b § lag (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter och 9 kap. 2–5 §§ växtförädlarrättslagen (1997:306).

Även om immateriella rättigheter utgår från en ensamrättskonstruktion, dvs. är avsedda att ge en uteslutande ensamrätt för det som skyddas, måste det ske en avvägning hur långt skyddet ska sträcka sig i det enskilda fallet. Inom det immaterialrättsliga sanktionssystemet kommer en sådan avvägning till uttryck i form av proportionalitetsprincipen. Rättshavarens intresse av att ett påstått intrång upphör ska vägas mot den skada eller den olägenhet som motparten riskerar att drabbas av. Syftet med denna artikel är därför att närmare analysera proportionalitetsprövningen vid interimistiska förbud i immaterialrätten. Analysen görs mot bakgrund av publicerad och opublicerad praxis. I det följande diskuteras även olika omständigheter som en part kan argumentera kring för att, om möjligt, påverka domstolen vid intresseavvägningen.

## 2. DET INTERIMISTISKA FÖRBUDET I IMMATERIALRÄTTEN

Talan om interimistiskt förbud kan föras enligt de särskilda bestämmelserna i de immaterialrättsliga lagarna eller som en självständig talan enligt bestämmelserna i 15 kap. rättegångsbalken (1942:740) (RB).<sup>4</sup> Om ett förbud efter en självständig talan ska bestå, så måste sökanden väcka talan i saken vid domstol inom en månad från att ett interimistiskt beslut beviljats (15 kap. 7 § första stycket RB). Tanken med både säkerhetsåtgärder i tvistemål enligt 15 kap. RB och enligt den immaterialrättsliga specialregleringen är att de ska gälla provisoriskt. De ska med andra ord följas av en dom, inte ersätta domen. Säkerhetsåtgärden ska inte heller pressa parterna till att avstå från att gå vidare med rättegången och istället lösa konflikten genom förlikning.<sup>5</sup>

I immaterialrättsmål har emellertid det interimistiska förbudet visat sig vara inte bara ett snabbt sätt för rättshavare att stoppa ett pågående intrång. Ett beslut om säkerhetsåtgärd har även en betydande påtryckningseffekt, och om den yrkade åtgärden beviljas kan käranden ofta ”tvinga” svaranden att ingå för-

---

4 Se Stockholms tingsrätts beslut 2006-03-28 i mål T 34209-05. Se även prop. 1985/86:86 s. 41 f.

5 Westberg, Peter, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål bok I, Lund 2004, s. 17; Fitger, Peter, Rättegångsbalken – en kommentar, 15 kap. RB, Inledning. Lagkommentaren finns tillgänglig online via Norstedts Juridik AB:s rättsdatabas Zeteeo.

likningsförhandlingar.<sup>6</sup> Käranden kan på ett tidigt stadium få ett övertag i processen som denne kan utnyttja. Förbudet har kallats den kanske viktigaste sanktionen vid immaterialrättsintrång, bl.a. eftersom det ger möjlighet att snabbt få ett stopp på intrånget och därmed den pågående skadan.<sup>7</sup> Säkerhetsåtgärden kan därför i immaterialrätten komma att fungera som ett tvistemålssubstitut som ersätter den ordinarie domstolsprocessen med en ”snabbprocess”.<sup>8</sup>

### 3. FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR BEVILJANDE AV ETT INTERIMISTISKT FÖRBUD

För att ett interimistiskt förbud ska kunna meddelas måste sökanden enligt lagtexten<sup>9</sup> uppfylla ett antal rekvisit. Sökanden måste:

Visa att det föreligger *sannolika skäl* för att intrång förekommer. Visa att det *skäligen kan befaras* att svarandens fortsatta intrång *förringar eller skadar värdet* av ensamrätt (sabotagerisk). *Ställa säkerhet* för den skada som svaranden kan tillfoga. Dessutom framgår det av allmänna principer att: *proportionalitetsprincipen* måste beaktas, dvs. domstolen ska göra en avvägning mellan parternas motstående intressen i varje enskilt fall.

6 Westberg a.a., s. 147. Det kan nämnas att det under åren 1987–1997 anhängiggjordes ca 130 patentmål i Stockholms tingsrätt, varav ca en tredjedel innefattade interimistiska förbudsyrkanden. 60-70 % av de anhängiggjorda patentmålen drogs tillbaka innan huvudförhandling, de flesta därför att parterna förlikts. Se i detta hänseende Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt, Stockholm 2007, s. 518 f. Av 59 stycken anhängiggjorda patentmål i Stockholms tingsrätt mellan 2001-2005 som gällde en ogiltighets- eller intrångstalan var antalet interimistiska förbudsyrkanden 23 stycken, dvs. ungefär 40 %. Vissa av patentmålen hade dock slagits samman, dvs. ett beslut kom att gälla för fler än ett mål.

7 Levin a.a., s. 516 f. Samtidigt kan noteras att ifall rättighetshavaren får igenom sitt yrkande om ett interimistiskt förbud uppnår han samma mål redan i det summariska förfarandet som han strävar efter med en förbudstalan.

8 Se härom t.ex. Petersen, Clement Salungs avhandling Immaterialrettigheter og foreløbige forbud, Köpenhamn 2008, som behandlar interimistiska förbud i dansk rätt, s. 47 ff. Westberg talar om förfarandet som ett ofullkomligt tvistemålssubstitut. Det interimistiska förbudet ersätter den ordinarie domstolsprocessen samtidigt som konflikten avgörs på ett ofullständigt beslutsunderlag. Domstolens bedömning i säkerhetsåtgärdsprocessen är med andra ord *inte är lika ingående och omsorgsfull* som den i tvistemålsprocessen Westberg, bok I s. 24 f.

9 Se lagtexthänvisningar i not 2 ovan.

*Sannolika skäl* innebär ett lägre beviskrav än vad som allmänt sett krävs för att dom ska kunna meddelas i tvistemål. Vad käranden enligt Ekelöf måste göra sannolikt är ”helt enkelt att han eller hon kommer att vinna målet”.<sup>10</sup> Vad Ekelöf ger uttryck för är att det ska göras en prognosprövning av sökandens talan, dvs. vem av parterna som har störst utsikter att vinna själva huvudsaken. Att det räcker för sökanden att göra det sannolikt att ett immaterialrättsintrång i objektiv mening föreligger betyder att sökanden inte behöver visa vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör intrång.<sup>11</sup>

Har sökanden visat att det föreligger ”sannolika skäl” för intrång, måste sökanden dessutom enligt lagtexten visa att det ”*skäligen kan befaras*” att svaranden genom att fortsätta intrånget förringar värdet av ensamrätten. Beviskravet för att sabotagerisk föreligger är alltså lägre än för att intrång förekommer. Sökanden behöver däremot inte visa att svaranden har för avsikt att förringa ensamrättens värde, utan det räcker med att intrånget kan få den *effekten* om det fortsätter. Det handlar således om risken för *framtida* skada.<sup>12</sup>

För att ett interimistiskt förbud slutligen ska kunna meddelas måste sökanden *ställa säkerhet* för den skada som kan tillfogas svaranden om det senare skulle visa sig att något intrång inte har ägt rum. Såväl säkerhetens storlek som utformningen av säkerheten är direkt avgörande för om ett förbudsyrkande ska beviljas eller inte. Skäligheten i utformningen av säkerheten ska nämligen enligt lagtexten prövas av domstolen, om den inte har godkänts av svaranden.<sup>13</sup>

Saknar käranden ekonomiska möjligheter att ställa säkerhet, kan dock han eller hon befrias från detta krav. Innan ett vitesförbud meddelas ska svaranden också ha fått tillfälle att yttra sig, om inte ett dröjsmål skulle medföra risk för

---

10 Ekelöf, Per-Olof, Bylund, Torleif och Edelstam, Henrik, Rättegång III, Stockholm 2006, s. 27; Westberg, Peter, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål bok 4, Lund 2004, s. 89.

11 Prop. 1993/94:122 s. 45.

12 Bengtsson, Henrik och Lyxell, Alf, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, Stockholm 2006, s. 174. Se även Hovrättens över Skåne och Blekinge beslut 2004-07-07 i mål nr Ö 559-04 (mistänkt varumärkesintrång på läkemedelsförpackningar) där domstolen uttalade att bestämmelsen om interimistiskt förbud enligt hovrätten måste tolkas på så sätt att ”det vid den tidpunkt då domstolen ska meddela sitt förbud skäligen kan befaras att svaranden fortsätter det förfarande som påstås göra intrång av beskaffenhet att förringa värdet av ensamrätten.” Sökanden hade enligt hovrätten inte visat att sabotagerisk förelåg och beslutet om interimistiskt vitesförbud upphävdes.

13 Bengtsson och Lyxell a.a., s. 182.

skada.<sup>14</sup>

### 3.1. PROPORCIONALITETSPRINCIPEN

I NJA 1993 s. 182 anförde Högsta domstolen (HD) att en domstol, trots att uttryckligt lagstöd saknas, ändå torde ha befogenhet att göra en proportionalitetsbedömning vid interimistiska beslut. Domstolen kan avslå yrkande om säkerhetsåtgärd med hänvisning till att förbudet skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förordnande om förbud. Ogillande på denna grund kan med andra ord ske trots att käranden har uppfyllt samtliga requisit för ett interimistiskt förbud. Av NJA 2005 s. 29 framgår att proportionalitetsprincipen gäller generellt vid interimistiska tvångsmedel.

Tillämpningen av proportionalitetsprincipen aktualiserades även i NJA 1995 s 631 (fråga om upphovsrättsintrång i en servisdekor). Utifrån det fallet kan följande beslutschema ställas upp:<sup>15</sup>

Proportionalitetsprincipen kan inte ges sådant utrymme att man riskerar att komma i konflikt med de allmänna ändamål som reglerna om vitesförbud avser att främja (dvs. ge rättshavarna möjlighet att snabbt få slut på ett pågående intrång).<sup>16</sup>

Ju starkare skäl som talar för att ett intrång förekommer till förfång för sökanden, desto mindre blir utrymmet för en proportionalitetsbedömning.<sup>17</sup>

Svarandens intressen tillgodoses i första hand genom att käranden ska ställa säkerhet. Kan det konstateras att intrång inte har förelegat, garanteras svaranden i princip ersättning för uppkommen skada.

---

14 Ds 2007:19 s. 92.

15 Andersson, Niklas, *Interimistiska förbud i immaterialrättsprocessen*, Sthlm 1999, s. 39. Se även Bengtsson och Lyxell a.a., s. 178 samt Bengtsson, Henrik och Arnt, Oscar, *Interimistiska förbud och bevissäkring vid intrång i företagshemligheter*, JT 2008-09 s. 246. För en kommentar av rättsfallet, se Westberg, bok 4 s. 266 f.

16 Detta var även ett av ändamålen bakom 1994 års reform av det immaterialrättsliga sanktionssystemet, se prop. 1993/94:122 s. 45.

17 Se Westberg, bok 4 som på s. 253 anför att det inte lämnas något utrymme för en proportionalitetsprövning i de fall där sökandens sak är uppenbar eller om klart övervägande skäl talar för att sökanden kommer att vinna målet.

Efter lagändringen år 1994 effektiviserades beslutsprocessen vid interimistiska förbud. En effekt av detta är att beslutsmotiveringarna blivit mer kortfattade.<sup>18</sup> Vid beslut om säkerhetsåtgärder nöjer sig domstolen ofta med att konstatera att ett visst rekvisit är uppfyllt respektive inte är uppfyllt, men domstolen förklarar inte varför. Det är därför svårt att veta vad domstolen baserat sina överväganden på när det t.ex. enbart uttalas att det begärda förbudet inte kan antas medföra oproportionerliga skadeverkningar för svaranden. En del underrättsbeslut innehåller dock tydliga motiveringar där ett yrkande om interimistiskt förbud beviljats respektive avslagits efter en proportionalitetsavvägning.

Vid tillämpningen av proportionalitetsprincipen i immaterialrättsmål där kärandens yrkande om interimistiskt förbud bifallits har domstolen t.ex. beaktat att den skada svaranden kommer att lida av ett interimistiskt förbud är begränsad,<sup>19</sup> eller att svaranden inte helt kommer att utestängas från marknaden om ett interimistiskt beslut meddelas.<sup>20</sup> I fall där interimistiskt förbud nekats efter en intresseavvägning, tycks domstolen ha baserat besluten på att det ekonomiska värdet av ett förbud varit måttligt för käranden och att svarandens

---

18 Bengtsson och Lyxell a.a. s., 189 f.; prop. 1993/94:122 s. 44 f.

19 Stockholms tingsrätts beslut 2001-06-21 i mål nr T 6336-01 (varumärkesintrång i samband med ompaketering av läkemedel). Tingsrätten anförde att svaranden endast hade att undvika att förse läkemedelsförpackningar med en märkning bestående av svarandens figurmärke för att därefter vara oförhindrade att utbjuda och försälja läkemedlet. Beslutet upphävdes däremot av Svea hovrätt i beslut 2001-07-13, mål nr Ö 4898-01. Hovrätten ansåg inte att det förelåg sannolika skäl för intrång. I beslutet anfördes även att tingsrätten genom rent förbiseende underlåtit att meddela ett förbud med avseende på utbudande och bringande i omsättning av kvarvarande lager av läkemedlet som redan försetts med svarandens figurmärkning.

20 Stockholms tingsrätts beslut 1999-08-27 i mål nr T 10375-99 (varumärkesintrång vid parallellimport och ompaketering av läkemedel). Tingsrätten uttalade att svaranden synes ha tillgång till parallellimport från andra marknader än den svenska.

förlust av ett sådant beslut skulle komma att vara långt större.<sup>21</sup>

### 3.2 OMSTÄNDIGHETER SOM KAN BEAKTAS AV DOMSTOLEN INOM RAMEN FÖR PROPORTIONALITETSPRÖVNINGEN

I mål som rör piratkopiering och varumärkesförfalskning, dvs. vid klara fall av intrång, lämnar domstolarna i regel inget yrkande om interimistiskt förbud utan bifall.<sup>22</sup> Vid svårbedömda fall kan det däremot vara fråga både om en giltig ensamrätt existerar och om ett intrång föreligger. Där blir också utrymmet och vikten av en proportionalitetsprövning större. Av NJA 1993 s. 182 framgår det inte hur strikt proportionalitetsprincipen ska tillämpas. Hur domstolarna väljer att företa en sådan intresseavvägning kan därför variera.

En skillnad kan göras beroende på om domstolens prövning är snäv respektive vid.<sup>23</sup> Den snäva bedömningen begränsas till en jämförelse mellan värdet på de skador som sökanden kan komma att lida om sabotageåtgärden inte stoppas och värdet på de skador som svaranden kan komma att lida om säkerhetsåtgärden förordnas och som svaranden ställt säkerhet för.<sup>24</sup>

Om en part vill att domstolen ska göra en vidare prövning, dvs. ta andra hän-

21 Stockholms tingsrätts beslut 2006-06-14 i mål nr T 13089-06.TV4 yrkade interimistiskt förbud mot ett bolag som bedrev s.k. sportbarer att offentligt framföra TV-sändningar av matcher från fotbolls-VM i bolagets restauranglokaler. I proportionalitetsbedömningen vägdes det också in att tvisten mellan parterna rörde flera svårbedömda upphovsrättsliga frågor. Se även Hässleholms tingsrätts beslut 1997-11-27 i mål nr T 399/97. Stiga Aktiebolag hade yrkat interimistiskt förbud mot Brio Aktiebolag om att framställa och sprida "spelarfigurer". Domstolen beaktade där att käranden vid tidpunkten för beslutet inte saluförde det aktuella spelet i Sverige och att Stigas vinst av ett förbud i det närmaste föreföll vara obefintlig. Det är dock tveksamt vilken tyngd som bör ges åt beslutets motivering, jfr Sandgren, Claes, NIR 2003 s. 596. Det förefaller även ha saknats fara i dröjsmål eftersom spelet inte salufördes i Sverige.

22 Bengtsson och Lyxell, a.a., s. 178.

23 Westberg, bok 4 s. 253 skiljer mellan vad han kallar den snäva respektive den vida proportionalitetsprövningen.

24 Se t.ex. Göta hovrätts beslut 2006-03-30 i mål nr Ö 364-06 (fråga om intrång i upphovsrätt och mönsterrätt rörande braskaminer). Vid proportionalitetsprövningen anförde hovrätten att: "...Utrymmet för en proportionalitetsbedömning är emellertid begränsat om man inte ska riskera att komma i konflikt med de ändamål som ett vitesförbud avser att främja. Utredningen i målet ger varken vid handen att den ställda borgen på tre miljoner kronor är otillräcklig eller att de negativa följderna av ett vitesförbud skulle bli oproportionerligt stora för Camina AB..." (min kurs.).

syn i beaktande än de rent ekonomiska, bör det ankomma på parten att åberopa och konkret beskriva vad han eller hon vill att domstolen särskilt ska ta hänsyn till.<sup>25</sup> Hur parten väljer att argumentera inför domstolen kan därför få betydelse för om ett yrkande om interimistiskt förbud beviljas eller inte.

Mot denna bakgrund går jag därför härnäst igenom sådana faktorer som enligt min mening kan inverka på domstolens proportionalitetsprövning. Dessa kan i sin tur komma att tala emot kärandens intresse av ett interimistiskt förbud.

### 3.2.1. TYPEN AV SKADA SOM SVARANDEN LIDER KAN HA BETYDELSE FÖR PROPORTIONALITETSPRÖVNINGEN

Av NJA 1995 s 631 framgår som sagt att den ställda säkerheten ska beaktas inom ramen för proportionalitetsbedömningen.<sup>26</sup> Det kan dock ha stor betydelse om den skada svaranden riskerar att drabbas av är reparerbar eller irreparerbar, dvs. om det rör sig om skada på svarandens egendom eller ekonomi (t.ex. i form av utebliven vinst) som i efterhand går att återställa eller inte.

Om svaranden riskerar att drabbas av en s.k. irreparerbar skada som är så omfattande att skadan inte täcks av den ställda säkerheten, så kan det komma att påverka proportionalitetsbedömningen och tala emot sökandens intresse av en säkerhetsåtgärd.<sup>27</sup> Inom immaterialrätten kan sådana skador vid intrångsmål bestå av exempelvis goodwillskador eller andra typer av marknadsskador.<sup>28</sup> Den säkerhet som käranden ställer enligt 15 kap. 6 § RB kan då inte fylla sin funktion, nämligen att utgöra ett fullt tillräckligt skydd för motparten.<sup>29</sup> Som också påtalas av Levin kan den uppställda säkerheten sannolikt aldrig kompensera förlusten av en under år avstängd tillgång till marknaden. Beräkningarna för en sådan förlust är samtidigt ytterst osäkra.<sup>30</sup>

I exempelvis angloamerikansk rätt tillmäts risken för att en part utsätts för

25 Se om parts åberopsbörda Westberg, bok 4 s. 253 f.

26 Se även Stockholms tingsrätts beslut 2006-01-24 i mål nr T 33980-05.

27 Bengtsson och Arnt, a.a., s. 246. Ekelöf a.a., s. 36 menar att det vid tillämpning av 15 kap. 3 § RB spelar viss roll i vilken mån det genom säkerhetsåtgärden rubbade tillståndet kan återställas om käromålet ogillas.

28 Norrgård, a.a., s. 298.

29 Westberg, bok 4 s. 270 ff.

30 Levin, EG-domstolens mål C-316/05, Nokia mot Wärdell, Europarättslig tidskrift 2007 s. 721.



oersättlig skada särskild betydelse.<sup>31</sup> Där tas i beaktande både risken för att oersättlig skada uppkommer om kändens goodwill eller anseende skadas av intrånget och att svaranden kan drabbas av en skada som inte senare kan ersättas.<sup>32</sup>

För de fall där det finns risk för att irreparabla skador drabbar fundamentala värden eller specifikt skyddsvärda intressen skulle domstolen även enligt svensk rätt ha anledning att överväga ett ogillande av kändens begäran om interimistiskt förbud.<sup>33</sup>

### 3.2.2 KÄRANDENS PASSIVITET KAN INVERKA PÅ PROPORTIONALITETSPRÖVNINGEN

Enligt svensk rätt ställs det inte något direkt krav på att ett yrkande om interimistiskt förbud ska framställas skyndsamt från det att rättighetshavaren blivit medveten om trånget. I många länder kan däremot en sökandes långvariga underlåtenhet att ingripa mot ett misstänkt intrång påverka bedömningen av

---

31 Detta gäller t.ex. balance of convenience-prövningen i engelsk rätt som kan ske vid yrkande om interimistisk åtgärd (interim injunction). Balance of convenience-prövningen innebär att domstolen jämför den irreparabla skada som uppkommer för känden om en injunction inte meddelas med den oersättliga skadan som uppkommer för svaranden om en injunction meddelas. I *American Cyanamid v. Ethicon*, [1975] 1 all E.R. 504. där principen utmejslades och som rörde patentintrång ansåg House of Lords att känden skulle bli mest lidande eftersom ett ogillande av hans begäran skulle komma att innebära att han för alltid förlorade sin monopolställning på den medicinskt-tekniska marknaden såvitt det avsåg det omtvistade patentet. Se vidare Norrgård a.a., s. 148 ff. samt Westberg SvJT 1990 s. 165–171.

32 Norrgård a.a., s. 298 f. samt Westberg, bok 4 s. 281 f. Westberg refererar bl.a. till ett amerikanskt fall om varumärkesintrång (*Selchow & Righter Co v. McGraw-Hill Book Co.* 580 F.2d. 25 (2d Cir. 1978), där domstolen vid proportionalitetsprövningen framhöll: "Threatened destruction or serious dilution of the mark may well be found to outweigh any possible loss to the defendant during the pendency of this litigation".

33 Fitger, Peter, Rättegångsbalken – en kommentar, 15 kap RB, Inledning, Proportionalitetsprincipens tillämpning. Lagkommentaren finns tillgänglig online via Norstedts Juridik AB:s rättsdatabas Zeteeo. Jfr Norrgård a. a., s. 299. Norrgård anför att det faktum att ett fortsatt intrång kan skapa en situation för känden som inte senare går att korrigera med skadestånd och förbudsdom är något som måste kunna beaktas i prövningen, i vart fall i finsk rätt.

om ett interimistiskt förbud ska meddelas.<sup>34</sup>

I dansk rätt har det diskuterats om kärandens passivitet ska beaktas. Plesner har bl.a. anfört att en passivitetsregel kan vara av betydelse när rättshavaren hotat med att lämna in en ansökan om interimistiskt förbud (fogedforbud) men inte gjort det. Däremot borde en sådan regel vara ett undantag, bl.a. eftersom att lämna in en ansökan om ett interimistiskt förbud utan tillräckliga skäl skulle kunna anses strida mot god advokatsed.<sup>35</sup>

Frågan om passivitet har inte särskilt beaktats i finsk rätt. Norrgård kommer emellertid till slutsatsen att passivitet kan få betydelse: ju längre passivitet, desto större sannolikhet för att rättighetshavaren inte lider någon skada, åtminstone inte till den grad som rättighetshavaren hävdar. Rättighetshavaren visar genom sitt beteende att han anser att de egna konsekvenserna inte är så allvarliga. Passivitet skulle med andra ord vara en faktor att ta i beaktande när domstolen ser till vilka konsekvenser ett förbud skulle kunna få för parterna.<sup>36</sup>

I svensk rätt kan prövningen av om det föreligger passivitet beaktas både inom ramen för frågan om sabotagerisk föreligger, och inom ramen för proportionalitetsprövningen. Vid en proportionalitetsprövning kan svaranden anklaga sökanden för att använda en säkerhetsåtgärd för ett otillåtet syfte, dvs. ett illojalt förfarande som exempelvis gör att en ogrundad begäran om säkerhetsåtgärd bifalls. Ett tecken på sådant missbruk skulle kunna vara att sökanden dröjt att reagera på svarandens förehavanden, vilket tyder på att sökanden egentligen inte tycker att agerandet är särskilt hotfullt. Vid proportionalitetsprövningen kan domstolen i sin tur ta hänsyn till sökanden förefaller missbruka det provisoriska rättsskyddet.<sup>37</sup>

Svea hovrätt har i ett mål avslagit ett yrkande om interimistiskt vitesförbud enligt lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL), där tvisten pågått i domstol ca tre år innan det interimistiska yrkandet framställdes och

---

34 Grundén, NIR 1996 s 477. I t.ex. Tyskland blir dröjsmålet en faktor vid prövningen av om en säkringsgrund (Verfügungsgrund) föreligger. Det finns ingen bestämd fastslagen tidsfrist utan det handlar alltid om in casu-prövningar. Tidsfristen är dock snäv och kan vara allt ifrån en till sex månader. Se vidare Norrgård a. a., s. 300 ff.

35 Plesner, Peter Ulrik, Om retsskridt inden process inden for immaterialretten, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Stockholm 1993, s. 347 f.

36 Norrgård a.a., s. 324 f.

37 Westberg, bok 4 s. 294.

utom rätta ytterligare ca ett och ett halvt år innan stämningsansökan lämnades in.<sup>38</sup>

I MD 1996:37<sup>39</sup> upphävde Marknadsdomstolen tingsrättens beslut om interimistiskt vitesförbud på grund av renommésnyltning, eftersom sökanden känt till svarandens verksamhet under lång tid, nära tre år. Först sedan HD i NJA 1995 s 635 avvisat ett yrkande om interimistiskt beslut avseende samma parter och faktiska omständigheter väckte käranden talan enligt MFL för bl.a. renommésnyltning. Vid sin beslutsmotivering hade HD konstaterat att svaranden gjort sig skyldig till renommésnyltning, något som inte var föremålet för den förväxlingsbedömning som HD hade att göra.

Däremot finns det exempel på att ogrundade argument om passivitet inte tillmätts någon betydelse. I ett beslut i Stockholms TR<sup>40</sup> som rörde upphovsrättsintrång kring ett dammsugarmunstycke anförde domstolen att det inte kunde utgöra skäl att avslå det interimistiska yrkandet för att käranden dröjt ca två månader med att väcka talan från det att de påtalade intrångsåtgärderna upptäcktes, särskilt inte som svaranden under den perioden tillställts två varningsbrev.

I dansk doktrin har framförts att den tid som förflyter innan passivitet inträder kan variera beroende på vad det rör sig om för typ av fall. I mål som rör klara fall av olovlig kopiering ("plagiering") får passivitet betydelse först sedan det gått en viss tid, medan passiviteten inträder fortare i mål som rör mer tveksamma fall av varumärkeskränkningar eller produkt efterbildningar där det kan krävas att rättshavaren agerar mer skyndsamt mot intrånget.<sup>41</sup> I varumärkesärenden bör dock rättshavaren ges tid till att följa upp i situationen för att se hur hård konkurrensen blir och ges tillräcklig tid för att skaffa bevisning.<sup>42</sup> Så bör det

---

38 Svea hovrätts beslut 2006-07-24 i mål nr T 5027-06. Även det faktum att säkerhet inte ställts var av avgörande betydelse eftersom Arlabolagen riskerade att bli helt utan ersättning. Sammantaget var omständigheterna sådana att något förbud inte meddelades.

39 "Galliano II". Dröjsmålet ifrågasattes i detta fall vid prövningen av frågan om sabotagerisk. Marknadsdomstolen ansåg att svarandeverksamheten pågått så länge, att om verksamheten hade allvarligen skadat sökandens renommé eller berövat denne på utebliven vinst hade denna förlust redan uppstått. Se härom Westberg, bok I s. 172.

40 Stockholms tingsrätt beslut 2005-09-27 i mål nr T 18906-05.

41 Andersen, Niels, Carlquist, Arly, Rubinstein, Anders, Retshåndhævdelse af immaterialretigheder, Köpenhamn 2006, s. 494.

42 Plesner a.a., s. 348.

enligt min mening även vara enligt svensk rätt. I exempelvis ett varumärkesmål bör rättshavaren ges tid att överväga sin egen position och hinna ta ställning till hur han ska agera.

I ett beslut från Stockholms TR<sup>43</sup> som rörde ett patentintrång gjorde svaret bl.a. gällande att kändanden inte agerat tillräckligt skyndsamt; ca ett år hade förflutit mellan kändandens varningsbrev och ingivandet av stämningssökan. Tingsrätten behandlade invändningen inom ramen för proportionalitetsprövningen och framhöll att: "...en sådan omständighet saknar i allmänhet betydelse i patentmål; med hänsyn inte minst till kostnaderna för patent har patenthavaren långtgående anspråk på respekt för sin ensamrätt" (min kurs.).

Sammanfattningsvis kan konstateras att passivitet i vart fall får betydelse enligt svensk rätt som ett led i proportionalitetsprövningen. Eftersom det än så länge<sup>44</sup> är relativt ovanligt att sådana hänsyn framgår av domstolens beslut,<sup>45</sup> är det svårt att dra några generella slutsatser. Möjligen bedöms också i Sverige passivitet olika beroende på vilken typ av mål det rör sig om, men de beslut som finns är för få för att ge ett tillförlitligt svar.

### 3.2.3 KAN ALLMÄNNA OCH TREDJEMANSINTRESSEN BEAKTAS VID PROPORTIONALITETSPRÖVNINGEN?

Vid den proportionalitetsprövning som görs innan ett interimistiskt beslut

43 Stockholms tingsrätt beslut 1998-12-07 i mål nr T 7-16792-98. Svea hovrätt fastställde tingsrättens beslut, beslut 1999-02-05 i mål nr Ö 294-99.

44 Frågan är om den nyligen genomförda reformen av domstolssystemet med obligatorisk prövningstillstånd för tingsrätts dom eller beslut i tvistemål kommer innebära någon förändring av beslutsmotiveringarnas innehåll. Visserligen sägs det i prop. 2004/05:131 s. 171 att tyngdpunkten i rättsskipningen bör ligga i första instans, men likväl kan domstols arbetsbelastning avgöra hur omfattande motiveringen i slutändan blir. Det är även värt att notera att prövningen ifall hovrätten ska meddela prövningstillstånd vid s.k. ändringsdispens (RB 49:14 p. 1) ska inriktas på det slut som tingsrätten har kommit till, inte bara omfatta skälen för beslutet som kan föranleda invändningar ifall tingsrättens motivering är oriktig eller ofullständig. Vissa mål kommer med andra ord inte att få förnyad prövning i hovrätten. Enligt lagtexten har en hovrätt möjlighet att avslå en dispensansökan när den kommit fram till att tingsrättens domskäl är svårförståeliga i sin ofullständighet, men att domslutet är korrekt. Se Heuman, Lars, Kravet på prövningstillstånd för att hovrätten ska bedöma ett tvistemål, JT 2007-08 s. 592.

45 Bengtsson och Lyxell a.a., s. 179.

meddelas är den traditionella uppfattningen att det endast är parternas intressen som ska beaktas.<sup>46</sup> I NJA 1995 s 631 diskuterade HD utrymmet för att inom ramen för en proportionalitetsbedömning ”väga parternas motstridiga intressen mot varandra”. Några andra intressen att ta hänsyn till omtalas inte i rättsfallet.

I engelsk rätt är situationen annorlunda. Rätten är där skyldig att pröva om det finns viktiga allmänna intressen som kan komma att skadas vid bifall till yrkade säkerhetsåtgärder.<sup>47</sup>

Att beakta andra intressen än parternas förekommer även i USA. I USA finns ett s.k. ”public service”-rekvisit, som innebär att domstolen ska beakta ett besluts inverkan på allmänintresset. Om intrång föreligger, så ligger det i allmänintresset att meddela ett interimistiskt förbud. I vissa fall har dock specifika tredjemansintressen förhindrat att förbud har meddelats.<sup>48</sup> Enligt Norrgård bör konsekvenser för andra än parterna kunna beaktas i finsk rätt.<sup>49</sup>

Frågan är om det ändå kan anses möjligt för en part att argumentera för allmän-

---

46 Enligt Bengtsson och Lyxell a.a., s. 178 ska tredjemansintressen och allmänna intressen hållas utanför prövningen. Se också Bengtsson och Arndt, a.a., s. 246 not 31.

47 I det engelska fallet *Roussel-Uclaf v Searle (GD) & Co* [1977] FSR 125 ansökte en patenthavare om provisoriskt rättsskydd mot ett intrång i patentet. Intrånget påstods bestå i marknads lansering av en viss medicinsk produkt. Svaranden lyckades få ansökan ogillad med argument om att medicinen hade livräddande egenskaper. Det var därför ett betydande allmänintresse att inte på säkerhetsåtgärdsstadiet hindra försäljningen.

48 I t.ex. *Hybritech Inc. v. Abbott Laboratories*, 849 F.2d 1446, 1458, 7 USPQ2d 1191 (Fed. Cir. 1988.) hade Hybritech patent på apparatur som spårar antikroppar, bl.a. cancer och hepatit. Det ansågs strida mot allmänintresset att förbjuda apparaturen. Patenthavaren hade ingen egen försäljning av den patenterade produkten. Inte heller fanns det någon licenstagare. Domstolen ansåg det ändå strida mot allmänintresset att besluta om interimistiskt förbud, som skulle ha inneburit att cancer- och hepatitpatienterna blivit utan produkterna, se för ytterligare exempel Norrgård a.a., s. 325 ff.

49 Norrgård a.a., s. 329, Se dock Svea hovrätts beslut 2008-04-25 i mål nr Ö 2848-08. Hovrätten vägde i detta fall in intresset för tredje man i bedömningen (TV4) men detta ansågs inte göra att sökandens intresse av säkerhetsåtgärden fick stå tillbaka. Hovrätten biföll sökandens yrkande om säkerhetsåtgärd. I sammanhanget bör nämnas att den aktuella tvisten indirekt omfattade TV4 som förvärvat rättigheter genom avtal med svarandeparten. Sökanden ansåg att TV4:s rättighetsförvärv var ett brott i sökandens avtal med svaranden. Högsta domstolen beviljade inte prövningstillstånd, Högsta domstolens beslut 2008-05-27 i mål nr 1942-08.

na eller specifika intressen i svensk domstol. Det finns visserligen inte några tydliga tecken på att de svenska domstolarna skulle ta intryck av tredje mans utsatta position eller allmänna intressen.<sup>50</sup> Men en sådan möjlighet går inte att helt utesluta. Domstolen borde under vissa förutsättningar kunna beakta ett fristående allmänintresse. Det som skulle motivera sådana hänsyn att säkerhetsåtgärderna beslutas skyndsamt och på ett bräckligt underlag, som medför risk för fel eller misstag.<sup>51</sup>

Mot den givna bakgrunden är det min uppfattning att det inte kan finnas något absolut hinder mot att beakta fristående intressen inom ramen för säkerhetsåtgärder enligt rättegångsbalken. Jag menar därför att en part, framför allt kanske i ett patentmål, skulle kunna använda samma linje i sina argument som förs i engelsk eller amerikansk domstol. Däremot kan kravet på skyndsamhet i handläggningen antas göra en domstol mindre benägen att komplicera prövningen genom att gå utanför partsintressena och beakta ett allmänintresse.<sup>52</sup> Det skulle i så fall, som nämnts ovan, ligga på parten att åberopa detta inför domstolen.

#### 4. SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

Den slutsats som kan dras är att andra rättsordningar än den svenska förefaller att ge utrymme för större flexibilitet vid interimistiska förbudsyrkanden. I svensk rätt tenderar parterna att inte tillräckligt djupt argumentera i frågor som rör intresseavvägningen. Vid bevismässigt mer diskutabla fall av intrång får samtidigt proportionalitetsprövningen större betydelse. HD har gett direktiv för proportionalitetsprövningen men utrymme finns för domstolen att ta hänsyn till specifika intressen eller värden som en part väljer att argumentera för.

För svaranden finns möjlighet att uttryckligen argumentera för att de skador som ett förbud skulle medföra är mer än bara ekonomiska och inte står i relation till den ställda säkerheten, att en större grupp än bara svaranden självt berörs av ett förbud samt att käranden genom sin passivitet gett uttryck för att svarandens beteende inte är särskilt hotfullt. Käranden kan i sin tur försöka

---

50 Nordback, Kenneth, Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål, Uppsala 2005, s. 309.

51 Nordback a.a., med hänv. till Westberg, bok 4 s. 328 f. med exempel på hot mot livsnödvändigheter som rör ett betydande antal människors hälsa, grundläggande möjligheter till försörjning och fundamentala behov i boendet som vatten, el och värme.

52 Se härtill Nordback a.a., s. 335 och även Westberg, bok 4 s. 328.

påverka domstolen att bevilja förbudet med argumentet att ett fortsatt intrång kommer att skapa en situation som inte senare kan korrigeras med skadestånd eller förbudsdom.

Enligt min mening skulle ombud med framgång kunna använda sig av utländska argumentationslinjer i svenska domstolar, särskilt om argumenten underbyggs med konkreta fakta. Det är något som jag i förlängningen också tror skulle kunna öppna för en generösare intresseavvägning vid domstols beslut om interimistiska åtgärder i immaterialrättsliga avgöranden. 