



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jennie Klingberg

**Interimistiska förbud i
immaterialrättsprocesser**

- *En empirisk undersökning av beviskravet
sannolika skäl och en analys av
Sanktionsdirektivets implementering*

Examensarbete
30 högskolepoäng

Peter Westberg

Immaterialrätt och processrätt

2009

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Frågeställning	6
1.3 Avgränsning	7
1.4 Syfte	8
1.5 Metod	8
1.6 Disposition	8
1.7 Begreppsdefinition	8
2 ALLMÄNT	10
2.1 Immaterialrättens särdrag	10
2.2 Interimistiskt vitesförbud som sanktion	10
2.3 Förfarande och påföljdsprinciper	11
3 PROCESSEN VID INTERIMISTISKA VITESFÖRBUD	13
3.1 Civilprocessuella säkerhetsåtgärder	13
3.2 Saklegitimation	13
3.3 Väckande av talan och utfärdande av stämning	14
3.4 Svarandens rätt att yttra sig	16
3.5 Rekvisit	18
3.5.1 Materiell eller öppen prövning	18
3.5.2 Intrångsrekvisitet – sannolika skäl	19
3.5.2.1 Allmänt om beviskravet	19
3.5.2.2 Bevisbördan	19
3.5.2.3 Bevisvärdering	20
3.5.2.4 Beviskravet i immaterialrättsliga tvister	20

3.5.2.5	<i>Sannolika skäl vid ex parte-beslut</i>	21
3.5.3	Konsekvensrekvisitet – skäligen befaras	21
3.5.4	Ställande av säkerhet	23
3.5.4.1	<i>Säkerhetens art</i>	23
3.5.4.2	<i>Säkerhetens beloppsmässiga skälighet</i>	24
3.5.4.3	<i>Befrielse från kravet att ställa säkerhet</i>	25
3.5.4.4	<i>Säkerheten vid ex parte-beslut</i>	26
3.5.5	Proportionalitetsprincipen	26
3.5.5.1	<i>Proportionalitetsprincipen och kärandens dröjsmål med att anhängiggöra ansökan</i>	27
3.5.5.2	<i>Proportionalitetsprincipen vid ex parte-beslut</i>	28
3.6	Vitesförbudets utformning och verkställighet	29
3.7	Beslutets motivering och förlikning	30
3.8	Överklagan, inhibition och omprövning	31
4	IMMATERIALRÄTTERNA – SANNOLIKA SKÄL	33
4.1	Upphovsrätt	33
4.1.1	Inledning	33
4.1.2	Sannolika skäl att ensamrätten existerar	33
4.1.3	Sannolika skäl att ett intrång har skett	34
4.1.3.1	<i>Ensamrättens omfattning</i>	34
4.1.3.2	<i>Omvänd bevisbörda vid framträdande likheter</i>	36
4.2	Patent	37
4.2.1	Inledning	37
4.2.2	Sannolika skäl att ensamrätten existerar	37
4.2.3	Omvändbevisbörda vid ogiltighetsinvändning	38
4.2.4	Sannolika skäl att ett intrång har skett	39
4.2.4.1	<i>Ensamrättens omfattning</i>	39
4.2.4.2	<i>Vilka åtgärder innebär ett intrång</i>	40
4.3	Kännetecken	41
4.3.1	Inledning	41
4.3.2	Sannolika skäl att ensamrätten existerar	41
4.3.2.1	<i>Registrering</i>	41
4.3.2.2	<i>Omvänd bevisbörda vid ogiltighetsinvändning</i>	42
4.3.2.3	<i>Inarbetning</i>	42
4.3.3	Sannolika skäl att ett intrång har skett	44
4.3.3.1	<i>Ensamrättens omfattning</i>	44
4.3.3.2	<i>Vilka åtgärder innebär ett intrång</i>	45
4.3.3.3	<i>Parallellimport</i>	47
4.3.3.4	<i>Omvänd bevisbörda vid parallellimport av läkemedel</i>	47
4.4	Mönsterrätt	49
4.4.1	Inledning	49
4.4.2	Sannolika skäl att ensamrätten existerar	50
4.4.2.1	<i>Registrerat mönsterskydd</i>	50
4.4.2.2	<i>Oregistrerat mönster</i>	50
4.4.3	Sannolika skäl att ett intrång har skett	51
4.4.3.1	<i>Ensamrättens omfattning</i>	51
4.4.3.2	<i>Åtgärder som innebär ett intrång</i>	51

5	INTERIMISTISKT VITESFÖRBUD VID FÖRSÖK OCH FÖRBEREDELSE TILL INTRÅNG	53
5.1	EG-rätten och immaterialrätten	53
5.2	Sanktionsdirektivet	53
5.2.1	Direktivets målsättning och syfte	54
5.2.2	Tillämpningsområde	54
5.2.3	Allmänna skyldigheter för medlemsstaterna	55
5.3	Den svenska implementeringen	55
5.3.1	Interimistiska förbud vid förestående intrång	56
5.3.2	Tidigare immaterialrättslig lagstiftning avseende försök och förberedelse	57
5.3.3	Interimistiskt förbud vid försök och förberedelse till intrång enligt allmän lagstiftning – 15 kap. 3 § RB	59
5.3.4	Skillnader mellan ny och tidigare lagstiftning avseende försök och förberedelse	60
5.4	Sannolika skäl att ett intrång är förestående	60
5.4.1	Intrångsrekvisitet sannolika skäl	60
5.4.1.1	<i>Flexibelt eller fast beviskrav</i>	60
5.4.1.2	<i>Beviskravets nivå</i>	61
5.4.1.3	<i>Intrångsrekvisitets tre bevisteman</i>	62
5.4.1.4	<i>Det tredje bevistemat – analog tillämpning av 23 kap. BrB</i>	62
5.4.1.5	<i>Tidsaspekten</i>	64
5.4.1.6	<i>Exemplifiering</i>	64
5.4.2	Konsekvensrekvisitet	65
5.4.3	Säkerheten och proportionalitetsprincipen	66
6	ANALYS	67
6.1	Beviskravet sannolika skäl vid interimistiska vitesförbud i nationell process	67
6.1.1	Sannolika skäl att ensamrätten existerar	68
6.1.2	Sannolika skäl att ett intrång har skett	69
6.1.3	Faktorer som kan påverka sannolikhetsbedömningen	69
6.1.4	Reflektioner	70
6.2	Sanktionsdirektivet	71
6.2.1	Interimistiska förbud vid förestående intrång – en nyhet eller ej?	71
6.2.2	Sannolika skäl att ett intrång är förestående	71
6.2.3	Reflektioner	73
	BILAGA A	74
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	79

Summary

Infringements of intellectual property rights appear to be increasingly linked to organized crime. Increasing use of the Internet enables pirated products to be distributed instantly around the globe. Since provisional measures for immediate termination of infringements was introduced in Swedish law in year 1994 the remedies has been an effective measure in rightholders fight against infringements. Especially since an ordinary process often tends to take long time and cause irreparable harm to the holder of an intellectual property right.

The first issue to be discussed in this paper is what evidence is required when a plaintiff claims for an interlocutory injunction in a process that concerns an industrial property right. In Sweden the Court may issue an injunction, under penalty of a fine, against a person who commits an act implying an infringement of the right. The Court may issue the injunction, for the time until the case has been finally adjudicated or otherwise is decided (*interlocutory injunction*). The plaintiff needs to show that it is *probable* that the act is an infringement or a violation of the right, and it needs to be reasonably expected that the defendant, through the continuation of the act, diminish the value that the right confers. No injunction may be issued before the defendant has been given an opportunity to respond, unless a delay would entail a risk for damage. The plaintiff also needs to deposits a security with the Court for the damage which may be caused to the defendant. If the plaintiff is not capable of depositing such a security, the Court may liberate him from making such a deposit. The first condition “probably cause” means that the plaintiff needs to proof 1) that the intellectual property rights exists and 2) that the right is being infringed. What kind of evidence that is required is a question of great importance for both parties, since the result will have an effect on the courts decisions of the remaining conditions. If the plaintiff provides reasonably evidence in order to a sufficient degree of certainty and the Court approves the claim, the dispute will in most cases lead to reconciliation between the parties. In practice this means that the dispute settles by a lower level of evidence then what is required in a regular process.

Secondly this paper will investigate what the implementation of the Enforcement Directive will imply to national law. Especially regarding the national courts authority to issue an interlocutory injunction, against the alleged infringer, intended to prevent any imminent infringement of an intellectual property right. The paper have pointed out that the judicial authorities already had authority to prevent imminent infringement by applying general rules on civil security in Chapter 15 of the Code of Judicial Procedure, and by an extensive interpretation of the previous law of intellectual property. In the paper, I have also made clear that the purpose of the directive may be lost because it is a minimum directive. The objective of the Directive is to ensure a high, equivalent and homogeneous level of protection in the internal market. It has been said that the current disparities lead to a weakening of the substantive law on intellectual property and to a

fragmentation of the internal market in this field. However the directive is a minimum directive, which means that it is up to each member state to impose stricter rules. In other words: the uniform level of protection will never be achieved.

Sammanfattning

Immaterialrättsintrång förefaller alltmer vara kopplade till organiserad brottslighet. Ökad användning av Internet gör det möjligt att sprida piratkopior över hela världen på ett ögonblick. Sedan möjligheten till interimistiska vitesförbud infördes år 1994 har sanktionen varit ett effektivt medel i rättighetsinnehavarnas kamp mot immaterialrättsintrång. Ett interimistiskt förbud innebär att ett pågående intrång i den immateriella rättigheten förhindras i väntan på ett slutgiltigt domstolsavgörande. Eftersom processen i allmän domstol inte sällan är tidskrävande, förhindrar ett interimistiskt förbud att irreparabla värden såsom goodwill samt marknadsandelar går förlorade.

Den första frågeställningen i den här uppsatsen är vad beviskravet sannolika skäl innebär i en immaterialrättslig process där käranden har yrkat på ett interimistiskt förbud. Käranden måste visa sannolika skäl för att dels visa ensamrätten existerar, dels att ett intrång har skett i denna ensamrätt. Frågan är av stor betydelse för parterna i en tvist, eftersom beviskravet inverkar på domstolens bedömning av resterande rekvisit. Om käranden lyckas bevisa sannolika skäl och domstolen bifaller yrkandet, leder tvisten i de flesta fall till en förlikning mellan parterna. I praktiken betyder detta att tvisten avgörs med ett lägre beviskrav än vad som krävs i en ordinarie process.

Uppsatsens andra frågeställning handlar om vilka förändringar Sanktionsdirektivet innebär för svensk rätt avseende de interimistiska vitesförbud. Direktivet syftar till att förhindra intrång redan på försök och förberedelsestadier. I min uppsats har jag dock pekat på att möjligheten att hindra förestående intrång redan omfattades av de allmänna bestämmelserna om civilrättsliga säkerhetsåtgärder i 15 kap. RB samt genom en extensiv tolkning av de tidigare immaterialrättsliga bestämmelserna. I uppsatsen har jag också klargjort att syftet med direktivet går förlorat eftersom det är ett minimidirektiv. Syftet med Sanktionsdirektivet sägs vara att tillnärma medlemsstaternas lagstiftningar för att uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå för immateriella rättigheter på den inre marknaden. Det har sagts att skillnaderna leder till att de materiella reglerna om immateriella rättigheter försvagas och till att den inre marknaden splittras på detta område. Direktivet är dock ett minimidirektiv, vilket innebär att det är upp till var medlemsstat att införa strängare bestämmelser. Detta betyder att den enhetliga skyddsnivån aldrig uppnås.

Förord

TACK

Henrik Bengtsson på advokatfirman Delphi för tips på ämnesområde.

Peter Westberg för inspirerande och tålmodig handledning under arbetets gång.

Charlotte Appelgren och mamma Marie för korrekturläsning.

Lillasyster Julia för kontroll utav rättsfallsnummer.

Anna Kittel för hjälpen med engelskan.

Alla vänner som har förgyllt min studietid!

Min familj och Ola för allt stöd och uppmuntran!

Lund i augusti 2009

Jennie Klingberg

Förkortningar

<i>Bet</i>	Betänkande
<i>BrB</i>	Brottsbalken (1962:700)
<i>EES</i>	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
<i>EG</i>	Europeiska gemenskapen
<i>EGD</i>	Europeiska Gemenskapernas domstol
<i>EGF</i>	Fördraget om Upprättandet av den Europeiska Gemenskapen (Romfördraget)
<i>EG-FGF</i>	Rådets förordning 6/2002 om gemenskapsformgivning
<i>EPC</i>	Europeiska patentkonventionen
<i>EPO</i>	Europeiska patentverket
<i>FL</i>	Firmalag (1974:156)
<i>HD</i>	Högsta domstolen
<i>HovR</i>	Hovrätt
<i>HSB</i>	Hovrätten över Skåne och Blekinge
<i>HVS</i>	Hovrätten för västra Sverige
<i>KML</i>	Lag (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter
<i>ML</i>	Mönsterskyddslag (1970:485)
<i>NIR</i>	Nordiskt immateriellt rättsskydd
<i>NJA</i>	Nytt juridiskt arkiv, avd. 1
<i>OHIM</i>	The Office for Harmonization in the Internal Market
<i>PL</i>	Patentlagen (1967:837)
<i>Prop</i>	Proposition
<i>PRV</i>	Patent och registreringsverket
<i>RB</i>	Rättegångsbalken (1942:740)
<i>SFS</i>	Svensk författningssamling
<i>SOU</i>	Statens offentliga utredningar
<i>TR</i>	Tingsrätt
<i>TRIPS-avtalet</i>	Agreement on trade related aspects of intellectual property rights (WTO)
<i>UB</i>	Utsökningsbalken (1981:774)
<i>URL</i>	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
<i>VM-dir.</i>	Rådets första direktiv av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar 89/104/EEC
<i>VMF</i>	Rådets förordning nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken
<i>VML</i>	Varumärkeslag (1960:644)
<i>VäxFL</i>	Växtförädlarrättslag (1997:306)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det finns flertalet faktorer som gör att interimistiska vitesförbud i immaterialrättsprocesser är ett aktuellt uppsatsämne. Immaterialrätters betydelse har successivt tilltagit under de senaste åren och idag omfattar rättigheterna ansevärd ekonomiska värden. Immaterialrättens ekonomiska betydelse i kombination med teknik- och samhällsutvecklingen främjar dock både avsiktliga och oavsiktliga intrång i ensamrätterna. Globalt sett har det uppsåtliga olagliga utnyttjandet och den organiserade piratverksamheten blivit ett omfattande problem. EU och andra internationella samfund har därför i en allt större omfattning infört nya sanktionsbestämmelser, istället för att som tidigare fokusera lagstiftningsåtgärderna på skyddsåtgärder, registreringsformalitet och liknande frågor. Rädslan finns nämligen att avsaknaden utav verkningsfulla sanktioner kan komma att reducera privata aktörers investeringsvilja i utveckling och nyskapande, något som i sin tur skulle kunna påverka sysselsättningen och minska konsumenternas förtroende för den gemensamma marknaden.¹

Sedan möjligheten till interimistiska vitesförbud infördes i nationell lagstiftning har sanktionen varit ett effektivt medel i rättighetsinnehavarnas kamp mot immaterialrättsintrång. Ett interimistiskt vitesförbud innebär att ett pågående intrång i den immateriella rättigheten förhindras i väntan på ett slutgiltigt domstolsavgörande. Eftersom processen i allmän domstol inte sällan är tidskrävande, förhindrar ett interimistiskt förbud att irreparabla värden såsom goodwill samt marknadsandelar går förlorade.

Nyligen har även ett nytt instrument, vars syfte är att stävja uppsåtliga immaterialrättsliga intrång, antagits inom EU: *Sanktionsdirektivet*². Direktivet har implementerats i svensk lagstiftning och bestämmelserna trädde i kraft den 1 april år 2009. Resultatet är en rad mer eller mindre uppmärksammade förändringar av de immaterialrättsliga lagarna. För svensk del har direktivet inneburit att nationell domstol numera kommer att kunna meddela interimistiska förbud vid försök, förberedelse och medverkan till ett immaterialrättsintrång. Målsättningen är att förhindra att intrång sker redan då förberedande åtgärder vidtas. Frågan är dock om inte möjligheten att utverka interimistiska förbud vid förestående intrång redan omfattades av de allmänna bestämmelserna om civilrättsliga säkerhetsåtgärder i 15 kap. RB.

1.2 Frågeställning

Uppsatsen omfattar två huvudfrågor. Den första frågeställningen är vad sannolika skäl innebär i en immaterialrättslig process där käranden har yrkat

¹ KOM(2000) 789. Uppföljning av grönboken. *Att bekämpa varumärkesförfälskning och pirattillverkning på den inre marknaden*. s. 3 f. Bryssel den 30.11.2000.

² Direktiv 2004/48/EG direktiv av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

på ett interimistiskt förbud. Den andra frågan är vilka förändringar Sanktionsdirektivet kommer att innebära för den svenska regleringen utav interimistiska förbud vid försök och förberedelse till intrång.

1.3 Avgränsning

Anledningen till att jag har valt att fokusera på domstolens materiella prövning i den första frågan är eftersom bevisvärdering i detta avseende är särskilt intressant. Om kändanden lyckas bevisa att det är sannolikt att ett intrång förekommer och domstolen därmed bifaller dennes yrkande, kommer parterna med all största sannolikhet att ingå förlikning därefter. Det betyder att tvisten aldrig genomgår en fullständig domstolsprövning och den i praktiken avgörs genom ett lägre beviskrav, än vid en ordinär prövning där saken i regel ska vara *styrkt*. Dessutom riskerar domstolens bevisvärdering att bli mer eller mindre schablonmässig, eftersom interimistiska vitesförbud måste meddelas snabbt och med intentionen att förhindra irreparabla skador. Detta betyder att förlikningen riskeras att ingå på felaktiga grunder, vilket i värsta fall kan leda till att den förlorande parten tvingas avbryta hela sin näringsverksamhet. Om kändanden dessutom yrkar på att det interimistiska beslutet ska meddelas ex parte, dvs. utan att svaranden ges tillfälle att bli hörd, har domstolen enbart kändandens information att lägga till underlag för sitt beslut. Hur svarandens intresse tas om hand i en sådan process är därmed en beaktansvärd aspekt. Slutligen kommer jag även att söka se om det finns någon skillnad i beviskravet mellan de olika immateriella rättigheterna (patent-, upphovs-, känneteckens- och mönsterrätt) eller om svaret beror på den fråga som ska avgöras.

Vad gäller avgränsningen av opublicerade rättsfall från Stockholms tingsrätt handlar dessa främst om avgöranden mellan år 2003 – 2009, men det finns ett par exempel på rättsfall som inträffat tidigare. För tidigare praxis se Niklas Anderssons examensarbete (1999) från Juridiska Fakulteten vid Lunds Universitet.³

Uppsatsens andra frågeställning emanerar i vilka förändringar som Sanktionsdirektivet innebär för svensk rätt. Nyheten sägs vara att interimistiska förbud numera kan meddelas mot försök och förberedelse till immaterialrättsliga intrång, men frågan är om det inte redan gick att tolka de tidigare bestämmelserna så att även förestående intrång omfattades. Svaret kommer att ligga till grund för en diskussion om syftet med direktivet uppfylls genom implementeringen och hur bevisvärderingen i dessa tvister förväntas ske. Eftersom bestämmelserna om medverkanansvar i Sanktionsdirektivet enbart har införts i förtydligande syfte kommer inte dessa att omnämnas.

³ För redogörelse av opublicerad praxis före år 2006, se Andersson, Niklas. *Interimistiska förbud i immaterialrättsprocessen – vad är sannolika skäl?* Skrifter utgivna av Svenska föreningen mot piratkopiering:2. Sthlm 1999; Westberg, Peter. *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål – en funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder*. Bok 1 - 4. Juristförlaget i Lund, Wallin & Dalholm Boktryckeri AB. Lund 2004; Bengtsson, Henrik och Lyxell, Ralf. *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*. Norstedts Juridik AB, Upplaga 1:1. Elanders Gotab. Sthlm 2006.

1.4 Syfte

Syftet med den empiriskt redogörelsen av beviskravet sannolika skäl och de förändringar som Sanktionsdirektivet innebär är att uppsatsen ska kunna tjäna som underlag i den juridiska yrkesverksamheten. Eftersom domstolens beslut i frågan sällan överklagas, förblir praxis på området opublicerad. Därför är min förhoppning också att uppsatsen kan förbli ett hjälpmedel för berörda parter vid en eventuell tvist.

1.5 Metod

Då uppsatsen är en rättsdogmatisk studie har underlaget baserats på lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin. En stor del av framställningen bygger på undersökningar av opublicerad praxis från Stockholms tingsrätt. För en bredare analys kommer även viss utländsk rätt att illustreras, men tyngdpunkten av framställningen vilar på svensk rätt. Att främmande rätt kan användas som rättskälla beror på den materialbrist som råder på området i Sverige.⁴

1.6 Disposition

Inledningsvis återges immaterialrättens särställning och problematik i kapitel två. I kapitel tre sker en summarisk redogörelse av processen vid interimistiska vitesförbud. Häri beskrivs den materiella prövningen, men också de processuella förutsättningarna som krävs innan domstolen tar upp ett yrkande om interimistiskt förbud. Jag skildrar vilka omständigheter som domstolen får grunda sitt beslut på och hur beslutet omprövas, hur part överklagar och förutsättningarna för inhibition. Även om jag löpande hänvisar till det empiriska underlaget kommer majoriteten av opublicerad praxis att återfinnas i det fjärde kapitlet. Här får således den första frågeställningen sina svar: vad sannolika skäl innebär i praktiken.

Den andra frågeställningen tar sin utgångspunkt i uppsatsens femte kapitel. Då min intention inte är att redogöra för direktivets samtliga delar, sker inledningsvis enbart en kort framställning om bakgrunden till direktivet och dess målsättning. Vad gäller den svenska implementeringen kommer skillnaderna mellan ny och tidigare lagstiftning att förtydligas. I samma kapitel sker en mer eller mindre empirisk redogörelse för vad beviskravet sannolika skäl innebär då domstolen ska avgöra om ett intrång är förestående. Uppsatsen avslutas med en analys av både första och andra frågeställningen.

1.7 Begreppsdefinition

Bestämmelserna om interimistiska förbud återfinns i samtliga immaterialrättsliga lagar och därmed sker ingen löpande hänvisning till

⁴ Norrgård, Markus. *Interimistiska förbud i immaterialrätten*. Diss. Helsingfors universitet 2002. s. 28.

lagrummen mer än inledningsvis. Ordalydelsen i paragraferna är identisk och för en analys av beviskraven är det därmed tillräckligt med en hänvisning till aktuella lagrum.⁵

Jag har valt att dela in rekvisiten i materiella och formella förutsättningar vilket även den finska professorn Norrgård gör i sin avhandling. *Materiella förutsättningar* är intrångsrekvisitet och konsekvensrekvisitet och *formella förutsättningar* är de processuella rekvisiten och kravet på säkerhet.⁶

Vid en analys av interimistiska vitesförbud bör även skillnaden emellan enkla och svåra fall uppmärksammas. *Enkla fall* är tvister där intrångsbedömningen är relativt okomplicerad, exempelvis counterfeiting⁷, piratverksamhet och liknande. I dessa fall kan det åberopade processmaterialet omedelbart, och utan någon vidare undersökning, ge stöd för att käranden har fog för sitt anspråk. Intrånget är med andra ord sådant att käranden kan antas ha rätt till en dom som ger skydd härför om saken går till ordinarieprövning.⁸ I *svåra fall* är intrångsbedömningen mer komplicerad. Möjligtvis måste olika rättsfrågor avgöras innan det interimistiska vitesförbudet kan bifallas eller ej. Rättsfrågorna kan exempelvis handla om ensamrättens omfång eller existens. Trots att det kan vara flera rättsfrågor som ska avgöras måste domstolen bestämma om sannolika skäl för ett intrång föreligger utan en genomgående materiell prövning. Indelningen mellan enkla och svåra fall är dock inte den enda som kan göras. Exempelvis anser Levin att counterfeiting är ett alltför diffust begrepp och att man istället bör skilja emellan ett klart uppsåtligt beteende i eget vinstintresse och intrång på grund av god tro eller av vårdslöshet.⁹

⁵ 37 b § 2 st VML, 53 b § 2 st URL, 57 b § 2 st PL, 35 b § 2 st ML, 15 § 4 st FL, 9 b § 2 st KML och 9 kap. 3 § VäxFL.

⁶ Norrgård. 2002. s. 21.

⁷ *Counterfeiting* är ett sammanfattat begrepp över förfalskade varor, vilket kan vara både intrång i ett varumärke, en kopia på ett mönsterskyddat föremål, förfalskade läkemedel, ett intrång i en upphovsrätt etc.

⁸ Norrgård. 2002. s. 12 – 13.

⁹ Levin, Marianne. ”Vad är counterfeiting?”. NIR 1986 s. 33 f.

2 Allmänt

2.1 Immaterialrättens särdrag

Immaterialrätten är den del av civilrätten som uppställer ett rättsligt skydd för intellektuella prestationer och kännetecken. Avsikten är att garantera en ensamrätt till innehavaren av en immaterialrättslig rättighet, att verkningsfullt förhindra skada på immateriella tillgångar samt att trygga ersättning för uppkomna skador. De immaterialrättsliga lagarna är Lagen (1969:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, Patentlagen (1967:837), Varumärkeslagen (1960:644), Firmalagen (1974:156), Mönsterskyddslagen (1970:485), Lagen (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter och Växtförädlarrättslagen (1971:392).

I takt med att produktions- och informationsteknologi utvecklas har intrång i immateriella rättigheter tilltagit.¹⁰ Eftersom de tvistande parterna sällan har något inbördes samarbete är de många gånger hänvisade till att avgöra tvisten i allmän domstol, även om svenskt näringsliv annars föredrar det snabbare och icke offentliga skiljemannaförfarandet.¹¹ I de allmänna domstolarna är den civilrättsliga processen ofta tidsmässigt utdragen, varvid efterföljande kostnader kan bli höga.¹² För rättighetsinnehavaren riskerar en utdragen process att orsaka irreparabel skada såsom förlorade marknadsandelar, försvagad ensamrätt eller goodwill. Därför är det särskilt viktigt att snabbt få ett slut på pågående intrång.¹³

2.2 Interimistiskt vitesförbud som sanktion

År 1994 genomfördes en omfattande revision av de immaterialrättsliga sanktionerna i Sverige och bl.a. infördes möjligheten för de rättskipande myndigheterna att meddela vitesförbud interimistiskt.¹⁴ Det främsta syftet med att införa denna möjlighet var att snabbt låta käranden komma i åtnjutande av sin materiella rätt.¹⁵ Då det stridiga rättsförhållandet tillfälligt regleras ges rättighetsinnehavaren nämligen ett provisoriskt rättsskydd.¹⁶ Ett annat skäl till att införa interimistiska förbud var att trygga tvistemålsdomens verkställighet och säkerställa en, för parterna, meningsfull dom. Säkerhetsåtgärden ska dock endast trygga verkställigheten av domen och inte ersätta den, vilket betyder att säkerhetsåtgärden endast får beviljas i

¹⁰ Andersson. 1999. s. 21.

¹¹ Ibid. s. 16.

¹² Nordström, Tomas. ”Mot en samlad speciallösning för immaterialrättsliga rättegångar – några frågetecken ändå”. NIR 2004 s. 69 f.

¹³ Kocktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*. 9 uppl. Norstedts Juridik AB. Vällingby 2007. s. 518 – 519.

¹⁴ Ds 1993:24 s. 39 f., prop. 1993/94:112 s. 42 samt Nordell, Per Jonas. ”1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem”. NIR 1994 s. 309.

¹⁵ Prop. 1993/94:122 s. 42 f.

¹⁶ Westberg. Bok 1. 2004. s. 100.

samband med talan som syftar till en verkställbar dom.¹⁷ Domstolen ska därför anpassa det interimistiska vitesförbudet utefter det resultat som domen är avsedd att ge.¹⁸ Under processens gång verkar det interimistiska förbudet som ett riskfördelnings- och riskminimeringsinstrument. För domstolen betyder detta att tvisten ska regleras på ett sätt som är ägnat att minimera skador, men också genom att rationellt fördela skadorna mellan parterna.¹⁹ Det är inte fel att påstå att interimistiska förbud öppnar upp för en snabbprocess, då förbudet i praktiken meddelas efter en summarisk process utan ingående materiell prövning.²⁰

Vitesförbud är dock inte den enda sanktionen som kan figurera vid intrång i en immaterialrätt. Andra sanktioner är straff, skadestånd och säkerhetsåtgärder såsom beslag, kvarstad och förverkande av intrångsföremål. Rättighetsinnehavare betraktar dock ofta interimistiska vitesförbud som den mest effektiva sanktionen. Fördelen med sanktionen är att den tar sikte på framtiden och förbjuder svaranden att fortsätta utövningen av den verksamhet som innebär ett immaterialrättsligt intrång. Straff och skadestånd är, till skillnad från interimistiska vitesförbud, bakåtblickande sanktioner, vars syfte är att reparera en redan inträffad skada för ett redan begånget brott. Visserligen anses även skadestånd och straff ha en preventiv verkan, men den är i jämförelse med vitesförbudet indirekt. Vid ett yrkande om andra sanktioner är svaranden dessutom fri att fortsätta med intrånget intill dess att domen har vunnit laga kraft.²¹ Slutligen kan ett interimistiskt förbud i vissa avseenden verka förlikningsfrämjande.²² Tillsammans med tullåtgärder kan det nämligen ge käranden god bevisning om att ett intrång föreligger och därmed utgöra ett verkningsfullt påtryckningsmedel gentemot svaranden.²³ Flyktigt räknat så leder upp till två tredjedelar av avgjorda mål till att parterna förlikas.²⁴ Detta betyder att det interimistiska förbudet i praktiken får samma verkan som en fullständig förbudstalan, men också att tvisten avgörs med ett lägre beviskrav än i en ordinarie process.²⁵

2.3 Förfarande och påföljdsprinciper

Förfarandepinciper ställer krav på rättegångsförfarandet.²⁶ Huvudsakligen är det två motstående förfarandepinciper som vägs emot varandra då ett interimistiskt förbud ska meddelas eller ej: *sanningsprincipen* och *processekonomiprincipen*. Sanningsprincipen strävar efter att beslutet ska vara så materiellt korrekt som möjligt. Processekonomiprincipen strävar efter att den enskilde bereds ett rättsskydd i form av en snabb, säker och billig process. Vid interimistiska vitesförbud har processekonomiprincipen

¹⁷ Westberg. Bok 1. 2004. s. 77.

¹⁸ Ibid. s. 97.

¹⁹ Ibid. s. 26.

²⁰ Prop. 1985/86:86 s. 28.

²¹ Norrgård. 2002. s. 59 f.

²² SOU 1983:35 s. 86.

²³ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 27.

²⁴ Andersson. 1999. s. 55.

²⁵ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 515 – 518.

²⁶ Norrgård. 2002. s. 38.

en större betydelse, eftersom syftet med åtgärden är att snabbt avsluta ett pågående intrång. Detta framgår av de immaterialrättsliga lagarna som anger att svaranden inte behöver höras ifall syftet med åtgärden riskeras med ett hörande.²⁷

Påföljdsprinciper ställer krav på förbudets objektiva och subjektiva omfattning. Den objektiva omfattningen är vad som ska förbjudas och den subjektiva är vem som ska förbjudas. Påföljdsprinciperna är främst *effektivitetsprincipen* som är en strävan efter att immaterialrättsliga förbudsätten ska förverkligas i det enskilda fallet. *Proportionalitetsprincipen* är också av betydelse. Den stadgar att påföljderna inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas.²⁸

²⁷ Norrgård. 2002. s. 41 – 43.

²⁸ Ibid. s. 38 f.

3 Processen vid interimistiska vitesförbud

3.1 Civilprocessuella säkerhetsåtgärder

Vid tvångsverkställighet av ett civilrättsligt anspråk är huvudregeln att käranden måste ha en exekutionstitel. I undantagsfall kan käranden åtnjuta sin rätt innan domen har fallit i målet. Detta sker då domstolen provisoriskt ordnar rättsförhållandet emellan parterna.²⁹ På yrkande av rättsinnehavaren, eller den som genom upplåtelse har rätt att utnyttja ensamrätten, får domstol vid vite förbjuda den som vidtar en åtgärd som innebär intrång eller överträdelse att fortsätta med åtgärden.³⁰ Vitesförbud kan utfärdas interimistiskt, dvs. för tiden intill dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har beslutats.³¹ I praktiken kan alltså käranden åtnjuta den rätt om vilken han eller hon för talan redan i samband med det interimistiska förbudet.³²

3.2 Saklegitimation

Berättigad att framställa yrkande om interimistiskt förbud är både rättighetsinnehavare och licenstagare.³³ Enligt doktrin är regeln om vem som är berättigad att beivra intrång civilrättslig och inte en processuell talerätsregel. Därför behöver inte käranden bevisa att han eller hon är innehavare av den aktuella rättigheten. Det är tillräckligt att ansökan innefattar ett yrkande och en grund som bygger på ett påstående om att käranden är berättigad att utverka ett förbud mot svaranden, detta i överensstämmelse med påståendedoktrin. Eftersom det i svensk rätt inte finns någon skyldighet att registrera vare sig överlåtelse eller upplåtelse bör domstolen dock göra en viss undersökning av vem som är rättighetsinnehavare. Enligt Bengtsson och Lyxell bör domstolen till och med kontrollera vem som är att betrakta som rättighetsinnehavare, även om ensamrätten aldrig varit föremål för upplåtelse eller överlåtelse. I exempelvis en koncern måste det undersökas om det agerande bolaget eller något annat bolag i koncernen är rättighetshavare.³⁴

Licenstagaren till ett varumärke, mönster eller växtförädlarrättighet har en absolut skyldighet att underrätta licensgivaren om att han eller hon avser att väcka talan om intrång.³⁵ Om licenstagaren inte kan visa att licensgivaren

²⁹ Andersson. 1999. s. 23 f.

³⁰ 37 b § VML, 53 b § URL, 57 b § PL, 35 b § ML, 15 § FL, 9 b § KML och 9 kap. 2–3 §§ VäxFL.

³¹ 37 b § 2 st. VML, 53 b § 2 st. URL, 57 b § 2 st. PL, 35 b § 2 st. ML, 15 § 4 st. FL, 9 b § 2 st. KML och 9 kap. 3 § VäxFL.

³² Andersson. 1999. s. 23 f.

³³ Ibid. s. 25.

³⁴ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 54 f.

³⁵ 43 § VML, 42 § ML och 10 kap. 2 § VäxtFL.

har underrättats ska talan avvisas. Licenstagaren behöver dock inte samtycka till att talan förs, utan underrättelse är tillräckligt.³⁶

Frågan om saklegitimation aktualiseras ofta då en produkt har skapats av anställda eller uppdragstagare i ett företag. Förutom Lag (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar, 40 a § URL och artikel 14.3 EG-FGF är spörsmålet oreglerat. I upphovsrätten är utgångspunkten att ensamrätten stannar hos arbetstagaren. I uppdragsförhållanden gäller dock den s.k. *specifikationsprincipen*, som stadgar att allt som inte uttryckligen framgår av ett licensavtal tillfaller upphovsmannen.³⁷

I en tvist om tre upphovsrättsligt skyddade artiklar hade svaranden gjort dessa tillgängliga för allmänheten på Internet utan kändens samtycke. Artiklarna omfattades av ett licensavtal som inte uttryckligen angav hur stor del av ensamrätten som upphovsmannen hade överlåtit till svaranden. Med hänvisning till specifikationsprincipen fastslog domstolen att allt som inte uttryckligen framgick av licensavtalet fortsatte att vara upphovsmannens ensamrätt. Det interimistiska förbudet avsågs dock eftersom återkomsten till artiklarna på Internet hade tagits bort och ensamrätten därmed inte förringades.³⁸

3.3 Väckande av talan och utfärdande av stämning

Det framgår inte av lagtexten huruvida talan om interimistiskt förbud kan föras självständigt eller endast i anslutning till talan om slutgiltigt förbud. Enligt HD kan en ansökan om interimistiskt förbud vid upphovsrättsligt intrång endast ske i samband med att stämningsansökan inges, eller efter det att en sådan ansökan ingivits.³⁹ Yrkandet måste således vara knutet till huvudyrkandet och framställas i samband med talan som syftar till en verkställbar dom, dvs. antingen en fullgörelse- eller förbudsdom.⁴⁰ Säkerhetsåtgärden kan i undantagsfall beviljas vid en fastställsetalan. Fastställsetalan måste i så fall ligga så nära en förbudstalan att domstolen anser att talan bör behandlas som en sådan.⁴¹

I en upphovsrättslig tvist yrkade kändens att TR skulle fastställa svarandens ersättningsskyldighet och meddela ett interimistiskt förbud. Fastställsetalan avvisades då domstolen ansåg att det var uppenbart att den skulle åtföljas av en fullgörelsetalan. Det var därmed inte processekonomiskt motiverat att föra en fastställsetalan, eftersom svaranden då skulle komma att besväras av två processer där samma omständigheter skulle komma att prövas, dvs. om intrång förelåg eller ej. I förbudstalan hade det dock räckt med att konstatera att intrång objektivt sett förelåg.⁴² I rättfallet brister dock korrespondenskravet mellan det interimistiska förbudet och fastställsetalan, även om talan var tillåten.

Då domstolen ska meddela ett interimistiskt vitesförbud ska detta stå i relation till det påstådda intrånget. Det betyder att yrkandet måste vara konstruerat med en viss grad av specifikation och ta sikte på att förhindra en

³⁶ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 53 f.

³⁷ Ibid. s. 56.

³⁸ Sthlm TR T 7515-03, beslut 2003-07-03. Ulrika N.

³⁹ NJA 2000 s. 435 II.

⁴⁰ NJA 1993 s. 182.

⁴¹ NJA 1991 s. 200 och NJA 1993 s. 182.

⁴² Sthlm TR T 637-05, beslut 2006-03-29. Annika N/ Mediearkivet. Se också Svea HovR avgörande i Ö 3368-06, beslut 2006-08-08.

fortsättning av det intrång som har föranlett förbudet. I sin begäran om vitesförbud måste därför käranden noga ange vari intrånget består och vilka förbudsåtgärder denne önskar. Exempelvis bör inte käranden yrka på att svaranden ska "förbjudas att begå intrång" eller förbjudas att vidta "liknande" eller "motsvarande" åtgärder. Konkretion och precision är nödvändigt eftersom svaranden måste veta vad han eller hon får och inte får göra.⁴³

I en varumärkestvist avvisades yrkandet om att "även annan otillåten användning där kännetecknet ingick skulle förbjudas". Domstolen konstaterade att förbudet måste gälla adressatens verksamhet och ta sikte på ett konkret pågående intrång.⁴⁴

Det framgår inte av lagtexten om domstolen har rätt att omformulera kärandens yrkanden med inriktning på det begångna intrånget. Enligt HD får domstolen dock på eget initiativ inom ramen för yrkandet formulera förbudet så att det täcker det misstänkta intrånget. Om det däremot är oklart huruvida ett intrång har skett och alltjämt är pågående, eller då det inte är uppenbart vilka åtgärder som omfattas av vitesförbudet, ankommer det inte på domstolen att formulera förbudet så att det täcker misstänkta intrång.⁴⁵

Även om syftet med interimistiska förbud är att snabbt få ett avslut på ett pågående intrång får domstolen inte begränsa processmaterialet om man anser att det är för omfattande. I exempelvis patenttvister är ofta materialet förhållandevis omfattande. Dessutom kan svaranden såsom processtaktik försöka att komplicera tvisten, i syfte att övertyga domstolen om att rättsläget är oklart och att det därmed inte går att bedöma om käranden har sannolika skäl för sitt anspråk.⁴⁶

I en varumärkestvist avslogs yrkandet om ett interimistiskt ex parte-förbud, eftersom TR inte ansåg att fara i dröjsmål förelåg. Svaranden hade tidigare verkat som återförsäljare i en affärskedja och därigenom haft rätt att använda kärandens varumärke. Svaranden hade sedan utträtt kedjan och tillkännagett att han hade för avsikt att bedriva sin verksamhet under ett annat kännetecken. Käranden menade nu att svaranden begick intrång i dennes ensamrätt genom att fortsätta använda det registrerade varumärket. Käranden hade dock inte åberopat några omständigheter som medförde att ett undantag från kommunikationsprincipen var berättigat. Medan beslutet överklagades uttalade emellertid svaranden sig i något som han själv betecknade som "svaromål". Yttrandet hade alltså inte föranletts av att TR utfärdat stämning eller att parterna i formell mening beretts tillfälle att yttra sig. HovR återvände tvisten till TR och passade på att säga att klagandes andrahandsyrkande borde ha tillgodosett. Därefter inkom svaranden med ett "riktigt" svaromål varvid man påstod att ett nytt avtal hade ingåtts. TR tvingades avslå yrkandet om det interimistiska förbudet eftersom frågan hade blivit alltför komplex att avgöra i en interimistisk process. Ovissheten i om avtalet hade sagts upp eller om avtalsförhållandet fortfarande existerade gjorde att käranden inte hade gjort intrånget sannolikt.⁴⁷

I Danmark har domstolen möjligheten att begränsa processmaterialet med hänvisning till att processen ska vara *syftesstyrd* enligt 647 § Retsplejeloven. Lagen stadgar att bevisföringen ska begränsas till vad som "finnes ufoenlig

⁴³ Westberg. Bok 2. 2004. s. 229 f.

⁴⁴ Sthlm TR T 6358-06, beslut 2006-03-29. Woolsport/ Sportwool.

⁴⁵ Sthlm TR T 1251-08.

⁴⁶ Westberg. Bok 4. 2004. s. 133 f.

⁴⁷ Sthlm TR T 1382-06, beslut 2006-01-20 och 2006-03-07, Svea HovR Ö 780-06, beslut 2006-01-26. Intersport.

med hensynet til forretningens fremme”.⁴⁸ Westberg påpekar att en jämförlig begränsning torde kunna ske i de svenska processerna, med hänvisning till den allmänna principen om förbudet att föregripa målets slutgiltiga utgång, men också viljan att säkerhetsåtgärden inte ska vara ett substitut för den ordinarie sakprövningen. Att domstolen får begränsa processmaterialet har också bekräftats i rättsfall där domstolen inte har bifallit parts begäran att höra vittnen eller sakkunniga. Beslutet har dock i dessa fall grundats på RB:s regler om villkoren för att sätta ut en huvudförhandling.⁴⁹

3.4 Svarandens rätt att yttra sig

Utgångspunkten vid handläggningen av interimistiska vitesförbud är att svaranden ska ges tillfälle att yttra sig innan beslut meddelas. Det följer exempelvis av den processrättsliga *kommunikationsprincipen* att part alltid har rätt att yttra sig innan domstolen fattar beslut i frågan. I undantagsfall kan det interimistiska beslutet meddelas *ex parte*, dvs. utan svarandens hörande.⁵⁰

Svea hovrätt har sagt att hörande av svaranden är *önskvärt* och att *ex parte*-beslut ska användas med *försiktighet*. Ett *ex parte*-beslut bör enbart meddelas om det föreligger särskilda omständigheter som medför att redan ett kort dröjsmål skulle orsaka irreparabel skada av beaktansvärd omfattning.⁵¹

Det ankommer på käranden att visa att det finns en risk för skada och att fara i dröjsmål föreligger.⁵² HD har slagit fast att frågan om fara i dröjsmål ska avgöras efter en samlad bedömning av flera faktorer där tidsfrågan är av grundläggande betydelse men inte ensamt eller exklusivt avgörande.⁵³ Westberg menar att enbart det faktum att svaranden *kan* genomföra en sabotageåtgärd inte är tillräckligt för ett *ex parte*-förbud. Käranden bör även bevisa omständigheter som talar för att svaranden *kommer att* obstruera mot dennes rätt, t.ex. dennes hittillsvarande illojala agerande. Käranden måste därmed göra sannolikt att kommunikering blir en utlösande faktor för svaranden att omedelbart planlägga och genomföra ett sabotage eller tidigarelägga en redan planerad sabotageåtgärd.⁵⁴

I en patenträttslig tvist om en stekugn konstaterad TR att fara i dröjsmål förelåg eftersom svaranden hade en leveransklar intrångsprodukt i sin besittning vilken skulle levereras till Norge i slutet på den dåvarande veckan. Domstolen menade att redan ett kort dröjsmål vid dessa förhållanden skulle innebära avsevärd skada för käranden. Den ställda säkerheten i form av en bankgaranti på 1 miljon SEK godtogs och beslutet meddelades *ex parte*. Svaranden hemställde att TR skulle ompröva det meddelade vitesförbudet och anförde att det inte skäligen kunde befaras att ensamrätten förringades då leveransen till Norge hade skett innan TR fattade det interimistiska beslutet och då man avbrutit all verksamhet avseende stekugnen efter

⁴⁸ Norrgård. 2002. s. 132.

⁴⁹ Westberg. Bok 4. 2004. s. 133 f.

⁵⁰ 37 b § 2 st VML, 53 b § 2 st URL, 57 b § 2 st PL, 35 b § 2 st ML, 15 § 4 st FL, 9 b § 2 st KML och 9 kap. 3 § VäxFL.

⁵¹ Svea HovR Ö 4036-95, beslut 1995-03-22 och 1995-10-31. Hässle.

⁵² Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 188 – 189 och prop. 1993/94:112 s. 48.

⁵³ Se NJA 2005 s. 29 som dock handlade om interimistisk kvarstad.

⁵⁴ Westberg. Bok 3. 2004. s. 53 f.

det att talan hade anhängiggjorts. TR fann ändå inte skäl att ändra sitt tidigare ställningstagande.⁵⁵ Tvisten överklagades sedan till Svea HovR, se avsnitt 4.2.3.1.

Vidare ska kärandens intresse av att åtgärden meddelas ex parte vägas mot de olägenheter som en omedelbar åtgärd kan tänkas innebära för svaranden. Vid en sådan intresseavvägning är det av stor betydelse om ett dröjsmål kan leda till irreparabel skada för rättighetshavaren.⁵⁶

TR har i en varumärkestvist ansett att fara i dröjsmål bör betyda att en *kvalificerad sabotagerisk* föreligger. Käranden hade anfört att svarandens marknadsföring och försäljning orsakade betydande skada samt att svaranden inte frivilligt avsåg att upphöra med det obehöriga utnyttjandet trots att flera varningsbrev hade skickats. TR lämnade yrkandet utan bifall då en stor del av svarandens intäkter kom ifrån ifrågakvarande produkter. Man menade att beslutet skulle få oproportionerligt stora verkningar för svaranden om det senare visade sig att beslutet var felaktigt meddelat. HovR ansåg dock att kärandens intresse av att stoppa intrånget utan svarandens hörande övervägde de olägenheter som beslutet skulle kunna innebära för svaranden. Yrkandet lämnades utan bifall på grund av att den ställda säkerheten var för lågt ställd (se avsnitt 3.5.4.4).⁵⁷

Norrgård framhåller att det i svåra fall torde *krävas* att svaranden ges tillfälle att bli hörd.⁵⁸ I överensstämmelse med detta menar Bengtsson och Lyxell att förutsättningarna torde vara för handen när det är frågan om piratkopiering eller varumärkesförfalskning, eftersom det i dessa tvister finns en överhängande risk att svaranden undanskaffar ett resterande lager eller dylikt.⁵⁹

I en undersökning av ex parte-beslut framkom det att starka rättigheter och skador av beaktansvärd omfattning ökar möjligheten till ett bifall av ex parte-yrkande.⁶⁰ Utredning, som omfattade varumärke och patenträttsliga mål, visade att det för ett ex parte-beslut krävdes en ekonomisk skada på ca 1 miljon SEK, att sakkunnig hade yttrat sig och att käranden inte haft vetskap om intrånget under en längre tid. Det visade sig också att ex parte-beslut var ovanligare i patenttvister jämfört med varumärkesrättsliga. Anledningen till detta sades vara de komplicerade tekniska frågorna som ofta uppstår i patenttvister och gör att det tar längre tid för käranden att utreda sakomständigheterna. Desto längre tid som förflyter mellan intrånget och det att talan anhängiggörs, desto mer sällan föreligger fara i dröjsmål. En annan tänkbar anledning kunde, enligt undersökningen, vara att proportionalitetsprincipen gavs ett större utrymme i patentmål då tvisterna ofta rör stora summor pengar.⁶¹ Därtill yrkar inte käranden lika ofta på ex parte-beslut i patenttvister eftersom svaranden oftare har sin hemvist utomlands. Om svaranden har hemvist utomlands måste han eller hon höras för att beslutet ska kunna verkställas inom Europa, enligt *Bryssel I*

⁵⁵ Sthlm TR T 1560-08, beslut 2008-02-07 och 2008-05-22. Formcook.

⁵⁶ Westberg. Bok 3. 2004. s. 53 f.

⁵⁷ Sthlm TR T 16361-07, beslut 2007-07-18 och Svea HovR Ö 5612-07, beslut 2007-07-24. Concorp Holding B.V.

⁵⁸ Norrgård. 2002. s. 66.

⁵⁹ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 189.

⁶⁰ Arbrandt, E och Lööf, J. "Hur maximerar jag chansen till ett interimistiskt förbud?"

Brand News. 2008. Nr. 7. s. 18 – 21.

⁶¹ Arbrandt, E. "Ett synnerligen ovanligt beslut – varför är det så?" Patent Eye. Nr 6/ 2008.

*Förordningen*⁶². Ex parte-beslut mot en utländsk motpart får således ingen verkan för kändan. Eftersom internationella tvister blir allt vanligare kommer troligtvis ex parte-beslut att minska i framtiden förutspårade undersökningen.

3.5 Rekvisit

I den interimistiska processen ställs kändans intresse, av att snabbt få slut på ett pågående intrång, emot svarandens intresse av en materiell korrekt dom. För att skapa en balans emellan de motstående intressena har lagstiftaren ställt upp tre stycken rekvisit som måste vara uppfyllda innan beslutet om det interimistiska förbudet kan fattas.

- 1) Det första är *intrångsrekvisitet* som anger att kändan ska visa att det är sannolikt att ett intrång förekommer.
- 2) Den andra är *konsekvensrekvisitet* som betyder att kändan måste visa att det skäligen kan befaras att svarandens fortsatta intrång förringar värdet av ensamrätten.
- 3) Slutligen måste kändan ställa *säkerhet* för den skada som svaranden kan tillfogas om beslutet upphävs.

Utifrån allmänna principer, och bestämmelsernas fakultativa karaktär, finns det också ett krav på att *proportionalitetsprincipen* beaktas.⁶³

3.5.1 Materiell eller öppen prövning

En materiell prövning innebär att domstolen undersöker om svaranden faktiskt gör intrång i kändans rättighet, dvs. om sannolika skäl föreligger. En öppen prövning innebär däremot att domstolen endast undersöker vilka följderna blir av ett förkastande respektive bifallande beslut. Detta betyder att sannolikheten inte beaktas. Prövningen av tvisten förflyttas till en prövning av de eventuella skadorna.⁶⁴ Enligt Westberg bygger svensk rätt på en *sekvensmodell* (vilket kan jämföras med en materiell prövning) som innebär att rekvisiten prövas i en bestämd ordning och skiljt från sig, dvs. anspråk, sabotagerisk, säkerhet och proportionalitet. Detta betyder att det inte finns någon möjlighet till *diskretionär helhetsbedömning* (vilket kan jämföras med en öppen prövning). Den diskretionära helhetsbedömningen är en intresseavvägningsmodell där olika alternativa bifallsvillkor uppställs beroende på ärendet. I svensk rätt kan därför inte beviskravet sannolika skäl variera beroende på beslutskonsekvenserna eller proportionalitetsprövningen. Dessutom sker det enbart en proportionalitetsprövning då sannolika skäl för det civilrättsliga anspråket har konstaterats. Nackdelen med sekvensmodellen är därför att det aldrig sker en proportionalitetsprövning i tvister där beviskravet sannolika skäl aldrig uppnås. Trots att kändan även i dessa fall kan vara i behov av ett

⁶² Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

⁶³ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 169.

⁶⁴ Norrgård. 2002. s. 186.

provisoriskt skydd, särskilt om det är frågan om organiserad piratkopiering.⁶⁵

3.5.2 Intrångsrekvisitet – sannolika skäl

3.5.2.1 Allmänt om beviskravet

Det ligger nära till hands att uppfatta sannolika skäl som ett beviskrav som markerar en *bevislättnad* för käranden. Kravet är nämligen lägre ställt än vad som krävs för ett bifall till själva käromålet i den ordinarie processen. Emellertid kan sannolika skäl också uppfattas som en *samlingsterm* för de kvalitetskrav som stämmningsansökan måste uppfylla för att vinna bifall. Detta skulle betyda att brister i kärandens talan kan vara en grund för att domstolen anser att käranden inte har visat sannolika skäl för sin talan. Exempelvis kan det röra sig om frånvaro av erforderligt åberopade rättsfaktum, oklart åberopade rättsfaktum och brist på bevis etc. Eftersom det är oklart vad beviskravet markerar påpekar Westberg att man bör vara försiktig i tolkningen av rättsfall från HD, då det inte är klart om prövningstillstånd har meddelats för att utröna vad som menas med ”sannolika skäl” eller för att ge vägledning i rent civilrättsliga frågor.⁶⁶

HD tycks ha intagit ståndpunkten att beviskravet sannolika skäl är en bevislättnad. I domskälen till NJA 1993 s. 764 framgick att det inte är rimligt att domstolen gör en lika ingående sakprövning vid interimistiska förbud som den vilken ska föregås av själva domen, eftersom det är ett provisoriskt rättsskydd som käranden ska garanteras.⁶⁷

Utifrån doktrin framgår det likaså att bevistermen sannolika skäl avser en bevislättnad. Bevistermen kan nämligen kopplas samman med en omständighets bevisvärde och den säkerhet med vilken en slutsats om bevistemålet ska vara bevisat. Dessutom är käranden ofta i behov av ett snabbt och provisoriskt rättsskydd, vilket sällan medför att en fullständig utredning kan presenteras. Det råder således ett bestämt samband mellan utredningens omfattning och bevisens kvalitet. Premissen om att käranden inte kan krävas på fullständig bevisning, föranleder att sannolika skäl ska vara ett lägre beviskrav, än det som gäller vid en ordinarie sakprövning.⁶⁸

3.5.2.2 Bevisbördan

Av lagtextens formulering ”att käranden ska visa sannolika skäl för sitt anspråk” framgår att *bevisbördan* åvilar käranden. Den danska professorn Salung Pedersen menar att bevisbördan som utgångspunkt åvilar den som vill bringa sanktionen i kraft, dvs. rättighetsinnehavaren.⁶⁹ Frågan är om käranden dessutom måste bevisa existensen av varje rättsfaktum och moment som aktualiseras med anledning av parternas talan exempelvis svarandens invändningar. I den ordinarie prövningen har svaranden bevisbördan för sina invändningar och det vore orimligt, enligt Westberg,

⁶⁵ Westberg. Bok 4. 2004. s. 38–39 och 57 - 58.

⁶⁶ Westberg. Bok 4. 2004. s. 88 f.

⁶⁷ NJA 1993 s. 764. Se också Westberg. Bok 4. 2004. s. 96 – 97.

⁶⁸ Westberg. Bok 4. 2004. s. 91.

⁶⁹ Salung Petersen. 2008. s. 101 – 102.

att kändanden skulle ha bevisbördan dessa invändningar i den interimistiska processen.⁷⁰

3.5.2.3 *Bevisvärdering*

Bevistermen sannolika skäl betyder inte att domstolen ska göra en mindre noggrann bevisvärdering, eller att en översiktlig och summarisk prövning ska ske. Det ska inte heller dras några likhetstecken med vilken intensitet som domstolen ska göra egna efterforskningar av material eller fakta som är av betydelse för målet. I den mån det saknas regler om utredningsansvar ska de allmänna principerna som gäller för ansvar i utredning av sakfrågor (parterna ansvarar för bevisföringen av sakfrågor enligt 35 kap. 6 § RB) och rättsfrågor (principen om *jura novit curia*) tillämpas.⁷¹

I doktrin har Ekelöf framfört ett förslag på att domstolen ska göra en *prognosprövning* av om sannolika skäl är uppfyllt. Enligt Ekelöf måste kändanden göra sannolikt att han eller hon kommer att vinna målet. Det betyder följaktligen att domstolen ska göra en prognos om utfallet av den ordinära civilprocessen parterna emellan.⁷² Westberg anför att detta innebär att styrkan i båda parternas talan ska prövas och inte enbart kändandens, samt att domstolen ska tillämpa en *allmän överviktsprincip*.⁷³ Innebörden av en överviktsprincip är att ingen av parterna har bevisbördan, utan att minsta sannolikhetsövertikt åt det ena håller avgör hur domstolen ska bedöma tveksamma faktasituationer. Westberg menar att överviktsprincipen skulle kunna användas på sakfrågorna, men att det ter sig systemfrämmande i själva rättsfrågorna.⁷⁴

3.5.2.4 *Beviskravet i immaterialrättsliga tvister*

Gemensamt för samtliga bestämmelser om vitesförbud är att kändanden inte behöver styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör intrång.⁷⁵ Kändanden behöver inte heller föra bevisning om intrångets skadeverkningar. Det är tillräckligt att det i objektiv mening föreligger ett intrång i den immateriella ensamrätten.⁷⁶ Rekvisitet är retrospektivt, då avsikten är att ta reda på om ett intrång har skett. Domstolens bedömning kompliceras av att det sällan är klart och tydligt huruvida ett intrång föreligger, med undantag från de uppenbara piratkopierings- och varumärkesförfalskningsfallen. Kändanden måste visa att det är sannolikt att ensamrätten existerar och att ett intrång har skett i den aktuella ensamrätten. Beviskravet avser således både civilrättsliga frågor och bevisning.⁷⁷ Om kändanden har en registrerad rätt finns det en viss lättnad eftersom domstolen presumerar att rätten är giltig, om inte målet rör just ensamrättens existens.⁷⁸

⁷⁰ Westberg. Bok 4. 2004. s. 90.

⁷¹ Ibid. s. 91.

⁷² Ekelöf, Per-Ole. Bylund, Torleif och Boman, Robert. *Rättegång III*. Norstedts Juridik AB. Sjätte upplagan. Sthlm 1999. s. 13.

⁷³ Westberg. Bok 4. 2004. s. 89 f.

⁷⁴ Ibid. s. 90.

⁷⁵ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 170.

⁷⁶ Prop. 1985/86:86 s. 27 och prop. 1993/94:122 s. 45 f.

⁷⁷ Westberg, P. "Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning?". SvJT 1990 s. 162.

⁷⁸ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 518.

3.5.2.5 Sannolika skäl vid ex parte-beslut

Sett enbart till lagens ordalydelse, ”sökande ska visa sannolika skäl för sitt anspråk”, förefaller det som om att det enbart är kändens talan som domstolen ska bedöma. Ur en rättssäkerhetssynpunkt är en sådan ensidig prövning naturligtvis otänkbar, därför ska båda parternas styrkor och svagheter beaktas.⁷⁹ Frågan kan ställas om hur domstolen ska kunna ta hänsyn till båda sidornas styrkor och svagheter då kändens yrkar på ett ex parte-beslut. För domstolen handlar det om att bedöma kändens påstående om fakta i målet och hur gällande rätt bör tolkas utifrån fakta. I sakfrågorna gäller det att se om det finns några brister i påståenden och relationen mellan dessa och anförd bevisning, men även om bristerna är så pass tvivelaktiga att ansökan bör ogillas. I doktrin menar man att kändens torde ha störst framgång med s.k. typbevis i dessa fall, dvs. bevis som typiskt sett visar existensen av ett faktum. Westberg framhåller dock att det är viktigt att domstolen inte spekulerar i det tänkbara som inte syns i ingivet material. Det är således inte frågan om en spekulation i invändningar eller problem som typiskt sett brukar uppkomma i förevarande situationer.⁸⁰

I doktrin har det rekommenderats att beviskravet sannolika skäl bör sänkas vid ex parte-beslut. Risken finns att ett alltför högt ställt beviskrav resulterar i att interimistiskt förbud inte meddelades i fall där det vore berättigat.⁸¹ I norsk rätt finns exempelvis ett lägre beviskrav vid ex parte-beslut. Tanken är att underlätta för kändens att snabbt erhålla ett erforderligt skydd.⁸² Den ökade risk som svaranden utsätts för uppvägs istället genom att kändens *måste* ställa säkerhet, dvs. det finns ingen möjlighet att bli befriad från kravet att ställa säkerhet.⁸³ Det ska dock påpekas att eftersom svarandens skador vid ex parte-beslut kan vara mycket svåra för domstolen att uppskatta, kan det vara rättsosäkert att låta säkerheten kompensera ett högre beviskrav.

3.5.3 Konsekvensrekvisitet – skäligen befaras

Konsekvensrekvisitet är till skillnad från intrångsrekvisitet prospektivt, dvs. framåtblickande. Kändens ska visa att det skäligen kan befaras att svarandens fortsatta intrång förringar värdet av ensamrätten. Med andra ord måste intrånget vara pågående och det måste även finnas en risk för skada, eller en *sabotagerisk*. Beviskravet är lägre än vad som gäller för intrångsrekvisitet. I praktiken presumeras till och med sabotagerisken vara uppfylld om sannolika skäl för intrång är bevisat.⁸⁴ Detta betyder att det enbart är i fall där det framstår som uppenbart att intrånget är en engångshändelse som sabotagerekvisitet inte kan anses vara uppfyllt.⁸⁵ Vad gäller skadan ska denna uppstå till följd av svarandens handling eller

⁷⁹ Westberg. Bok 4. 2004. s. 92 f.

⁸⁰ Ibid. s. 95.

⁸¹ Ekelöf m.fl. 1999. s. 15.

⁸² 14 kap. 6 § 2 st och 15 kap. 6 § 2 st Tvångsfullbyrdelsesloven.

⁸³ Westberg. Bok 4. 2004. s. 94 f. Se HVS Ö 1719-97, beslut 1997-10-24 där denna tolkning har vunnit gehör.

⁸⁴ Domeij, Bengt. ”Med ögat för patenträtten”. Patent Eye nr. 10. 1996. s. 17.

⁸⁵ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 174.

underlåtenhet.⁸⁶ Skadan eller sabotaget måste dessutom vara omedelbar nära, eller i vart fall överhängande, och behovet av rättskyddet akut.⁸⁷

Käranden måste övertyga domstolen att intrånget inte har upphört, utan att det pågår, och kan förväntas pågå framöver, om inte ett interimistiskt förbud meddelas.⁸⁸ Ekelöf anser att käranden inte behöver visa att svaranden har för avsikt att sabotera den kommande domverkställigheten, utan att det är tillräckligt att hans eller hennes åtgärd kan få denna verkan.⁸⁹ I överensstämmelse med detta, menar Westberg, att det inte är tillräckligt att svaranden bedöms ha möjlighet att företa ett intrång, utan det måste till ytterligare omständigheter som visar att svaranden verkligen kommer att genomföra en åtgärd som innebär risk för skada.⁹⁰

I ett rättsfall föranledde inte det faktum att parallellimportören sålt slut på produkten att sabotagerisken hade upphört. Inte heller det faktum att parallellimportören inte längre gjorde någon vinst på försäljningen då patentet löpt ut, och priset på produkten hade sjunkit, föranledde någon annan bedömning av frågan.⁹¹

Domstolen ansåg att intrånget var pågående, trots svarandens invändningar, då det av utskrifter från FASS.se framgick att läkemedlet fortfarande såldes.⁹²

I en annan tvist menade svaranden att man inte kunde stoppa leveranserna från distributören, eftersom distributören formellt ägde de mottagna läkemedelsförpackningarna. Käranden åberopade dock ett standardavtal som man menade borde finnas mellan parallellimportören och dennes distributör, vilket angav att parallellimportören hade rätt att stoppa försäljning trots den övergångna äganderätten.⁹³

I ett annat rättsfall menade svaranden att all ompaketering och ommärkning hade upphört för tiden vid stämningsansökan och att detta hade meddelats svarande i form av ett brev. I brevet framgick emellertid inte vilken tidpunkt som intrånget hade upphört. Svaranden menade också att man påtalat upphörandet för käranden via ett telefonsamtal. Ord stod mot ord, men käranden kunde dock visa att det för tiden efter stämningsansökans ingivande hade förekommit marknadsföring av de aktuella förpackningarna. Både TR och HovR bedömde det således som sannolikt att intrånget pågick vid tiden för stämning.⁹⁴

En frilansare hade publicerat 35 artiklar i en tidning. Utgivaren till tidningen hade sedan lagt ut artiklarna på en databas som allmänheten hade tillgång till utan frilansarens tillstånd. Domstolen ansåg att tillgängliggörandet av artiklarna på databasen var upphovsrättsintrång. Även om artiklarna därefter hade raderats kunde det skäligen befaras att svaranden skulle begå nya intrång, när frilansaren två gånger under målets handläggning hade uppmärksammat att svaranden hade begått nya intrång i dennes upphovsrätt till andra artiklar.⁹⁵

I en tvist om patenterade nycklar som endast fick tillverkas av vissa auktoriserade låssmeder, invände svaranden att han inte hade de maskiner som krävdes för att tillverka den avsedda nyckeln. Eftersom svaranden dock hade möjlighet att tillverka

⁸⁶ Westberg. Bok 3. 2004. s. 35.

⁸⁷ Westberg. Bok 2. 2004. s. 46.

⁸⁸ Ibid. s. 174.

⁸⁹ Ekelöf. Rättegång III. 6 uppl. s. 14 och Salung Petersen. 2008. s. 349

⁹⁰ Westberg. Bok 3. 2004. s. 90 f.

⁹¹ Sthlm TR T 1790-03, beslut 2003-04-11. Merck.

⁹² Sthlm TR T 11709-03, beslut 2003-11-11. IVAX.

⁹³ Malmö TR T 9587-02, beslut 2004-02-23. Boehringer.

⁹⁴ Sthlm TR T 10820-03, beslut 2003-10-16 och Svea HovR Ö 4676-04, beslut 2004-06-24. The Wellcome Foundation.

⁹⁵ Sthlm TR T 637-05, beslut 2006-03-29 och Svea HovR Ö 3368-06, beslut 2006-08-08.

Annika N/ Mediearkivet.

nycklarna med den fräsanordning som han hade och då vittnen intygade att försäljning utav den patenterade nyckeln hade skett, ansåg TR ansåg att det var sannolikt att intrång hade skett. Även om vittnen intygade att svaranden hade vägrat att tillverka de omtvistade nycklarna efter det att talan hade väckts, ansåg domstolen att det skäligen kunde befaras att intrånget fortsatte, eftersom svaranden alltjämt bedrev näringsverksamhet i vilken han kopierade nycklar. Det faktum att man, först efter det att talan väcks, upphör med ett intrångsförfarande bör, enligt domstolen, inte nödvändigtvis medföra att ett förbud underlåts. Ett motsatt synsätt skulle nämligen leda till en urholkning av förbudssanktionen. Kanske påverkades domstolen av den omständighet att käranden hade tillställt svaranden ett varningsbrev som hade lösts ut men inte besvarats. Käranden menade nämligen att det faktum att varningen aldrig hade hör sammats visade att det fanns en risk att intrånget alltjämt fortgick.⁹⁶

I ett jämförligt rättfall, bedömdes inte heller den omständigheten att svaranden tagit bort nyckelämnet som möjliggjorde tillverkningen att *möjligheten* att tillverka ifrågakvarande nycklar har försvunnit. Domstolen fann att det skäligen kunde befaras att svaranden fortsatte med intrånget och därmed förringade värdet av ensamrätten till patentet.⁹⁷

3.5.4 Ställande av säkerhet

För att ett yrkande om interimistiskt vitesförbud ska bifallas krävs att käranden ställer säkerhet för det skadestånd som han eller hon kan bli skyldig att för den skada som kan tillfogas svaranden. Käranden har ett strikt ansvar för skador härför, vilket även omfattar ren förmögenhetsskada. Syftet är bl.a. att motverka ogrundade yrkanden som framställs i konkurrenssyfte.⁹⁸

3.5.4.1 Säkerhetens art

För att säkerheten ska vara godtagbar ska den bestå av pant eller borgen. Borgen ska ställas såsom för egen skuld (*proprieborgen*) och om den ingås av två eller flera personer ska de svara solidarisk.⁹⁹ I rättspraxis har det inte godtagits att ett systerbolag har ställt borgen för moderbolaget (käranden). Vidare har det inte accepterats att käranden utfäst sig att betala skadestånd, som substitut för pant eller borgen. Däremot har postväxlar utfärdade av banker godtagits.¹⁰⁰ Käranden bör också tillhanda rätten utredning om borgensmannens solvens. Enligt doktrin kan också *vem* som ställer ut säkerheten få en ökad betydelse i en rådande finanskris.¹⁰¹

TR godtog ej den ställda säkerheten i form av en *proprieborgen*, eftersom Upplysningscentralen inte kunde garantera att uppgifterna angående borgensmannen var tillförlitliga eller att rapporten var fullständig och riktig. Då ny bevisning framkom överklagades beslutet till HovR men här föll käranden på att sannolika skäl till varumärkesintrång inte längre förelåg.¹⁰²

⁹⁶ Sthlm TR T 11340-04, beslut 2004-11-25. Assa 1.

⁹⁷ Sthlm TR T 27256-05, beslut 2005-12-22. Assa 2.

⁹⁸ 3 kap. 22 § UB och prop. 1980/81:84 s. 337.

⁹⁹ 2 kap. 25 § UB.

¹⁰⁰ Westberg. Bok 4. 2004. s. 214.

¹⁰¹ Arbrandt, E. "Ett synnerligen ovanligt beslut – varför är det så?" Patent Eye. Nr 6/2008.

¹⁰² Malmö TR, T 4877-01, beslut 2001-09-10 och HSB Ö 2219-01, beslut 2001-11-01.

Roche/ Orifarm.

3.5.4.2 Säkerhetens beloppsmässiga skälighet

Domstolen har att pröva säkerhetens beloppsmässiga skälighet, om svaranden inte godkänner den.¹⁰³ Storleken ska täcka de skador som kan tänkas uppkomma för svaranden och dessa måste konkretiseras av svaranden.¹⁰⁴ För domstolen handlar det om att approximera vad som kan tänkas vara skäligt i det enskilda fallet. Någon allmän hjälpregel härför har inte utvecklats i praxis, men i huvudsak är det två omständigheter som granskas:

- 1) för det första under vilken tidsrymd från upphävandet av beslutet som svaranden måste göra sina ersättningsanspråk gällande, och
- 2) för det andra om säkerhetens ordalydelse är förenlig med de processuella regler under vilka beslutet om interimistiskt förbud fattas.¹⁰⁵

Hänsyn torde kunna tas till att rättegången kan komma att föras i flera instanser.¹⁰⁶ Om käranden försöker förhandla sig fram till en rimlig nivå på säkerheten med domstolen strider det mot grundläggande förfarandepprinciper, enär ensidiga uppgörelser med domaren inte accepteras.¹⁰⁷ Om säkerheten bedöms som otillräcklig ska det interimistiska yrkandet ogillas, oavsett om käranden kan hänvisa till goda ekonomiska resurser som täcker ett eventuellt skadestånd.¹⁰⁸ Av rättspraxis framgår att käranden har rätt att bota brist i den ställda säkerheten t.ex. genom att höja beloppet eller förändra lydelsen av säkerheten. Samma sak torde gälla om säkerheten är felformulerad.¹⁰⁹ Om ansökan avslås kan käranden få möjlighet att begära omprövning eller överprövning av beslutet.¹¹⁰

I en tvist om ett nedladdningsprogram för musik till mobiltelefoner hade käranden ställt säkerhet i form av en bankgaranti om 200 000 SEK. Svaranden invände att säkerheten var otillräcklig och åtminstone borde uppgå till 500 000 SEK, eftersom de avtal som man var på väg att teckna med intressenter uppgick till ett högre belopp. Samma säkerhet åberopades både avseende intrångsundersökningen och det interimistiska förbudet. Svaranden kommenterade dock enbart säkerheten då domstolen skulle besluta om intrångsundersökningen. Därför ansåg domstolen att det var sin uppgift att bedöma den angående det interimistiska förbudet. Eftersom eventuella skador orsakade av vitesförbudet inte omfattades, underkändes den.¹¹¹

I en tvist om ett mönsterskyddsregistrerat dammsugarmunstycke lämnades yrkandet om det interimistiska vitesförbudet utan bifall, eftersom säkerheten enligt dess ordalydelse inte omfattade situationer där det interimistiska förbudet skulle hävas genom beslut under rättegång, exempelvis om käranden återkallade sin talan.¹¹²

Generellt sett är säkerhetsnivåerna lägre vid upphovsintrång och känneteckensrätt, än vid patentintrång och vanligtvis varierar beloppen mellan 200 000 – 500 000 SEK. Att käranden ställer ett högt belopp som

¹⁰³ 37 b § 3 st VML, 53 b § 3 st URL, 57 b § 3 st PL, 35 b § 3 st ML, 15 § 5 st FL, 9 b § 3 st KML och 9 kap. 3 § 2 st VäxFL.

¹⁰⁴ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 181.

¹⁰⁵ Ibid. s. 182.

¹⁰⁶ Ibid. s. 65.

¹⁰⁷ Westberg. Bok 4. 2004. s. 217.

¹⁰⁸ Ibid. s. 219.

¹⁰⁹ Se bl.a. NJA 1986 s. 419.

¹¹⁰ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 184.

¹¹¹ HVS Ö 4777-08, beslut 2009-02-10. DropMe.

¹¹² Sthlm TR T 16682-99, beslut 2000-01-14. Twinnovation. Se också NJA 1995 s. 631.

säkerhet betyder dock inte alltid att käranden anser att svaranden riskerar stora skador. Ett högt belopp kan snarare ställas av processtaktiska skäl, som ett försök att övertyga domstolen att man har fog för sitt yrkande och därför vågar riskera ett stort belopp.¹¹³

Den skada som svaranden anför att säkerheten måste täcka måste *konkretiseras*. Här finns det en risk att svaranden hittar på skador som inte existerar. Det kan medföra att käranden inte har råd att ställa säkerhet. Enligt min åsikt borde det även finnas en möjlighet för domstolen att redan i början av en tvist avgöra om det överhuvudtaget finns ett behov av säkerhet. Exempelvis är det oklart om det uppstår en skada för svaranden vid ett medvetet intrång. Å andra sidan borde svaranden i tveksamma ha en möjlighet att undvika ett vitesföreläggande genom att ställa säkerhet för den skada som rättighetshavaren kan orsakas om svaranden tills vidare tillåts att fortsätta med det påstådda intrånget.¹¹⁴

Svaranden hävdade att säkerheten (en bankgaranti på 500 000 SEK) var otillräcklig, då den påstådda intrångsprodukten (ett läkemedel) omsatte 40 miljoner SEK om året. TR bedömde den dock som tillräcklig då svaranden tidigare under målet framhållit att man inte längre gjorde någon vinst vid försäljningen.¹¹⁵

3.5.4.3 Befrielse från kravet att ställa säkerhet

I undantagsfall kan käranden befrias från kravet att ställa säkerhet. Förutsättningen är att han eller hon *saknar ekonomisk förmåga* att ställa säkerhet.¹¹⁶ Att intrånget exempelvis är så akut att käranden inte hinner utfärda en säkerhet är inte en tillräcklig grund. Inte heller ett klandervärt beteende från svarandens sida som gör att denne försuttit sin rätt till en säkerhet, kan befria käranden från kravet.¹¹⁷

Ett dataspel bedömdes ha verkshöjd tack vare spelidéns originella utformning och självständighet. Vidare förelåg en sådan grad av likhet mellan kärandens och svarandens spel, att intrånget var sannolikt. Käranden yrkade på att man skulle befrias från kravet att ställa säkerhet enligt 53 a § 3 st. URL. TR hänvisade till lagens förarbete (prop. 1993/94:86), där det stod att bestämmelsen skulle tillämpas i situationer då en upphovsrättsinnehavare, med begränsade ekonomiska resurser, förde talan mot en intrångsgörare, vars skada skulle förbli ringa i jämförelse med den skada som upphovsrättsinnehavaren åsamkades av intrånget. TR menade att meningens gav uttryck för att det skulle ske en *proportionalitetsprincip* vid bedömningen av om käranden skulle befrias från kravet på att ställa säkerhet. Mot bakgrund av att käranden hade beviljats rättshjälp i fallet och den procentatsats efter vilket han skulle betala rättshjälpavgift hade fastställts till 10 procent fann TR att käranden hade visat att han saknade förmåga att ställa säkerhet. Käranden befriades från kravet att ställa säkerhet också eftersom den skada som ett vitesförbud förmodades innebära för svaranden var begränsad.¹¹⁸ Troligtvis var det faktum att svaranden i huvudsak ägnade sig åt livsmedel och inte dataspel av avgörande betydelse. Domstolen antog därmed att förbudet inte förorsakade denne någon större ekonomisk skada, då en begränsad del av dennes intäkter kom från just dataspel. Ett avslag av vitesförbudet hade troligtvis orsakat käranden betydligt större ekonomisk skada då hela dennes verksamhet var uppbyggd kring dataspel.

¹¹³ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 185.

¹¹⁴ Se bl.a. Westberg. Bok 4. 2004. s. 222.

¹¹⁵ Sthlm TR T 1790-03, beslut 2003-04-11. Merck.

¹¹⁶ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 180 – 188.

¹¹⁷ Svea HovR Ö 4979-01, beslut 2001-02-23.

¹¹⁸ Sthlm TR T 22181-03, beslut 2004-06-11. Fred H.

Rättsfallet visar att det bör ske en intresseavvägning mellan kändens och svarandens intresse av ett interimistiskt beslut, då domstolen har att ta ställning till om kändens ska befrias från kravet att ställa säkerhet. Kändens, med begränsade ekonomiska resurser, som för talan mot en intrångsgörare vars skada förblir ringa jämfört med den skada som rättsinnehavaren åsamkas av intrånget, har således större möjlighet att bli befriad från kravet att ställa säkerhet än det omvända.¹¹⁹

3.5.4.4 Säkerheten vid ex parte-beslut

I ex parte-avgöranden är säkerheten av stor betydelse, eftersom en omprövning av säkerheten innebär att ansökan kommuniceras med svaranden.¹²⁰ För att domstolen ska kunna bedöma om säkerheten är godtagbar, ligger det en börda på kändens att beskriva vilket slag av verksamhet som svaranden bedriver och vilka skador som denne kan drabbas av vid ett interimistiskt beslut. För kändens handlar det således om att sätta sig in i svarandens ekonomiska ställning och verksamhet, samt söka se vilka effekter ett förbud kan få för denne. Vid domstolens bedömning sker en prognos av den tänkbara skada som svaranden kan drabbas av utifrån den information som kändens lämnar. Det finns en risk att en förvärd sådan sätter press på svaranden att ingå förlikning, särskilt om man inte kan skaffa ekonomisk täckning för de reella skadorna som kan uppkomma.¹²¹

Säkerheten var en ingiven pantförskrivning på 300 000 SEK, vilken satts in på ombudets klientmedelskonto. Kändens hade gjort gällande att den skada som svaranden drabbades av var begränsad till ändring av och *tillfälligt* stopp av en del av företagets hemsida. Enligt HovR var den ställda säkerheten tillräcklig för att meddela beslut om inträngsundersökning, men inte för ett interimistiskt beslut, som är en åtgärd som gäller *tills vidare*. Mot bakgrund av vad som hade framkommit om svarandens omsättning och att man frekvent och genomgående synes använda varumärket i sin verksamhet, kunde säkerheten inte enligt HovR garantera svaranden full ersättning för uppkommen skada för de fall inträng inte befanns ha förelegat. Det interimistiska förbudet avsågs. Då säkerheten höjdes till en pant om 1 miljon SEK bifölls yrkandet.¹²²

3.5.5 Proportionalitetsprincipen

Även om det inte framgår av lagtexten så finns det ett fjärde rekvisit som måste vara uppfyllt innan domstolen kan meddela ett interimistiskt vitesförbud: proportionalitetsprincipen. Att proportionalitetsprincipen kan tillämpas härleds från vitesförbudets fakultativa karaktär.¹²³ Svenska domstolar saknar, med andra ord, direkt lagstöd att ogilla en ansökan om vitesförbud därför att åtgärden skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förordnande om säkerhetsåtgärd.¹²⁴

¹¹⁹ Svea HovR Ö 1937-95, beslut 1995-05-11. Kändens menade att svaranden hade försuttit sin rätt till säkerhet genom att uppsåtligt begå varumärkesinträng.

¹²⁰ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 182.

¹²¹ Westberg. Bok 4. 2004. s. 223.

¹²² Sthlm TR T 16361-07, beslut 2007-07-23 och Svea HovR Ö 5612-07, beslut 2007-07-31. Concorp Holding B.V.

¹²³ Ekelöf m.fl. 1999. s. 18 f.

¹²⁴ Andersson. 1999. s. 37 f.

Proportionalitetsprincipen innebär att domstolen ska bedöma de hypotetiska skadeverkningarna och utforma det interimistiska beslutet så att de allvarligaste skadorna undviks. Hänsyn ska tas både till skadeverkningar som kan uppskattas i pengar och andra verkningar.¹²⁵ Principen är konsekvensorienterat eftersom nyttan av vitesförbudet vägs mot skadan härav. Eftersom principen inte uttryckligen framgår av lagtexten är det emellertid enbart parternas intressen som inbegrips och inte tredje mans eller det allmännas intresse.¹²⁶ HD har dessutom anfört att även om både intrång och sabotagerisk föreligger, kan domstolen neka ett interimistiskt vitesförbud om det skulle få alltför oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett vitesförbud.¹²⁷ Enligt HD får inte heller proportionalitetsprincipen leda till att syftet med lagbestämmelserna går omintet, dvs. att ge rättighetsinnehavaren möjligheten att snabbt få ett slut på intrånget.¹²⁸ Utifrån rättsfallen kan tre konklusioner dras.

- 1) Proportionalitetsprincipen kan inte ges ett sådant utrymme att man riskerar att komma i konflikt med de allmänna ändamål som reglerna om vitesförbud avser att främja.
- 2) Ju starkare skäl som talar för att intrång förekommer till förfång för käranden, desto mindre blir utrymmet för en proportionalitetsbedömning. En proportionalitetsbedömning ska alltså inte ske om kärandens behov är uppenbart eller om övervägande skäl talar för kärandens sak.
- 3) Vid proportionalitetsbedömningen ska domstolen beakta att svaranden genom säkerheten i princip garanteras ersättning för uppkommen skada i de fall intrång inte har förelegat.

3.5.5.1 Proportionalitetsprincipen och kärandens dröjsmål med att anhängiggöra ansökan

Mot bakgrund av proportionalitetsprincipen kan kärandens passivitet föranleda att domstolen underlåter att meddela det interimistiska vitesförbudet. Passivitet ses som att käranden har accepterat intrånget och att ett fortsatt intrång därför inte kommer att förringa värdet av ensamrätten.¹²⁹ Käranden kan försvara sin passivitet genom att framlägga sakliga grunder för dröjsmålet. En saklig grund kan vara att förlikningsförhandlingar pågår mellan parterna eller att käranden valt att vänta och se om intrånget upphör eller ändrar form. Käranden kan också behöva tid att klarlägga svåra rättsfrågor eller inhämta nödvändig bevisning. Vid exempelvis upprepade intrång kan det vara berättigat att rättighetsinnehavaren inväntar ansökan om förbud ifall intrånget ändrar form. Ett deltagande i en årlig mässas kan vara ett exempel på där realisationen av intrångsprodukten är oklar. Att företaget är stort, eller finns inom en koncern, och därmed har en långsammare beslutsprocess än i mindre kan vara en faktor som inverkar på passivitetsbedömningen.¹³⁰ Om

¹²⁵ Westberg, P. "Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning?". SvJT 1990 s. 170.

¹²⁶ Westberg, Bok 4. 2004. s. 201, exempelvis konsumentintressen eller allmän samfärdsl.

¹²⁷ NJA 1993 s. 182.

¹²⁸ NJA 1995 s. 631.

¹²⁹ Andersson. 1999. s. 42.

¹³⁰ Norrgård. 2002. s. 305 f.

käranden skickar ut varningsbrev till svaranden torde risken för passivitetsinvändning minska och i många fall öka rättighetshavarens möjligheter till att få det interimistiska beslutet beviljat.¹³¹

I svensk rätt är det fortfarande ovanligt att kärandens långvariga underlåtenhet att ingripa mot ett misstänkt intrång påverkar bedömningen av om ett interimistiskt vitesförbud ska meddelas eller ej. Enligt Norrgård är det till och med oklart om passivitet överhuvudtaget har en verkan i svensk rätt.¹³² I Danmark tillämpas exempelvis passivitet endast i undantagsfall, till skillnad från Tyskland och England där det som utgångspunkt tillämpas. I Danmark anser man nämligen att det inte är ändamålsenligt att tvinga rättighetssinnehavaren att inleda en process utan tillräckliga skäl föreligger. Detta skulle dessutom strida mot god advokatsed.¹³³ Eftersom svensk rätt är mindre olik den danska än den engelska vore det inte orimligt att anföra att denna slutsats gäller även här.

I svenska tvister om parallellimport av läkemedel har spörsmålet dock uppmärksamats. Vid parallellimport av läkemedel finns nämligen ett krav på att parallellimportören underrättar varumärkesinnehavaren innan ompaketering eller ommärkning sker. Syftet är att varumärkesinnehavaren på förhand ska kunna kontrollera att ompaketeringen företas på ett sådant sätt att varans ursprungliga beskaffenhet inte påverkas och att varumärkets anseende inte skadas. Underrättelsen ska ske från parallellimportören och inte från annat håll, exempelvis en läkemedelsmyndighet. Enligt EG-rättslig praxis framgår att varumärkesinnehavaren ska ges en rimlig tid att invända mot ompaketeringen eller ommärkningen, men dock med hänsyn till parallellimportörens intresse av att så snabbt som möjligt kunna saluföra läkemedlet.¹³⁴

Trots att käranden hade underlåtit att ingripa mot svarandens åtgärder under 3 respektive 7 år, ansåg inte domstolen att passiviteten betog käranden från sin rätt att yrka på ett interimistiskt förbud.¹³⁵

3.5.5.2 Proportionalitetsprincipen vid ex parte-beslut

Prövningen i ex parte-beslut går ut på att kärandens intresse av åtgärden vägs mot de olägenheter som en omedelbar åtgärd *kan tänkas* innebära för svaranden. Under dessa förhållanden blir gränserna suddiga mellan grundande antaganden och fria spekulationer. Dessutom ska domstolens beslut fattas under behovet av en skyndsam handläggning.¹³⁶ Vid ex parte-beslut är det främst säkerheten som verkar som garant för att svarandens intresse tillgodoses. Trots det finns möjligheten för käranden att befrias från ställandet härav. I varken doktrin eller praxis har frågan väckts om möjligheten att delvis befrias från säkerheten, dvs. att käranden måste ställa en så stor säkerhet som han eller hon förmår. Ett sådant begränsat skydd för svaranden torde trots allt bättre än inget skydd alls.¹³⁷

¹³¹ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 76.

¹³² Norrgård. 2002. s. 321.

¹³³ Ibid. s. 320.

¹³⁴ EGD den 23.4.2003 i mål C-143/00. p. 65 – 66. Boeringher Ingelheim.

¹³⁵ Göteborgs TR T 5615-04, beslut 2004-12-30. Novartis.

¹³⁶ Westberg. Bok 3. 2004. s. 331 – 333.

¹³⁷ Ibid. s. 224.

3.6 Vitesförbudets utformning och verkställighet

Domstolen är oförhindrad att begränsa förbudet i förhållande till vad som yrkats, men förbudet bör inte gå längre än som är motiverat i det enskilda fallet.¹³⁸ Inom ramen för kärandens yrkande måste vitesförbudet uppfylla kravet på entydighet och konkretisering. Av rättspraxis framgår att vitesförbudet måste utformas så att svaranden kan rätta sig efter förbudet och har förmågan att utföra begärda åtgärder.¹³⁹ Enligt HD måste vitesförbudet även utformas särskilt med tanke på eventuell framtida talan om utdömmande av vite.¹⁴⁰ Detta innebär att om käranden är osäker på utfallet av proportionalitetsbedömningen, kan det vara strategiskt att, förutom det interimistiska förbudet, yrka på att domstolen ska besluta om ”erforderlig åtgärd för att förhindra intrång”. Det ankommer då på domstolen att välja en åtgärd som står i proportion till kärandens intresse.¹⁴¹ Vad gäller kravet på konkretion, bör det dock påpekas att en alltför långt driven exakthet kan leda till att svaranden försöker kringgå förbudet genom att göra smärre ändringar i den påstådda intrångsprodukten eller användandet. Av den anledningen finns det ett behov att diskutera möjligheten till att även meddela ett förbud mot handlingar som ännu ej är företagna, mer om detta i kapitel 5. Vad gäller vitesbeloppets storlek finns det ingen övre gräns, men av vitesförbudet måste det dock framgå om vitet ska vara löpande eller inte.¹⁴²

Vad gäller konkretiseringen har Svea HovR i en tvist om ett förfarandepatent anført att ett vitesförbud inte får meddelas på ett sådant sätt att svaranden förbjuds att befatta sig med intrångsprodukten oavsett vilken metod som används för att tillverka den. Detta beror på att det kan vara möjligt att uppnå resultatet på ett annat sätt t.ex. genom en ny patenterbar uppfinning.¹⁴³

Vad gäller förbudets subjektiva omfattning, dvs. vem som ska förbjudas, kan enbart den som begår intrånget eller överträdelsen förbjudas. Detta betyder att personen åtminstone måste medverka till intrånget i objektivet hänseende. En av fördelarna med ett interimistiskt vitesförbud är dock att förbudet kan riktas direkt mot en juridisk person.¹⁴⁴

I en tvist om ett påstått firmaintrång avslog domstolen det interimistiska yrkandet och anmanade käranden att inkomma med registreringsbevis eller annan officiell dokumentation som visade *vem* som var styrelseledamot och hade firmateckningsrätt i svarandens företag. Utifrån den senare ingivna utredningen konstaterade domstolen att svaranden inte hade bedrivit verksamhet i Sverige då talan för målet väcktes och inte heller därefter hade bedrivit verksamhet i Sverige. Den påstådda intrångsverksamheten hade istället utövats av svarandens dotterbolag. Eftersom dotterbolag var (och är) en självständig juridisk person kunde inte moderbolaget bli ansvarig för dess verksamhet. Yrkandet om det interimistiska vitesförbudet lämnades således utan bifall då sannolika skäl för intrång inte hade visats.¹⁴⁵

¹³⁸ Svea HovR Ö 3686-96, beslut 1996-08-29.

¹³⁹ Se bl.a. NJA 1993 s. 182.

¹⁴⁰ NJA 2000 s. 435.

¹⁴¹ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 190.

¹⁴² Lag (1985:206) om viten.

¹⁴³ Svea HovR Ö 6196-02, beslut 2002-07-15.

¹⁴⁴ Prop. 2004/05:110 s. 338

¹⁴⁵ Sthlm TR T 13815-08, beslut 2008-10-13 och beslut 2008-12-08. Implement.

I en tvist om patenterade nycklar hävdade svaranden att intrånget begåtts av dennes bror. Domstolen biföll det interimistiska yrkandet enär svarandens invändning inte kunde tolkas på ett annat sätt än att han vidgick vid att det i hans verksamhet hade tillverkats nycklar av förevarande slag. Det faktum att tillverkningen hade skett av annan saknade självständig betydelse.¹⁴⁶

I en varumärkestvist (om naturläkemedel) menade svaranden att han inte var ansvarig för intrånget då han utträtt som bolagsman och därefter inte hade haft något med företagets verksamhet att göra. I andra hand menade svaranden att intrånget låg utanför bolagets verksamhet (handel med datorer) och att företaget därmed inte var bunden av eller ansvarig för handlingarna om inte medkontrahenten var i god tro. I tredje hand menade man att handlingarna saknade rättskraft eftersom de inte hade företräts av rätt firmatecknare. Svaranden hade dock inte avregistrerats som bolagsman hos Bolagsverket och domstolen påpekade att tredje man ska kunna utgå från att en registrering av detta slag är riktig. Det förelåg därmed en presumtion om att uppgiften var korrekt och svaranden hade inte åberopat bevis som kunde bryta denna. Vidare påpekade domstolen att om en bolagsman i ett handelsbolag på bolagets vägnar ingår ett avtal med tredje man om någonting som ligger utanför bolagets verksamhet utgör detta en fråga som kan strida mot bolagsavtalet och därmed enbart kan angripas av en annan bolagsman. Eftersom bolaget i tvisten var ett kommanditbolag med en komplementär, är det emellertid bolagsmannen själv som kan anses ha företrätt bolaget vid avtalets ingång, som gör gällande att bolaget ska vara bunden av avtalet. Invändningen saknade därmed rättslig grund. Svaranden hade inte gjort sannolikt att det var någon annan som obehörigen hade företrätt bolaget och det interimistiska förbudet bestod.¹⁴⁷

Ett vitesförbud börjar gälla först då det delges svaranden.¹⁴⁸ Domstolen bör ex officio se till att svaranden under vissa omständigheter ges en viss tid innan så sker, exempelvis för att denne ska hinna avlägsna den omtvistade immaterialrätten från produkter, fastigheter eller övrig verksamhet. Med andra ord är inte rådrummet något som svaranden behöver yrka på.¹⁴⁹ Har domstolen bifallit ett yrkande om interimistiskt förbud utan att höra svaranden, ska beslutet expedieras till parterna och svaranden ska föreläggas att yttra sig över beslutet. Expedieringen till svaranden kan dock anstå något, så att beslutet hinner verkställas innan svaranden informeras om det.¹⁵⁰

3.7 Beslutets motivering och förlikning

Ett interimistiskt vitesförbud innebär att rättsförhållandet mellan parterna provisoriskt regleras innan saken har prövats. Inte sällan leder den provisoriska regleringen av rättsförhållandet till att parterna förlikas. I praktiken betyder förlikning att tvisten avgörs genom samma bedömning som vid en slutgiltig prövning men med ett lägre beviskrav. Om parterna ömsesidigt åtar sig att samexistera kan uppgörelsen under vissa omständigheter komma att betraktas som otillåten marknadsbegränsning. Dessutom kan exempelvis *ickeingripandeklausuler* beträffande kännetecken

¹⁴⁶ Sthlm TR T 27256-05, beslut 2005-12-22. Assa 2.

¹⁴⁷ Sthlm TR T 24826-06, beslut 2007-10-29. Bringwell AB.

¹⁴⁸ Westberg. Bok 2. 2004. s. 222 f.

¹⁴⁹ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 192.

¹⁵⁰ Jfr 16 kap 11 § UB.

som sträcker sig utöver den lagstadgade användningsfristen (5 år inom EU) innebära otillåten marknadsuppdelning.¹⁵¹

Om man jämför dagens domskäl med de före 1994 års revision av det immaterialrättsliga sanktionssystemet är dessa betydligt kortare. Detta kan bero på att domstolens prövning av sakomständigheterna var mer ingående tidigare, varvid beslutets motivering blev mer detaljerad på bekostnad av processens effektivitet. Dagens korta motiveringar skulle också kunna bero på att domstolarna vill undvika att dra alltför tvärsäkra slutsatser i ett så tidigt skede av processen, då underlaget är begränsat. De korta domskälen kan dock kritiseras, särskilt med tanke på de omfattande konsekvenser som beslutet eventuellt kan komma att leda till. Exempelvis kan ett kort domskäl göra att den gynnande parten pressar svaranden till en förlikning på outhärdliga grunder.¹⁵² Att utförliga domskäl i större utsträckning leder till förlikning visar också en nyligen genomförd undersökning. Enligt denna motiverar Stockholms tingsrätt sina beslut utförligt vilket medför att merparten av tvister förlikas till skillnad från övriga tingsrätter runt om i landet. Undersökningen konstaterade också att ett avgörande i tingsrätten tar omkring 7 dagar och mellan 6 dagar men upp till 2 månader i Marknadsdomstolen. Skillnaderna antogs bero på att det är fler specialiserade ombud som uppträder i tingsrätten, vilket underlättar domstolens handläggning av målet.¹⁵³ Även om det inte omfattas av syftet med uppsatsen bör det omnämnas att jag under min rättsutredning fick uppfattningen av att Stockholms tingsrätt snarare kortar ner sina motiveringar jämförelsevis med övriga tingsrätter runt om i landet. Kanske beror det på en ökad arbetsbörda för Stockholms TR eller den bristande erfarenhet som finns hos landets övriga domstolar att avgöra interimistiska förbud. Det flesta rättsfall avgörs trots allt i Stockholms tingsrätt.

3.8 Överklagan, inhibition och omprövning

Överklagan av interimistiska beslut och frågan om handläggning i högre instans regleras i huvudsak i 52 kap. RB.¹⁵⁴ Det innebär bl.a. att talan mot beslut som har meddelats under rättegången ska föras särskilt.¹⁵⁵ Utgångspunkten är att förfarandet ska ske skriftligt, men domstolen har rätt att begära att parterna hörs muntligen.¹⁵⁶

Om ett interimistiskt förbud har beviljats kan svaranden begära *inhibition* enligt 52 kap. 7 § RB. Inhibition betyder att beslutet inte får verkställas tills vidare. Förutsättningarna härför är tre: 1) att det ifrågavarande beslutet ska vara verkställbart, 2) inhibitionsyrkandet syftar till att ändra eller upphäva huvudavgörandet och 3) ändringar påverkar om eller på vilket sätt

¹⁵¹ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 216 f.

¹⁵² Andersson. 1999. s. 50 f.

¹⁵³ Arbrandt, E och Löf, J. "Hur maximerar jag chansen till ett interimistiskt förbud?"

Brand News. 2008. Nr. 7. s. 18 – 21.

¹⁵⁴ 37 b § 5 st VML, 53 b § 5 st URL, 57 b § 5 st PL, 35 b § 5 st ML, 15 § sjunde stycket FL, 9 b § 5 st KML och 9 kap. 4 § VäxFL.

¹⁵⁵ 49 kap. 4 § 1 st och 54 kap. 3 § RB.

¹⁵⁶ 3 kap. 22 § 3 st. UB.

verkställigheten får genomföras.¹⁵⁷ Enligt doktrin krävs också viss grad av sannolikhet att det interimistiska beslutet kommer att ändras och att käranden kan drabbas av skada eller olägenhet för att yrkandet ska bifallas.¹⁵⁸

Om nya omständigheter framkommer som medför att grundvalen för det interimistiska förbudet förändras kan part begära *omprövning* eller hävning av beslutet.¹⁵⁹ Ett exempel kan vara att situationen förändras och beslutet inte längre anses motiverat.¹⁶⁰ Begäran ställs till den domstol där rättegången är anhängig.¹⁶¹ Om ingen rättegång är anhängig ska begäran ställas till den domstol som först prövade frågan.¹⁶²

I ett rättsfall hade käranden fått information om att svaranden avsåg att tolka det meddelade interimistiska förbudet som ett förbud att sälja intrångsprodukten och inte att upphöra med sin marknadsföring av produkten. TR omprövade förbudet och utvidgade det till att även omfatta marknadsföring av varorna.¹⁶³

¹⁵⁷ Eklund, Hans. *Inhibition – om verkställighetsförbud m.m. i judiciell process inom förvaltningsrätten och i utskökningsförfarandet*. Iustus Förlag AB, Uppsala 1998. Graphic Systems AB, Göteborg 1998. s. 58 - 62.

¹⁵⁸ Eklund. 1998. s. 63 – 64.

¹⁵⁹ Prop. 1985/86:86 s. 42.

¹⁶⁰ Andersson. 1999. s. 50.

¹⁶¹ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 197.

¹⁶² 15 kap 8 § 2 st RB.

¹⁶³ Sthlm TR T 1553-04, beslut 2004-03-12. SmithKline.

4 Immaterialrätterna – sannolika skäl

4.1 Upphovsrätt

4.1.1 Inledning

Historiskt sett var upphovsrätt ett skydd för litterära och konstnärliga verk, men numera kan allt ifrån möbelkonst, arkitektur, industridesign, båtar, bilar, smycken, kläder, leksaker, databaser, datorprogram, fotografiska verk, reklam och varumärken skyddas. Idag är det framförallt kommunikations- och nöjesindustrin som är de dominerande aktörerna, vilket har lett till att upphovsrätten fått en mer ekonomisk dimension. Eftersom kraven för skydd är relativt lågt ställda är frågan inte längre vad som omfattas utan snarare hur långt skyddet stäcker sig. Upphovsrätt till ett verk gäller, med vissa undantag, intill utgången av sjuttionde året efter det år då upphovsmannen avled eller om det finns fler upphovsmän efter den sist avlidne upphovsmannens dödsår.¹⁶⁴

Inom upphovsrätten kan man skilja mellan tre olika förutsättningar för intrång: giltighet, användning och likhet. Giltighetsrekvisitet betyder att det måste finnas ett upphovsrättsligt skyddat verk. Vad gäller användningen och likheten betyder detta att intrångsgöraren ska ha efterbildat verket på ett sätt som förbjuds jämlikt lagen.¹⁶⁵

4.1.2 Sannolika skäl att ensamrätten existerar

Den främsta skillnaden emellan upphovsrätt och de industriella rättsskydden (mönster, patent och kännetecken) är att upphovsrätt uppstår formlöst och i samband med att verket skapas.¹⁶⁶ Den primära skyddsförutsättningen är att verket är originellt, vilket är ett krav på ursprunglighet och individualitet.¹⁶⁷ Den individuella kvaliteten brukar benämnas som *verkshöjd*.¹⁶⁸ Vid bedömningen av om verkshöjd föreligger har det s.k. *dubbelskapandekriteriet* tagits fram. Kriteriet föreskriver att verket ska ha en sådan individuell och konstnärlig gestaltning att risken för att samma verk skulle framkomma också genom annans självständiga skapande skulle vara obefintlig eller i vart fall mycket ringa.¹⁶⁹

Eftersom det inte sker någon förprovning till ett skyddat verk kan detta vålla problem för upphovsmannen i en eventuell intrångssituation, om den påstådda intrångsgöraren gör en invändning om att verket inte åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Bedömningskriterierna för verkshöjd inom ramen

¹⁶⁴ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 64.

¹⁶⁵ Norrgård. 2002. s. 229.

¹⁶⁶ 1 § URL.

¹⁶⁷ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 77 f.

¹⁶⁸ Numera strider dock verkshöjdsläran mot Direktivet 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram och 96/9/EEG om databaser. Direktiven stadgar nämligen att det inte får ställas andra krav än originalitet i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.

¹⁶⁹ Prop. 1969:168 s. 135.

för den interimistiska processen avviker inte från en ordinär prövning, däremot är beviskravet lägre eftersom kändanden enbart måste visa sannolika skäl, till skillnad från en ordinär prövning där verkshöjden måste vara styrkt.

För att undvika invändningar om bristande verkshöjd kan upphovsmannen, innan processen inleds, begära ett yttrande från exempelvis *Svensk Forms Opinionsnämnd* om att verket har verkshöjd. Enligt Opinionsnämndens stadgar är dess uppgift bl.a. att avge yttrande om upphovsrättsligt skydd för brukskonst i tvistefrågor mellan parter. Ett yttrande från nämnden är ett indicium om att verket har verkshöjd. Undersökningar visar att domstolarna i huvudsak har kommit att efterkomma nämndens utlåtanden.¹⁷⁰ Norrgård menar att dylika utlåtanden i den summariska processen skapar en giltighetspresumtion, trots att de inte är rättsligt bindande. Presumtionen beror främst på att nämnden besitter en större sakkunskap än domstolen och dessutom har längre tid på sig att ta ställning till verkshöjden. Norrgård låter också förstå att om giltigheten har bedömts i ett tidigare avgörande, presumeras den bestå även i den summariska processen. I en kontradiktorisk process där båda parterna har fått möjlighet att medverka uppkommer den största bevisverkan. För de fall där något utlåtande inte har begärts, eller en tidigare tvist inte har avgjorts, kan inte någon presumtion uppstå. Utgångspunkten är då att överviktsprincipen ska tillämpas.¹⁷¹ Kan kändanden visa designpris eller utmärkelser kan det också antyda att verkshöjd föreligger.¹⁷²

Stockholms TR har ansett att en jacka hade verkshöjd på grund av de särskiljande detaljerna, jackans form och det mönster som skapades av sömmarnas placering. Domstolen ansåg att det var uteslutet att svarandens jacka var framtagen genom ett oberoende skapande, då den vid en jämförelse bedömdes vara en direkt kopia av originalet. Intrycket om att det var samma jacka förstärktes av att den såldes i samma tre kulörer som kändandens. HovR förklarade att även om det estetiska syftet med formgivningen kommer i andra hand, efter frågan om funktion och kvalitet, kan jackan åtnjuta upphovsrättsligt skydd som ett alster av brukskonst.¹⁷³

I en annan tvist påstod kändanden att svaranden (f.d. VD i bolaget) obehörigen hade framställt exemplar av dennes upphovsrättskyddade datorprogram. Kändanden befarade att svaranden planerade att bedriva konkurrerande verksamhet och att datorprogrammen därigenom skulle få en stor spridning. Det interimistiska yrkandet avsågs av både TR och HovR då parterna hade avgett två vitt skilda redogörelser avseende likheterna i källkoderna och sannolika skäl till intrång därmed inte kunde konstateras. Domstolen påpekade att muntlig bevisning skulle komma att krävas för en tillförlitlig bedömning av frågan, något som man vidare konstaterade svårigen kan ske inom ramen för ett interimistiskt yrkande.¹⁷⁴

4.1.3 Sannolika skäl att ett intrång har skett

4.1.3.1 *Ensamrättens omfattning*

Upphovsrätten ger rättighetsinnehavaren en uteslutande rätt att framställa exemplar av verket (*exemplarrätten*) och att göra verket tillgängligt för

¹⁷⁰ Nordell, Per Jonas. *Rätten till det visuella*. Stockholm Jure. 1997. s. 137.

¹⁷¹ Norrgård. 2002. s. 266 f.

¹⁷² http://www.sfir.se/Information/SFIR_100/9Sverige.pdf. 2009-05-29 kl. 11.20.

¹⁷³ Sthlm TR T 21644-03, beslut 2003-12-18 och Svea HovR Ö 8982-05. Fjällräven.

¹⁷⁴ Sthlm TR T 26302-06, beslut 2007-02-28 och Svea HovR Ö 2448-07, beslut 2007-04-05. Cinnober.

allmänheten. Vad gäller exemplarrätten omfattas inte bara identiska exemplar av ensamrätten, utan även exemplar som har ändrats, översatts eller bearbetats. Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten omfattar överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning av exemplar.¹⁷⁵ Intrång i den *ideella rätten* till ett verk sker då någon framställer eller tillgängliggör verket för allmänheten utan att ange upphovsmannen.¹⁷⁶ Interimistiska förbud kan också beslutas vid intrång i den ideella rätten.¹⁷⁷

Då upphovsrätten är ett *efterbildningsskydd* förutsätter ett intrång alltid att intrångsgöraren på ett eller annat sätt haft kännedom om det ursprungliga verket och närgånget utnyttjat detta.¹⁷⁸ Ett nytt och självständigt verk som tillkommit i fri anslutning till ett annat omfattas således inte av ensamrätten.¹⁷⁹ Intrångsfrågor löses genom att domstolen jämför verken med varandra för att utröna om en efterbildning föreligger. Utslagsgivande blir hur lika domstolen uppfattar det ursprungliga verket och den påstådda efterbildningen. Även om motivet eller idén till verket inte omfattas av ensamrätten är det nästan alltid idén eller motivet som blir avgörande för en eventuell identitetsupplevelse.¹⁸⁰ Bedömningen blir således både estetisk och juridisk.¹⁸¹ Nedan följer några enkla rättsfall, där upphovsintrång var uppenbart och kärandens ensamrätt aldrig kom att ifrågasättas.

Ett manuskript för en teledatingtjänst har, i vart fall som helhet, bedömts ha verkshöjd. Svaranden ansågs ha vidtagit otillbörlig exemplarframställning eftersom dennes manuskript, vid en jämförelse, hade framträdande likheter med kärandens. Sannolika skäl till upphovsrättsintrång konstaterades och den ställda säkerheten (bankgaranti på 100 000 SEK) godtogs trots svarandens protester.¹⁸²

Att installera upphovsrättsligt skyddade datorprogram på datorer och sedan sälja dessa i sin näringsverksamhet är obehörig framställning av exemplar jämlikt ett avgörande från Stockholms TR. Kärandens bevis var två inköpta datorer av svaranden vilket var tillräckligt för att övertyga TR om att sannolika skäl till intrång förelåg. Med hänsyn till att intrånget var pågående meddelades det interimistiska förbudet *ex parte*.¹⁸³

Att kopiera texter från en hemsida och skapa en liknande är också otillåten exemplarframställning. På svarandens hemsida figurerade även kärandens varumärke. Bevisningen var bl.a. utdrag från båda hemsidorna. TR konstaterade att sannolika skäl för upphovsrättsligt intrång förelåg eftersom de enskilda texterna, samt sammanställningen därav till en rabattbank, åtnjöt både upphovsrättsligt skydd samt katalogskydd. Intrånget var pågående och förbudet meddelades *ex parte*.¹⁸⁴

I en tvist om påstådda efterbildningar av tecknade motiv till souvenirer åberopade käranden kvitton på inköp av souvenirer från svarandens butik, intyg från originalskaparen och begärde syn av kopior och original. TR menade att de påstådda kopiorna vara identiska med originalet, varför sannolika skäl för upphovsrättsligt

¹⁷⁵ 2 § 2 st. och 3 st. URL.

¹⁷⁶ 3 § URL.

¹⁷⁷ Andersson. 1999. s. 97.

¹⁷⁸ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 173.

¹⁷⁹ 4 § 2 st. URL.

¹⁸⁰ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 175.

¹⁸¹ *Ibid.* s. 172.

¹⁸² Malmö TR T 1311-03, beslut 2003-05-16 och HSB Ö 1321-03, beslut 2003-06-23. Z-Action.

¹⁸³ Sthlm TR T 20355-06, beslut 2006-09-14. Microsoft/ Stercom.

¹⁸⁴ Borås TR T 1826-07, beslut 2007-07-09. Mecenat.

intrång förelåg. Det kunde även skäligen befaras att svaranden, genom att fortsätta att sälja och marknadsföra kopiorna, förringade värdet av kärandens ensamrätt till de skyddade alsterna. Då försäljningen alltjämt pågick meddelades beslutet ex parte.¹⁸⁵ Samma kärande drev samtidigt en annan tvist mot en annan motpart som också hade sålt och marknadsfört souvenirföremål med efterbildningar av konstnärens tecknade motiv. Samma typ av bevis åberopades och utfallet blev detsamma.¹⁸⁶

I en tvist om ett nedladdningsprogram för musik till mobiltelefoner, menade käranden att svaranden (f.d. VD och ägare i bolaget) hade vidtagit otillåten exemplarframställning genom att kopiera käll- och objektskoderna i programmet. TR avvisade yrkandet eftersom det var alltför opreciserat och då det inte framgick vilka konkreta åtgärder som svaranden hade vidtagit eller medverkat till. HovR tog ställning till de mer preciserade yrkandena och påpekade att idén att ta fram ett program som möjliggjorde nedladdning av musik som spelas på radion inte kan skyddas genom upphovsrätt och att det därför kan vara möjlig för två företag att oberoende ta fram samma program. Att källkoderna är desamma behöver inte betyda att ett intrång har skett, då samma programmeringsverktyg kan ha använts. Programmen var dock slående lika och vissa filer i svarandens program använde samma termer som kärandens, vilket domstolen menade talade med styrka för att svaranden hade kopierat kärandens källkod vid framställning av sitt program. Dessutom hade svaranden framställt sitt program onormalt snabbt och lanserat det en kort tid efter käranden. Det interimistiska yrkandet bifölls dock inte, eftersom den ställda säkerheten inte var tillräcklig, se avsnitt 3.5.4.2.¹⁸⁷

4.1.3.2 Omvänd bevisbörda vid framträdande likheter

Utgångspunkten vid en upphovstvist är att den som påstår att ett intrång har skett har bevisbördan för detta. Om tvisten handlar om två verk med framträdande likhet kastas dock bevisbördan om till svaranden som måste visa att intrång inte har skett.¹⁸⁸

I 1994 års rättsfall, det s.k. ”Smultron-avgörandet”, skriver HD så här i sitt domskäl: ”De här aktuella mönstrens helhetsintryck är utomordentligt lätta att förväxla, i all synnerhet i sin funktion som hängande, veckade gardiner. Att verk går att förväxla utesluter dock inte i och för sig att de kan vara tillkomna helt oberoende av varandra och därför berättigade till upphovsrättslig samexistens. Modegrossistens mönster torde emellertid enligt nämndens bedömning utgöra en efterbildning i upphovsrättslig mening, om inte annat är bevisat.”¹⁸⁹

Bevisbörderegeln gäller även för interimistiska förbud.¹⁹⁰ Med andra ord måste svaranden göra sannolikt att intrång *inte* har skett då framträdande likhet föreligger mellan verken.¹⁹¹

I tvisten om det katalogskyddade verket kunde käranden visa att 99 % av uppgifterna i dennes katalog överensstämde med svarandens katalog, bl.a. var de organiserade under jämförliga yrkesregistreringar. Efter det att katalogen hade uppdaterats överensstämde fortfarande 92 % av uppgifterna. Då domstolen presumerade att svarandens katalog var en efterbildning föll bevisbördan över på svaranden. Svaranden menade att man hade hämtat inspiration från andra kataloger, men kunde inte förklara varför det vid en jämförelse av den åberopade inspirationskällan fanns stora skillnader i innehåll och struktur. Man kunde inte heller förklara varför samma felskrivningar som käranden hade i sin katalog även

¹⁸⁵ Sthlm TR T 7999-02, beslut 2002-05-22. Allan F:s Souvenirer.

¹⁸⁶ Sthlm TR T 8004-02, beslut 2002-05-22. Allan F:s Souvenirer.

¹⁸⁷ Mölndals TR T 1251-08, beslut 2008-11-10 och HVS Ö 4777-08, beslut 2009-02-10.

DropMe.

¹⁸⁸ NJA 1994 s. 74.

¹⁸⁹ NJA 1994 s. 74.

¹⁹⁰ NJA 1995 s. 631.

¹⁹¹ NJA 1994 s. 74.

hade skett i svarandens katalog. Både TR och HovR biföll det interimistiska yrkandet om förbud eftersom det inte var sannolikt att svarandens verk hade framtagits självständigt.¹⁹²

4.2 Patent

4.2.1 Inledning

Ensamrätten till uppfinningar är en central del av forskningen i industrisamhället. Offentliggörandet av ett meddelat patent bidrar till att andra får kunskap om uppfinningen så att hjulet inte behöver uppfinnas på nytt och forskningen framskrider. Ett patent beviljas för normalt 20 år. Under vissa omständigheter kan man få ett tilläggskydd på högst fem år för registrerade läkemedel och växtskyddsmedel. Stockholms TR är enligt 65 § PL exklusivt forum i patentmål av fem olika slag, däribland mål som gäller bättre rätt till patentsökt uppfinning. För patenträttsinnehavare kan långa handläggningstider i en ordinärprocess framstå som särskilt betungande. Interimistiska vitesförbud är således betydelsefullt.¹⁹³

Då domstolen ska bedöma om det är sannolikt att intrång förkommer ska den påstådda intrångsgöraren ha gjort sig skyldig till förbjuden användning av rättighetsinnehavarens registrerade och ikraftvarande patent. Detta inbegriper tre bevisman: 1) patentet är giltigt och ikraft, 2) användningen är av kommersiell beskaffenhet och 3) intrångsföremålet faller inom patentskyddets omfång.¹⁹⁴

4.2.2 Sannolika skäl att ensamrätten existerar

Ensamrätt till patent uppkommer genom ett formellt ansökningsförfarande. Det finns tre sätt att ansöka om patent.

- 1) En nationell patentansökan sker i Sverige hos PRV.
- 2) En europeisk patentansökan sker hos EPO enligt EPC.
- 3) En internationell patentansökan sker enligt PCT. Förfarandet innebär att käranden ges en internationell ingivningsdag då ansökan anses ingiven i samtliga PCT:s medlemsländer (över 130 stycken). PCT-ansökan leder således inte till patent, utan enbart till en preliminär bedömning av uppfinningen.

Förutsättningarna för att patent ska beviljas i Sverige är att uppfinningen är ny och väsentligen skiljer sig från vad som var känt dagen före ansökan. Kraven brukar benämnas som *uppfinningshöjd*. Uppfinningen måste även kunna tillgodogöras industriellt. Ansökan som lämnas in ska omfatta en beskrivning av uppfinningen som ska vara så tydlig att en fackman med

¹⁹² Sthlm TR T 2921-01, beslut 2001-05-04 och Svea HovR Ö 3990-01, beslut 2001-06-14. Eniro.

¹⁹³ Kockvedgaard och Levin. 2007. s. 230 f.

¹⁹⁴ Norrgård. 2002. s. 228 f.

ledning därav kan utöva uppfinningen.¹⁹⁵ Fysiska modeller ska normalt inte presenteras eller deponeras.¹⁹⁶

4.2.3 Omvändbevisbörda vid ogiltighetsinvändning

Eventuella fel och brister i ansökningsförfarandet kan angripas genom att svaranden gör en ogiltighetsinvändning inom nio månader.¹⁹⁷ För att en ogiltighetsinvändning ska kunna beaktas vid ett yrkande om interimistiskt förbud måste en formell genstämning ske.¹⁹⁸

Svea HovR har i ett senare avgörande tagit hänsyn till ett ogiltighetspåstående, trots att patenthavaren ej hunnit gå i svaromål. I detta fall fanns emellertid patenthavarens argument för patentets giltighet bifogat genom handlingar som getts in hos EPO i ett där pågående invändningsförfarande.¹⁹⁹

Vid en eventuell ogiltighetsinvändning talar redan den administrativa prövning som föregått patentets beviljande starkt för att patentet är giltigt. Detta beror på att patenthavaren har rätt att förlita sig på den rättsposition som grundar sig på ett myndighetsavgörande. Domstolen presumerar således att patentet är giltigt och svaranden måste göra det sannolikt att patentet inte är giltigt. Norrgård menar att utomstående personers intressen inte behöver beaktas i samma omfattning eftersom effekterna av avgörandet begränsas till parterna. Tredjemansintressen har alltså en mindre betydelse i den summariska förbudsprocessen, varför giltighetspresumtionen är starkare än i en ordinarie process.²⁰⁰ Det ska påpekas att domstolen i sin interimistiska prövning inte ska beakta ett yrkande från patenthavaren om att patentet i vart fall skall upprätthållas i en omformulerad lydelse.²⁰¹

Den omständighet att ett patent har meddelats utgör enligt HovR redan i sig en omständighet som talar starkt för att patentet är giltigt, såvida inte svaranden kan påvisa att det föreligger ny bevisning eller nya omständigheter, som inte har beaktats i den administrativa prövningen eller att detta beslut är behäftat med sådana fel eller brister att det redan vid den interimistiska frågan framstår som sannolikt att patentet kommer ogiltigförklaras.²⁰²

Om omständigheterna inte har prövats måste domstolen, enligt Norrgård, begrunda om och i så fall i vilken omfattning som man är skyldig att ta ställning till rättighetens giltighet. Eftersom ett interimistiskt förbud ska meddelas snabbt, ska inte domstolen invänta resultatet av en ogiltighetsprocess. Om så skedde skulle svaranden alltid kunna undvika ett förbud genom att anhängiggöra en ogiltighetstalan. En möjlighet för domstolen är att begära ett utlåtande om giltigheten, en annan att själv pröva patentets giltighet.²⁰³

¹⁹⁵ 8 § 2 st. PL.

¹⁹⁶ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 249 f. Det finns ett antal företeelser som inte är patenterbara exempelvis upptäckter, vetenskapliga teorier, matematiska metoder, konstnärliga skapelser, regler, metoder för intellektuell verksamhet, för spel och affärsverksamhet eller datorprogram.

¹⁹⁷ 52 § PL.

¹⁹⁸ Svea HovR Ö 4036-95, beslut 1995-11-06. Hässle.

¹⁹⁹ Svea HovR Ö 635-97, beslut 1997-04-23.

²⁰⁰ Norrgård. 2002. s. 250 f.

²⁰¹ Svea HovR Ö 1674-06, beslut 2006-10-13.

²⁰² Svea HovR Ö 4112-97, beslut 1998-11-05.

²⁰³ Norrgård. 2002. s. 246.

4.2.4 Sannolika skäl att ett intrång har skett

4.2.4.1 Ensamrättens omfattning

Då domstolen ska ta ställning till om intrångsföremålet faller inom patentets skyddsomfång framgår det inte av lagtexten vilka likheter eller skillnader som är relevanta.²⁰⁴ Svaret får snarare sökas i rättspraxis. Av 39 § PL framgår att patentskyddets omfattning ska beslutas utifrån patentkraven. För förståelse av patentkraven må ledning hämtas från beskrivningen av uppfinningen. Uppfinningens tekniska idé ska således bedömas utifrån patentskriften, till skillnad från upphovsrätten där granskningen sker okulärt. Bedömningen förutsätter inte sällan en konkret och sakkunnig värdering vilket är svårt för domstolen att göra.²⁰⁵

För att skyddet ska vara effektivt och inte medföra en alltför omfattande låsning av konkurrenters rörelsefrihet omfattar skyddsomfånget även förbättringar, ändringar eller andra modifieringar som är närliggande för en fackman med kunskap om uppfinningen att förutse. Utbyggnaden av skyddsomfånget kallas för *ekvivalensläran*.²⁰⁶ Nedanstående rättsfall åskådliggör hur svårt det kan vara för domstolens att göra denna bedömning.

I ett rättsfall om en patenterad stekugn biföll TR yrkandet om interimistiskt förbud ex parte, vilket är ovanligt i patentmål och brukar antyda om att det är en stark ensamrätt dvs. ett enkelt fall. HovR gjorde dock exakt motsatt bedömning, dvs. nekade yrkandet. Svårigheten var att avgöra om svarandens stekugn, som hettade upp livsmedel genom att tillföra vatten, överensstämde med kändens stekugn som tillförde ånga vid upphettningen. Då känden inte hade gjort gällande att ånga tillfördes genom munstycken till ugnskammaren, var frågan om patentet gav känden en ensamrätt till en dylik tillförsel av vatten och av detta bildad ånga i stekmaskiner av aktuellt slag. I patentbeskrivningen stod det enbart att ånga var det värmeöverförande elementet och ingenting om att det var vatten som tillfördes och som sedan bildade ånga. Domstolen avgjorde frågan genom att se till ändamålet med uppfinningen. Kändens syfte med ångan var värmeöverföring, medan svarandens syfte med vattnet var att behålla livsmedelsprodukternas fuktighet och vikt till följd av nedkylningen. Domstolen ansåg att det för en fackman var uppenbart att ångan var ett medium för överföring av värme till livsmedelsprodukterna och att syftet inte var att alstra värme från livsmedelsprodukterna eller den luft som omgav dessa. I svarandens uppfinning sprutades vatten in som sedan förångades. Insprutningen av vatten hade således i första hand en kylande effekt. Sammanfattningsvis menade domstolen att tillförseln av vatten inte omfattades av patentbeskrivningens lydelse ”tillförsel av ånga”. Sannolika skäl för intrång förelåg inte.²⁰⁷ Varför TR inte ens hörde svaranden i en så komplicerad fråga kan ifrågasättas.

I en tvist om ett europeiskt patent för automatiskt upp- och hopfällbara reklampelare med tryck hade känden upplåtit licens till svaranden att utnyttja patentet i Sverige. Känden påstod nu att svaranden hade börjat marknadsföra och sälja en golvdisplay som uppfyllde samtliga särdrag i patentets krav 1. Som bevis för att intrånget skedde uppsåtligt, åberopade känden ett till svaranden skickat rekommenderat brev som påtalade intrånget, vilket inte hade hämtats ut. Både TR och HovR avslog yrkandet om det interimistiska förbudet, då syftet med uppfinningen, enligt patentskriften, var att använda mindre skrivyta och minska kostnaderna för material genom att använda

²⁰⁴ 57 b § PL.

²⁰⁵ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 303 f.

²⁰⁶ Ibid. 304 f.

²⁰⁷ Sthlm TR T 1560-08, beslut 2008-02-07, Svea HovR Ö 4661-08, beslut 2008-08-26. Formcook.

sig av ”ett flertal icke sammanhängande band” som förststyvningsorgan. Svarandens uppfinning använde dock enbart en stödskena av ett enda stycke som förststyvningsorgan. Först och främst ansåg domstolen inte att svarandens uppfinning föll inom kärandens uppfinnings skyddsomfång enligt allmänt språkbruk. Vidare påpekade domstolen att uppfinningens relativt enkla konstruktionslösning medförde ett begränsat skyddsomfång och att ekvivalens således inte förelåg. Domstolen antog att uppfinnaren hade tvingats att inskränka patentet till ”ett flertal band” för att överhuvudtaget beviljas patent av EPO.²⁰⁸

I en tvist om två musfallor blev det avgörande för ekvivalensbedömningen ”kraftlinjens inget eller ringa vridande moment på bygelorganets andra läge”. Två exemplar hade bifogats, vilka visade att det inte var någon beaktansvärd skillnad mellan hur kraftlinjerna löpte. TR ansåg att ordet ”ringa” i patentkraven inte betydde att det var frågan om ett absolut läge. Varken i patentkravens ordalydelse eller av någon uppgift i beskrivningen framgick att vridmomentet vid apertat läge skulle sättas i relation till ett maximalt vridmoment när bygelorganet frigjordes. Då patentet inte gav några anvisningar om den geografiska utformningen av uppfinningen kunde inte heller några begränsningar ske i dessa avseenden. Utifrån patentskriften konstaterade TR att utföringsexemplaret inte skulle fungera om det vridande momentet var större än ringa. HovR gjorde dock en motsatt bedömning och biföll yrkandet. Man menade att kraftlinjen i intrångsföremålet löpte helt nära den första axeln på samma sätt som angavs i patentet. Vridmomentet i intrångsföremålet fick därför anses vara ringa i patentets mening, och således falla inom skyddsomfånget.²⁰⁹

I en tvist om ett europeiskt patent avseende strukturellt modifierade jästglukaner. Kärande ville förbjuda svaranden att tillverka, utbjuda, bringa i omsättning eller använda ett preparat som innehöll föreningen beta 1,3/1,6-glukan. Både TR och HovR avslög yrkandet då det utifrån det åberopade materialet inte kunde dras några slutsatser angående intrångsfrågan, framförallt beträffande intrångsföremålets sammansättning, trots ingivna analysrapporter av käranden. Stämningsansökan gav nämligen ingen ledning i fråga om intrångsprodukternas sammansättning och det var inte heller klart i förhållande till vilket eller vilka patentkrav det påstådda intrånget var relevant.²¹⁰

4.2.4.2 Vilka åtgärder innebär ett intrång

Genom patentering erhålls ensamrätt att yrkesmässigt utnyttja en uppfinning som kan bestå av ett alster (*produktpatent*) eller ett förfarande (*metodpatent*). Är det metoden som omfattas avser skyddet såväl själva metoden som de produkter som tillverkas enligt den (*indirekt produktskydd*).²¹¹ Utnyttjandet avser tillverkning, utbudande, bringa i omsättning, användning eller import av det patentskyddade alster.²¹² Fotografi på intrångsprodukten är ofta inte tillräckligt som bevis för att ett intrång pågår. Exemplar av intrångsprodukten brukar behövas analyseras.²¹³

Käranden yrkade i en tvist att det interimistiska förbudet skulle meddelas ex parte. Enligt käranden hade svaranden tillverkat dennes patenterade hållaranordning för bl.a. burkar innehållande vätservetter. Domstolen avslög dock yrkandet då sannolika

²⁰⁸ Sthlm TR T 1445-07, beslut 2007-06-20 och Svea HovR Ö 5825-07, beslut 2007-08-31. Martin's International Ltd.

²⁰⁹ Sthlm TR T 20443-02, beslut 2003-03-10 och Svea HovR Ö 2445-03, beslut 2003-05-28. GH Trap Teknik.

²¹⁰ Sthlm TR T 3742-08, beslut 2008-03-18 och beslut 2008-07-11. och Svea HovR Ö 3369-08, beslut 2008-05-07. Biotec.

²¹¹ Levin, Marianne. *Immateriälrätten – En introduktion*. Upplaga 1:2. Norstedts Juridik AB. Göteborg 2003. s. 83.

²¹² Andersson. 1999. s. 71.

²¹³ http://www.sfir.se/Information/SFIR_100/9Sverige.pdf 2009-05-29 kl. 12.00

skäl inte kunde visas. Intrångsundersökningen medgavs vilket tyder på att det lägre beviskravet synes vara uppfyllt.²¹⁴

I en tvist om ett europeiskt patenterat läkemedel hade svarandens produkt en sammansättning som överensstämde med kändandens med undantag för sönderfallsmedlet och dess koncentration. Kändanden hade gjort gällande att patentets skyddsomfång, genom ekvivalenstolkning, innefattade svarandens använda formulering. Domstolen påpekade att det förhållandet att en patentskrift exakt anger vilka komponenter som ska användas utesluter i och för sig inte att patenträttslig ekvivalens kan föreligga, om en av komponenterna ersätts med en annan tekniskt likvärdig. I förevarande fall talade emellertid patentskriften för att det var kombinationen av angivna komponenter, för att erhålla fram den snabbblösliga tablett, som var det patenterbara i uppfinningen. TR menade att detta - oavsett den ursprungliga patentansökningen och vad som förekom under ansökningsförfarandet - ledde till slutsatsen att patentets skyddsomfång var begränsat till farmaceutiska formuleringar som innehöll något av de angivna sönderfallsmedlen. TR ansåg alltså att det inte var sannolikt att svaranden gjorde intrång i patentet, vilket även HD ansåg.²¹⁵

4.3 Kännetecken

4.3.1 Inledning

Kännetecken är ett samlingsbegrepp för firma- och varumärkesrätt. Syftet med ensamrätten är framförallt att minimera konsumenters risk av att vilseledas eller förväxla varor. Då skyddet inte är tidsbegränsat är det mycket värdefullt för näringsidkare. Genom att särskilja sina produkter från konkurrerande företag kan ursprung, garanti och kvalitet förmedlas till konsumenterna.²¹⁶ Firma har en mer associationsrättslig funktion eftersom det är den benämning som näringsidkaren driver sin verksamhet under.²¹⁷ Då de rättsliga reglerna för skydden trots allt är i princip identiska har jag valt att behandla dem tillsammans.

I varumärkesrätten talar man om tre bevisteman: giltighet, kommersiell användning och likhet. För att ett intrång ska föreligga ska den påstådde intrångsgöraren ha gjort sig skyldig till användning i näringsverksamhet av rättighetshavarens giltiga kännetecken. Det första rekvisitet, giltigheten, uppstår endera genom inarbetning eller registrering. För det andra ska användningen ske i näringsverksamhet, vilket betyder att privat användning faller utanför ensamrättens skyddsomfång. Slutligen ska även användandet vara förväxlingsbart med rättighetshavarens kännetecken.²¹⁸

4.3.2 Sannolika skäl att ensamrätten existerar

4.3.2.1 Registrering

Registrering av kännetecken sker endera hos PRV eller OHIM. Ansökan blir föremål för en förprövning där det undersöks om märket till sin art och beskaffenhet är registrerbart (*absoluta förutsättningar*), samt att märket inte

²¹⁴ Sthlm TR T 3049-08, beslut 2008-03-04. Holms Trading.

²¹⁵ Sthlm TR T 6390-01, beslut 2001-05-07. Lilly. Se HD:s bedömning i NJA 2002 s. 660.

²¹⁶ Levin. 2003. s. 40 f.

²¹⁷ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 429.

²¹⁸ Norrgård. 2002. s. 228 f.

riskerar att föra intrång i redan bestående rätt (*relativa förutsättningar*²¹⁹). Genom ett medgivande från rättighetsinnehavaren till en redan bestående rätt kan de relativa avvärjas. Bland annat ska kännetecknet kunna återges grafiskt²²⁰ och ha särskiljningsförmåga²²¹. I en eventuell tvist om kännetecknet kan käranden enkelt bevisas sin ensamrätt genom att bifoga registreringsintyg.

En tvist uppstod mellan två parter som båda var verksamma inom hotell- och restaurangbranschen. Käranden hade registrerade kännetecken (Gripsholms Hotell & restaurang) men menade att man utvidgat sin ensamrätt till att även omfatta enbart ordet Gripsholm, genom omfattande marknadsföringsinsatser. Bevisningen var en åberopad kännedomsundersökning. Svaranden hade också fått sitt kännetecken registrerat av PRV (Gripsholmsvikens Hotell & restaurang). Domstolen påpekade att kärandens åberopade bevisning (marknadsföringen) inte visade att man enbart använt sig av namnet Gripsholm som kännetecken vid marknadsföring av verksamheten. Varken detta material eller kännedomsundersökningen gav därmed för handen att kännetecknet Gripsholm också var inarbetat. Vad gäller förväxlingen mellan de båda registrerade kännetecknena, konstaterades att skyddsomfånget var mycket smalt eftersom särskiljningsförmågan var i princip obefintlig. Både visuellt och fonetiskt skiljer namnen sig åt, och dessutom är de kopplade till den geografiska plats där verksamheten utövas, varför käranden inte hade visat sannolika skäl för påstått intrång. HovR avslog överklagandet.²²²

4.3.2.2 Omvänd bevisbörda vid ogiltighetsinvändning

Den som vill invända mot en registrering måste göra detta inom två månader.²²³ Emellertid kan svaranden i en process invända om registreringens giltighet. I en interimistisk process skapar giltighetsreglerna en presumtion om att ett registrerat kännetecken är giltigt. Det ankommer därmed på den som hävdar motsatsen att bevisa detta. För att presumtionen ska brytas erfordras att svaranden visar sannolika skäl för att registreringen är felaktigt gjord.²²⁴ Tidigare prövade omständigheter ska, precis som i patenträtten, inte omprövas av domstolen, varför svaranden måste hänvisa till omständigheter som uppkommit efter det att registreringen har skett.²²⁵ Exempelvis finns det ett krav på användning för registrerade varumärken.²²⁶ Ett annat exempel på hävningsgrund är då varumärket har blivit en symbol för varan som sådan, dvs. det har urvattnats (*degeneration*).²²⁷

4.3.2.3 Inarbetning

Ensamrätten till ett inarbetat kännetecken uppstår då en *betydande del* av omsättningskretsen här i landet uppfattar kännetecknet som ett individualiseringsmedel för företagets produkter.²²⁸ Vad en betydande del av omsättningskretsen betyder beror på vilken typ av produkt det är frågan om. Att kännetecknet är känt utanför Sverige saknar betydelse.

²¹⁹ 14 § VML.

²²⁰ 1 § 2 st. VML.

²²¹ 13 § VML.

²²² Sthlm TR T 21984-07, beslut 2007-12-21. Svea HovR Ö 794-08, beslut 2008-01-31.

Gripsholm.

²²³ 20 § 2 st. VML.

²²⁴ Andersson. 1999. s. 80.

²²⁵ Norrgård. 2002. s. 261.

²²⁶ 25 a och 25 b §§ VML.

²²⁷ Levin. 2003. s. 54.

²²⁸ 2 § VML.

Käranden menade att det i Tyskland registrerade varumärket för hästvaror hade inarbetats i Sverige genom en stark marknadsnärvaro och samarbete med en välkänd person inom häst- och ridsportskretsar. Varorna tillverkades i Kina och ett parti fanns nu av okänd anledning i svarandens förvar. Trots att intrånget inte hade påbörjats, menade käranden, att det fanns en överhängande risk att varorna kom i omlopp på den svenska marknaden. Domstolen kunde dock inte bedöma inträngsfrågan då bevisning saknades avseende inom vilken omsättningskrets, utformning och för vilka varor som kännetecknet ansågs vara inarbetat. Att märket var registrerat i Tyskland föranledde ingen annan bedömning. TR påpekade även att den ställda säkerheten (en bankgaranti på 20 000 SEK) var för låg, då det inte var osannolikt att svaranden kunde drabbas av en skada överstigande det belopp som varornas värde uppgick till.²²⁹

Eftersom skyddet inte genomgår någon granskning förrän det ifrågasätts, måste käranden, som ett första led i inträngsprocessen, övertyga rätten om att det är sannolikt att ensamrätten existerar. Har domstolen, i ett tidigare mål konstaterat att kännetecknet är inarbetat presumeras giltigheten bestå.²³⁰ Bevisning om ensamrättens existens sker vanligtvis genom marknadsundersökningar eller yttranden från exempelvis SIFO²³¹ eller Stockholms Handelskammars Varumärkesnämnd. Yttranden från dessa organisationer har generellt sett en betydande styrka som bevis. Det ligger dock i marknadsundersökningens natur att denna endast kan återge kännedomen vid undersökningstillfället och ingen annan tidpunkt. Alltför allmänna frågor som kan tolkas olika bör därför undvikas eftersom det får anses vara ett osäkert bevismedel.²³²

Svaranden hade i en annan tvist vidarelänkat till kärandens hemsida från dennes hemsida. Det var ostridigt att käranden hade skydd för ”blocket.se” genom registrering, men stridigt om även ordet ”Blocket” hade skydd genom inarbetning. Till stöd för inarbetningen åberopade käranden en inarbetningsundersökning, det stora antalet besökare på sidan och att ordet som sådant var den vanligaste sökfrågan på Internetsöktjänsten Google. Enligt TR talade detta med styrka för att även ordet var inarbetat som ett kännetecken för i vart fall Internettjänster relaterade till annonsmaterial (se avsnitt 4.3.3.1).²³³

Käranden hävdade att svaranden gjorde intrång i dennes inarbetade varukännetecken genom att använda gul färg på transportbilar för post. Till stöd för inarbetningen av färgen gul åberopades två marknadsundersökningar som visade att en betydande andel av omsättningskretsen visste att den gula färgen symboliserade kärandens näringsverksamhet. Svaranden åberopade dock en statistik som visade det motsatta. Både TR och HovR ansåg att det inte hade gjorts sannolikt att den gula färgen var inarbetad eller hade blivit särskiljande för kärandens verksamhet och tjänster rörande transporter av post.²³⁴

Käranden hade registrerat varumärket ”Classic” för handel med kaffe i Sverige, men menade att beteckningen åtnjöt ett utvidgat skyddsomfång tack vare inarbetning. Till stöd härför åberopades en marknadsundersökning. Svaranden invände att kännetecknet snarare var en stil- och kvalitetsbeteckning och inte hade det utvidgade skyddsomfånget. Till stöd härför visade man ett antal konsumentvaror där

²²⁹ Sthlm TR T 15209-07, beslut 2007-06-27. RTS-Sportline.

²³⁰ Andersson. 1999. s. 81 – 82.

²³¹ SIFO Research International är ett internationellt konsult- och undersökningsföretag.

²³² Synnerstad, Karin. *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden*. Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet. Juristförlaget. Stockholm 1992. s. 142.

²³³ Sthlm TR T 16151-05, beslut 2005-09-21. B Locket.

²³⁴ Sthlm TR T 18320-01, beslut 2002-01-10 och Svea HovR Ö 864-02, beslut 2002-04-04. Posten.

beteckningen förekom, bl.a. filterpåsar, espressobryggare och andra livsmedelsprodukter. Både TR och HovR instämde i att beteckningen användes för att beteckna kvalitet och var relativt vanlig bland livsmedel. Därmed var svaranden inte förhindrad att använda beteckningen för livsmedel. Dessutom påpekades att den ställda säkerheten (en bankgaranti på 250 000 SEK) var otillräcklig, då svarandens produkter såldes med en mycket god spridning på den svenska marknaden bl.a. genom ICA och COOP.²³⁵

4.3.3 Sannolika skäl att ett intrång har skett

4.3.3.1 *Ensamrättens omfattning*

Varumärkesskyddet innebär att ingen annan än rättsinnehavaren, eller någon med rättsinnehavarens tillstånd, får i näringsverksamhet använda ett därmed förväxlingsbart kännetecken för sina varor eller sin rörelse.²³⁶ Då förväxling ska avgöras i den interimistiska processen skiljer inte sig kriterierna från en ordinarie process, förutom att beviskravet är lägre. Som utgångspunkt är två kännetecken förväxlingsbara om de avser varor av samma eller liknande slag.²³⁷ Vid bedömningen av om *varuslagslikhet* föreligger är distributionssätt, ändamål, prisnivå och gemensam användning av betydelse men dock inte rent tekniska likheter.²³⁸ Eftersom förväxlingsbedömningen i grunden är subjektiv är det vanligt att käranden åberopar sakkunnig utlåtanden för att göra förväxlingskriteriet sannolikt.²³⁹

I en tvist mellan två oljebolag använde svaranden (f.d. företrädare för kärandens bolag) ett figurmärke och ett firmakännetecken som var förväxlingsbart med kärandens registrerade firma. Som bevis för svarandens otillåtna användning i näringsverksamhet kunde käranden visa utdrag från svarandens hemsida, kvitton från inköp av dem och fotografier på adressskylten utanför kontoret. Dessutom svarade växeln med inledningsfrasen "Scanoil" (kärandens firmanamn). Två nyhetsklipp visade att svaranden använde kärandens kännetecken i media. Käranden hade också bevis på att svaranden hade ansökt om registrering för figurvarumärket, vilket TR bedömde som ett faktum att intrånget pågick. Beslutet meddelades ex parte men begränsades till det faktiska intrånget som pågick. Då varningsbrev hade skickats ut kunde käranden också bevisa att intrånget skedde uppsåtligt.²⁴⁰

För att bedöma om *märkeslikhet* föreligger ser domstolen framförallt till märkenas helhet men tar också hjälp av principen om den bleknande minnesbilden. Denna princip utgår ifrån att en normal köpare ofta inte ser varumärkena vid sidan om varandra, varefter detaljerna i varumärkena inte ska få en avgörande roll.²⁴¹ Dessutom är kravet på märkeslikhet mindre därest varorna är av samma slag jämlikt den s.k. *produktregeln*, som även tillämpas omvänt.²⁴²

I ett avgörande från Stockholms TR förbjuds svaranden att i sin verksamhet tillhandahålla ett figurmärke då det var förväxlingsbart med kärandens registrerade varumärke. Även om kännetecknena inte var identiska, liknade de varandra. Det fanns alltså ett mindre krav på märkeslikhet eftersom varor var av samma slag

²³⁵ Malmö TR T 8908-05, beslut 2006-03-29 och HSB Ö 965-06, beslut 2006-05-04.

Classic.

²³⁶ 4 § 1 st. VML.

²³⁷ 6 § 1 st. VML.

²³⁸ SOU 1958:10 s. 254 f.

²³⁹ Andersson. 1999. s. 83.

²⁴⁰ Sthlm TR T 2017-07, beslut 2007-01-29. Scanoil.

²⁴¹ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 436.

²⁴² Ibid. s. 431.

(såser). Likheten förstärktes genom utseendet på varornas förpackning och utstyrsel.²⁴³

För väl ansedda kännetecken finns det risk för att skador såsom urvattning uppstår redan i samband med illojalt utnyttjande av artfrämmande varor. Därför har väl kända kännetecken givits ett skydd utöver varuslagslikhet.²⁴⁴ Käranden måste bevisa att svaranden drar otillbörlig fördel av det väl ansedda märket, och att användandet leder till förfång.²⁴⁵ EGD har slagit fast att ett varumärke är väl ansett då det är känt för en betydande andel av den allmänhet som berörs av varorna eller tjänsterna som täcks av varumärket. Varumärket behöver dock inte vara känt inom en betydande andel av hela medlemsstaten.²⁴⁶

En tvist om två registrerade varumärken för kläder hävdade käranden att dennes varumärke hade ett utvidgat skydd eftersom det var väl ansett. Svarandens kännetecken förmedlade kärandens varumärkes karakteristiska skepnad av en örn men med en något beskuren bakre del. TR påpekade att PRV:s bedömning enbart var preliminär och inte slutgiltig. Därefter konstaterade man att motivet och att varumärkena vid en första anblick uppvisade stora likheter. Skyddet för avbildning av djur är dock förhållandevis snävt och eftersom bevisning om att varumärket var väl ansett saknades bifölls inte det interimistiska förbudet.²⁴⁷

Svarandens återgivning av kärandens varumärke på dennes hemsida bedömdes inte vara ett intrång, då återgivningen skedde neutralt och utgjorde nödvändig information för beskrivning av svarandens tjänst. Återgivningen kunde därmed inte uppfattas som att individualiseringsmedel för svarandens tjänst, eller som att det fanns ett kommersiellt samband mellan parterna. Svaranden drog med andra ord inte någon otillbörlig fördel av återgivningen av kärandens varumärke som kunde vara till förfång för kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. Svaranden hade dock dragit otillbörlig fördel av kärandens varumärke genom sin s.k. *teaser-annonsering* i samband med länkning till kärandens webbsida. Vid vissa annonser utlöste en användares klickkommando, på någon av kärandens annonser där kännetecknet angavs, en ruta med ett reklambudskap som framfördes medan annonsen laddades fram. Det innebär att användaren under sin förflyttning till kärandens webbplats konfronterades med reklambudskap från svaranden. Eftersom ordet blocket återgavs på den annonsrad från vilken länkningen skedde kunde det i denna situation framstå som om att det fanns ett samband mellan kärandens varumärke och det reklambudskap som framförts.²⁴⁸

4.3.3.2 Vilka åtgärder innebär ett intrång

Med intrång avses varje åtgärd som omfattas av varumärkesinnehavarens ensamrätt enligt 4-10 §§ VML. Användandet får varken ske på varor, förpackningar, i reklam eller affärshandling eller på annat sätt, däri inbegripet muntlig användning. Innehavaren kan dock inte förbjuda andra att i näringsverksamhet utnyttja eget namn, adress, firma eller sin varans art, beskaffenhet, värde eller geografiska ursprung, men det gäller enbart om användningen sker enligt god affärssed. Är det frågan om ett inarbetat kännetecken gäller rätten endast inom det område där kännetecknet är inarbetat, medan en registrering har verkan i hela landet.²⁴⁹

²⁴³ Sthlm TR T 888-06, beslut 2006-02-14. Sevan AB.

²⁴⁴ 6 § 2 st. VML och artikel 5.2. VM-dir.

²⁴⁵ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 443 - 445.

²⁴⁶ EGD den 14.9.1999 i mål C-375/97. Chevy-fallet.

²⁴⁷ Sthlm TR T 33980-05, beslut 2006-01-24. Lyle & Scott.

²⁴⁸ Sthlm TR T 16151-05, beslut 2005-09-21. B Locket.

²⁴⁹ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 448 f.

I tvist om ett påstått varumärkesintrång ansåg domstolen att det inte fanns någonting som tydde på att svaranden verkligen sålde kläder som var märkta med kärandens varumärke. Den enda bevisningen som kärande hade bifogat var avseende svarandens *marknadsföring* av kännetecknet i sin katalog och på Internet. Det interimistiska förbudet meddelades ex parte då svaranden hade låtit intrånget fortgå trots det faktum att varningsbrev hade skickats och med risk för att handlingar eljest skulle undanskaffas. Säkerheten ställdes till 300 000 SEK. Domstolen erinrade käranden om att precisera sina skadeståndsyrkanden innan stämningen utfärdades eftersom svaranden inte kan gå i svaromål mot ett belopp som senare kommer att anges.²⁵⁰

Under ett polisgripande uppmärksammades ett stort antal förpackningar med kalsonger som olovligen hade försetts med kärandens varumärke. Enär åklagaren inte fann det påkallat att inleda en straffrättslig prövning med anledning av varumärkesintrånget, inledde käranden en rättegång för att säkra sina rättigheter. Som bevis bifogades svarandens erkännande i polisförhöret vilket gjorde att sannolika skäl för intrång bedömdes föreligga.²⁵¹

Medlemmarna i en förening hade rätt att använda föreningens registrerade figurvarumärke för detaljhandel så länge medlemskapet varade. Svaranden hade sagt upp sitt medlemskap den 31 maj 2008, men trots detta fortsatt att använda varumärket på butikspersonalens kläder, kvitton, förmånskort, bolagets hemsida, fasadskyltar på shoppingcentret, skyltar och affischer i butiken och på parkeringsplats utanför, marknadsföringsmaterial och bärkassar. Trots att föreningen hade gjort honom uppmärksam i ett brev om att användningen var förbjuden, hade användningen fortsatt. Eftersom käranden hade bilder på svarandens användning, ansåg domstolen att sannolika skäl var bevisat. Förbudet meddelades mot företagets ställföreträdare ex parte eftersom intrånget var pågående. Den ställda säkerheten var godtagbar (1 miljon SEK i form av en proprieborgen).²⁵²

I en tvist om ett varumärkesintrång för ett diskmedel hade käranden redan under år 2005 uppmärksammat förfalskade produkter på den svenska marknaden. en grossist i södra Sverige delgavs med ett varningsbrev. Grossisten tog omedelbart bort produkten från hyllorna hos sina kunder. Drygt ett år senare dök produkterna upp på nytt och vid ett inköp från ett Malmöföretag konstaterades att flaskorna var falska. Käranden väckte talan mot Malmöföretaget och yrkade om kvarstad. Hos Bolagsverket fanns inte detta företag registrerat, men på kontantnotan, som framkom vid kvarstadsbeslutet, framkom dels ett annat företag som hade upphört men också namnet på en privatperson. Käranden menade att det var sannolikt att privatpersonen var den som stod bakom även de andra bolagen och som hanterat de förfalskade produkterna. TR biföll det interimistiska yrkandet och beslutet meddelades ex parte. Eftersom käranden hade formulerat sitt yrkande så att även äkta produkter omfattades, begränsade TR beslutet till att omfatta "i näringsverksamhet olovligen hantera kännetecknet för diskmedel".²⁵³

I en tvist hade svaranden genomfört en kampanj i Stockholm under en helg, för att marknadsföra sitt operativsystem som man skulle lansera i Sverige. Namnet på operativsystemet ansåg domstolen var förväxlingsbart med kärandens, varför sannolika skäl för att intrång förekom var bevisat. Det kunde dessutom skäligen befaras att ett fortsatt intrång skulle förringa värdet av ensamrätten. Beslutet kom samma dag som kampanjen skulle dras igång.²⁵⁴

²⁵⁰ Sthlm TR T 10694-07, beslut 2007-04-11. Tretorn.

²⁵¹ Sthlm TR T 16260-08, beslut 2009-04-01. Björn Borg.

²⁵² Sthlm TR T 8398-08, beslut 2008-06-13. Vi-butikerna.

²⁵³ Sthlm TR T 890-06, beslut 2006-01-17. Proctor & Gamble.

²⁵⁴ Sthlm TR T 21006-03, beslut 2003-12-10. Windows/ Lindows.

4.3.3.3 Parallellimport

För rättighetsinnehavare är det av betydelse att slå fast i vilken utsträckning som varors vidareomsättning kan styras genom ensamrätten. Utgångspunkten är att ensamrätten konsumeras då varorna lovligen förs ut inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES²⁵⁵).²⁵⁶ Det innebär att rättighetsinnehavaren inte kan förhindra vidareförsäljning av varor med sitt kännetecken på eller stävja att varan importeras tillbaka till ursprungslandet och där tillhandahålls under samma kännetecken, s.k. *parallellimport*.²⁵⁷ Ensamrätten konsumeras dock inte utanför EES-området, varför parallellimport härifrån kan hindras med hjälp av ensamrätten.²⁵⁸

Svaranden sålde mobiltelefonprodukter via en webbplats till Sverige utan kärandens tillstånd. Produkterna (mobiltelefonskal, handsfrees och USB-kablar) var av två slag: dels sådana som uppgavs passa till kärandens modeller (märkta med texten "ej original"), dels sådana som angavs vara original. För en del av produkterna låg kärandens varumärke löst i förpackningen och på andra var de fastsatta på produkten. Käranden uppgav att produkterna inte vara satta på marknaden med dennes tillstånd. Käranden åberopade bevisning i form av utskrifter från svarandens webbplats samt beställda varor därifrån. Yrkandet om interimistiskt förbud bifölls ex parte och all användning ansågs vara otillåten.²⁵⁹

I en annan tvist förbjöds svaranden att importera, marknadsföra samt sälja TV-spel märkta med kärandens gemenskapsvarumärke. TV-spelen hade satts på den europeiska marknaden utan kärandens samtycke varför åtgärderna var otillbörliga. Den åberopade bevisningen var inköp av tre TV-spel. Med hänsyn till att intrånget var pågående beslutades förbudet ex parte.²⁶⁰

Käranden hade beviljat svaranden licens avseende försäljning på den asiatiska och amerikanska marknaden men inte på EES-marknaden. Trots detta sålde svaranden hemelektronikvarorna till Sverige via en hemsida. Käranden hade bifogat utdrag från svarandens webbplats och inköpta digitalkameror därifrån. TR menade att det var sannolikt att svaranden använde kärandens varumärke på varor som importerats från länder utanför EES utan dennes samtycke. Förbudet meddelades ex parte eftersom intrånget var pågående men begränsades till att enbart avse digitalkameror och inte hemelektroniska varor som käranden yrkat på.²⁶¹

4.3.3.4 Omvänd bevisbörda vid parallellimport av läkemedel

Vid vidareförsäljning av varorna eller vid parallellimport får säljaren emellertid enbart behålla det ursprungliga varumärket och inte själv märka varorna med innehavarens märke. Vid parallellimport av läkemedel finns det dock ett undantag för varumärkesinnehavarens s.k. *märkesexklusivitet*.²⁶² Detta beror på att varje medlemsstat har nationella tillståndsmyndigheter

²⁵⁵ EES-avtalet protokoll 28 artikel 2 och bilaga 17 artikel 4.

²⁵⁶ 4a § VML, prop. 1999/00:93 s. 13 f och 43 f, artikel 7 VM-dir och artikel 13.1 VMF.

²⁵⁷ EGD den 16.6.1998 i mål C-355/96, p. 37. Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH. Rättsfallssamling 1998 s. I-04799.

²⁵⁸ EGD den 29.4.1997 i mål C-337/95 *Dior*, p.37 – 38. Rättsfallssamling 1997 s. I-06013.

EGD har konstaterat att parallellimportörer även får använda rättighetsinnehavarens varumärke i normal reklamframställning, under förutsättning att varumärket inte förorsakas allvarlig skada, eller att det förefaller finnas ett kommersiellt samband mellan varumärkesinnehavaren och parallellimportören.

²⁵⁹ Sthlm TR T 6407-06, beslut 2006-03-22. Sony Ericsson.

²⁶⁰ Sthlm TR T 24723-06, beslut 2006-11-02. Bergsala.

²⁶¹ Sthlm TR T 25642-05, beslut 2005-09-26. Canon.

²⁶² Artikel 5 st. 3 p. 1 VM-dir och artikel 9 st. 2 p. 2 VMF.

(Läkemedelsverket i Sverige)²⁶³ som bestämmer vilka förpackningsstorlekar som får säljas, särskilda ordinations- och föreskrivningsmönster samt om läkemedlet ska ha eventuella påskrifter med landets språk. Om inte parallellimportören tillåts märka om eller ompaketera varan får de med andra ord inget tillstånd att sälja läkemedlet inom den medlemsstaten. För att upprätthålla den fria rörligheten av varor inom gemenskapen har parallellimporter därmed givits rätt att både ompaketera och ommärka läkemedlet under vissa förutsättningar.²⁶⁴ Dessa är:

- 1) att åtgärden är objektivt nödvändig för att kunna saluföra produkten,
- 2) att produkten ej påverkas av ompaketeringen,
- 3) att det framgår vem som är tillverkare, varans ursprung och vem som svarat för ompaketeringen,
- 4) att varumärket inte skadas,
- 5) att varumärkesinnehavaren på förhand informeras om hur ompaketering och ommärkning ska utföras, och efter begäran förse märkesinnehavaren med ett exemplar,²⁶⁵ och
- 6) att åtgärderna är proportionerliga.²⁶⁶

Enligt EG-rättslig praxis är det *objektivt nödvändigt* att ompaketera eller ommärka ett läkemedel om försäljning i ursprungsförpackning inte kan ske på grund av bestämmelser eller praxis i importlandet, dvs. nationella föreskrifter eller bestämmelser på sjukförsäkringsområdet som gör ersättning av sjukvårdskostnader beroende av en viss förpackningsstorlek.²⁶⁷

I *Pharmacia Upjohn*-fallet klargjorde EGD att villkoren nämnda enligt ovan inte är uppfyllda om ingreppet uteslutande förklaras av att parallellimportören vill uppnå en kommersiell fördel.²⁶⁸ Parallellimporten ska därför ges en faktisk tillgång till marknaden och inte en effektiv tillgång, vilket betyder att hindret ska ligga utanför parallellimportörens kontroll.²⁶⁹ Ett motstånd från konsumenter mot en viss beteckning kan dock göra det objektivt nödvändigt för teckenbyte, under förutsättning att det är så starkt att det faktiskt inte går att sälja produkten på marknaden.²⁷⁰

Det är upp till nationell domstol att avgöra huruvida kraven är uppfyllda. Rättsläget i Sverige är trots omfattande praxis från EGD jämförelsevis oklart, då blott ett rättsfall har avgjorts av Högsta domstolen.²⁷¹ I praxis från underrätterna framgår det dock att det inte är en objektiv nödvändighet att märka om eller paketera om, med hänvisning till läkares märkeslojalitet

²⁶³ Läkemedelslagen (1992:859) 5 och 7§§.

²⁶⁴ Westman, Sophia. *Ompaketering, ommärkning och utnyttjande av annans varumärke – en studie av parallellimport av läkemedel inom EU*. Jure bokhandel. Stockholm 2001. s. 43 – 45.

²⁶⁵ Kockvedgaard och Levin. 2007. s. 420 – 423. EGD den 23.4.2002 i mål C-143/00. Boehringer. Jmf också Läkemedelsverkets föreskrifter och allmänna råd (LVFS 2004:8) för godkännande av parallellimporterade läkemedel för försäljning.

²⁶⁶ EGD den 11.11.1997 i mål C-349/95 p. 46. REG 1997 s. I-6227. Frits Loedersloot/ George Ballantin & Son.

²⁶⁷ EGD den 23.5.1978 i mål 102/77 p.7. RED 1139 Hoffmann-La Roche/ Cebtrafarm.

²⁶⁸ EGD den 12.10.1999 i mål C-397/97. RED I-6927. Pharmacia Upjohn/ Paranova.

²⁶⁹ EGD den 11.7.1996 i de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 p. 53–54, REG I-3457. Bristol-Myers-Squibb/ Paranova.

²⁷⁰ EGD den 23.4.2002 i mål C-443/99, p. 31 och 33. Merck.

²⁷¹ NJA 2006 s. 380.

eller Apotekets önskan om att begränsa antal varumärken.²⁷² Däremot är det objektivt nödvändigt att märka om texten på förpackningen från spanska till svenska.²⁷³ Som tidigare framgått krävs det att kändanden visar att det föreligger sannolika skäl till att ett varumärkesintrång har skett vid en interimistisk process. Svaranden kan dock exculpera intrånget med att det varit objektivt nödvändigt att ompaketera eller ommärka förpackningen. Bevisbördan för den objektiva nödvändigheten åvilar således svaranden.²⁷⁴ Enligt doktrin räcker det emellertid inte med en indikation om ett hinder.²⁷⁵

Läkemedelsverket förbjöd importören att täcka över en utländsk blindskrift med etiketter, varför TR ansåg att det var objektivt nödvändigt att packa om läkemedlet. Det ansågs dock inte objektivt nödvändigt att packa om kapslarna från 30 till 100 stycken enbart på den grunden att förpackningar innehållande 30 stycken tabletter omsatte mindre. Tillgiften om att den större förpackningsstorleken bättre motsvarade läkemedlets normala dosering vann inte heller genomslag då svaranden ej bevisat att ett mindre antal kapslar inte skulle komma att godkännas av Läkemedelsverket. Med andra ord var det sannolikt att ett varumärkesintrång hade skett. Bevisningen var inköpta tabletter från Apoteket som visade att svaranden paketerat om läkemedlet till förpackningarna som innehöll 100 stycken tabletter.²⁷⁶

För att intryck om ett ekonomiskt samband ska uppkomma måste märkningen av produkten tjäna som individualiseringsmedel. Kärlande hävdade att parallellimportörens användning av dennes inarbetade färg på det parallellimporterade läkemedlet kunde ge intryck om ett ekonomiskt samband. TR konstaterade dock att eftersom färger normalt sett saknar särskiljningsförmåga och först efter mycket omfattande inarbetning förvärvar detta, kunde inte parallellimportörens användning av en viss färg på förpackningen tillsammans med varumärkeshavarens varumärke ge intryck av ett ekonomiskt samband.²⁷⁷

4.4 Mönsterrätt

4.4.1 Inledning

Mönsterrätten utvecklades redan under 1700-talet för den då framväxande textilindustrin, men idag är mönsterrätt främst ett skydd för industriproduktens yttre form och delar av produktens utseende. För företag är profilerande design ofta ett viktigt marknadsföringsinstrument och produktdesign en del av företagets yttre framtoning eller *branding*.²⁷⁸ Innan ML:s tillkomst skyddades design genom upphovsrätt och idag finns det fortfarande en överlappning mellan lagarna. Enligt 10 § URL utesluter inte mönsterskydd möjligheten till upphovsrättsligt skydd. Skyddets giltighetstid är maximalt 25 år för registrerade mönster, med undantag för reservdelar som enligt svensk rätt enbart åtnjuter skydd i 15 år. Skyddstiden för en oregistrerad gemenskapsformgivning är 3 år och den börjar löpa när mönstret har offentliggjorts.²⁷⁹

²⁷² Sthlm TR T 10375-99, beslut 2000-10-05.

²⁷³ Sthlm TR T 1235-01, beslut 2001-09-06.

²⁷⁴ Angående bevisbördan vid intrång se EGD den 8.4.2003 i mål C-244/00 (STÜSSY), p. 41.

²⁷⁵ Westman. 2001. s. 63 – 65.

²⁷⁶ Göteborgs TR T 5615-04, beslut 2004-12-30. Novartis.

²⁷⁷ Sthlm TR T 5274-04, beslut 2004-05-13. Glaxo Group.

²⁷⁸ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 332 – 333.

²⁷⁹ Ibid. s. 335.

Precis som inom känneteckensrätten talar man i mönsterrätten om tre bevesteman då ett interimistiskt förbud ska meddelas. För det första måste rättighetsinnehavaren bevisa sin ensamrätt. För det andra måste ett intrång föreligga, vilket dels innebär ett krav på otillåten användning och som inte gör ett annat helhetsintryck på en kunnig användare.

4.4.2 Sannolika skäl att ensamrätten existerar

I Sverige finns det tre skyddsformer för design:

- 1) registrerat formgivningsskydd enligt EG-FGF,
- 2) oregistrerad gemenskapsformgivning enligt EG-FGF, och
- 3) registrerat mönsterskydd enligt ML.

Det finns också förslag på att Sverige ska tillträda Haagarrangemanget²⁸⁰, vilket innebär att en internationell designregistrering ska kunna göras.²⁸¹ Utgångspunkten är att en registrering enligt EG-FGF har samma rättsverkningar som en nationell registrering.²⁸² Därför behandlar jag de registrerade rättigheterna under samma rubrik.

4.4.2.1 Registrerat mönsterskydd

Förutsättningarna för mönsterskydd är att mönstret är *nytt* och har *särprägel*.²⁸³ Det är enbart *produkter* som kan åtnjuta mönsterrätt, vilket innebär att det måste vara frågan om någonting industriellt eller hantverkarmässigt. Produktens utseende får dock inte vara uteslutande funktionsberoende.²⁸⁴ För sammansatta produkter exempelvis reservdelar, finns det även ett krav på att produkten är synlig vid normal användning. Sammansättningsdelar kan inte åtnjuta mönsterrätt, men dock produkter som kan fogas samman ett upprepat antal gånger eller förbinds med varandra inom ett system uppbyggt av moduler.²⁸⁵

Det är tillräckligt att käranden bifogar registreringsbevis för att sannolika skäl till ensamrättens giltighet är bevisad.²⁸⁶

Käranden yrkade att svaranden skulle förbjudas att importera, utbjuda och överlåta registrerade mönsterskyddade baklyktor till dennes bilar. Svaranden hade i ett tidigare avgörande medgett intrång varför sannolika skäl för intrång konstaterades och det interimistiska förbudet bifölls.²⁸⁷

4.4.2.2 Oregistrerat mönster

Det oregistrerade mönsterskyddet uppkommer så snart en design som svarar mot ovannämnda skyddsförutsättningar har blivit offentliggjord inom Europeiska Gemenskapen.²⁸⁸ Kravet på offentliggörande innebär att designen måste ha förevisats eller använts vid normal yrkesverksamhet i

²⁸⁰ Geneva Act of the Hague Agreement concerning International Registration of Industrial Designs.

²⁸¹ Se SOU 2001:68.

²⁸² Artikel 27.1 EG-FGF.

²⁸³ 2 § ML och artikel 4 – 6 EG-FGF.

²⁸⁴ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 343 – 344.

²⁸⁵ 4 a § ML och artikel 8.2 EG-FGF.

²⁸⁶ Sthlm TR T 11914-05, beslut 2005-04-15. Bayerische Motoren Werke.

²⁸⁷ Sthlm TR T 994-03, beslut 2003-03-03. VOLVO.

²⁸⁸ Artikel 11.1 EG-FGF.

kretsar inom den berörda sektorn.²⁸⁹ Processuellt ska den oregistrerade ensamrätten behandlas på samma sätt som den registrerade.²⁹⁰ En oregistrerad ensamrätt kan förklaras ogiltig av domstol genom antingen en begäran om ogiltigförklaring eller ett genkärsmål. I praktiken är det frågan om en negativ fastställsetalan.²⁹¹

I en tvist om oregistrerade mönsterskyddade anordningar för upphängare av s.k. panelgardiner förlikades parterna innan domstolen tog upp frågan. Kanske berodde detta på den osäkerhet som förelåg avseende mönstrets giltighet. Svaranden yrkade på att TR skulle ogiltigförklara den oregistrerade gemenskapsformgivningen. Som grund för att mönstret var ogiltigt anförde man att det var en banal tillämpning av geometriska figurer som ingick i det allmänna formförrådet, att hängaren (stången) inte var synlig vid normal användning, att krokarna hade anpassats till en gardinstångsdimension för att fungera, att mönstret uteslutande var funktionellt betingat samt att mönstret saknade särprägel och inte var nytt.²⁹²

4.4.3 Sannolika skäl att ett intrång har skett

4.4.3.1 Ensamrättens omfattning

Skyddsomfånget bestäms utifrån registreringens konkreta innehåll med dess avbildningar och varuangivelse samt med beaktande av vad som var känt vid ansökningsstillfället.²⁹³ Ett svenskt registrerat mönster har skydd mot varje mönster som inte gör ett annat helhetsintryck på en *kunnig användare*. Den kunniga användaren är en fiktiv person som regelbundet köper och använder produkten men som inte är varken tillverkaren eller designern. Hänsyn tas även till det variationsutrymme som funnits för formgivaren vid framtagandet av mönstret. Då de flesta mönster är av tämligen enkla slag förblir skyddet snävt.²⁹⁴

I en tvist om ett dammsugarmunstycke, yrkade käranden att svaranden skulle förbjudas att tillverka, importera, marknadsföra och försälja varor med dennes produkts mönsterskyddsregistrerade utseende. TR biföll yrkandet eftersom den påstådda intrångsprodukten var mycket lik kärandens vid en helhetsbedömning, trots vissa olikheter i detaljerna. Då svaranden förde fram ny bevisning kom beslutet dock att omprövas. Svaranden menade att kärandens mönster, en slank utformning av dammsugarmunstycket med en låg profil, var känt före dagen om ansökan om registrering och att dess skyddsomfång därför skulle vara lägre än vad som tidigare antagits. Käranden invände att mönstret var ett resultat av en medveten formgivarinsats som avvek från tidigare kända kantiga och otympliga formgivningar eftersom linjeföringen var konsekvent mjuk. Detta föranledde att de olikheter som munstyckena företog bedömdes vara så pass osäkra att varken TR eller HovR kunde bedöma om sannolika skäl till mönsterintrång förelåg.²⁹⁵

4.4.3.2 Åtgärder som innebär ett intrång

Mönsterrätt innebär en uteslutande ensamrätt att kommersiellt utnyttja det skyddade mönstret.²⁹⁶ Förbudet mot utnyttjande omfattar särskilt att

²⁸⁹ Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 339. Se också artikel 11.2 Sanktionsdirektivet.

²⁹⁰ Ibid. s. 354.

²⁹¹ Ibid. s. 357.

²⁹² Sthlm TR T 6988-07, beslut 2008-08-18. IKEA.

²⁹³ NJA 1990 s. 168.

²⁹⁴ 5 § 2 st ML och Koktvedgaard och Levin. 2007. s. 353 f.

²⁹⁵ Sthlm TR T 16682-99, beslut 2000-01-14 och beslut 2000-02-10 samt Svea HovR Ö 1060-00, beslut 2000-02-25. Twinnovation.

²⁹⁶ 5 § ML.

tillverka, bjuda ut, marknadsföra, införa till eller utföra från Sverige alternativt använda en produkt som mönstret ingår i eller används på eller att lagerhålla en sådan produkt för ändamål som nu sagts.²⁹⁷ Även om ensamrätten enbart är ekonomisk och inte ideell, måste åtgärderna vara förenliga med god affärssed.²⁹⁸ Utnyttjanden som företas utan vinstsyfte i privat bruk, i experimentsyfte, eller som innebär återgivning i syfte att citera eller undervisa, omfattas inte av ensamrätten.

Ett registrerat mönster åtnjuter ett s.k. absolut skydd eller *prioritetskydd*. För att en intrångsgörare ska kunna hållas ansvarig spelar det ingen roll om han eller hon känt till designen. Det oregistrerade mönsterskyddet är dock, enligt EG-FGF, enbart ett *efterbildningskydd*. Intrång föreligger således enbart om den som gör intrång har varit medveten om den oregistrerade gemenskapsformgivningen och använt den oregistrerade gemenskapsformgivningen för att skapa sin egen produkt. Den som kan visa att en likadan formgivning har skapats självständigt kan därmed inte fällas för intrång.²⁹⁹ Enligt doktrin ska bevisvärdering ske på samma sätt som i upphovsrätten, vilket bl.a. betyder att bevisregeln i NJA 1994 s. 74 blir tillämplig.³⁰⁰ Av rättsfallet framgår det att det råder en omvänd bevisbörd om de två omtvistade verken har framträdande likheter. Praxis på området är sällsynt, vilket sägs bero på att vissa branscher, som exempelvis modebranschen, har en hög immitationsbenägenhet.³⁰¹

I en tvist om gemenskapsformgivning för fälgar, förbjöd TR svaranden att via sin hemsida utbjuda till försäljning, marknadsföra, sälja eller lagerhålla fälgar som inte gav ett annat helhetsintryck för en kunnig användare än kärandens. På sin hemsida hade svaranden angett att fälgarna hade en tydlig "originallook" samt att de var "replika". Dessutom sålde svaranden emblemen till fälgarna märkta med kärandens varumärke. Även om viss tvekan rådde avseende en viss fälg, ansåg TR att det var sannolikt att även denna fälg inte gjorde ett annat helhetsintryck på en kunnig användare. Fara i dröjsmål bedömdes föreligga eftersom försäljningen var pågående under april månad; en enligt käranden betydelsefull månad avseende försäljning av fälgar då byte av däck sker under denna månad. Vad gällde varumärkesintrånget hade inte svaranden uppvisat några bilder på emblemen, men av webbsidan framgick att "märkesemblemen" fanns, samt att "bilder kan inte visas eftersom bilfabrikanten hävdar varumärkesintrång". Enligt TR var omständigheterna därmed sådana att det framstod som sannolikt att svaranden utbjöd emblemen märkta med kärandens varumärke. Webbsidans domännamn var registrerat på en enskild firma, men svaranden bedrev samma typ av verksamhet i tre företag, i samma lokal, med samma telefonnummer och webbplats. Därför meddelades förbudet mot samtliga tre företag. TR menade att det fanns starka och tydliga band mellan företagen, eftersom svaranden var ensam styrelseledamot och VD i samtliga dessa och att det därför skäligen kunde antas att samtliga bolag begick intrång.³⁰²

²⁹⁷ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 352 – 353.

²⁹⁸ 7 § ML.

²⁹⁹ Artikel 19.2. EG-FGF.

³⁰⁰ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 354.

³⁰¹ Levin, Marianne. *Formskydd – En rättsvetenskaplig studie av skyddet för estetiskt syftande industriell formgivning*. LiberFörlag. Sthlm. Upplaga 1:1. Schmidts Boktryckeri Helsingborg 1984. s. 356.

³⁰² Sthlm TR T 11914-05, beslut 2005-04-15. Bayerische Motoren Werke.

5 Interimistiskt vitesförbud vid försök och förberedelse till intrång

5.1 EG-rätten och immaterialrätten

Avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet undertecknades den 2 maj 1992. Sverige förband sig därmed att på vissa områden, däribland immaterialrätten, anpassa de inhemska reglerna till vad som gäller enligt EG-rätten. Bl.a. måste Sverige respektera vissa immaterialrättsliga principer som har betydelse för de fria rörligheterna för varor, tjänster, kapital och personer. Immaterialrätten måste även harmoniseras efter vissa direktiv antagna av EG:s ministerråd bl.a. Varumärkesdirektivet³⁰³, Mönsterdirektivet³⁰⁴ och ett antal Upphovsrättsdirektiv³⁰⁵.³⁰⁶ Direktiven anger principer som nationell lagstiftning måste uppfylla, men saknar detaljerade bestämmelser om påföljder vid intrång. Genom tolkning av principerna kan vissa krav på påföljdernas objektiva och subjektiva omfattning utläsas. Den objektiva omfattningen avgör *vad* som ska förbjudas och den subjektiva omfattningen anger *vem* som ska förbjudas. Exempelvis framhöll EGD i *Factortame*-avgörandet att nationell domstol har en skyldighet att meddela en interimistisk åtgärd till skydd för en gemenskapsrättighet, även om inte samma skyldighet föreligger i samband med nationella rättigheter.³⁰⁷ Den nationelle domaren är därmed skyldig att tillgripa interimistiska åtgärder för att stoppa tillämpning av nationell lagstiftning i strid mot direkt tillämplig europarätt.

5.2 Sanktionsdirektivet

År 1998 lade Kommissionen fram en grönbok³⁰⁸ om att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning på den inre marknaden. Den grönboken syftade till att utgöra underlag för diskussion med berörda parter. Under samråden bekräftades skillnaderna mellan nationella regelverk och hur detta påverkade den inre marknaden. Två år senare lade Kommissionen fram en handlingsplan om hur varumärkesförfalskning och

³⁰³ Rådets första direktiv 89/104 av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar.

³⁰⁴ Direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd.

³⁰⁵ Direktivet 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram, direktiv 92/100/EEG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, direktiv 93/83/EEG satellitsändningar och vidareändringar via kabel, direktiv 96/9/EG om databaser, direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället samt direktiv 2001/84/EG om rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk.

³⁰⁶ Patenträtten faller däremot primärt under regi av Europeiska patentorganisationen, EPO, som inte är ett EG-rättsligt organ.

³⁰⁷ EGD den 19.6.1990 i mål C-213/89. *The Queen mot Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e.a.* ECR I-2433. Rättsfallssamling 1990, svensk specialutgåva s. 00435.

³⁰⁸ En typ av proposition.

pirattillverkning skulle kunna bekämpas. I handlingsplanen fanns bl.a. ett direktiv vars syfte var att harmonisera de nationella bestämmelserna för att skydda immaterialrätterna, vilket var det första utkastet till det civilrättsliga Sanktionsdirektivet³⁰⁹. Genom att harmonisera nationell lagstiftning räknade man med att varumärkesförfalskning och pirattillverkning skulle straffas på ett effektivt sätt, och att marknadsaktörerna därmed inte skulle förlora förtroendet för den inre marknaden och inte satsa på uppfinningar och nyskapande.³¹⁰

5.2.1 Direktivets målsättning och syfte

Målsättningen med Sanktionsdirektivet är att förstärka TRIPS-avtalets skydd för intrång i immateriella rättigheter och det antogs år 2004.³¹¹ Direktivet är ett *minimidirektiv*, vilket betyder att dess mål är bindande för medlemsstaterna, men att nationella myndigheter är behöriga att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.³¹² Huvudsyftet är följaktligen att harmonisera medlemsstaternas lagstiftningar vad gäller säkerställandet av skyddet för immateriella rättigheter och därmed uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå för immateriella rättigheter på den inre marknaden.³¹³ Enligt inledningen till Sanktionsdirektivet förmodas det att varumärkesförfalskning och pirattillverkning kan komma sprida sig till det sociala planet och påverka arbetsmarknaden genom att exempelvis vilseleda konsumenter avseende produkters kvalitet och störa den ekonomiska balansen på bräckliga marknader såsom klädmarknaden. Syftet med direktivet är därför också att skydda sysselsättningen, handelsflödet, den fria konkurrensen och skatteintäkter.³¹⁴

5.2.2 Tillämpningsområde

Direktivet gäller varje intrång i immaterialrätter som kan härledas från gemenskapsrätten och/eller medlemsstatens nationella lagstiftning. Eftersom det redan finns ett jämförbart direktiv för upphovsrätten, påverkar inte Sanktionsdirektivet bestämmelserna som föreskrivs i gemenskapslagstiftningen om upphovsrätt och närstående rättigheter. Direktivet påverkar inte heller skyldigheter som uppkommer för medlemsstaterna genom internationella konventioner, TRIPS-avtalet, eller gemenskapsbestämmelser som reglerar den materiella sidan av immaterialrätten. Det ursprungliga förslaget innehöll straffrättsliga bestämmelser, men i direktivets slutgiltiga utformning anges att medlemsstaterna fritt får tillämpa andra påföljder som går längre än de fastställda bestämmelserna för att åtala lagöverträdare. Med andra ord

³⁰⁹ Direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

³¹⁰ KOM(2000) 789. Uppföljning av grönboken. *Att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning på den inre marknaden*. s. 3 f. Bryssel den 30.11.2000.

³¹¹ Norrgård, M. "Sanktionsdirektivet och dess genomförande i Finland". NIR 2006 s. 583.

³¹² Artikel 249 EGF.

³¹³ Skäl 1 i ingressen till Sanktionsdirektivet och prop. 2008/09:67 s. 1.

³¹⁴ Skäl 8 - 10 i ingressen till Sanktionsdirektivet.

påverkas inte nationella bestämmelser om straffrättsliga förfaranden eller tillämpliga påföljder i händelse av intrång i immaterialrätten.

5.2.3 Allmänna skyldigheter för medlemsstaterna

Sanktionsdirektivet stadgar två slags normer: regler och principer. De processuella reglerna rör bl.a. bevisning, talerätt och rättegångskostnader. Reglerna om sanktionerna omfattar bl.a. förbudsdomar, korrigeringsåtgärder, kvarstad och beslag.³¹⁵ De processuella principerna stadgar att förfaranden ska vara rättvisa, skäliga, inte onödigt komplicerade eller kostsamma, inte medföra oskäliga tidsfrister eller omotiverade dröjsmål.³¹⁶ Principerna som gäller för sanktionerna anger att åtgärderna ska vara effektiva och proportionerliga. Dessutom ska de vara tillräckligt avskräckande för att undvika att det skapas hinder för laglig handel och för att erbjuda skydd mot lagstridig användning.³¹⁷ Både principerna för processen och för sanktionerna ska beaktas då direktivet implementeras i nationell rätt och tillämpas i den dömande verksamheten.³¹⁸

5.3 Den svenska implementeringen

Medlemsstaterna var skyldiga att implementera Sanktionsdirektivet redan under år 2006. Den svenska regleringen trädde dock inte ikraft förrän 1 april år 2009. Förseningen innebär att medlemsstaten kan bli skadeståndsskyldig mot parter som under förseningen inte kunnat utnyttja sina rättigheter enligt direktivet.³¹⁹

Eftersom svensk rätt redan uppfyllde flera av direktivets krav krävdes inga lagändringar med anledning av artiklarna 4 (rätt att begära åtgärder), 5 (presumtion om upphovsrätt), 6 (edition), 7 (intrångsundersökning) och 14 (rättegångskostnader). Däremot krävdes lagändringar vad gäller möjligt för domstol att vid vite förelägga den som gjort eller medverkat till ett intrång att tillhandahålla information om ursprung och distributionsnät för intrångsvaran eller tjänsten, s.k. *informationsföreläggande*. Informationsföreläggande kommer att kunna meddelas mot bl.a. den som i kommersiell skala har tillhandahållit en tjänst som använts vid intrång. En effekt blir att rättighetshavare ges en civilrättslig möjlighet att få ut information från en Internetleverantör om vem som har ett abonnemang (en IP-adress) som har använts vid ett immaterialrättsintrång via Internet. För att informationen ska lämnas ut krävs en domstolsprövning och att sannolika skäl för intrånget föreligger. Bestämmelserna om s.k. *korrigeringsåtgärder*

³¹⁵ Norrgård, M. "Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet". NIR 2004 s. 444.

³¹⁶ Artikel 3.1 Sanktionsdirektivet.

³¹⁷ Artikel 3.2 Sanktionsdirektivet.

³¹⁸ Ds 2007:19 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG och Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

³¹⁹ Domar för försenat genomförande, bl.a. EGD den 5.6.2008 i mål C-395/07.

Kommissionen/Tyskland. EGD den 15.5.2008 i mål C-341/07. Kommissionen/ Sverige. EGD den 21.2.2008 i mål C-328/07. Kommissionen/Luxemburg. Talan även har väckts mot Portugal, se mål C-24/08.

ska också justeras för att uppnå bättre överensstämmelse med direktivet. Dessutom ska skadeståndsbestämmelserna i den immaterialrättsliga lagstiftningen förtydligas. I förtydligande syfte införs också lagtext om att interimistiska förbud ska kunna meddelas mot den som medverkar till ett intrång.

5.3.1 Interimistiska förbud vid förestående intrång

Sanktionsdirektivet föreskriver att ett interimistiskt vitesförbud ska kunna meddelas i syfte att hindra ett *omedelbart förestående* immaterialrättsintrång.³²⁰ Regeringen ansåg att det låg nära till hands att tolka begreppet omedelbart förestående som att interimistiska vitesförbud ska kunna meddelas vid straffbara försök eller förberedelse till ett immaterialrättsintrång. Enligt propositionen kunde de tidigare bestämmelserna enbart tillämpas vid fullbordade intrång, varför lagstiftningen kom att reviderades den 1 april 2009.³²¹ Då flera av de andra immaterialrättsliga sanktionerna är tillämpliga vid straffbara försök eller förberedelse, menade Regeringen att införandet skulle göra lagstiftningen mer konsekvent och tydlig.³²² Rättighetsinnehavare kan därför numera ingripa redan då intrångsgörare förbereder ett intrång, exempelvis genomför omfattande investeringar, anskaffar försäljningslokal, annonserar eller vidtar liknande åtgärder.³²³

I ingressen till Sanktionsdirektivet framhålls det att vidtagna interimistiska åtgärder ska vara proportionerliga i förhållande till omständigheterna i det enskilda fallet.³²⁴ De svenska bestämmelserna kom dock inte att kompletteras med en sådant stadgande. Regeringen framhöll att kravet var allmängiltigt och att proportionalitetsprinciper enbart ska skrivas in i lagtexten under särskilda omständigheter, exempelvis då det är frågan om ett nytt rättsinstitut som är främmande för svensk lagstiftning.³²⁵

Enligt artikel 9.6 Sanktionsdirektivet får nationell domstol göra vitesförelägganden avhängiga av att käranden ställer lämplig säkerhet avsedd att täcka eventuell ersättning till svaranden för skada som har orsakats av åtgärderna. Eftersom de immaterialrättsliga lagarna redan innehöll uttryckliga bestämmelser härom, krävdes inte en ändring.³²⁶ Då direktivet är ett minimidirektiv är inte medlemsstaterna förhindrade att precisera kraven eller att införa bestämmelser som gör att visa aktörer undantas från skyldigheten.³²⁷

³²⁰ Artikel 9.1 Sanktionsdirektivet och prop. 2008/09:67 s. 200

³²¹ Ds 2007:19, s. 239 och prop. 2008/09:67 s. 200 f.

³²² Prop. 2008/09:67 s. 190. Exempelvis kan åtgärder med olagliga varor m.m. enligt samtliga immaterialrättsliga lagar meddelas vid försök eller förberedelse till intrång.

³²³ Prop. 1993/94:122 s. 57.

³²⁴ Skäl 22 i ingressen, Sanktionsdirektivet.

³²⁵ Prop. 2008/09:67 s. 193 – 194.

³²⁶ Prop. 2008/09:67 s. 207.

³²⁷ Enligt artikel 249 EGF är direktiv bindande just med avseende på det resultat som ska uppnås, men de nationella myndigheterna får bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

Vidare får en fortsättning av vitesförbudet göras avhängig av att svaranden ställer säkerhet för ersättning till kändaren.³²⁸ Som det har påpekats i uppsatsens tredje kapitel finns det i svensk rätt inte några uttryckliga bestämmelser som gör det möjligt för svaranden att undvika ett vitesföreläggande genom att ställa säkerhet för den skada som rättighetshavaren kan orsakas och därmed fortsätta det påstådda intrånget. Regeringen menade dock att den svenska lagstiftningen inte behövde ändras eftersom 15 kap. 3 § RB är tillämplig i immaterialrättsliga processer (mer om detta i avsnitt 5.3.3). Bestämmelsen anger att domstolen får besluta om *lämplig* säkerhetsåtgärd, vilket enligt Regeringen torde kunna tolkas som att svaranden kan undvika vitesförbudet genom att ställa säkerhet. Dessutom stadgar 15 kap. 8 § RB att ett interimistiskt förbud som har meddelats med stöd av 15 kap. 3 § RB, omedelbart ska hävas om säkerhet som tillgodoser ändamålet med åtgärden ställs eller det annars ej längre finns skäl för åtgärden. Enligt Regeringen torde det även följa av allmänna processrättsliga grundsatser att ett provisoriskt rättsskydd kan hävas om säkerhet som tillgodoser ändamålet med åtgärden ställs. Därmed ansåg Regeringen att den svenska lagstiftningen uppfyllde direktivets krav.³²⁹ Även om den svenska lagstiftningen verkar vara stämma överens med direktivets krav, bör det dock anmärkas att 15 kap. 8 § RB förutsätter att den ställda säkerheten *tillgodoser ändamålet* med åtgärden. I ett immaterialrättsligt mål om vitesförbud torde det vanligen vara så att en säkerhet inte kan anses tillgodose ändamålet med ett förbud, eftersom förbudet syftar till att få stopp på en viss åtgärd. Direktivet kan dock inte anses innebära att det alltid ska vara möjligt att undvika ett vitesförbud genom att ställa säkerhet.

5.3.2 Tidigare immaterialrättslig lagarstiftning avseende försök och förberedelse

Enligt tidigare svensk lagstiftning var försök och förberedelse till ett immaterialrättsligt intrång belagt med straffrättsligt ansvar om förutsättningarna i 23 kap. 1 § BrB vara uppfyllda.³³⁰ Det saknades dock uttryckliga regler i de immaterialrättsliga lagarna om att slutgiltiga eller interimistiska vitesförbud kunde utfärdas mot försök och förberedelse till ett intrång.³³¹ I förarbetena återfinns inte heller några uttalanden om att bestämmelserna om vitesförbud var avsedda att vara tillämpliga vid försök eller förberedelse till intrång.³³² Samma slutsats kunde även dras efter att ha läst Lagrådets avoga yttrande härom vid införandet av intrångsundersökningsbestämmelser.³³³ I rättspraxis förefaller slutsatsen vunnit gehör. Bl.a. har Svea HovR anfört att om kändaren har planer att göra

³²⁸ Artikel 9.1.a Sanktionsdirektivet

³²⁹ Prop. 2008/09:67 s. 208.

³³⁰ 53 § 5 st. URL.

³³¹ Prop. 2008/09:67 s. 287.

³³² Se exempelvis prop. 1993/94:122 s. 46 f. och prop. 2004/05:110 s. 333. I samband med införandet av intrångsundersökning konstaterades att det fanns anledning att senare överväga om möjligheterna att meddela vitesförbud borde utökas till att omfatta även förberedande åtgärder. (se prop. 1998/99:11 s. 50).

³³³ Lagrådets yttrande i prop. 1998/99:11 s. 163 och Bet 1998/99:LU5.

intrång kan det inte anses vara tillräckligt för att ett interimistiskt förbud ska meddelas.³³⁴

I en tvist hade käranden köpt upphovsrättigheterna att sända VM-matcher i fotboll. Via marknadsföring fick käranden reda på att svaranden också avsåg att sända matcherna. Käranden påpekade att det interimistiska vitesförbudet var särskilt viktigt då intrånget var *omedelbart förestående*. TR avslog yrkandet med motiveringen att grunden för yrkandet ännu inte hade skapats. Vad man menade var att svaranden ännu inte hade vidtagit någon åtgärd som innebar ett intrång och som kunde förbjudas. Domstolen påpekade att det inte var möjligt att utfärda förbud för försök eller förberedelse till intrång i en upphovsrätt.³³⁵

Käranden hade yrkade på att svaranden skulle förbjudas att använda dennes varukännetecken för hårvårdsprodukter. TR lämnade yrkandet utan bifall eftersom omständigheterna inte visade att varukännetecknet hade använts. Svarandens hade enbart *frågat* tillverkaren om man fick lova att importera och sälja produkterna. Enligt domstolen innebar själva hänvändelsen inte att man hade vidtagit någon åtgärd som innebar ett varumärkesintrång. TR påpekade att det, till skillnad mot vad som gäller för vissa andra sanktioner eller skyddsåtgärder som straff eller intrångsundersökning, inte är möjligt att besluta om förbud mot försök eller förberedelse till intrång i rätten till ett varukännetecken.³³⁶

Som framgår krävdes det alltså att ett intrång hade inträffat för att det interimistiska förbudet skulle kunna utfärdas. Antag dock att en författare till ett upphovsrättsligt skyddat verk får kännedom om att dennes pjäs kommer att spelas upp på en viss teater utan dennes tillstånd. Det visar sig att repetitionerna är i full gång och premiären är utannonserad till en viss dag. Hade domstolen kunnat tillämpa de gamla bestämmelserna på ett sådant sätt att ett interimistiskt förbud hade kunnat meddelas mot föreställningen, trots att intrång i ensamrätten ännu inte inträffat? I exemplet, som bygger på ett verkligt fall, valde Malmö tingsrätt att se händelserna som *en del i en helhet* och utannonseringen som ett första led i ett påbörjat intrång.³³⁷ Konstaterandet är dock något tveksamt enligt min åsikt. I överensstämmelse med 23 kap. BrB borde teatersällskapet befinna sig på ett förberedandestadium, eftersom de befattat sig med hjälpmedel (skådespelare, lokal, rekvisita, manus etc.) som var särskilt ägnade att användas vid utförandet av ett brott. Ett intrång i ensamrätten föreligger inte då pjäsen endast övas in i det slutna sällskapet eftersom privata handlingar inte omfattas av själva intrångsrekvisitet. Förfarandet (utannonseringen) torde därmed snarare innebära att förberedande åtgärder hade vidtagits och inte att intrånget var påbörjat.

Utgångspunkten, om att enbart de handlingar som har företagits kan förbjudas interimistiskt, har dock ifrågasatts i doktrin när tanken med det provisoriska rättsskyddet är att verka preventivt och förhindra att skada uppstår för käranden. Sanktionens effektivitet och bakomliggande syfte påbjuder följaktligen att förbudet utvidgas till att omfatta både den vidtagna handlingen samt åtgärder som är på väg att äga rum.³³⁸ Westberg har kommenterat rättsfallet och menar att domstolen istället hade kunnat göra en

³³⁴ Svea HovR Ö 748-03, beslut 2003-01-24.

³³⁵ Sthlm TR T 13089-06, beslut 2006-06-05. Tv4.

³³⁶ Sthlm TR T 21370-07, beslut 2007-10-24. Ref Svenska AB.

³³⁷ Malmö TR T 3380-95, beslut 1995-09-29. Hipp-fallet. HovR ändrade inte beslutet, se HSB Ö 1531-95, beslut 1995-10-04.

³³⁸ Norrgård. 2002. s. 283 f.

extensiv tolkning utav de immaterialrättsliga reglerna så att även potentiella anspråk omfattades av stadgandena.³³⁹ Den extensiva tolkningen stämmer, enligt min åsikt, väl överens med vitesförbudets syfte om att verka preventivt. Det preventiva syfte går förlorat om lagen tolkas alltför strikt. Om exempelvis intrånget i teaser-fallet inte hade kunnat förbjudas innan premiären, skulle aldrig upphovsmannens skada kunna ersättas. Sanktionen syftar till att effektivt förhindra intrång vilket talar för en extensivare tolkning utav bestämmelserna. Däremot överensstämmer det inte med sanktionens syfte att de företagna handlingar ses som en del i en helhet.

5.3.3 Interimistiskt förbud vid försök och förberedelse till intrång enligt allmän lagstiftning – 15 kap. 3 § RB

Bestämmelserna i 15 kap. 3 § RB ger de rättsskipande myndigheterna en allmän möjlighet att besluta om säkerhetsåtgärder, exempelvis interimistiskt vitesförbud. Vid införandet av interimistiska förbud i de immaterialrättsliga lagarna ifrågasattes det om det fanns ett behov av speciella regler härom. Anledningen till att liknande bestämmelser infördes i de immaterialrättsliga lagarna var främst för att göra stadgandet tydlig.³⁴⁰ De immaterialrättsliga lagarnas speciella karaktär gör således inte att de allmänna reglerna i 15 kap. RB sätts ur spel, något som även har bekräftats av HD.³⁴¹ Av förarbetena framgår det även att de särskilda bestämmelserna i immaterialrättslagarna ska tolkas i överensstämmelse med 15 kap. 3 § RB.³⁴²

Rekvisiten i 15 kap. 3 § RB är, i stort sett, de samma som i de immaterialrättsliga lagarna. Vid en närmare jämförelse finns det dock vissa skillnader. Först och främst är det möjligt att utverka ett interimistiskt förbud redan innan talan har väckts i sak enligt 15 kap. 3 § RB.³⁴³ Om ett interimistiskt vitesförbud meddelas innan talan har väckts har sökanden en månad på sig att väcka en sådan talan. Om så inte sker ska åtgärden omedelbart gå åter.³⁴⁴ En part som i en immaterialrättslig tvist önskar få till stånd ett interimistiskt förbud innan talan har väckts i sak kan således stödja sig på 15 kap. 3 § RB.³⁴⁵

Den andra skillnaden är rekvisiten för att kändanden ska befrias från kravet att ställa säkerhet. I 15 kap. RB regleras spörsmålet i 6 §. Paragrafen meddelar att kändanden måste *sakna ekonomisk förmåga* att ställa säkerhet och att *synnerliga skäl* för det civilrättsliga anspråket måste föreligga.³⁴⁶ Det framgår dock av min redogörelse att det sker en viss intresseavvägning i de immaterialrättsliga lagarna, då domstolen ska avgöra om kändanden ska befrias kravet på säkerhet. Staten, kommun, landstingskommun och kommunalförbund behöver aldrig ställa säkerhet. Enligt 20 § rättshjälpslagen (1996:1619) behöver inte heller den som har beviljats

³³⁹ Westberg, Bok 4. 2004. s. 62.

³⁴⁰ Prop. 1985/86:86 s. 41 f och prop. 1993/94:122 s. 49.

³⁴¹ Westberg, Bok 4. 2004. s. 66. Se framförallt NJA 1990 s. 338 och NJA 1998 s. 179.

³⁴² Prop. 1993/94:122 s. 48.

³⁴³ 15 kap. 3 § RB.

³⁴⁴ 15 kap. 7 § RB.

³⁴⁵ Westberg, Bok 4. 2004. s. 67 och NJA 2000 s. 435 II.

³⁴⁶ 15:6 RB och exempelvis 37 b § 3 st. VML.

rätts hjälp ställa säkerhet, eftersom staten ska ersätta svaranden för eventuell skada om inte käranden kan betala.

Den tredje skillnaden är att ex parte-förbud kan meddelas, enligt 15 kap. 5 § 3 st. RB, om det föreligger fara i dröjsmål och det finns en *beaktansvärd anledning* till att svaranden inte ska beredas tillfälle att yttra sig. I immaterialrätten är det tillräckligt med att dröjsmålet skulle medföra risk för skada.

Dessutom ska säkerhetsåtgärden i 15 kap. RB omedelbart hävas i vissa fall, bl.a. om svaranden ställer säkerhet som tillgodoser ändamålet med åtgärden.³⁴⁷ Den möjligheten finns inte i de immaterialrättsliga lagarna.³⁴⁸

Den mest relevanta skillnaden för denna uppsats mellan 15 kap. 3 § RB och de immaterialrättsliga lagarna är dock att 15 kap. 3 § RB, enligt ordalydelsen, inte förutsätter att intrånget har påbörjats. Det betyder att bestämmelsen kan tillämpas vid försök eller förberedelse till intrång, även immaterialrättsliga sådana.

5.3.4 Skillnader mellan ny och tidigare lagstiftning avseende försök och förberedelse

Redan innan Sanktionsdirektivet implementerades kunde rättighetsinnehavare få interimistiska vitesförbud utfärdade vid omedelbart förestående intrång med hjälp av 15 kap. 3 § RB. Dessutom fanns det en möjlighet att tolka de immaterialrättsliga bestämmelserna extensivt, så att även omedelbart förestående intrång omfattades. Vad Sanktionsdirektivet sålunda i egentlig mening innebär är att konkretisera och tydliggöra denna slutsats. Troligtvis kommer förtydligandet att leda till att fler rättighetsinnehavare kommer att yrka på ett interimistiskt förbud vid försök eller förberedelse till ett intrång. Fler yrkanden leder till fler rättsliga avgöranden, vilket möjligtvis leder till att fler intrång beivras.

5.4 Sannolika skäl att ett intrång är förestående

5.4.1 Intrångsrekvisitet sannolika skäl

5.4.1.1 Flexibelt eller fast beviskrav

Enligt artikel 9.3 Sanktionsdirektivet ska de rättskipande myndigheterna kräva att käranden tillhandahåller *skälig bevisning* för ett interimistiskt vitesförbud.³⁴⁹ Det sagda skulle kunna tolkas som att domstolen inte får ställa krav på bevisningen som käranden inte har någon rimlig möjlighet att uppfylla. Det skulle även kunna tolkas som att beviskravet ska anpassas till de bevissvårigheter som kan föreligga i det enskilda fallet och alltså i viss mån vara flexibelt. Enligt propositionen är det dock ett flexibelt beviskrav som åsyftas med formuleringen, men när direktivet är ett minimidirektiv fann Regeringen att det inte fanns något hinder för medlemsstaterna att införa ett fast beviskrav i nationell rätt, under förutsättningen att direktivets

³⁴⁷ 15 kap. 8 § 1 st. RB.

³⁴⁸ Westberg. Bok 3. 2004. s. 53 f.

³⁴⁹ Det överensstämmer med beviskravet i artikel 50.3 TRIPS-avtalet.

syfte tillgodosågs och dess resultat uppnåddes. Eftersom flexibla beviskrav är ovanligt i svensk rätt, menade Regeringen att det var lämpligare att införa ett fast beviskrav. Ett flexibelt beviskrav skulle innebära att det överlämnas till domaren att i det enskilda fallet avgöra vilken bevisning som bör krävas. Regeringen ansåg att en sådan tillämpning är svår att förena med svensk rättstradition och därför infördes ett fast beviskrav (sannolika skäl).³⁵⁰

Norrgård hävdar emellertid att HD i NJA 1995 s. 631 tenderat att införa ett mer flexibelt beviskrav i svensk rätt. Genom att inte enbart meddela interimistiska vitesförbud vid uppenbara intrång eller då övervägande skäl talar för kärandens sak, utan även då svagare bevisning förekommer, dvs. i s.k. svåra fall. Norrgård antyder därmed om att HD tycks kräva olika styrka i enskilda fall.³⁵¹ Westberg har dock kritiserat denna tolkning. Han menar att HDs uttalande om nivån för beviskravet i rättsfallet handlade om att bestämma förutsättningen för en tillämpning av proportionalitetsprincipen. HDs ställningstagande var därför inriktat på innebörden av sannolika skäl för sökandens materiella anspråk, så som bifallsvillkoret har formulerats som rekvisit i den materiella regleringen. Slutsatsen av rättsfallet är att om sökandens anspråk inte är uppenbart, ska domstolen inte tillämpa proportionalitetsprincipen. Om sökanden bara förmår att bevisa sitt anspråk med en lägre sannolikhet, betyder inte detta att ansökan ska ogillas. Den lägre graden av sannolikhet medför däremot att domstolen ska lägga till en bifallsförutsättning. Om bara övervägande skäl talar för sökandens anspråk måste domstolen göra en intresseavvägning som ligger i proportionalitetstanken. Flexibiliteten är därmed kopplad till proportionalitetsprincipen. När domstolen har funnit att sannolika skäl föreligger, ska en proportionalitetsprövning ske. Har inte sannolika skäl uppfyllts ska ansökan alltid ogillas. Därmed menar Westberg att beviskravet inte är variabelt, utan ett uttryck för en miniminivå som alltid måste uppnås.³⁵²

Ett land tillämpar ett flexibelt beviskrav är England. I den engelska lagtexten uppges det att käranden ska presentera ”any reasonably available evidence in order to satisfy themselves with a sufficient degree of certainty”. *House of Lords* har bekräftat det flexibla beviskravet och proportionalitetsprincipens betydelse framför ett fast beviskrav.³⁵³ Fördelen med ett flexibelt beviskrav är att det kan anpassas efter enskilda förutsättningar i processen. Nackdelen är dock att processens utgång inte blir lika förutsägbar för svaranden. För svensk rätt finns det således en trygghetstanke med att införa ett bestämt beviskrav.³⁵⁴

5.4.1.2 *Beviskravets nivå*

När det gäller säkerhetsåtgärder och andra beslut som föregår den slutliga prövningen av saken, förekommer enligt svensk rätt i huvudsak tre olika bevisnivåer som innebär en bevislättnad. Det lägsta av dessa beviskrav är att

³⁵⁰ Prop. 2008/09:67 s. 204.

³⁵¹ Norrgård. 2002. s. 13 – 16.

³⁵² Westberg. Bok 4. 2004. s. 115.

³⁵³ Westberg, P. ”Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning?”. SvJT 1990 s. 168.

³⁵⁴ Prop. 1998/99:11 s. 61.

det finns ”skäl att anta” något. Ett något högre beviskrav är att något ”skäligen kan antas” och högst är att det ska föreligga ”sannolika skäl” för något. För att få tillstånd till en intrångsundersökning erfordras det att domstolen skäligen kan anta att ett intrång pågår. Åtgärden syftar till att underlätta tillgång till bevisning och interimistiskt vitesförbud riktar sig direkt mot själva åtgärden som innebär intrång. Ett vitesförbud är därmed en mer ingripande åtgärd än en intrångsundersökning, varför ett högre beviskrav infördes, dvs. sannolika skäl.³⁵⁵

Det förekom även diskussioner huruvida beviskravet var alltför högt, dvs. att det skulle ställas orimliga krav och vara för svårt att få till stånd ett vitesförbud.³⁵⁶ Beviskravets nivå är viktig, eftersom det kan åsidosättas med hänvisning till den EG-rättsliga *effektivitetsprincipen* om det är för högt. Principen stadgar att nationella processregler ska förbises om tillämpningen av dem medför att det blir omöjligt eller orimligt svårt för den enskilde att genomdriva sina EG-rättsliga rättigheter, exempelvis en gemenskapsregistrerad immaterialrätt.³⁵⁷ Om interimistiska beslut är omöjliga att utverka på grund av höga beviskrav uppkommer även en situation som står i strid med TRIPS-avtalet.³⁵⁸ Regeringen menade dock att det inte fanns någonting som antydde om att det svenska beviskravet inte fungerade fungerar väl. Kravet på att käranden kan få ett interimistiskt vitesförbud utan att det ställs alltför höga beviskrav ansågs därför vara uppfyllt.³⁵⁹

5.4.1.3 *Intrångsrekvisitets tre bevisteman*

Precis som tidigare måste käranden dels bevisa sannolika skäl avseende ensamrättens existens och att den förestående åtgärden är ett intrång. Till skillnad från tidigare finns det nu tre bevisteman: 1) att ensamrätten existerar, 2) att åtgärden som kommer att vidtas är ett intrång och 3) att åtgärden är förestående.

5.4.1.4 *Det tredje bevistemat – analog tillämpning av 23 kap. BrB*

Vid bedömningen av om försök och förberedelse föreligger inom specialstraffrätten sker en analog tillämpning utav 23 kap. BrB.³⁶⁰ Det betyder att uppsåt eller oaktsamhet inte behöver visas, men att rekvisiten i 23 kap. BrB måste uppfyllas.³⁶¹ För att åtgärderna ska kunna vidtas krävs inte att försöket eller förberedelsen har begåtts uppsåtligen eller av grov oaktsamhet. För ett försök innebär detta att förutsättningarna i 23 kap. 1 § BrB alltså ska vara uppfyllda men käranden behöver inte styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör intrångsförsöket. En förberedelse förutsätter emellertid redan enligt 23 kap. 2 § BrB att de åtgärder som nämns där vidtas med uppsåt att utföra eller främja brott. Det kravet måste vara uppfyllt även i dessa fall.

³⁵⁵ Prop. 1998/99:11 s. 60 och 63.

³⁵⁶ Prop. 2008/09:67 s. 203 och prop. 1998/99:11 s. 61, 62 och 194.

³⁵⁷ EGD den 13.3.2007 i mål C-432/05. REG 2007 I-2271. Unibet/ Justitiekanslern.

³⁵⁸ Lenaerts, Koen och Arts, Dirk. *Procedural Law in the European Union*. Robert Dray Sweet & Maxwell. London 1999. s. 59.

³⁵⁹ Prop. 2008/09:67 s. 205

³⁶⁰ Prop. 1981/82:152 s. 13 och prop. 1993/94:122 s. 56 och 65.

³⁶¹ Prop. 2008/09:67 s. 287

I likhet med vad som gäller för vitesförbud vid fullbordade intrång måste förbudet vara klart avgränsat. Den som förbudet riktar sig mot ska veta vad han eller hon inte får göra. Även bestämmelserna om frivilligt tillbakaträdande är tillämpliga.³⁶²

Vad gäller förberedelse kännetecknas detta av att gärningspersonen befinner sig på ett första stadium och är på vägen mot ett fullbordat brott. Till skillnad från försök behöver gärningen inte avse ett visst konkret brott utan kan avse olika gärningar hänförliga till en viss brottstyp. Förberedelse utsträcks inte generellt till planeringsstadiet, utan kriminaliseringen har begränsats till handlingar som till risken för tillkomsten av brott är straffvärda till sin typ. Förberedelse är därför straffbart till viss befattning med a) pengar eller annat av värde, alternativt b) med farliga hjälpmedel.³⁶³ Begreppet hjälpmedel åsyftar normalt inte vardagliga föremål. Jareborg menar exempelvis att det inte kan vara förberedelse till mord att köpa en kökskniv, såvida inte vederbörande knappast kan tänkas ha någon legitim användning för den. Huruvida ett föremål är ett farligt föremål som omfattas av kriminaliseringen kan, enligt honom, i viss mån beror på vilket brott som är tilltänt och om personen är behörig att inneha föremålet.³⁶⁴ I immaterialrätten skulle sistnämnda kunna vara införskaffandet av en maskin som kan tillverka intrångsprodukten, under förutsättning att svaranden inte har någon annan användning för maskinen än att tillverka just intrångsprodukten.

Nästa fas, försöksstadiet, innebär att gärningspersonen har lämnat planeringsstadiet och övergått till att börja verkställa brottet. Vid försök måste den s.k. försökspunkten vara nådd och det måste finnas en fara för att brottet fullbordas.³⁶⁵ *Försökspunkten* betyder att ett visst brott är påbörjat, vilket följer av två saker: dels att det är existentiellt möjligt att fullborda brottet, dels att gärningen i sig låter beskrivas i termer som anknyter till beskrivningen av ett fullbordat brott.³⁶⁶ Jareborg beskriver två typfall som ger en antydning om var försökspunkten bör läggas. Utifrån dessa kan utläsas att försökspunkten alltid är nådd då försöket är avslutat och gärningsmannen har gjort allt som är behövligt och brottet ändå inte har fullbordats av någon anledning. Ett exempel är en serie skott som inte träffar offret. Ett exempel i immaterialrätten skulle kunna vara en intrångsprodukt som enbart finns i privat ägo trots att försök gjorts för att utbjuda den på marknaden. Det andra typfallet betyder att gärningsmannen har gjort något som utgör ett förberedande led i det planerade händelseförloppet, och är beredd att omedelbart förverkliga sitt uppsåt att fullborda brottet. Ett exempel i straffrätten är att tända en tändsticka i syfte att anlägga en mordbrand. Ett exempel i immaterialrätten skulle kunna vara att någon ertappas under färden mot gränsen till Sverige med intrångsprodukter.³⁶⁷ Vad gäller

³⁶² Holmqvist, Lena, Leijonhufud, Madeleine, Träskman, Per-Ole och Wennberg Suzanne. *Brottsbalken, En kommentar, Del II (13 – 24 kap.), Brotten mot allmänheten och staten m.m.* Studentutgåva 4. Norstedts Juridik AB. Elanders Gotab. Sthlm 2005. 23:13 – 15.

³⁶³ Holmqvist, m.fl. 2005. s. 23:21.

³⁶⁴ Jareborg, Nils. *Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag AB. Uppsala 2001. s. 390.

³⁶⁵ Holmqvist, m.fl. 2005. s. 23:6 – 9.

³⁶⁶ Jareborg. 2001. s. 381.

³⁶⁷ *Ibid.* s. 382 f.

farerekvisitet utdöms inget ansvar om faran är att anse som ringa.³⁶⁸ Det som åsyftas är fara att brottet ska fullbordas, inte fara för kränkning av det intresse som straffbudet avser att skydda.³⁶⁹ Fara föreligger inte om det är omöjligt att uppfylla något av brottsrekvisiten, s.k. otjänligt försök.

5.4.1.5 Tidsaspekten

Vad gäller det sista bevis temat, att kändanden måste visa sannolika skäl att intrånget är förestående, måste domstolen ta hänsyn till hur långt fram i tiden som intrånget kommer att inträffa. Enligt Norrgård beror svaret på en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet samt det faktum att sanktionens effektivitet måste vidmakthållas. Norrgård menar att det förestående intrånget måste kunna preciseras och inte får vara alltför obestämt. Det måste följaktligen stå klart att svaranden kommer att företa en viss handling (intrånget) för att det ska vara förestående. Detta betyder att domstolen på förhand måste konkretisera och antagliggöra ett framtida orsakssamband. Avgörande kommer således presumtioner och hypotetiska prov att bli, dvs. vad som typiskt sett brukar hända i fall av det slag som sökande beskriver.³⁷⁰ Dessutom flyter bedömningen av om intrånget är förestående samman med konsekvensbedömningen. Desto längre fram i tiden som intrånget kan väntas att ske, desto svårare kommer det att bli för kändanden att bevisa att det är en fara av att ensamrätten förringas.³⁷¹ Det sagda kan jämföras med 23 kap. BrB som stadgar att domstolen inte får döma till försök eller förberedelse om det är en ringa risk att brottet verkligen kommer att inträffa.

5.4.1.6 Exemplifiering

När är beviskravet sannolika skäl uppfyllt vid försök eller förberedelse till intrång? Svaret måste avgöras *in casu* med beaktande av samtliga särdrag i fallet. I doktrin hade det diskuterats vilka åtgärder som skulle kunna anses vara ett försök eller förberedelse till patentintrång. Anta exempelvis att svaranden har lämnat in en patentansökan som inkräktar på kändandens patents skyddsomfång. Domeij påpekar att själva inlämnandet av en patentansökan ska ses som ett bevisfaktum av att ett intrång är förestående. Inlämnandet av patentansökan innebär nämligen inte att ett intrång skett, eftersom varken patentansökan eller ett beviljat patent visar att svaranden avser att utnyttja uppfinningen på ett sätt som innebär ett intrång.³⁷² Ansökan kan nämligen inte ses som ett utbudande eller användning av uppfinningen, eftersom den som ansöker om patent inte har någon avsikt att förmå myndigheten som beviljar tillståndet att förvärva fysiska exemplar av patentet. Själva patentansökan leder dock inte till att tillräcklig bevisning har förebringats om att intrånget är förestående, dvs. sannolika skäl är inte uppfyllt. Sannolika skäl torde dock föreligga om det därutöver finns *bevisning om planerad användning*.³⁷³

³⁶⁸ Jareborg. 2001. s. 378 och 389.

³⁶⁹ NJA 1994 s. 614.

³⁷⁰ Westberg. Bok 3. 2004. s. 185.

³⁷¹ Norrgård. 2002. s. 280.

³⁷² Domeij, Bengt. *Läkemedelspatent – Patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv*. GOTAB, Sthlm 1998. s. 458 – 460.

³⁷³ Domeij. 1998. s. 458 – 460.

Stockholms TR har noterat att blott begäran om godkännande och tillhandahållande av uppgifter om läkemedlet inte torde förhindras genom ensamrätten.³⁷⁴

Den allmänna uppfattningen är att ett inlämnande av prover på ett läkemedel är den kritiska faktor som skapar ett patentintrång, när de normala förberedelserna vidtas för marknadsintroduktion av ett läkemedel. Detta eftersom inlämnandet av prover inte omfattas av undantaget för experiment och inte heller av annan orsak är tillåtet för konkurrenter utan patenthavarens medgivande.³⁷⁵ Konkurrenter måste därför avvakta med bifogandet av prover till dess att patentskyddet har upphört. I Sverige har Stockholms tingsrätt kommit fram till samma slutsats.

Provernas tillhandahållande har inte avsett deras användning för sitt särskilda ändamål, nämligen som läkemedel. Åtgärden har ingått som ett led i en planering för att efter utgången av skyddstiden yrkesmässigt bringa alstret i omsättning. Ensamrätten omfattar i princip också åtgärder under skyddstiden som bara på detta sätt är framåtsyftande. Exempelvis får inte under skyddstiden alstret utbudas för tillhandahållande efter denna tids slut. I enlighet med detta övergripande ändamål anser TR att användningsförbudet omfattar även svarandens åtgärder att förbereda godkännandet genom att överlämna alstret till Läkemedelsverket. Även införandet av proverna utgör därmed patentintrång.³⁷⁶

För att dra en parallell till teaterfallet, var det inte enbart utannonseringen som bidrog till att beviskravet sannolika skäl var uppfyllt. Eftersom repetitionerna var i full gång, skådespelarna inhyrda och rekvisitan klart fanns bevisning om att intrånget var planerat till en viss dag (premiären), dvs. sannolika skäl var uppfyllt vid en samlad bedömning. Dessutom hade käranden bevisning om att premiären var utsatt till ett visst datum, vilket medförde att intrånget var tillräckligt *preciserat* och inte alltför långt bort i tiden, dvs. omedelbart förestående. Om intrånget inte konkretiseras, finns det en risk att förbudet blir alltför generellt och därmed strider mot legalitetsprincipen och kravet på förutsägbarhet. Det måste med andra ord föreligga en konkret fara till att intrånget är förestående.³⁷⁷

5.4.2 Konsekvensrekvisitet

Då domstolen ska undersöka om det skäligen kan befaras att ensamrätten förringas är det inte förberedelsen och försöket som i sig ska föranleda att ensamrätten förringas, utan det är det slutgiltiga intrånget som ska befaras förringa ensamrätten. Sabotageriskens bedömning kompliceras av att det inte ännu skett ett intrång och att det därmed inte finns någon presumtion för att det fortsatta intrånget kan komma att förringa ensamrätten. I exempelvis teaterfallet torde det dock stått relativt självklart att författarens ensamrätt skulle förringas i samband med premiären och att irreparabel skada skulle kunna uppstå.

Bedömningen av om intrånget är förestående flyter således samman med konsekvensbedömningen. Desto längre fram i tiden som intrånget kan väntas att ske, desto svårare kommer det att bli för käranden att bevisa att

³⁷⁴ Sthlm TR T 737-94, beslut 1995-06-15.

³⁷⁵ Domeij.1998. s. 458 – 460.

³⁷⁶ Sthlm TR 737-94, beslut 1995-06-15.

³⁷⁷ Norrgård. 2002. s. 283.

det är en fara av att ensamrätten förringas.³⁷⁸ Enligt Norrgård blir prognosbedömningen en blandning av de prospektiva och retrospektiva momenten eftersom det inte längre är ändamålsriktigt att hålla sär dem. Istället för att blicka bakåt för att se om ett intrång har skett, måste domstolen blicka framåt för om det är sannolikt dels att det finns en ensamrätt, och dels att ett intrång är förestående.³⁷⁹ Det kan dock påpekas att det är ett retrospektivt moment att bedöma om försökspunkten och förberedelsestadiet har nåtts.

5.4.3 Säkerheten och proportionalitetsprincipen

Utifrån doktrin och utländsk rättspraxis kan följande slutsatser dras vid en tillämpning av proportionalitetsprincipen då ett intrång är förestående. En ekonomiskt starkare part klarar av ett vitesförbud enklare än en mindre part. Utgångspunkten bör dock inte vara att en ekonomiskt svagare part har rätt att begå intrång enbart på grund av det faktumet. Om sannolika skäl är uppnått för att ett förestående intrång ska vitesförbud meddelas, trots att parten är ekonomiskt svagare. Sakförhållandet bör snarare beaktas indirekt och vara en indikation om skadans betydelse. Om svaranden enbart har ett patent och inte en hel patentportfölj kommer han eller hon att drabbas hårdare av ett vitesförbud, eftersom den enda inkomstkälla dras undan.³⁸⁰ Däremot medför det faktum att intrånget enbart är förestående att den påstådda intrångsgöraren kommer att klara av vitesförbudet lättare, än om han eller hon hade varit verksam under en längre tid. Slutligen kommer den skada som svaranden kan bli drabbad av vid ett felaktigt beslut, inte blir lika allvarliga vid försök och förberedelse, eftersom intrångsgöraren inte har hunnit varit verksam under en lika lång tid. Säkerheten behöver därmed inte vara lika hög som i tvister där ett intrång redan har skett.³⁸¹

³⁷⁸ Norrgård, 2002. s. 280.

³⁷⁹ Ibid. s. 65.

³⁸⁰ Ibid. s. 286 – 291.

³⁸¹ Ibid. s. 294.

6 Analys

Sedan möjligheten till interimistiska förbud infördes i den svenska lagstiftningen år 1994 har sanktionens betydelse för rättighetsinnehavare ökat. Sanktionen är betydelsefull eftersom den låter käranden åtnjuta sin materiella rätt redan innan tvisten avgörs genom en ordinär prövning, men också eftersom den verkar som ett riskfördelningsinstrument. Sanktionen leder dock till att merparten av uppkomna tvister förlikas efter avgörandet. Det betyder att tvisten aldrig genomgår en fullständig domstolsprövning och att den i praktiken avgörs genom ett lägre beviskrav (sannolika skäl), än vid en ordinär prövning (där saken ska vara styrkt).

6.1 Beviskravet sannolika skäl vid interimistiska vitesförbud i nationell process

I uppsatsen har domstolens materiella handläggning av beviskravet sannolika skäl diskuterats. Beviskravet avser både de civilrättsliga frågorna och bevisningen, eftersom käranden dels måste visa sannolika skäl för att ensamrätten existerar, dels att ett intrång har skett i denna ensamrätt.³⁸² För både parterna och domaren kan det vara svårt att avgöra vad som närmare ligger i beviskravet sannolika skäl. Hjälpregler om vilken slags bevisning som krävs framgår varken av lagtexten, eller förarbetena. Svaret får sökas i rättspraxis från de lägre instanserna, eftersom interimistiska beslut sällan överklagas till högsta instans. Utifrån de rättsfall som jag har analyserat verkar det som om beviskravet i praktiken ofta uppfylls med hjälp av varuprover, marknadsundersökningar, anonyma vittnesuppgifter eller vittnesintyg.³⁸³ Till hjälp för att skaffa bevisning finns olika rättsmedel såsom informationsföreläggande, intrångsundersökning etc.³⁸⁴

Vid ex parte-avgöranden är en ensidig prövning av enbart kärandens talan otänkbar utifrån en rättssäkerhetssynpunkt.³⁸⁵ När sakfrågorna ska avgöras måste domstolen se om det finns några brister i kärandens påståenden samt relationen mellan dessa och anförd bevisning. Om bristerna är så pass tvivelaktiga bör ansökan ogillas. Domstolen ska däremot inte spekulera i det tänkbara som inte syns i ingivet material. Det är således inte frågan om en spekulering i invändningar eller problem som typiskt sett brukar uppkomma i den förevarande situationen.³⁸⁶ I doktrin menar man att käranden torde ha störst framgång med s.k. typbevis i dessa fall, dvs. bevis som typiskt sett visar existensen av ett faktum.

³⁸² Westberg, P. "Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning?". SvJT 1990 s. 162.

³⁸³ http://www.sfir.se/Information/SFIR_100/9Sverige.pdf. 2009-07-05, kl. 09.30.

³⁸⁴ Salung, Petersen. 2008. s. 103.

³⁸⁵ Westberg. Bok 4. 2004. s. 92 f.

³⁸⁶ Ibid. s. 95.

6.1.1 Sannolika skäl att ensamrätten existerar

Då ensamrätten ska bevisas och käranden har en registrerad rättighet finns en viss lättnad i det avseendet att domstolen presumerar att rätten är giltig, om inte målet rör just ensamrättens existens.³⁸⁷ Om svaranden invänder att ensamrätten är ogiltig kastas bevisbördan om till denne.

För att undvika invändningar om exempelvis bristande verkshöjd i upphovsrätten kan upphovsmannen begära ett yttrande från exempelvis Svensk Forms Opinionsnämnd innan processen inleds.³⁸⁸ Även om sådana utlåtanden inte är rättsligt bindande skapar de en giltighetspresumtion i den summariska processen. Presumtionen beror främst på att nämnden besitter en större sakkunskap än domstolen och troligtvis har längre tid att ta ställning till verkshöjden.

För att en ogiltighetsinvändning ska kunna beaktas i patenträtten krävs dock att en formell genstämning sker.³⁸⁹ Redan den administrativa prövning som föregått patentets beviljande talar starkt för att patentet är giltigt. Detta beror på att patenthavaren har rätt att förlita sig på den rättsposition som grundar sig på ett myndighetsavgörande. Endast i undantagsfall kan denna rättsposition tas ifrån rättighetsinnehavaren. Domstolen presumerar således att patentet är giltigt och svaranden måste göra det sannolikt att patentet inte är giltigt. I doktrin har det påpekats att eftersom effekterna av avgörandet i den interimistiska processen begränsar sig till parterna, behöver inte utomstående personers intressen beaktas i samma omfattning. I en ordinarie process gäller en ogiltighetsinvändning erga omnes, men i en summarisk process gäller invändningen enbart i intrångsrättegången. Med andra ord begränsar sig avgörandet till enbart parterna och utomstående personers intressen behöver inte beaktas i samma omfattning. Då tredjemansintressen är av mindre betydelse än i en ordinarie ogiltighetsprocess, betyder detta att giltighetspresumtionen är starkare än i en ordinarie process. Norrgård menar att ogiltighetsinvändningen enbart tillmäts betydelse i mycket klara fall av ogiltighet, dvs. då ogiltigheten är uppenbar.³⁹⁰

Om den registrerade ensamrätten har bedömts i ett tidigare avgörande finns det också en presumtion om att ensamrätten har bestått sedan dess. Bevisverkan uppstår framförallt eftersom båda parterna har fått möjlighet att yttra sig i den kontradiktoriska processen. För de fall där något utlåtande inte har begärts eller en tidigare process inte skett kan någon presumtion inte uppstå.³⁹¹

Vid inarbetade ensamrätter såsom oregistrerade mönster eller kännetecken, genomgår skyddet inte någon granskning förrän det ifrågasätts, därför kan ingen presumtion föreligga. Har domstolen, i ett tidigare mål, konstaterat att kännetecknet är inarbetat presumeras giltigheten

³⁸⁷ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 518.

³⁸⁸ Nordell. 1997. s. 137.

³⁸⁹ Svea HovR Ö 4036-95, beslut 1995-11-06. Hässle.

³⁹⁰ Norrgård. 2002. s. 250 f.

³⁹¹ Ibid. s. 266 f.

bestå.³⁹² Processuellt ska den oregistrerade ensamrätten behandlas på samma sätt som den registrerade.³⁹³

6.1.2 Sannolika skäl att ett intrång har skett

Då själva intrånget ska bevisas erfordras det inte någon bevisning om uppsåt eller oaktsamhet, som vid straff eller skadestånd, eller om intrångets skadeverkningar.³⁹⁴ Den fråga som prövas är om det i objektiv mening föreligger ett intrång.³⁹⁵ Rekvisitet är retrospektivt, då avsikten är att ta reda på om ett intrång har skett. Domstolens bedömning kompliceras av att det sällan är klart och tydligt huruvida ett intrång föreligger, med undantag från de uppenbara piratkopierings- och varumärkesförfalskningsfallen.

Utgångspunkten är att den som påstår att ett intrång har skett har bevisbördan för detta. Om tvisten exempelvis handlar om två upphovsrättsligt skyddade verk med framträdande likhet, kastas dock bevisbördan om till svaranden som måste visa att intrång inte har skett.³⁹⁶ Vid parallellimport av läkemedel kan svaranden exculpera intrånget med att det varit objektivt nödvändigt att ompaketera eller ommärka förpackningen. Bevisbördan för den objektiva nödvändigheten åvilar således svaranden.³⁹⁷ Enligt doktrin räcker det troligtvis inte med en indikation om att ett hinder för parallellimporten föreligger.³⁹⁸

6.1.3 Faktorer som kan påverka sannolikhetsbedömningen

Beviskravet kan sägas vara nyckeln till mycket i den interimistiska processen. Om käranden lyckas bevisa sannolika skäl presumeras nämligen sabotagerisk föreligga, dessutom påverkas proportionalitetsprincipens tillämpning. Detta betyder att ju starkare skäl som talar för att intrång förekommer, desto mindre blir utrymmet för en proportionalitetsbedömning (enkla fall). I rättsfall där det är oklart huruvida sannolika skäl föreligger eller ej (svåra fall), ges proportionalitetsprincipen ett större utrymme.

Säkerhetens storlek ska dock inte baseras på den låga sannolikheten för att käranden kommer att förlora själva huvudmålet. Däremot ska det ske en intresseavvägning mellan kärandens och svarandens intresse av ett interimistiskt beslut, då domstolen har att ta ställning till om käranden ska befrias från kravet att ställa säkerhet. Käranden, med begränsade ekonomiska resurser, som för talan mot en intrångsgörare vars skada förblir ringa jämfört med den skada som rättsinnehavaren åsamkas av intrånget, har

³⁹² Andersson. 1999. s. 81 – 82.

³⁹³ Kocktvedgaard och Levin. 2007. s. 354.

³⁹⁴ Bengtsson och Lyxell. 2006. s. 170.

³⁹⁵ Prop. 1985/86:86 s. 27 och prop. 1993/94:122 s. 45 f.

³⁹⁶ NJA 1995 s. 631.

³⁹⁷ Angående bevisbördan vid intrång se EGD den 8.4.2003 i mål C-244/00 (STÜSSY), p. 41.

³⁹⁸ Westman. 2001. s. 63 – 65.

således större möjlighet att bli befriad från kravet att ställa säkerhet än vid omvända förutsättningar.³⁹⁹

6.1.4 Reflektioner

I uppsatsen har olika aspekter på beviskravet sannolika skäl lyfts fram. Bland annat har en höjning diskuterats. En höjning av beviskravet skulle dock göra att säkerhetsåtgärdsinstitutets syfte gick förlorat. Poängen med det temporära rättsskyddet är att förhållandevis snabbt kunna förhindra sabotage från svaranden. Det är därför orimligt att tvinga kändanden att komma upp i beviskravet styrkt.

Nackdelen med den svenska sekvensmodell är att det aldrig sker en proportionalitetsprövning i tvister där beviskravet sannolika skäl aldrig uppnås. Trots att kändanden även i dessa fall kan vara i behov av ett provisoriskt skydd, exempelvis vid organiserad piratkopiering.⁴⁰⁰ Därför har jag också diskuterat vad det skulle innebära om svensk rätt införde ett flexibelt beviskrav som var beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Istället för att domstolen företog en materiell prövning (sekvensmodell) av om sannolika skäl är uppfyllt, skulle en öppen prövning (diskretionär helhetsbedömning) ske, där domstolen endast undersökte vilka följderna blev av ett avvisande respektive bifallande beslut. Risken med en mer öppen prövning är dock att förutsägbarheten går förlorad och rättssäkerheten för parterna äventyras. Eftersom interimistiska beslut ska meddelas skyndsamt riskerar domstolens bedömning av bevisen att bli schablonmässig. Därför är ett fast beviskrav ett skydd mot ogrundade eller obefintliga anspråk. Ur svarandens perspektiv framstår rekvisitet sannolika skäl som ett minimiskydd mot illojalt utnyttjande av oseriösa kändandeparter.

En annan synpunkt som framkommit är att det i svensk rätt fortfarande är ovanligt att kändandens långvariga underlåtenhet att ingripa mot ett misstänkt intrång påverkar bedömningen av om ett interimistiskt vitesförbud ska meddelas eller ej. Det är till och med oklart om det överhuvudtaget går att tillmäta passivitet en betydelse. I tvister om parallellimport av läkemedel har spörsmålet dock uppmärksammats mot bakgrund av proportionalitetsprincipen. Kändandens passivitet har setts som att intrånget har accepterats (även om sannolika skäl är uppfyllt) och att ett fortsatt intrång därmed inte kommer att förringa värdet av ensamrätten.⁴⁰¹ I uppsatsen har jag påpekat omständigheter som skulle kunna rättfärdiga passiviteten. En saklig grund kan vara att förlikningsförhandlingar pågår mellan parterna eller att kändanden valt att vänta och se om intrånget upphör eller ändrar form, men också att man behövde behöva tid att klarlägga svåra rättsfrågor eller inhämta nödvändig bevisning. Argumenten för att tillmäta passiviteten betydelse är framförallt den interimistiska förbudsprocessens syfte: snabbheten. Motargumentet är dock att det inte är rimligt att tvinga rättsinnehavaren att inleda en process innan tiden är mogen. Det är dessutom oskäligt att förvägra en sökande rättsskydd om det föreligger fara

³⁹⁹ Svea HovR Ö 1937-95, beslut 1995-05-11. Kändanden menade att svaranden hade försuttit sin rätt till säkerhet genom att uppsåtligt begå varumärkesintrång.

⁴⁰⁰ Westberg. Bok 4. 2004. s. 38–39 och 57 - 58.

⁴⁰¹ Andersson. 1999. s. 42.

för fortsatt intrång. Frågan har höjts om det eventuellt enbart borde vara brådskande ärenden som handlades i interimistiska processer, då det i icke brådskande ärenden finns en risk att bedömningen förskjuts till en ordinarie prövning.

6.2 Sanktionsdirektivet

Problemet med counterfeiting och piratkopiering ökar ständigt och intrångsgörarna ingår idag i internationellt organiserade kriminella nätverk. Det är därför inte längre enbart rättighetshavare som lider skada, utan även konsumenterna och samhället. För att rå på problemen har det varit oundgängligt att söka lösningar på det internationella planet, främst inom WIPO, EU och GATT. En av de lösningar som förespråkas är effektivare och strängare sanktioner. Sanktionsdirektivet är ett av de nyaste instrumenten som ska förhindra immaterialrättsliga intrång inom EU.

6.2.1 Interimistiska förbud vid förestående intrång – en nyhet eller ej?

Sanktionsdirektivet sägs öppna upp för möjligheten att komma åt intrångsgörare redan på ett förberedandestadium, exempelvis då investeringar företas, lokaler anskaffas och personal anställs. Utifrån min uppsats framgår det dock att försök och förberedelse till ett intrång omfattades av de civilrättsliga säkerhetsåtgärderna i 15 kap. 3 § RB redan innan direktivet implementerades. Dessutom omfattades försök och förberedelse till intrång av de immaterialrättsliga lagarna genom en extensiv tolkning. Den extensiva tolkningen rättfärdigas av sanktionens syfte och effektivitet. I en situation där det är uppenbart att ett intrång är förestående, är det oskäligt om rättighetsinnehavaren tvingas invänta den första intrångshandlingen. Eftersom syftet med sanktionen är att förhindra framtida intrång är det självklart att sanktionen ska kunna tillämpas i även dessa fall. Sanktionen förlorar annars sin effektivitet. Vad Sanktionsdirektivet sålunda innebär är att konkretisera och tydliggöra det faktum att interimistiska förbud omfattas av de immaterialrättsliga lagarna. Möjligtvis kommer förtydligandet att leda till att fler rättighetsinnehavare kommer att yrka på ett interimistiskt förbud vid försök eller förberedelse till ett intrång, och möjligtvis leder fler yrkanden till fler rättsliga avgöranden och att fler intrång beivras. Vid införandet påpekades dock ingenting av ovanstående, utan propositionen till direktivet påpekade enbart den *nya* möjligheten för rättighetsinnehavare att beivra intrång redan på ett förberedande stadium och syftet att fler intrång skulle kunna förhindras.

6.2.2 Sannolika skäl att ett intrång är förestående

Vad gäller bedömningen av sannolika skäl vid ett förestående intrång kan följande slutsatser dras. Käranden måste bevisa 1) att ensamrätten existerar, 2) att åtgärden som kommer att vidtas är ett intrång och 3) att åtgärden är förestående. Då domstolen ska avgöra om det tredje bevistemat är uppfyllt eller ej bör en analog tillämpning ske utav 23 kap. BrB. Vid försök innebär

detta att förutsättningarna i 23 kap. 1 § BrB ska vara uppfyllda. Käranden behöver inte styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör intrångsförsöket. Vid förberedelse måste rekvisiten i 23 kap. 2 § BrB vara uppfyllda, vilket betyder att åtgärderna som vidtas måste ske med uppsåt att utföra eller främja brott. Svaret på *när* ett intrång egentligen är förestående måste avgöras in casu med beaktande av samtliga särdrag i fallet. Hur långt in i framtiden som ett intrång är förestående beror på en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet samt det faktum att sanktionens effektivitet måste vidmakthållas. Det måste alltså vara styrkt att svaranden *kommer att* företa en viss handling (intrång), dvs. det finns bevis om att åtgärderna verkligen kommer att vidtas. Handlingen måste dessutom vara preciserad eftersom ett generellt förbud kommer att strida mot legalitetsprincipen och kravet på förutsägbarhet. Bedömningen av om intrånget är förestående flyter således samman med konsekvensbedömningen. Ju längre fram i tiden som intrånget kan väntas att ske, desto svårare kommer det att bli för käranden att bevisa att det är en fara av att ensamrätten förringas.⁴⁰² Prognosbedömningen blir således en blandning av de prospektiva och retrospektiva momenten, eftersom det inte längre är ändamålsriktigt att hålla sär dem. Istället för att blicka bakåt för att se om ett intrång har skett, måste domstolen blicka framåt för om det är sannolikt dels att det finns en ensamrätt, dels att ett intrång är förestående.⁴⁰³ Det kan dock påpekas att det är ett retrospektivt moment att bedöma om försökspunkten och förberedelsestadiet har nåtts. Då domstolen slutligen ska undersöka om det skäligen kan befaras att ensamrätten förringas är det inte förberedelsen och försöket som i sig ska föranleda att ensamrätten förringas, utan det är det slutgiltiga intrånget som ska befaras förringa ensamrätten. Sabotageriskens bedömning kompliceras av att det inte ännu skett ett intrång och att det därmed inte finns någon presumtion för att det fortsatta intrånget kan komma att förringa ensamrätten.

Möjligtvis innebär införandet av Sanktionsdirektivet att en del av de immaterialrättsliga intrången beivras, men samtidigt uppstår en svår granskning av om intrånget är förestående eller ej. Det finns en risk att parter utnyttjar möjligheten till att stämma in konkurrenter och därigenom få en konkurrensfördel. Därför har det diskuterats om inte Sanktionsdirektivet enbart borde omfatta tvister som har med varumärkesförfalskning och piratkopiering att göra. Utifrån min indelning av svåra och enkla fall, borde det därmed vara enbart de enkla fall som omfattades av Sanktionsdirektivet. I de svåra fallen (som karakteriseras av att bedömningen av rätt- och sakfrågor är komplicerad) skulle käranden i så fall vara hänvisad till att yrka om en fastställsetalan istället för en förbudstalan, dvs. att domstolen fastställer rättigheten gentemot svaranden (som i de flesta svåra fallen är en konkurrenten). Att förlita sig på att samtliga skador ersätts genom ett skadestånd är dock inte helt säkert, även om Sanktionsdirektivet har förtydligat skadeståndsbestämmelserna. Att i lagstiftningen göra en åtskillnad mellan tvisternas karaktär och de processuella medel som görs tillgängliga för parterna är dock alltför besvärligt.

⁴⁰² Norrgård. 2002. s. 280.

⁴⁰³ Ibid. s. 65.

6.2.3 Reflektioner

Sanktionsdirektivet rättfärdigas av att en harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning ska underlätta beivrandet av immaterialrättsliga intrång. Sanktionsdirektivet är dock ett minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna får införa avvikande bestämmelser till fördel för rättighetsinnehavarna, exempelvis strängare sanktioner.⁴⁰⁴ Huruvida en hög skyddsnivå uppnås beror därför dels på hur medlemsstaterna väljer att genomföra direktivet och dels på hur de nationella domstolarna och EG-domstolen väljer att tolka bestämmelserna. Här finns utrymme för såväl en högre som lägre skyddsnivå.⁴⁰⁵ Intentionen att skapa en enhetlig och hög skyddsnivå med direktivet kommer därmed inte att förverkligas, eftersom direktivet ger utrymme för olika tolkningar mellan medlemsstaterna. Följden är att en detaljharmonisering av sanktionerna verkar ouppnåelig. Det är således uteslutet att en enhetlig skyddsnivå inom gemenskapen kommer att uppnås med Sanktionsdirektivets hjälp. Om skillnaderna i de nationella lagstiftningarna var det bakomliggande problemet med att förhindra pirattillverkning och varumärkesförfalskning, borde man ha använt sig av en förordning och inte ett direktiv.

⁴⁰⁴ Artikel 249 EGF.

⁴⁰⁵ Norrgård. "Sanktionsdirektivet och dess genomförande i Finland". NIR 2006 s. 584.

Bilaga A

Sanktionsdirektivet, artikel 9

Interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder

1. Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna på kärandens begäran får a) utfärda ett interimistiskt föreläggande mot den påstådda intrångsgöraren i syfte att hindra ett omedelbart förestående immaterialrättsintrång eller tillfälligt förbjuda, vid behov förenat med vite om så föreskrivs i nationell lagstiftning, en fortsättning av det påstådda intrånget eller göra en fortsättning avhängig av att det ställs säkerhet för ersättning till rättighetshavaren; ett interimistiskt föreläggande får också utfärdas på samma villkor mot en mellanhand vars tjänster utnyttjas av en tredje man för att göra immaterialrättsintrång; förelägganden mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet omfattas av direktiv 2001/29/EG, b) besluta om beslag eller överlämnande av varor som misstänks göra intrång i en immateriell rättighet för att förhindra att de införs eller omsätts på marknaden.

2. När det gäller intrång som begås i kommersiell skala skall medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, om den skadelidande parten påvisar omständigheter som kan äventyra indrivningen av skadestånd, får belägga fast och rörlig egendom som tillhör den påstådda intrångsgöraren med kvarstad, innefattande en möjlighet att frysa dennes bankkonton och andra tillgångar. I detta syfte får de behöriga myndigheterna besluta att bank-, finans- eller affärshandlingar skall lämnas ut, eller om lämplig tillgång till relevant information.

3. De rättsliga myndigheterna skall i fråga om de åtgärder som avses i punkterna 1 och 2 kunna kräva att käranden tillhandahåller skälig bevisning så att de med tillräcklig säkerhet kan fastställa att käranden är rättighetshavare och att det har begåtts ett intrång i dennes rättighet eller att ett sådant intrång är omedelbart förestående.

4. Medlemsstaterna skall se till att de interimistiska åtgärder som avses i punkterna 1 och 2 där så är lämpligt får vidtas utan att svaranden hörs, särskilt om ett dröjsmål skulle leda till irreparabel skada för rättighetshavaren. I sådana fall skall parterna underrättas om detta senast omedelbart efter det att åtgärderna har verkställts. En omprövning, innefattande en rätt att bli hörd, skall ske på svarandens begäran, så att det inom rimlig tid efter underrättelsen om åtgärderna kan beslutas huruvida dessa skall ändras, upphävas eller fastställas.

5. Medlemsstaterna skall se till att de interimistiska åtgärder som avses i punkterna 1 och 2 upphävs eller upphör att gälla, på begäran av svaranden, om inte käranden inom skälig tid väcker talan om saken vid den behöriga rättsliga myndigheten; tidslängden skall beslutas av den rättsliga myndighet som förordnar om åtgärderna när lagstiftningen i en medlemsstat tillåter det eller, i avsaknad av ett sådant beslut, inom en period som inte överstiger den längsta tiden av 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar.

6. De behöriga rättsliga myndigheterna får göra interimistiska åtgärder enligt punkterna 1 och 2 avhängiga av att käranden ställer lämplig säkerhet eller motsvarande garanti avsedd att täcka eventuell ersättning till svaranden för skada enligt punkt 7.

7. Om de interimistiska åtgärderna upphävs eller upphör på grund av en handling eller underlåtenhet från kärandens sida, eller om det i efterhand konstateras att det inte förelåg något intrång eller hot om intrång i en immateriell rättighet, skall de rättsliga myndigheterna ha befogenhet att på begäran av svaranden förordna om att käranden skall erlägga lämplig ersättning till svaranden för skada som har orsakats av dessa åtgärder.

Käll- och litteraturförteckning

SVENSK LAGSTIFTNING

Brottsbalken (1962:700)
Firmalag (1974:156)
Lag (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter Lag (1985:206) om viten
Läkemedelslagen (1992:859)
Läkemedelsverkets föreskrifter och allmänna råd (LVFS 2004:8) för godkännande av parallellimporterade läkemedel för försäljning
Mönsterskyddslag (1970:485)
Patentlagen (1967:837)
Rättegångsbalken (1942:740)
Utsökningsbalken (1981:774)
Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
Varumärkeslag (1960:644)
Växtförädlarrättslag (1997:306)

UTLÄNDSK LAGSTIFTNING

Tvangsfullbyrdelsesloven (Danmark)

FÖRDRAG

Agreement on trade related aspects of intellectual property rights (TRIPS-avtalet)
Geneva Act of the Hague Agreement concerning International Registration of Industrial Designs.
Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europeiska patentkonventionen
Fördraget om upprättandet av den Europeiska Gemenskapen (Romfördraget)
Rådets förordning nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken
Rådets förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område
Rådets förordning nr 6/2002 om gemenskapsformgivning

GEMENSKAPSRÄTTSLIG SEKUNDÄRRÄTT

Direktiv 89/104 av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar
Direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram
Direktiv 92/100/EEG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området

Direktiv 93/83/EEG satellitsändningar och vidaresändningar via kabel
Direktiv 96/9/EG om databaser
Direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd
Direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
Direktiv 2001/84/EG om rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk
Direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (Sanktionsdirektivet)
KOM(2000) 789. Uppföljning av grönboken. Att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning på den inre marknaden. s. 3 f. Bryssel den 30.11.2000.

OFFENTLIGT TRYCK

Departementsserien

Ds 2003:35 *Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*
Ds 2007:19 *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG*

Propositioner

Prop. 1969:168 *Förslag till mönsterskyddslag*
Prop. 1980/81:84 *Förslag till lag om införandet av utskökningsbalk m.m.*
Prop. 1981/82:152 *Om skärpta åtgärder mot upphovsrättsintrång.*
Prop. 1985/86:86 *Om ändring i patentlagen (1967:837) m.m.*
Prop. 1993/94:122 *Skärpa åtgärder mot immaterialrättsliga intrång.*
Prop. 1998/99:11 *Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång.*
Prop. 2004/05:110 *Upphovsrätt i informationssamhället – genomförandet av direktiv 2001/29/EG, m.m.*
Prop. 2008/09:67 *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG*

Statens offentliga utredningar

SOU 1958:10
SOU 1983:35
SOU 2001:68

LITTERATUR

Böcker

Adamsson Peter, Bonthron Malin, Danowsky Peter, Essén Eric W, Karlsson Leif, Kylhammar Andreas, Lundgren Ragnar, Olsson Henry, Pehrson Lars och Öster, Karl Olov. *Lagarna inom immaterialrätten – Kommentarer till lagstiftning rörande upphovsrätt, patent, växtförädlarrätt, mönster, firma,*

varumärken m.m. som den lyder 1 januari 2008. Norstedts Juridik. Visby. Elanders. Vällingby 2008.

Andersson, Niklas. *Interimistiska förbud i immaterialrättsprocessen – vad är sannolika skäl?*. Skrifter utgivna av Svenska föreningen mot piratkopiering:2. Stockholm 1999.

Bengtsson, Henrik och Lyxell, Ralf. *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*. Norstedts Juridik AB, Upplaga 1:1. Elanders Gotab. Stockholm 2006.

Cornish, William m.fl. *Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European Commission's Proposed Directive*. EIPR 2003.

Domeij, Bengt. *Läkemedelspatent – Patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv*. GOTAB, Stockholm 1998.

Ekelöf, Per-Ole, Bylund, Torleif och Boman, Robert. *Rättegång III*. Norstedts Juridik AB. Sjätte upplagan. KK Grafiska AB. Stockholm 1999.

Eklund, Hans. *Inhibition – om verkställighetsförbud m.m. i judiciell process inom förvaltningsrätten och i utökningsförfarandet*. Iustus Förlag AB, Uppsala 1998. Graphic Systems AB, Göteborg 1998.

Holmqvist, Lena, Leijonhufud, Madeleine, Träskman, Per-Ole och Wennberg Suzanne. *Brottsbalken, En kommentar, Del II (13 – 24 kap.), Brotten mot allmänheten och staten m.m.* Studentutgåva 4. Norstedts Juridik AB. Elanders Gotab. Stockholm 2005.

Jareborg, Nils. *Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag AB. Uppsala 2001.

Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*. 9 uppl. Norstedts Juridik AB, Vällingby 2007.

Lenaerts, Koen och Arts, Dirk. *Procedural Law in the European Union*. Robert Dray Sweet & Maxwell. London 1999.

Levin, Marianne. *Immaterialrätten – En introduktion*. Upplaga 1:2. Norstedts Juridik AB. Göteborg 2003.

Levin, Marianne. *Formskydd – En rättsvetenskaplig studie av skyddet för estetiskt syftande industriell formgivning*. LiberFörlag. Stockholm. Upplaga 1:1. Schmidts Boktryckeri Helsingborg 1984.

Nordell, Per Jonas. *Rätten till det visuella*. Stockholm Jure 1997.

Norrgård, Markus. *Interimistiska förbud i immaterialrätten*. Diss. Helsingfors Universitet 2002.

Salung Petersen, Clement. *Immaterial rettigheder og foreløbige forbud*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København, 2008.
Synnerstad, Karin. *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden*. Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Juristförlaget, Stockholm 1992.

Westberg, Peter. *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål – en funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder*. Bok 1 - 4. Juristförlaget. Wallin & Dalholm Boktryckeri AB, Lund 2004.

Westman, Sophia. *Ompaketering, ommärkning och utnyttjande av annans varumärke – en studie av parallellimport av läkemedel inom EU*. Jure bokhandel. Stockholm, 2001.

Periodiskt tryck

Arbrandt, Elsa ”Ett synnerligen ovanligt beslut – varför är det så?” Patent Eye. Nr 6/2008.

Arbrandt, Elsa och Löf, Jenny ”Hur maximerar jag chansen till ett interimistiskt förbud?” Brand News. 2008. Nr. 7.

Domeij, Bengt ”Med ögat för patenträtten”, Del 10, Patent Eye nr 10 1996.

Levin, Marianne ”Vad är counterfeiting?” NIR 1986 s. 33.

Nordell, Per Jonas ”1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem” NIR1994 s. 309.

Nordström, Tomas ”Mot en samlad speciallösning för immaterialrättsliga rättegångar – några frågetecken ändå” NIR 2004 s. 69.

Norrgård, Markus ”Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement direktivet” NIR 2004 s. 443.

Norrgård, Markus ”Sanktionsdirektivet och dess genomförande i Finland” NIR 2006 s. 583.

Westberg, Peter ”Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning?” SvTJ 1990 s. 161.

ELEKTRONISKA KÄLLOR

http://www.sfir.se/Information/SFIR_100/9Sverige.pdf

Rättsfallsförteckning

EUROPEISKA GEMENSKAPSDOMSTOLEN

EGD den 23.5.1978 i mål 102/77. RED 1139 Hoffmann-La Roche/
Cebtrafarm
EGD den 19.6.1990 i mål C-213/89. ECR I-2433. Rättsfallssamling 1990,
svensk specialutgåva s. 00435. The Queen mot Secretary of State for
Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.
EGD den 11.7.1996 i de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93
p. 53–54, REG I-3457. Bristol-Myers-Squibb/ Paranova.
EGD den 11.11.1997 i mål C-349/95. REG 1997 s. I-6227. Frits
Loedersloot/ George Ballantin & Son
EGD den 29.4.1997 i mål C-337/95. Rättsfallssamling 1997 s. I-06013. Dior
EGD den 14.9.1999 i mål C-375/97. Chevy-fallet
EGD den 12.10.1999 i mål C-397/97. RED I-6927. Pharmacia Upjohn/
Paranova
EGD den 16.6.1998 i mål C-355/96. Rättsfallssamling 1998 s. I-04799
Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v. Hartlauer
Handelsgesellschaft mbH.
EGD den 23.4.2002 i mål C-443/99 Mereck
EGD den 23.4.2003 i mål C-143/00. Boeringher Ingelheim
EGD den 8.4.2003 i mål C-244/00 STÜSSY
EGD den 13.3.2007 i mål C-432/05. REG 2007 I-2271. Unibet/
Justitiekanslern
EGD den 21.2.2008 i mål C-328/07 Kommissionen/Luxemburg
EGD den 15.5.2008 i mål C-341/07 Kommissionen/ Sverige
EGD den 5.6.2008 i mål C-395/07 Kommissionen/Tyskland

HÖGSTA DOMSTOLEN

NJA 1986 s. 419
NJA 1990 s. 168
NJA 1990 s. 338
NJA 1991 s. 200
NJA 1993 s. 182
NJA 1993 s. 764
NJA 1994 s. 74
NJA 1994 s. 614
NJA 1995 s. 631
NJA 1997 s. 109
NJA 1998 s. 179
NJA 2000 s. 435
NJA 2000 s. 435 II
NJA 2002 s. 660
NJA 2005 s. 29
NJA 2006 s. 380
NJA 2007 s. 431

SVEA HOVRÄTT

Ö 1937-95
Ö 4036-95 Hässle
Ö 3686-96
Ö 635-97
Ö 1919-97
Ö 4112-97
Ö 1060-00 Twinnovation
Ö 2219-01 Roche/ Orifarm
Ö 3990-01 Eniro
Ö 4979-01
Ö 5298-01
Ö 864-02 Posten
Ö 6196-02
Ö 748-03
Ö 2445-03 GH Trap Teknik
Ö 4676-04 The Wellcome Foundation
Ö 8982-05 Fjällräven
Ö 780-06 Intersport
Ö 1674-06
Ö 3368-06 Annika N/ Mediarkivet
Ö 2448-07 Cinnober
Ö 5612-07 Concorp Holding B.V.
Ö 5825-07 Martin's International Ltd
Ö 794-08 Gripsholm
Ö 3369-08 Biotec
Ö 4661-08 Formcook

HOVRÄTTEN ÖVER VÄSTA SVERIGE

Ö 1719-97
Ö 4777-08 DropMe

HOVRÄTTEN ÖVER SKÅNE OCH BLEKINGE

Ö 1531-95 Hipp-fallet
Ö 2219-01 Roche/ Orifarm.
Ö 1321-03 Z-Action Per Telephon Sweden AB
Ö 965-06 Classic

STOCKHOLMS TINGSRÄTT

T 536-93
T 737-94
T 10375-99
T 16682-99 Twinnovation
T 1235-01

T 2921-01 Eniro
T 6390-01 Lilly
T 18320-01 Posten
T 7999-02 Allan Flink
T 8004-02 Allan Flink 2
T 20443-02 GH Trap Teknik
T 994-03 VOLVO
T 1790-03 Merck
T 7515-03 Ulrika N
T 10820-03 The Wellcome Foundation
T 11709-03 IVAX
T 21006-03 Windows/ Lindows
T 21644-03 Fjällräven
T 22181-03 Fred H
T 1553-04 SmithKline
T 5274-04 Glaxo Group
T 11340-04 Assa 1
T 637-05 Annika N/ Mediearkivet
T 11914-05 Bayerische Motoren Werke
T 16151-05 B Locket
T 25642-05 Canon
T 27256-05 Assa 2
T 33980-05 Lyle & Scott
T 888-06 Sevan AB
T 890-06 Proctor & Gamble
T 1382-06 Intersport
T 6358-06 Woolsport/ Sportwool.
T 6407-06 Sony Ericsson
T 13089-06 Tv4
T 20355-06 Microsoft/ Stercom
T 24826-06 Bringwell AB
T 26302-06 Cinnober
T 24723-06 Bergsala.
T 1445-07 Martin´s International Ltd
T 2017-07 Scanoil
T 6988-07 IKEA
T 10694-07 Tretorn
T 15209-07 RTS-Sportline
T 16361-07 Concorp Holding B.V.
T 21370-07 Ref Svenska AB
T 21984-07 Gripsholm
T 1560-08 Formcook
T 3049-08 Holms Trading
T 3742-08 Biotec
T 8398-08 Vi-butikerna
T 13815-08 Implement
T 16260-08 Björn Borg

GÖTEBORGS TINGSRÄTT

T 5615-04 Novartis

MALMÖ TINGSRÄTT

T 3380-95 Hipp-fallet

T 4877-01 Roche/ Orifarm

T 9587-02 Boehringer

T 1311-03 Z-Action

T 8908-05 Classic

BORÅS TINGSRÄTT

T 1826-07 Mecenat

MÖLNDALS TINGSRÄTT

T 1251-08 DropMe.