



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Fredrik Nilsson

Interimistiska förbud mot upphovsrättsintrång
-om hänsyn till yttrandefrihetsintressen vid
proportionalitetsprövningen.

Examensarbete
20 poäng

Professor Peter Westberg

Civilprocessrätt

Vårterminen 2000

Innehåll

<i>Sammanfattning</i>	4
<i>Förkortningar</i>	5
1. Inledning	6
1.1. Ett fiktivt fall	6
1.2. Syfte	7
1.3. Metod och avgränsning	8
2. Bakgrund	10
2.1. Förhållandet mellan upphovsrätten och yttrande- och informationsfriheten	10
3. Interimistiska Vitesförbud vid upphovsrättsintrång	14
3.1. Taleberättigade	14
3.2. Åtgärder mot vilka ett förbud kan meddelas	15
3.3. Intrångsbedömningen	16
3.4. Rekvisiten	16
3.4.1. Sannolika skäl	17
3.4.2. Sabotagerisk	17
3.4.3. Ställande av säkerhet	18
3.4.4. Ex parte-beslut	20
3.4.5. Proportionalitetsprövning	20
3.5. Förbudets utformning	20
3.6. Vitet	21
4. Proportionalitetsprövningen	22
4.1. Inledande om proportionalitetsprövningen	22
4.1.1. Motivering för en proportionalitetsprövning	22
4.1.2. Stödet för en proportionalitetsprövning	24
4.1.2.1. Förarbeten	24
4.1.2.2. Doktrin	25
4.1.2.3. Praxis	26
4.1.3. Interimistiska åtgärder i engelsk rätt	26
4.2. Utrymmet för proportionalitetsprövningen	28
4.2.1. Utrymmet enligt svensk rätt	28
4.2.2. Utrymmet för proportionalitetsprövningen enligt engelsk rätt	32
4.2.2.1. Situationen i England före American Cyanamid-målet	32
4.2.2.2. American Cyanamid-principerna	32
4.2.2.3. Undantagen från American Cyanamid-doktrinen	36
4.3. Proportionalitetsprövningens utformning	37
4.3.1. Relevanta faktorer	38
4.3.1.1. Vems skada skall beaktas?	38

4.3.1.2. Skall endast irreparabel skada beaktas?	40
4.3.2. Värderingen av skadorna	41
5. Hänsynen till allmänintressen	43
5.1. Inledning	43
5.2. Hänsynen till allmänintressen i engelsk rätt	45
5.2.1. Cambridge Nutrition Ltd. v. British Broadcasting Corp.	46
5.2.2. Femis-Bank (Anguilla) Ltd. and Others v. Lazar and Others	48
5.2.3. Slutsats	49
5.3. En annorlunda analys av två rättsfall	50
5.3.1. NJA 1985 s. 893	50
5.3.2. NJA 1998 s. 838	58
5.3.3. Slutsatser	63
6. Avslutande synpunkter	65
Käll- och litteraturförteckning	69

Sammanfattning

Föreliggande arbete behandlar den proportionalitetsprövning som svenska domstolar har att göra när de fattar beslut i fråga om interimistiskt vitesförbud i mål om upphovsrättsintrång.

Jag går i uppsatsen igenom de bestämmelser i upphovsrättslagen som reglerar det interimistiska vitesförbudet. Största delen ägnar jag dock åt att analysera proportionalitetsprövningen. Jag försöker klargöra vilket utrymme proportionalitetsprövningen kan ges i svensk rätt, hur denna bör gå till och framförallt svara på frågan om domstolarna får och bör ta hänsyn till yttrandefrihetsintresset när de behandlar yrkanden om interimistiska förbud.

Detta är ett ämne som hittills inte varit föremål för något större intresse i svensk doktrin. Inte heller kan man finna mycket material i svensk publicerad praxis som behandlar denna fråga. Jag har därför också tittat lite närmare på engelsk rätt för att se om man där kan finna någon ledning för den svenska rättstillämpningen.

Förkortningar

AD -Arbetsdomstolen

All.ER. -All England Reports

BrB -Brottsbalken

CA -Court of Appeal

Ds -Departementsserie

EPO -European Patent Office/Europeiska patentverket

FSR -Fleet Street Reports

HD -Högsta Domstolen

Ibid. -Ibidem, samma som ovan

M.R. -Master of the Rolls, Chef för Court of Appeal i England

NJA -Nytt Juridiskt Arkiv

PL -Patentlag (1967:837)

PRV -Patent och Registreringsverket

RB -Rättegångsbalken

SOU -Statens Offentliga Utredningar

TF -Tryckfrihetsförordning

TR -Tingsrätt

URL -lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

VmL -Varumärkeslag (1960:644)

WLR -Weekly Law Reports

YGL -Yttrandefrihetsgrundlagen

1. Inledning

1.1. Ett fiktivt fall

Som bakgrund till den här uppsatsen har jag tänkt låta ett fiktivt fall illustrera problemställningen.¹

Käranden i målet var ett amerikanskt bolag som hade som sin huvudsakliga verksamhet att framställa pornografiska filmer. Svaranden var ett svenskt filmproduktionsbolag. Bakgrunden till målet var att en svensk frilansfilmare hade, i syfte att skapa debatt om det utbud av grova pornografiska filmer som visades i betal-tv kanalerna i Sverige, gjort en film om detta ämne som svarandebolaget hade bestämt sig för att producera och marknadsföra.

Problemet var att det i filmen ingick en hel del klipp av varierande längd som var direkt hämtade från en filmserie till vilken rättigheterna innehades av kärandebolaget. Både debattfilmen och den pornografiska filmen bar också samma titel.

Kärandebolaget yrkade vid svensk domstol att domstolen, enligt 53a § upphovsrättslagen, skulle interimistiskt förbjuda det företag som producerade debattfilmen att fortsätta tillverkning, marknadsföring, försäljning, uthyrning, utlåning eller annan spridning av det påstådda intrångsföremålet.

Käranden ställde en bankgaranti om 500 000 kr som säkerhet för det fall man inte skulle vinna talan i huvudmålet.

Grunderna för kärandens yrkande var att svaranden i debattfilmen utan tillstånd från upphovsrättshavarna utnyttjat delar av sökandens skyddade verk.²

Svaranden bestred yrkandet och angav som grund för bestridandet i första hand att användningen av sökandens skyddade verk endast utgjorde citat. Denna citering hade, menade man, skett i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiverades av ändamålet enligt 22 § upphovsrättslagen.³ I andra hand gjorde man gällande att ett interimistiskt förbud skulle medföra oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talade för ett sådant. Man pekade härvid på att ett förbud skulle innebära en inskränkning av yttrande- och informationsfriheten. Ett sådant särskilt skyddsvärt intresse, skyddat av grundlagen, kunde, enligt svarandeombudet, inte tillåtas inskränkas genom ett interimistiskt vitesförbud utan mycket starka skäl.

Filmen hade redan hört talas om sig genom en effektiv marknadsföring och var schemalagd för visning i televisionen dagen efter det att stämningens ansökan lämnades in. Den skulle också visas för riksdagens ledamöter i en särskilt anordnad visning på riksdagshuset två

¹ Fallet är helt fiktivt så till vida att det inte finns eller har funnits ett sådant fall i svensk domstol. Däremot är omständigheterna i "fallet" delvis hämtade från en dagsaktuell händelse.

² Intrång i de ekonomiska rättigheterna enligt 2 § URL

³ Om citaträtten, se Maria Foskolos; Citaträtten -särskilt inom litteratur, musik och film, s.49 f.

dagar senare och tre dagar innan en debatt i ämnet skulle hållas i riksdagen. Följaktligen brådskade domstolens beslut.

Domstolen fann att sökanden visat sannolika skäl för att man skulle vinna rättegången i huvudmålet. Man fann också att det skäligen kunde befaras att om sökanden fick fortsätta intrånget, skulle detta innebära att värdet av sökandens upphovsrätt förringades. Domstolen fann också att den ställda säkerheten, som inte godkänts av svaranden, fick anses vara tillfyllest. Därmed var alla de obligatoriska rekvisiten för att meddela ett interimistiskt förbud uppfyllda.

Detta ”fall” väcker några viktiga frågor rörande proportionalitetsprövningen.

- 1) Vilket utrymme kan enligt svensk rätt en proportionalitetsprövning ges?
- 2) Hur skall denna, närmare besett, gå till?
- 3) Kan yttrandefriheten såsom ett särskilt skyddsvärt intresse i fall som det ovan beskrivna tillmätas relevans i proportionalitetsprövningen eller skall enbart parternas direkta intressen beaktas?

Den fråga jag i första hand försöker besvara i detta arbete är fråga tre. Fråga ett och två måste dock också med nödvändighet besvaras för att kunna finna svar på den tredje frågan.

1.2. Syfte

Att få ett interimistiskt vitesförbud beviljat innebär i de flesta fall ett mycket effektivt och snabbt sätt att få slut på ett upphovsrättsintrång. Men den prövning som sker i den interimistiska processen är av olika skäl inte helt tillfredsställande. För det första ligger det i sakens natur att beslutet ofta tas på ett bristfälligt processmaterial eftersom parterna oftast inte i detta skede har någon fullödlig bevisning att lägga fram och därför att mycket av själva idén med ett interimistiskt beslut skulle gå förlorad om det skulle bli tal om t.ex. utdragna förhör. Dessutom är det inte bara parterna som är satta under tidspress, domstolen måste fatta beslut inom en snäv tidsram, inte sällan i princip omedelbart.

Ovannämnda brister ter sig ganska allvarliga mot bakgrund av de långtgående skadeverkningar ett felaktigt meddelat interimistiskt förbud kan få. Ett interimistiskt förbud i en upphovsrättstvist kan t.ex. medföra att en skiva eller bok, som väntas bli en storsäljare, kan komma att ”dras in” i sista stund och lämna skivbolaget/förlaget i en situation där det redan haft de flesta av sina utlägg, såsom för tillverkning, marknadsföring etc., men nu inte kan se sina investeringar realiseras förrän efter en utdragen och kostsam rättsprocess.

Enligt uttalanden i förarbeten och praxis kan därför domstolarna när de behandlar yrkanden om interimistiska vitesförbud företa en proportionalitetsprövning.⁴ Detta innebär att domstolarna kan avslå en begäran om interimistiskt vitesförbud, trots att de objektiva

⁴ NJA II 1943 s.186, Prop. 1980/81:84 s.230, NJA 1995 s.631

förutsättningarna för ett sådant föreligger, om skadeverkningarna av förbudet skulle bli oproportionerligt stora i förhållande till de skäl som talar för ett förbud.⁵

De ovan beskrivna skadeverkningarna är direkt relaterade till part. Men det kan även finnas fall där andra, såsom tredje man eller allmänheten, kan sägas lida skada av att ett interimistiskt förbud meddelas eller inte meddelas. När målet rör upphovsrätt anmäler sig yttrande- och informationsfriheterna som ett tänkbart sådant allmänintresse. Att meddela ett interimistiskt förbud i en upphovsrättsvist kan nämligen innebära att domstolen förbjuder svaranden att publicera något som han haft för avsikt att publicera. Om detta förbud senare visar sig ha varit felaktigt meddelat har det ju inneburit en inskränkning av svarandens yttrandefrihet.⁶ Om den omstridda publiceringen rör ett ämne av stort allmänt värde kan också informationsfriheten sägas bli lidande.

Yttrande- och informationsfriheten anses i den svenska rättsordningen vara särskilt skyddsvärda och har därför erhållit grundlagsskydd. Kanske borde därför dessa intressen alltid vara av betydelse när ett interimistiskt förbud hotar att inskränka dem trots att dessa intressen i den ordinära prövningen inte kan gå före det upphovsrättsliga intresset?

Syftet med detta arbete är således att undersöka om svenska domstolar kan och bör ta hänsyn till allmänintresset av yttrande- och informationsfrihet när de behandlar yrkanden om interimistiska förbud i mål om upphovsrättsintrång.

1.3. Metod och avgränsning

Proportionalitetsprövningen vid yrkanden om interimistiska förbud har inte blivit föremål för någon större uppmärksamhet i svensk doktrin. Jag har därför till största delen varit hänvisad till förarbeten och annat offentligt tryck i detta arbete. Inte heller dessa ger dock några uttömmande svar. Trots detta tror jag mig ändå ha fått en ganska god bild över proportionalitetsprövningens utrymme och utformning genom det material som trots allt finns.

Den korta tidsperiod som möjligheten till interimistiskt vitesförbud vid immaterialrättsintrång funnits innebära att också publicerad rättspraxis är ganska tunn sådd. Särskilt gäller detta praxis från HD där det bara finns ett upphovsrättsmål som tar upp frågan om proportionalitetsbedömning och då endast med hänsyn till motpartens direkta intressen.⁷ Om hänsyn till allmänintressen i dessa fall har inte HD, och mig veterligen inte heller någon annan domstol, ännu uttalat sig.

I England är situationen något annorlunda. Vad gäller deras motsvarighet till det svenska rättsinstitutet *-interlocutory injunction-* är rättspraxis mer utvecklad och proportionalitetsbedömningen ingår numera, i de flesta fall, som en nödvändig och

⁵ NJA 1995 s.631

⁶ se det s.k. censurförbudet i 1 kap 2 § TF resp. 1 kap 3 § YGL

⁷ NJA 1995 s.631

avgörande del i resonemanget. I England tar domstolarna också hänsyn till allmänintressen vid beslut om *interlocutory injunctions*. Jag har därför valt att också titta lite närmare på den engelska rättsutvecklingen för att se hur man där behandlar dessa frågor och för att undersöka om det möjligen kan finnas någon lärdom att dra för svensk rätts del. Det är dock inte fråga om någon komparativ uppsats.

När det gäller förhållandet mellan yttrande- och informationsfriheten och upphovsrätten har Högsta domstolen vid ett par tillfälle tagit ställning till denna fråga. Det första av dessa mål kom 1985 och det andra kom 1998.⁸ Dessa mål rörde bägge intrång i upphovsrätt men de var inte interimistiska beslut utan gällde åtal för upphovsrättsintrång enligt 53 § upphovsrättslagen. De är därför inte helt användbara i diskussionen om interimistiska beslut. Jag menar ändå att de kan vara av värde för att se hur upphovsrätten och yttrandefriheten kan komma i konflikt med varandra och hur en sådan konflikt skall lösas. Jag har därför också försökt undersöka hur dessa två fall av intressekollision mellan yttrandefrihet och upphovsrätt skulle kunna tänkas ha blivit behandlade om det hade varit fråga om yrkanden om interimistiska beslut i stället för åtal för upphovsrättsbrott.

För att ge en bakgrund har jag ansett det lämpligt att beskriva förhållandet mellan å ena sidan yttrande- och informationsfriheterna och, å andra sidan, de upphovsrättsliga reglerna.

För att läsaren lättare skall kunna få grepp om de interimistiska säkerhetsåtgärdernas betydelse och funktion inom upphovsrätten har jag ansett det nödvändigt att ge en översiktlig beskrivning av de bestämmelser som reglerar det interimistiska vitesförbudet i upphovsrättslagen.

I behandlingen av proportionalitetsprövningen har jag även tittat på rättspraxis som behandlar de andra immaterialrättsliga lagarna. Alla immaterialrättslagarna har, vad gäller interimistiska vitesförbud, en likalydande reglering. De ligger också nära varandra materiellt sett och det som sägs i ett rättsfall om t.ex. varumärkesintrång är ofta tillämpligt även i fråga om upphovsrättsintrång.

⁸ NJA 1985 s.893 och NJA 1998 s.838

2. Bakgrund

2.1. Förhållandet mellan upphovsrätten och yttrande- och informationsfriheten

Yttrande- och informationsfriheterna garanteras i 2 kap 1 § RF. Där stadgas att varje medborgare gentemot det allmänna är tillförsäkrad frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar och frihet att inhämta och mottaga upplysningar samt i övrigt ta del av andras yttranden.⁹ Den närmare regleringen finner man i tryckfrihetsförordningen och, vad gäller ett urval av de viktigaste medierna, i yttrandefrihetsgrundlagen.

I propositionen till TF betonade sakkunniga behovet av en allmän tryckfrihet såsom grundval för ett fritt samhällsskick. Man uttalade att syftet var att säkerställa ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning.¹⁰

I 1 kap 2 § TF respektive 1 kap 3 § YGL stadgas att det inte är tillåtet för allmänna organ att genom åtgärd som inte har stöd i TF/YGL hindra tryckning eller utgivning/offentliggörande eller spridning av skrift/radioprogram eller ljudupptagning på grund av dess innehåll.¹¹ Dock göres i 1 kap 8 § TF respektive 1 kap 12 § YGL undantag för upphovsrättsliga frågor. I dessa paragrafer stadgas att vad gäller upphovsrätt skall upphovsrättslagen tillämpas.

Den konflikt som trots detta i vissa fall kan uppstå mellan upphovsrätten och yttrande- och informationsfrihetsintressen har varit uppe till behandling i riksdagen. Verksamhetsåret 1985/86 hemställdes genom en motion att riksdagen skulle tillsätta en utredning av förhållandet mellan de upphovsrättsliga och tryckfrihetsrättsliga reglerna.¹² I en samma år inlämnad motion hemställdes att riksdagen hos regeringen skulle begära förslag om garantier för tryckfriheten också i de fall då upphovsrätt kan hävdas till verk som innehåller information av stort allmänt värde.¹³

⁹ 2 kap 1 § 1p och 2p RF

¹⁰ Prop. 1948:230 s.33

¹¹ det s.k. censurförbudet

¹² Motion till riksdagen 1985/86:L245

¹³ Motion till riksdagen 1985/86:L254

Bakgrunden till motionerna angavs vara utgången av det s.k. manifest-målet.¹⁴ Motionärerna menade att HD genom sitt domslut i detta mål givit företräde åt upphovsrätten framför tryckfriheten och att det därför fanns starka skäl att se över bestämmelserna om förhållandet mellan upphovsrätten och tryckfriheten.¹⁵ Man menade att det fanns ett behov av att klargöra att tryckfriheten under vissa betingelser kunde få företräde framför upphovsrätten. Här hänvisade man till HD:s yttrande att ytterligare begränsningar av upphovsrätten till förmån för tryckfriheten skulle förbehållas lagstiftaren.¹⁶ Enligt motionärerna innebar den vidsträckta innebörd som verksbegreppet inom upphovsrätten fått att publicering många gånger kunde hindras i fall då det fanns ett påtagligt intresse av information och offentlig debatt.¹⁷

Motionärerna gav i den första av de ovan nämnda motionerna¹⁸ två, ganska drastiska, exempel på när en upphovsrätt kan komma att kollidera med allmänintresset av yttrande- och informationsfrihet. Det första exemplet man gav var att ett politiskt parti med samhällsomstörtande verksamhet på programmet utarbetat ett preciserat handlingsprogram för en bestämd tid och detta program kom i händerna på en tidningsredaktion. Det fanns i detta läge, enligt motionärerna ett starkt samhällsintresse av publicering och debatt som kolliderar med upphovsrättsintresset.

Det andra exemplet man gav var att en svensk diplomat har författat en hyllningsdikt som han tillägnat diktatorn i det land där han tjänstgör. Även i detta fall, menade man, förelåg en intressekonflikt mellan yttrande- och informationsfriheten å ena sidan och upphovsrätten å den andra.

Dessa motioner ledde till att lagutskottet avgav ett betänkande om huruvida det var lämpligt att tillsätta en särskild utredning för att klargöra förhållandet mellan upphovsrätten och tryckfriheten. Även konstitutionsutskottet yttrade sig i ärendet.

Konstitutionsutskottet framhöll i sitt yttrande det stora värde den svenska rättsordningen tillmäter yttrande- och informationsfriheten. Man angav att utskottets grundinställning var att dessa rättigheter alltid borde tillgodoses i vidast möjliga omfattning.¹⁹ Man erinrade dock om att upphovsrättslagen inte hindrar att innehållet i en upphovsrättsligt skyddad skrift refereras.

¹⁴ NJA 1985 s. 893, se nedan kap 5.3.1.

¹⁵ Motion till riksdagen 1985/86:L245

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Konstitutionsutskottets yttrande 1986/87:1 y

Vad gällde förhållandet mellan tryckfriheten och upphovsrätten i övrigt hänvisade man till att man skulle få anledning att återkomma till dessa frågor i annat sammanhang.²⁰ Man ansåg därför att några åtgärder från riksdagens sida inte var påkallade.²¹ Två av konstitutionsutskottets ledamöter uttryckte dock en avvikande mening och ville att en särskild utredning om förhållandet mellan upphovsrätt och tryckfrihet skulle tillsättas.²²

Lagutskottet anslöt sig till konstitutionsutskottets yttrande. Även lagutskottet hänvisade till att frågan skulle komma att beröras i andra sammanhang och att det därför inte var nödvändigt att tillsätta en särskild utredning. Man framhöll också att upphovsrättslagen inte hindrade att innehållet i ett skyddat verk refererades vilket, enligt utskottet, innebar en betydande fördel från tryckfrihetssynpunkt.

När utskotten hänvisade till att frågan skulle komma att beröras i annat sammanhang åsyftade man det utredningsarbete som föregick den år 1991 införda yttrandefrihetsgrundlagen. I förarbetena till denna gavs dock inte frågan någon närmare genomlysning.²³

När frågan om införande av vitesförbudssanktionen bereddes togs frågan om förhållandet mellan tryckfriheten och de immateriella rättigheterna upp av en remissinstans som ansåg det tveksamt om en vitesförbudssanktion i upphovsrättslagen var förenlig med yttrandefriheten.²⁴ Föredragande statsrådet hänvisade till 1 kap 8 § TF och 1 kap 12 § YGL och menade att det inte varit meningen att tryck- och yttrandefriheten skulle kunna kränka någon annans upphovsrätt. Han menade därför, med hänvisning också till det förut nämnda lagutskottsbetänkandet,²⁵ att grundlagsreglerna om tryck- och yttrandefrihet inte skulle resa några problem vad gällde möjligheten att införa vitesförbud i immaterialrättslagarna.²⁶

Sammanfattningsvis kan konstateras att det inte kan finnas något tvivel om att regleringen av interimistiskt vitesförbud i upphovsrättslagen skulle vara grundlagsenlig. En begränsning av yttrande- och informationsfriheterna är förutsedd både i tryckfrihetsförordningen och i regeringsformens kapitel om medborgerliga fri- och rättigheter.²⁷ Det har dock visat sig att det kan förekomma situationer då en intressekonflikt kan uppstå.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Se prop. 1990/91:64, prop. 1986/87:151, i materialet ingick också SOU 1979:49 och SOU 1983:70

²⁴ Prop. 1993/94: 122 s. 46

²⁵ 1986/87: LU 11

²⁶ Prop. 1993/94: 122 s. 47

²⁷ Se 1 kap 8 § TF, Det bör observeras att upphovsrätt också har grundlagsskydd enligt 2 kap 19 § RF

Två exempel på när upphovsrätten kolliderar med yttrande- och informationsfriheten kan hämtas från praxis. 1985 hade högsta domstolen att ta ställning till frågan i ett mål som gällde publiceringen i en dagstidning av en upphovsrättsligt skyddad programskrift benämnd manifest. Det var också detta fall som var bakgrunden till de ovan nämnda motionerna i ämnet. I ett fall från 1998 kom frågan upp på nytt i samband med att en svensk förläggare åtalades för att han, i strid med Fristaten Bayerns upphovsrätt, hade publicerat en svensk utgåva av Mein Kampf. Dessa två fall kommer att behandlas närmare nedan.²⁸ Det är viktigt att påpeka att jag inte i detta arbete ifrågasätter grundlagsenligheten av 53a § upphovsrättslagen. Som nämnts ovan kan denna inte betvivlas. Mitt syfte är ett annat, nämligen att undersöka om det är möjligt och/eller önskvärt att ta hänsyn till yttrandefrihetsintressen inom ramen för proportionalitetsprövningen i den interimistiska förbudsprocessen. I en sådan process är det ofta inte klarlagt att det föreligger ett intrång eller ens att upphovsrätten existerar eller tillhör käranden. I dessa fall kan det därför kanske vara angeläget att ge yttrandefriheten företräde framför en sålunda osäker upphovsrätt.

²⁸ se kap 5.3.

3. Interimistiska Vitesförbud vid upphovsrättsintrång

Regler om interimistiskt vitesförbud infördes i upphovsrättslagen först 1994.²⁹ Tidigare hade sanktionerna mot intrång i upphovsrätt bestått av skadestånd och åtal för upphovsrättsbrott vilket kunde ge böter eller fängelse i högst två år.³⁰ När man införde möjligheten till interimistiskt vitesförbud gjorde man det samtidigt för bl.a. firmalagen, varumärkeslagen och upphovsrättslagen. I patentlagen infördes regler om vitesförbud och interimistiskt vitesförbud några år tidigare.

I den promemoria som låg till grund för 1994 års lagstiftningsarbete framhölls den ökade betydelse som möjligheterna att på ett effektivt sätt hävda immateriella rättigheter fått.³¹ Man menade att det var ett primärt intresse för rättighetshavarna att snabbt få slut på ett pågående intrång.³² Genom att införa en möjlighet till interimistiskt vitesförbud ville man på detta vis stärka skyddet för rättighetshavarna.

Jag kommer i detta avsnitt att gå igenom regleringen av det interimistiska vitesförbudet i upphovsrättslagen och de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ett förbud skall kunna meddelas.

3.1. Taleberättigade

Upphovsrättslagen stadgar att det är upphovsmannen eller hans rättsinnehavare som kan föra talan om vitesförbud.³³ Vilka dessa är avgörs av lagens materiella regler. Upphovsmannen är den som skapat verket. Om flera upphovsmän gemensamt skapat verket tillkommer upphovsrätten dem gemensamt genom samägande såvida inte respektive persons bidrag kan skiljas ut och utgör ett självständigt verk.³⁴ Även om upphovsrätten ägs gemensamt kan dock varje enskild upphovsman självständigt påtala intrång.³⁵

Med rättsinnehavare avses den som övertagit upphovsrätten till verket genom arv, testamente eller överlåtelse. Vidare tillkommer talerätt även den som fått licens att utnyttja verket. En licens kan vara exklusiv eller icke-exklusiv. Det viktiga för frågan om talerätt är att den påtalade kränkningen omfattas av den rätt som tillkommer licenshavaren enligt licensen.³⁶

²⁹ SFS 1994:233

³⁰ 53 och 54 §§ URL

³¹ Ds 1993: 24

³² Ds 1993: 24

³³ 53a § 1 st. URL

³⁴ 6 § URL

³⁵ Kocktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne; Lärobok i Immaterialrätt, s. 94

³⁶ 53a § URL, Olsson, Henry; Upphovsrättslagstiftningen -en kommentar, s. 369

Det bör noteras att för talerätt i processuell mening krävs endast att käranden påstår sig vara vara upphovsman eller dennes rättsinnehavare. Om domstolen finner att den som för talan om vitesförbud inte, trots att han hävdar motsatsen, är upphovsman eller rättsinnehavare skall talan därför ogillas, inte avvisas.³⁷

3.2. Åtgärder mot vilka ett förbud kan meddelas

I den paragraf som reglerar vitesförbud i upphovsrättslagen sägs bara att förbud kan meddelas mot intrång i ensamrätten. Man får sedan gå till de materiella reglerna för att närmare utröna vad som menas med intrång.

53a § tar sikte på intrång enligt 53 § samma lag. Detta innebär att man kan få ett interimistiskt vitesförbud utverkat mot den som gör intrång i upphovsmannens ekonomiska såväl som ideella rättigheter enligt upphovsrättslagens första och andra kapitel.³⁸ Man kan också få ett förbud riktat mot åtgärd som strider mot föreskrift enligt 41 § 2st.³⁹ eller mot 50 § (det s.k. titelskyddet).⁴⁰

Enligt 57 § URL ska reglerna i 53 a § också tillämpas på intrång i de närstående rättigheterna. De närstående rättigheterna innefattar bl.a. rätten till radio- och TV-utsändningar⁴¹ och framföranden av litterära eller konstnärliga verk⁴². Även vissa kvalificerade kataloger, tabeller och dylikt ges skydd som närstående rättigheter.⁴³

Interimistiskt vitesförbud kan också meddelas mot import av exemplar till Sverige om framställningen av exemplaren skulle varit förbjuden här i landet.⁴⁴

³⁷ se Ekelöf, Per Olof; Rättegång II, s.73 f.f.

³⁸ Om ekonomiska resp. ideella rättigheter, se Kocktvedgaard, Levin s. 109 f.f.

³⁹ 41 § URL behandlar föreskrifter som upphovsmannen genom testamente givit, eller bemyndigat annan att ge, angående upphovsrättens utövande.

⁴⁰ Prop. 1993/94:122 s.73

⁴¹ 48 § URL

⁴² 45 § URL

⁴³ 49 § URL

⁴⁴ 53 § URL

3.3. Intrångsbedömningen

Upphovsrätten ger ett efterbildningsskydd. Detta innebär att, för att ett upphovsrättsintrång skall vara för handen, det skall föreligga en efterbildning av det skyddade verket.⁴⁵ Det intrångsgörande verket måste konstateras vara, i någon mån, en efterbildning. Ett intrång kan också ske genom att någon obehörigen utnyttjar någon annans skyddade verk. Om t.ex. långa utdrag ur en bok publiceras i en tidning föreligger normalt ett upphovsrättsintrång.⁴⁶ Intrång i den ideella rätten till ett verk sker genom att någon framställer eller tillgängliggör verket för allmänheten utan att ange upphovsmannen. Det kan också ske genom att ändra eller göra verket tillgängligt för allmänheten på ett sätt som kränker upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart.

Intrångsbedömningar ger ofta upphov till svåra bevisfrågor, inte minst när det är fråga om brukskonst där det ju ligger i saken natur att verken i viss mån liknar varandra.⁴⁷ En kaffekopp har ju t.ex. ett begränsat antal möjliga formgivningar om den skall gå att bruka.

Intrångsfrågor måste i praktiken ofta lösas genom att man jämför verken med varandra för att utröna om det ena verket är en efterbildning av det andra.⁴⁸ I praxis har uttryckts en bevisregel som innebär att den som påstår att ett intrång har skett också har bevisbördan för detta, men att en framträdande likhet mellan verken kan omkasta bevisbördan så att den som påstås ha gjort intrång istället måste visa att intrång inte har skett.⁴⁹

3.4. Rekvisiten

De grundläggande rekvisiten för att ett interimistiskt vitesförbud skall meddelas är att sökanden kan visa att

- 1) han har sannolika skäl för sin talan
- 2) det föreligger sabotagerisk

Dessutom uppställs två krav till

- 3) sökanden skall ställa säkerhet för den skada som kan tillfogas svaranden vid ett eventuellt felaktigt beslut
- 4) svaranden skall höras innan beslut meddelas

De två sistnämnda kraven är, som kommer att framgå nedan, dock inte obligatoriska.

⁴⁵ Kocktvedgaard, Levin s.146

⁴⁶ Ibid., s.143

⁴⁷ Ibid., s.146

⁴⁸ Ibid., s.146

⁴⁹ Ibid., s.146, se NJA 1994 s.74

Enligt uttalanden i förarbeten och praxis uppställs det också ett femte rekvisit. Domstolen kan företa en

5) proportionalitetsprövning

Vad denna består i och vilket utrymme den har är föremål för närmare granskning nedan och kommer därför inte att tas upp i detta sammanhang.

3.4.1. Sannolika skäl

Sökanden måste visa att det föreligger sannolika skäl för att ett intrång förekommer. Det sökanden måste göra sannolikt är att han kommer att vinna processen i huvudmålet. Detta gäller i såväl civilrättsligt hänseende som i bevisfrågor.⁵⁰ Domstolen skall alltså företa en prognostisk prövning där den försöker bedöma utfallet av huvudprocessen mellan parterna.⁵¹

Man kan dela upp detta beviskrav i två delar. Sökanden måste dels visa att ensamrätten existerar, dels att intrångsföremålet faller inom skyddsomfånget för denna ensamrätt.⁵² Som framgått ovan är detta inte sällan en komplicerad bedömning. Sökanden behöver däremot inte styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos motparten.⁵³

Det bör noteras att man måste tolka HD:s avgörande i NJA 1995 s. 631 så att den bevisbörderegeln som HD fastslog för mål om upphovsrättsintrång i NJA 1994 s. 74 skall gälla även i mål om interimistiska förbud.⁵⁴ Den omtalade regeln innebär att om det föreligger en framträdande likhet mellan det skyddade alstret och det alster som påstås göra intrång så kastas bevisbördan om så att det är *svaranden* som måste göra sannolikt att någon efterbildning *inte* skett.⁵⁵

3.4.2. Sabotagerisk

För att en domstol skall bevilja en interimistisk åtgärd krävs också att käranden kan visa att sabotagerisk föreligger. Sabotagerisk innebär att det skäligen kan befaras att motparten genom att fortsätta intrånget förringar värdet av upphovsrätten.

Enligt lagtextens ordalydelse är kravet på sabotagerisk uppdelat i två led. Det måste skäligen befaras att svaranden kommer att *fortsätta intrånget* och att detta *förringar värdet* av ensamrätten. Oftast hänför sig domstolens bedömning i sabotageriskfrågan huvudsakligen till det första av dessa led, d.v.s. man avgör om det skäligen kan befaras att svaranden kommer att fortsätta med intrånget.

⁵⁰ Westberg s. 171

⁵¹ Ibid., på s.171

⁵² Andersson s. 34

⁵³ Prop. 1993/94:122 s. 45

⁵⁴ se mera nedan kap. 4.3.

⁵⁵ se NJA 1994 s. 74 på s. 80

Det finns dock från rättspraxis exempel på fall då domstolen ansett att det skäligen kunde befaras att svaranden skulle fortsätta intrånget men där man trots detta nekat förbud på den grunden att det fortsatta intrånget inte ansetts förringa värdet av ensamrätten.

I det s.k. HIPP-målet från Malmö tingsrätt⁵⁶ yrkade käranden på ett interimistiskt vitesförbud för svaranden att sätta upp en pjäs till vilken käranden innehade rättigheterna. Det yrkades också att förbudet skulle omfatta marknadsföringsåtgärder i samband med att pjäsen sattes upp. Tingsrätten fann att det skäligen kunde befaras att svaranden skulle fortsätta marknadsföra uppsättningen. Marknadsföringsåtgärderna bestod dock bara i att återge ett kortare utdrag ur dialogen och kunde därför, enligt tingsrätten, inte medföra att värdet av upphovsrätten förringades varför förbud i denna del nekades. Däremot meddelades förbud mot framförande av pjäsen.

3.4.3. Ställande av säkerhet

En ytterligare förutsättning för att få ett interimistiskt beslut meddelat är att sökanden ställer säkerhet för det skadestånd han, i händelse av att beslutet visar sig vara obefogat, kan komma att få utge till svaranden.⁵⁷ Denna skadeståndsskyldighet gäller oberoende av vårdslöshet och omfattar all skada, således även ren förmögenhetsskada.⁵⁸

Lagtexten hänvisar, vad gäller slaget av säkerhet, till 2 kap 25 § UB. Detta innebär att säkerheten skall bestå av antingen pant eller borgen⁵⁹ som i sådana fall skall vara en proprieborgen. För det fall det finns fler än en borgensman skall de vara solidariskt ansvariga.⁶⁰ Vad gäller pant ställs inte några särskilda krav på dess beskaffenhet.⁶¹

Om den ställda säkerheten inte godkänds av svaranden skall domstolen pröva om den är godtagbar. På motsvarande sätt kan en säkerhet som inte skulle vara godkänd enligt 2 kap 25 § UB ändå komma ifråga om den godtas av svaranden.⁶²

⁵⁶ Malmö TR mål nr. T 3380/95

⁵⁷ Prop. 1993/94:122 s.68

⁵⁸ 3 kap 22 § UB, Prop. 1993/94:122 s.68

⁵⁹ Även en bankgaranti, ställd enligt bestämmelserna för borgen, är giltig som säkerhet. Detta torde vara den vanligaste formen av säkerhet i mål om interimistiska förbud.

⁶⁰ 2 kap 25 § UB, Prop. 1993/94:122 s.68

⁶¹ Prop. 1989/90:8 med förslag till utsköningsbalk s. 270

⁶² Prop. 1989/90:8 s. 270

Det är viktigt att säkerheten är korrekt utformad. I NJA 1995 s. 631 hade sökanden som säkerhet ställt en bankgaranti som angav att banken gick i borgen såsom för egen skuld för den ersättningsskyldighet som kunde komma att åvila sökanden på grund av vitesförbudet. Garantin gällde dock enligt sin ordalydelse endast det fall att sökanden ansågs ersättningsskyldig genom att förbudet hävdades genom lagakraftvunnen dom. HD konstaterade att ett interimistiskt förbud kunde komma att hävas även genom beslut under rättegången eller slutligt beslut. Eftersom bankgarantin inte täckte dessa fall ansågs den otillräcklig.⁶³

För det fall käranden inte har ekonomiska möjligheter att ställa någon godtagbar säkerhet får domstolen befria honom från denna plikt. Denna bestämmelse tar, enligt vad som sägs i motiven, framförallt sikte på de fall då en rättighetssinnehavare med begränsade ekonomiska resurser för talan mot en intrångsgörare för vilken skadan av ett interimistiskt vitesförbud är ringa i jämförelse med skadan av fortsatt intrång för upphovsrättshavaren.⁶⁴

Det finns, i motsats till vad som gäller enligt 15 kap 6 § RB, inget krav på att sökanden, för att bli befriad från plikten att ställa säkerhet, kan visa synnerliga skäl för sin talan. Det görs inte heller något undantag för stat, landsting, kommuner och kommunförbund.⁶⁵

Enligt Andersson är domstolarna mycket restriktiva med att befria sökanden från att ställa säkerhet. Käranden måste tydligt visa att han saknar sådan förmåga.⁶⁶

I HIPP-målet⁶⁷ gjorde sökanden, en 20-årig konststuderande, gällande att hon saknade ekonomisk förmåga att ställa den begärda säkerheten. Hovrätten över Skåne och Blekinge konstaterade att ensamrätten till själva processföremålet (en teaterpjäs) fick anses ha ett betydande värde i sig. Man ansåg därför inte att sökanden kunde befrias från kravet att ställa säkerhet.

Hovrätten förde här, enligt min mening, ett märkligt resonemang när man räknade in processföremålet som en tillgång hos sökanden. Sökandens upphovsrätt var nämligen inte utmättningsbar⁶⁸ och skulle därför rimligen inte kunna fungera som säkerhet. Detta därför att säkerheten, enligt förarbetena till 2 kap 25 § UB skall prövas med beaktande av att den vid behov måste kunna realiseras.⁶⁹ Utgången kan dock troligtvis förklaras av det faktum att sökanden inte lämnat någon närmare redogörelse för sina ekonomiska förhållanden.

⁶³ NJA 1995 s.631 på s.634

⁶⁴ Prop. 1993/94:122 s.68

⁶⁵ jfr. 15 kap 6 § RB

⁶⁶ Andersson s.26

⁶⁷ Hovrätten över Skåne och Blekinge mål nr. Ö 1531/95

⁶⁸ se 42 § URL som stadgar att upphovsrätt inte får tas i mät hos upphovsmannen själv eller hos någon till vilken rätten övergått genom arv, testamente eller bodelning. Sökanden i detta målet var dotterdotter till upphovsmannen och hade troligtvis övertagit rätten till verket genom arv eller testamente.

⁶⁹ Prop. 1980/81:8 s.270

3.4.4. Ex parte-beslut

Det sista kriteriet som i normalfallet skall uppfyllas är att motparten ges tillfälle att yttra sig. Inte heller detta krav är obligatoriskt. Motpartens hörande kan undvaras om ett dröjsmål skulle medföra risk för skada. Om det med andra ord av en eller annan anledning är väsentligt att beslut fattas omedelbart kan detta också göras med endast sökandens uppgifter som underlag. Syftet med denna regel är att göra det interimistiska förbudet så effektivt som möjligt.⁷⁰

Utredningsförslaget till motsvarande paragraf i patentlagen framhöll att ett interimistiskt vitesförbud inte, i motsats till vad som gäller enligt 15 kap 5 § RB, borde få meddelas utan att domstolen gett svaranden en möjlighet att yttra sig i ärendet. Man hänvisade här till "...den kännbara påföljd som ett förbud mot patentintrång utgör."⁷¹ Departementschefen gick dock på en av remissinstansernas linje och tyckte att en sådan möjlighet skulle finnas om ett dröjsmål skulle innebära en risk för skada.⁷² I propositionen till 53a § upphovsrättslagen togs frågan inte upp på nytt och lagen innehåller också en regel om att motparten inte behöver höras om det skulle medföra risk för skada.

3.4.5. Proportionalitetsprövning

Domstolen skall också, enligt uttalanden i förarbeten och praxis utföra en proportionalitetsprövning. Genom denna skall tillses att inte det interimistiska förbudet får oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förbud. Proportionalitetsprövningen kommer att gås igenom närmare nedan.

3.5. Förbudets utformning

Om domstolen finner att de ovan beskrivna förutsättningarna för ett interimistiskt förbud är uppfyllda skall den meddela förbud mot den påstådde intrångsgöraren att vidta den åtgärd som yrkandet avser. Yrkande om vitesförbud måste vara klart avgränsat. Det måste precisera vilken åtgärd som avses så att den som förbudet riktar sig mot kan veta exakt vad det är han inte får göra. Sökanden måste därför noga ange vari intrånget består och vilka förbudsåtgärder han önskar. Han kan t.ex. inte utforma sitt yrkande så att det omfattar "liknande" eller "motsvarande" åtgärder.⁷³

⁷⁰ Ds 1993:24 s.43

⁷¹ SOU 1983:35 s.117

⁷² Prop. 1985/86:86 s.28

⁷³ Prop. 1993/94:122 s.67

Domstolen är fri att utforma förbudet.⁷⁴ Förbudet måste dock också uppfylla kravet på entydighet och konkretisering. Sålunda kan domstolen t.ex. förbjuda svaranden att framställa, marknadsföra, distribuera eller avhända sig exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk. Ett förbud bör dock inte gå längre än vad som är motiverat i det enskilda fallet.⁷⁵

3.6. Vitet

Vitesbeloppets storlek bestäms av domstolen. Lagstiftaren ville, med hänvisning till att vitet skulle kunna vara effektivt även i situationer där de ekonomiska intressena är stora, inte sätta ut någon högsta gräns. Man uttalade att vitesbeloppets storlek bör av domstolen avpassas så att det för intrångsgöraren står klart att det inte lönar sig att fortsätta intrånget.⁷⁶ Vid bedömningen bör i första hand svarandens ekonomiska förhållanden vara avgörande. Kärandens intresse av att förhindra fortsatt intrång bör dock beaktas.⁷⁷

Vitet kan föreläggas som s.k. löpande vite enligt 4 § viteslagen. Löpande vite innebär att vitet bestäms till ett visst belopp för varje tidsperiod av viss längd som förbudet överträds eller att vite skall betalas för varje enskild överträdelse av förbudet. Som exempel på fall då förbud meddelats vid löpande vite kan nämnas ett mål från Malmö tingsrätt där Malmö Dramatiska Teater AB förbjöds att ”vid äventyr av ett vite om 100 000 kr för varje gång som förbudet överträds” framföra en teaterpjäs.⁷⁸

Den som har ansökt om det interimistiska vitesförbudet är också den som har rätt att föra talan om vitets utdömande. Om rättigheten överlåtits eller licens upplåtits får talan föras av den nye innehavaren/licenshavaren.⁷⁹

I samma stycke sägs också att i samband med talan om vitets utdömande, käranden kan föra talan om nytt vitesförbud. Detta är en kumulationsregel och reglerna i 22 kap. 1, 3, 5, §§ RB anses enligt motiven analogt tillämpliga, vilket bl.a. innebär att rätten kan förordna om att målen skall handläggas gemensamt eller var för sig, efter vad rätten finner lämpligt.⁸⁰ I motiven erinras också om att utdömt vite tillfaller staten enligt 1 § 3st. viteslagen jämfört med 25 kap 7-9 §§ BrB.⁸¹ Talan om utdömande av vite skall i tillämpliga delar handläggas enligt rättegångsbalkens regler om åtal för brott för vilket strängare straff än böter inte är föreskrivet.⁸²

⁷⁴ Ibid. s.67

⁷⁵ Ibid. s.67

⁷⁶ Ibid. s.48

⁷⁷ Ibid. s. 48

⁷⁸ Malmö TR mål nr. T 3380/95

⁷⁹ Prop. 1993/94:122 s.69, se 13 kap 7 § RB

⁸⁰ Prop. 1993/94:122 s.69

⁸¹ Ibid. s.69

⁸² Prop. 1993/94:122 s.69, 8 § viteslagen.

4. Proportionalitetsprövningen

4.1. Inledande om proportionalitetsprövningen

Det finns inget uttryckligt lagstöd för att domstolarna, när de tar beslut om interimistiskt vitesförbud mot upphovsrättsintrång, skall företa en proportionalitetsprövning. Det sägs heller ingenting om någon proportionalitetsprövning i förarbetena till 53a § upphovsrättslagen. Däremot sägs att förutsättningarna för att meddela förbud enligt 53a § skall vara desamma som för civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt 15 kap 3 § RB.

För att få närmare vägledning i frågan om hur ett yrkande om interimistiskt förbud enligt 53a § upphovsrättslagen skall behandlas får man alltså gå till 15 kap 3 § rättegångsbalken med tillhörande förarbeten, praxis och doktrin. Vad gäller praxis blir också mål om interimistiska förbud enligt de andra immaterialrättslagarna av intresse eftersom förutsättningarna för att meddela förbud enligt förarbetena är desamma för alla immaterialrättslagar.

Jag kommer här att redogöra för vilket stöd man kan finna för påståendet att domstolarna skall företa en proportionalitetsprövning när den behandlar yrkanden om interimistiskt förbud enligt upphovsrättslagen. Jag kommer dock först att skissera vilka motiv som kan ligga bakom en sådan proportionalitetsprövning.

4.1.1. Motivering för en proportionalitetsprövning

Enligt mitt sätt att se det kan syftet med att ställa upp regler och principer för hur frågor om interimistiska säkerhetsåtgärder skall bedömas beskrivas enligt följande; att dra en vettig skiljelinje mellan, å ena sidan, intresset av att kunna erbjuda en möjlighet till ett interimistiskt beslut i processer som annars kan ta mycket lång tid i anspråk innan de är avgjorda och under tiden ändra förutsättningarna för det slutgiltiga beslutets genomslagskraft och, å andra sidan, att minimera riskerna för att någon av parterna skall lida rättsförlust. I syfte att minimera riskerna av ett interimistiskt beslut finns det två vägar man kan gå.

Första möjligheten är att som främsta kriterium ställa upp ett krav på att den som söker det interimistiska beslutet kan visa, med någon bestämd bevisgrad att han kommer att vinna processen i huvudmålet. På detta sätt minimerar man risken att göra fel och på det viset också risken för skada. Om den som vinner det interimistiska målet också vinner huvudmålet kan det ju normalt inte sägas ha skett någon skada.

Problemet med detta är att processmaterialet ofta är bristfälligt och tiden knapp vilket i sin tur kan bädda för att den prognostiska prövningen blir osäker.

Det andra sättet är att, istället för att koncentrera sig på vilken av parterna som (troligtvis) kommer att vinna processen i huvudmålet, man bedömer respektive parts risk för skada. Risken att domstolen tar ett ”felaktigt” beslut är här naturligtvis ännu större men detta skulle då uppvägas av att den eventuella skada som uppstår blir så liten som möjligt.

Problemet med detta synsätt är att besluten knappast kan sägas vara rättvisa från den aspekten att domstolen inte över huvud taget bryr sig om vem av parterna som har ”rätt”. Ett annat problem, av mer praktisk art, är att ett sådant beslut knappast kan läggas till grund för förlikningsförhandlingar mellan parterna, något som är vanligt när beslutet grundas på en prognosprövning av talan.

En fördel med att inte ställa krav på att sökanden kan visa sannolika skäl är att för det fall det uppkommer tekniskt, bevismässigt eller rättsligt komplicerade frågor⁸³ man inte behöver ta ställning till dessa. Annars skulle detta kunna ta sådan tid att processen blir så utdragen att den inte längre kan tjäna sitt syfte på ett rimligt sätt. Om man istället genomför processen skyndsamt trots att den innehåller komplicerade spörsmål som skulle kräva avsevärd tid att bedöma på ett fullt korrekt sätt, blir ju beslutet taget på mycket osäkra grunder. Detta riskerar i sin tur att sänka tilltron till rättsinstitutet. Ett beslut på så lösliga grunder har ju inte heller samma möjlighet att ligga till grund för eventuella förlikningsförhandlingar.

Mot bakgrund av vad som sagts här kan det, enligt min mening, finnas goda skäl för att ge domstolarna ett visst utrymme att företa en proportionalitetsprövning oavsett om man använder sig av en prognosprövning eller ej. Den främsta anledningen till detta är naturligtvis att ett interimistiskt beslut i normalfallet tas på ett ofullständigt processmaterial. Om man till detta lägger de stora skadeverkningar ett sådant beslut kan få framstår det som naturligt att domstolen skulle kunna ta hänsyn till att den ena partens skada är mycket större än den andra partens.

Detta måste anses gälla även om sökanden ställer säkerhet för den skada som kan åsamkas svaranden i händelse av att domstolen fattar ett felaktigt beslut. Det är nämligen inte alla typer av skador som går att ersätta i pengar. Detta gäller ju kanske speciellt i fråga om upphovsrätten. Käranden söker kanske ett förbud mot ett påstått intrång i hans ideella rätt till ett verk, låt säga att han hävdar att svaranden publicerat hans verk under former som han anser vara kränkande i upphovsrättslagens mening. Det torde i sådana fall vara svårt att uppskatta kärandens skada i pengar och än mindre ersätta en sådan skada ekonomiskt. Därför kan inte heller en ställd säkerhet uppfylla någon funktion.

På samma sätt är det med allmänintresset av yttrandefrihet. Här är det ju inte motparten utan en obestämd krets av från processen uteslutna personer som kan sägas lida skada. Att yttrandefriheten skadas kan ju inte rimligen ersättas i pengar.

⁸³ Detta kan ju mycket väl vara fallet i tvister om intrång i immateriella rättigheter som inte sällan innehåller komplicerade frågor av såväl teknisk som rättslig natur. Det kan nämnas att American Cyanamid-målet tog två veckor i Court of Appeal.

4.1.2. Stödet för en proportionalitetsprövning

4.1.2.1. Förarbeten

I den ursprungliga lydelsen av 15 kap 3 § RB gavs i andra stycket en möjlighet att få en interimistisk åtgärd beviljad även i sådana fall då svarandens åtgärder inte kunde sägas hindra eller försvåra verkställigheten av en dom eller väsentligen förringa domens värde för sökanden. Syftet med denna regel var att domstolen provisoriskt skulle kunna ordna rättsförhållandet mellan parterna. Processlagberedningen uttalade;

”För en part kan det i vissa fall medföra stor olägenhet, att han under rättegången är i mistning av den rätt varom han för talan. Åtgärderna ha här icke till ändamål att säkerställa domens verkställighet utan avse ett provisoriskt ordnande redan under rättegången av det mellan parterna stridiga rättsförhållandet”⁸⁴

För dessa fall fanns i lagtextens ursprungliga lydelse uttryckligen intaget att domstolen skulle företa en proportionalitetsbedömning. Sista meningen löd;

”Föreläggande eller förordnande bör kunna meddelas, endast om det är för kändans av synnerlig vikt och det ej länder motparten till väsentligt förfång.”⁸⁵

Motiven nämnde, som exempel på fall där en åtgärd skulle kunna beviljas för att provisoriskt ordna rättsförhållandet mellan parterna, att svaranden i strid med ett ingånget konkurrensavtal bedriver handel eller annan verksamhet, att någon i sin rörelse använder obehörigt firmanamn, att någon på sin fastighet bedriver verksamhet som medför störande buller eller olägenhet av sanitär art för närboende eller att någon vägrar avflytta från sökandens fastighet trots skyldighet att göra detta.⁸⁶

Processlagberedningen yttrade i anslutning till detta att ett provisoriskt avgörande av tvistefrågan kunde för motparten medföra betydande skada och olägenhet för det fall att kändans talan sedermera skulle komma att ogillas, varför det i dessa fall var nödvändigt för domstolen att göra en avvägning mellan parternas olika intressen.⁸⁷

Paragrafen reviderades genom proposition 1980/81: 84. Man slog då samman styckena så att den nya lydelsen avsågs medge;

”...inte endast att verkställighet av en blivande dom eller annan exekutionstitel säkerställs utan också att sökanden genast skall kunna komma i åtnjutande av sin rätt.”⁸⁸

⁸⁴ NJA II 1943 s.186

⁸⁵ 15 kap 3 § RB i 1948 års lydelse

⁸⁶ NJA II 1943 s.186

⁸⁷ Ibid., s.186

⁸⁸ Prop. 1980/81:84, s.230

I propositionen uttalades att syftet var att förenkla och förtydliga paragrafen, men man menade också att förutsättningarna för att meddela interimistiska vitesförbud i fall som avsågs i den andra meningen varit alltför restriktiva. Vad gällde den proportionalitetsbedömning som tidigare funnits med, kopplad till den andra meningen, avsågs ingen ändring i sak trots att den uttryckliga proportionalitetsregeln ströks ur lagtexten;

”Det är även utan en särskild föreskrift tydligt att ett provisoriskt ordnande av rättsförhållandet mellan parterna, innan saken har prövats av domstolen eller i annan ordning, inte bör ske utan starka skäl. Parternas motstridiga intressen bör i sådant fall vägas mot varandra.”⁸⁹

4.1.2.2. Doktrin

I doktrinen har inte lagts ner någon större möda på att närmare analysera om en proportionalitetsbedömning skall, och bör göras. Det tycks dock vara en vedertagen uppfattning att så är fallet om den sökta säkerhetsåtgärden syftar till att provisoriskt ordna rättsförhållandet mellan parterna.

Ekelöf anser att eftersom bestämmelsen är fakultativ har domaren möjlighet att företa en intresseavvägning.⁹⁰

Gärde m.fl. menar dock att om den åtgärd mot vilken ett ingripande kan komma ifråga är av illojal natur, det inte skulle erfordras att domstolen tar hänsyn till vilka verkningar ett ingripande skulle kunna komma att få för motparten. I de fall ett illojalt syfte inte kan fastslås bör domstolen däremot ta hänsyn även till svarandepartens berättigade intressen.

Domstolen skulle i sådana fall ha att göra en fri prövning, varvid samtliga omständigheter av betydelse för frågan beaktas. Även Gärde m.fl. hävdar att domstolens befogenhet i detta hänseende framgår av ordet ”får” i lagtexten.⁹¹

Westberg påpekar att stödet för en proportionalitetsbedömning i lagmotiven enbart relaterar till sådana fall som innebär att rättsförhållandet mellan parterna ordnas provisoriskt.⁹² Han anser det också vara tveksamt om svenska domstolar kan ta hänsyn till allmänintressen inom ramen för en proportionalitetsbedömning.⁹³

⁸⁹ Ibid., s.230

⁹⁰ Ekelöf, Rättegång III, s.18

⁹¹ Gärde m.fl., s.157

⁹² Westberg, s.174

⁹³ Ibid. s.173

4.1.2.3. Praxis

En av de civilrättsliga sanktionerna mot intrång i immateriella rättigheter är ett permanent förbud för svaranden att företa den intrångsgörande handlingen. När då ett interimistiskt vitesförbud söks, syftar detta till att tillse att sökanden genast kommer till sin rätt. Ett sådant interimistiskt vitesförbud medför m.a.o. ett provisoriskt ordnande av rättsförhållandet mellan parterna. Detta innebär, såvitt jag kan förstå, att vid beslut om interimistiskt vitesförbud i mål om intrång i immateriella rättigheter kan domstolarna, med hänvisning till vad som ovan sagts om förarbetena till 15 kap 3 § rättegångsbalken, alltid göra en avvägning mellan parternas intressen. Denna uppfattning stöds numera också av praxis. I NJA 1995 s.631 uttalade HD;

”Trots avsaknad av uttryckligt lagstöd får det anses att en domstol, även om de angivna kraven är uppfyllda, kan avslå ett yrkande om interimistiskt vitesförbud med hänvisning till att förbudet skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förordnande om förbud.”⁹⁴

Det råder därför numera inte något tvivel om att en proportionalitetsprövning får utföras av svenska domstolar i dessa fall.

4.1.3. Interimistiska åtgärder i engelsk rätt

Jag har, som inledningsvis nämnts, också valt att titta lite närmare på hur interimistiska förbud behandlas i engelsk rätt eftersom man i England ofta lägger tyngdpunkten i bedömningen på just proportionalitetsprövningen.

En *injunction* är en domstolsorder som förbjuder en svarandepart att vidta en viss åtgärd. Domstolen kan också beordra denne att företa en åtgärd som han tidigare underlåtit.⁹⁵ En *interlocutory injunction* är följaktligen en interimistisk sådan order, som gäller till dess att dom fallit eller saken slutgiltigt avgjorts på annat sätt. Rättsinstitutets historiska ursprung kan härledas till Court of Chancery och dess utövning av *equity*.⁹⁶ Att institutet har sina källor i *equity* märks framför allt på det faktum att det är fakultativt och att en *injunction* normalt inte meddelas om kändeparten istället kan kompenseras genom skadestånd.

Trots stora likheter med det interimistiska vitesförbudet enligt svensk rätt är det dock inte helt korrekt att sätta likhetstecken mellan de bägge rättsinstituterna.

⁹⁴ NJA 1995 s. 631 på s.633

⁹⁵ David Barnard and Mark Houghton: *The New Civil Court in Action* s.173, En ”prohibitory injunction” förbjuder svaranden att vidta en viss åtgärd, medan en ”mandatory injunction” ålägger honom att vidta en åtgärd han tidigare underlåtit. På grund av dess mer ingripande effekt är domstolarna mer försiktiga med att meddela ”mandatory injunctions”., se Maudsley, R.H.; *Modern Equity*,

⁹⁶ För en närmare redogörelse, se Spry; *Equitable Remedies; Injunctions and specific performance* s.1 f.f. och s.297 f.f.

Enligt svensk rätt sätter domstolen ut ett vite när den meddelar ett interimistiskt förbud. Detta vite kan sedan, på talan av kändanden, dömas ut om svaranden inte följer beslutet.⁹⁷ I England är det annorlunda. Något vite sätts över huvud taget inte ut. Straffet för att bryta mot en *injunction* är nämligen normalt fängelse. När domstolen meddelar en *interlocutory injunction*, följer med detta en varning till svaranden att om han inte följer det meddelade beslutet kan han dömas till fängelse för *contempt of Court*.⁹⁸ För det fall svaranden inte hörsammar denna varning och bryter mot det meddelade beslutet kan kändanden ansöka om att få straffet utmätt.⁹⁹ Domstolen undersöker då om ett brott mot föreskrifterna i det interimistiska förordnandet begåtts och om detta i så fall skall rendera fängelsestraff.¹⁰⁰ Ett märkligt drag i den här processen är att svarande kan be om ursäkt och lova att i fortsättningen efterfölja beslutet, varvid domstolen kan låta honom gå fri tills vidare.¹⁰¹

Också vad gäller ställande av säkerhet skiljer sig det engelska institutet från det svenska. Kravet att kändanden skall ställa säkerhet finns förvisso också i engelsk rätt men det skiljer sig från det svenska på några avgörande punkter. Det krävs inte att kändande ställer pant eller borgen. Vad som i normalfallet krävs av honom är en utfästelse att han, för det fall att den interimistiska åtgärden visar sig ha varit obefogad, skall ersätta svaranden för dennes förlust genom att betala skadestånd.¹⁰² Staten och andra myndigheter avkrävs som regel inte någon sådan utfästelse.

Eftersom det inte krävs att kändanden ställer pant eller borgen finns det naturligtvis inte heller något undantag för det fall han inte förmår detta. Det faktum att svaranden har små förutsättningar att verkligen betala ett eventuellt skadestånd skall dock inte innebära att han förvägras ett interimistiskt beslut på denna grund.¹⁰³

I två typer av mål bortfaller kravet på säkerhet. Den ena typen är mål där allmänne åklagaren är kändandepart och den andra typen är mål som rör äktenskap och barn.¹⁰⁴

Precis som i Sverige kan en kändande få ett interimistiskt förbud meddelat utan att motparten hörts. Dessa kallas för ”*ex parte-injunctions*” och gäller för en kortare period, under vilken kändanden måste underrätta svaranden om att han avser att gå vidare och ansöka om en förlängning av förordnandet.¹⁰⁵ För att en ”*ex parte-injunction*” skall meddelas krävs att det är brådskande och att det inte varit möjligt att ge svaranden tillfälle att yttra sig.¹⁰⁶

De föreliggande skillnaderna till trots kommer jag hädanefter att använda termen interimistiskt förbud om *interlocutory injunction*. Detta gör jag för att befria texten från

⁹⁷ se ovan kap 3.6.

⁹⁸ Närmast domstolstrots, Barnard, Houghton s.185

⁹⁹ Barnard, Houghton s.185

¹⁰⁰ Ibid. s.185

¹⁰¹ Ibid. s.186

¹⁰² Ibid. s.182

¹⁰³ Bean, David; Injunctions s.21

¹⁰⁴ Ibid. s.22

¹⁰⁵ Barnard, Houghton s.184

¹⁰⁶ Ibid. s.184

alltför många engelska uttryck och termer. I den mån jag ändå använder mig av sådana beror det på att vissa saker helt enkelt inte lämpar sig särskilt väl för översättning.

Jag kommer nedan att närmare redogöra för hur man i engelsk rätt behandlar yrkanden om interimistiska förbud. Det kan dock redan här nämnas att man i England numera i huvudsak företräder en modell där man försöker minimera risken för skada huvudsakligen genom att väga parternas intressen mot varandra och ta beslut efter vilken av parterna som riskerar att lida den allvarligaste skadan.

4.2. Utrymmet för proportionalitetsprövningen

4.2.1. Utrymmet enligt svensk rätt

Som nämnts ovan är det numera klarlagt i praxis att domstolen kan företa en proportionalitetsprövning när den avgör frågor om interimistiskt vitesförbud enligt de immaterialrättsliga lagarna.

Vilket utrymme bör då en proportionalitetsbedömning ges? Svensk praxis på detta område är tunnsådd. Det första mål jag funnit där det klart framgår att domstolen använt sig av en proportionalitetsprövning för att avgöra frågan om interimistiskt förbud vid immaterialrättsintrång var Svea Hovrätt mål nr. Ö 330/90. Detta mål avdömdes innan möjligheten till interimistiskt förbud införts i firmalagen och domstolen hade därför att tillämpa 15 kap 3 § RB. Detta innebär dock ingen skillnad i sak eftersom proportionalitetsprövning enligt praxis kan utföras även vid tillämpning av de andra immaterialrättsliga regleringarna om interimistiskt vitesförbud.¹⁰⁷

AB Custos (hädanefter Custos), ett företag som bedrev verksamhet som förvaltare av fast och lös egendom, stämde AB Custos Bevaknings- och Säkerhetsservice (hädanefter CBS) för firmaintrång.

Bägge företagen hade sina respektive firmor registrerade men för CBS del var den registrerade firman AB Custos bevaknings- och säkerhetsservice medan man i sin verksamhet oftast bara använde sig av sin firmadominant; AB Custos. Käranden hävdade nu att CBS, genom användningen av sin firmadominant gjorde intrång på den rätt till firman Custos som käranden hade och yrkade att domstolen vid ett vite av 250. 000 kr interimistiskt skulle förbjuda CBS att använda sin firma på ett sådant sätt att den framstod som identisk med AB Custos firma. Man menade att CBS genom användningen av sin firmadominant försvårade utövningen av AB Custos ensamrätt till sin firma och att användningen också väsentligen förringade värdet på denna ensamrätt.

CBS hävdade att det inte var fråga om goodwillnyltning som AB Custos påstått. Man menade också att ett interimistiskt vitesföreläggande skulle innebära ett synnerligen

¹⁰⁷ se ovan kap 4.1.2.3., NJA 1995 s.631

långtgående ingrepp i CBS verksamhet eftersom bolaget bl.a. skulle tvingas till omfattande ändringar av utrustning och marknadsföringsmaterial.

Tingsrätten avslog begäran om interimistiskt vitesförbud. AB Custos överklagade till Svea Hovrätt.

Hovrätten gick, efter en genomgång av fakta i målet, direkt in på en intresseavvägning. Man uttalade;

”Vid den intresseavvägning som hovrätten har att göra för bedömningen av frågan om ett omedelbart vitesförbud skall meddelas eller ej, beaktar hovrätten särskilt att ett omedelbart vitesförbud kan komma att få mycket vittgående verkningar för CBS medan värdet av ett sådant förbud för Custos måste antagas vara mer begränsat.¹⁰⁸

Med hänsyn till att så var fallet kunde inte hovrätten finna att man borde bevilja vitesförbudet och besvären lämnades därför utan bifall.

Det är intressant att notera att hovrätten inte säger någonting om sannolikheten för att AB Custos skall vinna talan i huvudmålet. Det tycks som om man valt att inte överhuvud göra någon prognosbedömning av saken. Hovrättens resonemang ligger därför ganska nära ett resonemang från en engelsk domstol.¹⁰⁹ Man börjar med att konstatera att intresseavvägningen tydligt väger över till svarandens förmån och anser sig därför inte behöva gå längre utan kan låta detta faktum avgöra saken.

Det är dock svårt att dra några säkra slutsatser av domstolens mycket kortfattade skäl. Kanske fann man att sannolikheten för AB Custos talan var så låg att utrymmet för en proportionalitetsbedömning var i det närmaste obegränsad. Å andra sidan kan man ju tycka att om sannolikheten var så låg borde en interimistisk åtgärd nekas av just det skälet.

Med hänsyn till förarbeten, doktrin och efterföljande praxis kan man dock konstatera att det inte är meningen att proportionalitetsbedömningen skall få ett så stort utrymme som Hovrättens domskäl tycks medge. Det hittills enda avgörandet från HD vad gäller interimistiska vitesförbud mot intrång i immateriella rättigheter pekar ut en annan riktning.

¹⁰⁸ Svea Hovrätt mål nr. Ö 330/90

¹⁰⁹ Se nedan kap 4.2.1.2.

Avgörandet från HD¹¹⁰ gällde en talan mot intrång i upphovsrätt. Hackman Rörstrand AB, ett porslinsföretag, marknadsförde en servis som man kallade för Sundborn. Servisen hade ritats av en av företaget anställd designer. Svaranden, ett samlarföretag vid namn Regnbågen AB, marknadsförde en servis som kallades Majblom. Hackman AB väckte talan mot Regnbågen AB vid Trelleborgs tingsrätt med påstående om att marknadsföringen av Majblom servisen innebar intrång på företagens upphovsrätt till Sundborn servisen. I rättegången yrkade Hackman AB på att domstolen interimistiskt, enligt 53a § 2st URL, skulle förbjuda Regnbågen AB att fortsätta tillverkning, utbudande till försäljning, marknadsföring, försäljning, uthyrning, utlåning eller annan spridning av servisen Majblom. Hackman AB ställde, en av Skandinaviska Enskilda Banken utfärdad, garantiförbindelse (borgen) som säkerhet.

Regnbågen AB bestred talan och menade att något upphovsrättsintrång inte förelåg. Som grund för detta gjorde man gällande att Sundborn servisen saknade upphovsrättsligt skydd. Som alternativ grund angav man att, för det fall att Sundborn ansågs vara upphovsrättsligt skyddad, Majblom hamnade utanför skyddsomfånget och att det i allt fall inte var fråga om någon efterbildning. Man godtog inte heller den erbjudna säkerheten utan menade att denna var otillräcklig.

HD uttalade först, med hänvisning till NJA 1993 s. 182, att det var möjligt för domstolen att företa en proportionalitetsbedömning. Vad gällde utrymmet för en sådan var man dock ganska försiktig. Föredraganden ansåg i sitt betänkande, i enlighet med vilket HD fattade beslut, att det var tydligt att proportionalitetsbedömningen;

”...inte kan ges sådant utrymme att man riskerar att komma i konflikt med de allmänna ändamål som de nya reglerna om vitesförbud avser att främja, nämligen att ge rättighetsinnehavarna möjlighet att snabbt få slut på ett pågående intrång.”¹¹¹

Detta uttalande innebär naturligtvis en inskränkning av utrymmet för en proportionalitetsprövning men jag tror inte man skall lägga mer i detta uttalande än att se det som en motivering till det som sedan följde i föredragandens resonemang. Han kopplade nämligen sedan proportionalitetsprövningens vara eller icke vara till graden av sannolikhet för att ett intrång föreligger. Ju större sannolikhet, menade han, för att ett intrång föreligger desto mindre blir utrymmet för domstolen att företa en proportionalitetsbedömning. Om det för domstolen är uppenbart eller om klart övervägande skäl talar för att ett intrång är för handen, bör domstolen meddela ett förbud utan att göra någon proportionalitetsbedömning alls. I övriga fall skall man väga parternas motstridiga intressen mot varandra allt efter omständigheterna och graden av sannolikhet för att ett intrång föreligger.¹¹²

Vad HD menade med uttalandet att man inte kunde ge proportionalitetsprövningen sådant utrymme att man riskerade att komma i konflikt med ändamålet bakom reglerna var helt

¹¹⁰ NJA 1995 s.631

¹¹¹ NJA 1995 s.631, s.633 f.

¹¹² Ibid. s.634

enkelt att man i fall där det är klarlagt att ett intrång är för handen kan inte någon proportionalitetsprövning bli aktuell. Ändamålet att ge rättighetshavarna möjlighet att få ett snabbt slut på ett pågående intrång blir ju inte aktualiserat förrän det är klarlagt att ett intrång verkligen pågår.

Vad HD tycks mena är att det är i utrymmet mellan ”sannolika skäl” (detta är ju minimikravet för att överhuvud få ett interimistiskt förbud meddelat) och ”uppenbart” eller ”klart övervägande skäl” (om kändanden når upp till detta skall ingen proportionalitetsbedömning göras enligt HD) som en proportionalitetsbedömning kan bli aktuell. Inom detta utrymme skall en fallande skala tillämpas på så sätt att när endast nivån sannolika skäl är uppnådd är utrymmet för en proportionalitetsbedömning som störst medan det sedan, allt eftersom sökanden kan stärka sannolikheten för sin talan, minskar tills det inte längre är möjligt att företa någon proportionalitetsprövning alls när saken är uppenbar eller klart övervägande skäl talar för sökandens sak.

Hänvisningen till de allmänna ändamålen med reglerna ger dock upphov till en annan intressant fråga. När behovet av regler om vitesförbud diskuterades i förarbetena till 53a § upphovsrättslagen gjordes detta med utgångspunkt i en massiv professionell kopieringsverksamhet. Vad man s.a.s. ville komma åt var det olagliga kommersiella utnyttjande av andras skyddade verk som bl.a. den snabba tekniska utvecklingen¹¹³ givit upphov till.¹¹⁴

Det diskuterades visserligen aldrig i förarbetena att göra någon åtskillnad mellan kommersiella utnyttjanden och utnyttjanden som inte kunde sägas vila på kommersiell grund. Jag menar dock att det inte helt kan uteslutas att man skulle kunna argumentera för att utrymmet för proportionalitetsprövningen är något mer vidsträckt när det påstådda intrånget inte är ett kommersiellt utnyttjande utan motiverat t.ex. av att informera allmänheten i ett ämne av stort samhällligt värde.

¹¹³ t.ex. CD-brännare och MP3-teknik

¹¹⁴ Ds 1993:24 s.39, Prop. 1993/94:122 s.42

4.2.2. Utrymmet för proportionalitetsprövningen enligt engelsk rätt

4.2.2.1. Situationen i England före American Cyanamid-målet

Enligt Grey¹¹⁵, var hela komplexet interimistiska säkerhetsåtgärder inte föremål för någon livligare akademisk debatt i England före det s.k. American Cyanamid-målet. Det interimistiska förfarandet betraktades som en ”miniprocess” i betydelsen att domstolarna avgjorde frågan nästan uteslutande med hänsyn till hur man antog att saken skulle sluta i den ordinarie rättegången. På grundval av domstolens ställningstagande kunde sedan parterna nå en förlikning. Domstolen gjorde alltså en ingående prognostisk prövning av saken, motsvarande svenska domstolars prövning av sannolika skäl, och lät utslaget av denna i de flesta fall bli avgörande.

Det allt överskuggande kravet var alltså att sökanden kunde visa att han hade ett *prima facie-case*, det vill säga att han kunde visa sannolika skäl för sin talan. Men, säger Gray, det var ganska oklart vad detta begrepp egentligen innehöll i fråga om styrka och bevisning.

”...the strength of the case required was not discussed in any detail by the courts; decisions as to whether the evidence disclosed a prima facie case were made without any comment as to what was meant by this.”¹¹⁶

Det existerade, före 1975, inte heller några strikta, generellt tillämpliga, regler för hur domstolarna skulle handskas med yrkanden om interimistiska säkerhetsåtgärder. Säkerhetsåtgärdernas diskretionära natur var i själva verket dess kännetecken. Lord Denning förklarade i *Hubbard v. Vosper*;

”The remedy of the interlocutory injunction is so useful that it should be kept flexible and discretionary, it must not be made subject of strict rules.”¹¹⁷

Sammanfattningsvis karakteriserades situationen före 1975 av den tyngd som lades på *prima facie-case* provet samt den mycket flexibla tillämpningen.

4.2.2.2. American Cyanamid-principerna

Det rättsfall där de nya principerna för att handskas med interimistiska säkerhetsåtgärder slogs fast var ett patentmål men principerna kan och bör tillämpas på alla typer av mål där en interimistisk säkerhetsåtgärd söks.¹¹⁸ Principerna framlades i Lord Diplocks utlåtande till vilket de andra lorderna enhälligt anslöt sig.

¹¹⁵ Christine Gray; *Interlocutory injunctions since Cyanamid*, C.L.J. [1981] s.307, på s.307

¹¹⁶ *Ibid.* s.307

¹¹⁷ *Hubbard v. Vosper* [1972] 1 All E.R. 1023, på s.1029

¹¹⁸ *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [1975] AC 396 på s.406

Inget test av ”prima facie-case”

Det första och kanske viktigaste uttalandet var att domstolarna inte behövde förvissa sig om att sökanden hade ett *prima facie-case* d.v.s. sökanden behöver inte visa sannolika skäl för sin talan.

”Your Lordships should in my view take this opportunity of declaring that there is no such rule. The use of such expressions as ”a probability”, ”a prima facie case”, or ”a strong prima facie case” in the context of the exercise of a discretionary power to grant an interlocutory injunction leads to confusion as to the object sought to be achieved by this form of temporary relief.”¹¹⁹

Det var, enligt House of Lords, inte domstolarnas uppgift att på det interimistiska stadiet försöka uppskatta och lösa bevisfrågor på bristfälligt material och göra svåra rättsliga bedömningar utan detaljerad argumentation och noggrant övervägande.¹²⁰

Domstolen måste dock alltid förvissa sig om att ansökningen inte rör en struntsak eller är en ren okynnestalan (*frivolous or vexatious*).¹²¹ Sökanden behöver alltså inte visa sannolika skäl för sin talan utan det är tillräckligt att han kan visa att det finns en *serious question to be tried*.¹²² Senare praxis visar dock att den interimistiska åtgärden inte heller beviljas om sökanden presenterar bevisning som, utan att vara en okynnestalan eller röra en struntsak, tydligt utvisar att han inte har någon reell möjlighet att vinna målet i huvudsaken.¹²³

När domstolen har förvissat sig om att målet ej rör en struntsak eller är en okynnestalan, vidtar den ”riktiga” prövningen. Denna består av en proportionalitetsprövning innehållande flera olika delar.

Hypotetiskt skadeståndsprov

Domstolen bör, enligt lorderna, inleda med att göra ett hypotetiskt skadeståndsprov i två steg. Man undersöker härvid först om, för det fall att sökanden skulle vinna målet i den ordinarie rättegången, han skulle kunna få adekvat kompensation genom skadestånd. Skadan måste vara sådan att den går att uppskatta i pengar. Om detta är fallet skall yrkandet om säkerhetsåtgärd ogillas. Det anses då nämligen att sökanden inte har något behov av en säkerhetsåtgärd.

¹¹⁹ Ibid. s.407

¹²⁰ Ibid. s.407

¹²¹ Ibid. s.407

¹²² Ibid. s.407

¹²³ Mothercare Ltd. v. Robson Books Ltd. [1979] F.S.R. 464

Om detta test däremot visar att sökanden inte skulle kunna få adekvat kompensation genom ett skadestånd, skall domstolen gå vidare och företa det motsatta hypotetiska provet. Skulle svaranden kunna bli adekvat kompenserad genom skadestånd för det fall att man biföll yrkandet om den interimistiska säkerhetsåtgärden och svaranden sedan skulle vinna i rättegången? Om denna fråga får ett jakande svar finns det ingen anledning att på denna grund neka sökanden en interimistisk säkerhetsåtgärd.¹²⁴

Domstolen måste också, när den gör sitt hypotetiska prov, också titta på respektive parts finansiella situation för att utröna om de är i stånd att betala ett eventuellt skadestånd.

Enligt Gray har det i engelska domstolar uppstått en viss osäkerhet huruvida bedömningen av adekvat kompensation skall företas fristående från proportionalitetsbedömningen eller om den skall ingå som ett led i denna.¹²⁵ Detta har naturligtvis betydelse för vilket utrymme proportionalitetsprövningen ges eftersom domstolen, för det fall det hypotetiska skadeståndsprovet skall företas fristående och denna ger utslag i ena eller andra riktningen, inte skall gå vidare och någon proportionalitetsprövning då inte blir aktuell.

Gray tycks mena att den korrekta tillämpningen av Cyanamid-principerna innebär att man ser det hypotetiska skadeståndsprovet som en del i proportionalitetsprövningen. Bean däremot anser det vara klart att det skall ses som en från proportionalitetsprövningen fristående del och att den senare därför bara blir tillämplig om det hypotetiska skadeståndsprovet inte ger utslag.¹²⁶ Vid min genomgång av engelska rättsfall har jag funnit att dessa tycks stödja Beans uppfattning. Jag utgår därför från att det hypotetiska provet skall företas fristående från själva proportionalitetsprövningen.

Den allmänna intresseavvägningen

Om inte det hypotetiska skadeståndsprovet ger utslag skall domstolen gå vidare och göra en allmän intresseavvägning. Denna går ut på att väga skadeverkningarna för svaranden vid ett bifall till yrkandet mot skadeverkningarna för käranden vid ett avslag. Om sålunda svarandens skadeverkningar är större än kärandens skall förbudet avslås medan det i motsatt fall skall vinna bifall.

Vid avvägningen skall hänsyn tas till en mängd olika faktorer som kan påverka bedömningen. Dessa faktorer skiljer sig naturligtvis åt från fall till fall.

”It would be unwise to attempt even to list all the various matters which may need to be taken into consideration in deciding where the balance lies, let alone to suggest the relative weight to be attached to them.”¹²⁷

¹²⁴ [1975] AC 396, s.408

¹²⁵ Gray s.327

¹²⁶ Bean s.24

¹²⁷ [1975] AC 396, s.408

Det är alltså svårt att ange vilka faktorer som kan bli relevanta i denna bedömning. Några viktiga exempel kan dock ges;

- domstolen bör alltid ta hänsyn till den grad till vilken respektive part inte kan erhålla adekvat kompensation genom ett skadestånd.¹²⁸ Så kallade irreparabla skadeverkningar kan alltså antas väga tyngre än reparabla sådana.

- allmänintressen (public interest) kan vägas in i bedömningen och kan ibland få avgörande betydelse.¹²⁹

- även skadeverkningar som inte kan uppskattas i pengar tas med i bedömningen.¹³⁰

Bevara status quo

Om inte heller den allmänna intresseavvägningen ger något klart utslag i den ena eller andra riktningen skall domstolen bedöma hur önskvärt det är att bevara status quo mellan parterna. Lord Diplock erbjuder ett exempel;

”If the defendant is enjoined temporarily from doing something that he has not done before, the only effect of the interlocutory injunction in the event of his succeeding at the trial is to postpone the date at which he is able to embark upon a course of action which he has not previously found it necessary to undertake; whereas to interrupt him in the conduct of an established enterprise would cause much greater inconvenience to him since he would have to start again to establish it in the event of his succeeding at the trial.”¹³¹

Detta illustrerar hur viktigt det är för käranden att agera utan dröjsmål, eftersom ett dröjsmål kan innebära att status quo gynnar svaranden. Om t.ex. den bok som käranden vill stoppa redan har börjat tryckas och kanske distribueras kan ju bevarandet av status quo innebära att svaranden tillåts fortsätta med detta. Status quo bedöms, som huvudregel, med utgångspunkt i rättsläget strax innan stämningen eller, om yrkandet på interimistisk åtgärd framförs senare i processen, strax innan detta yrkande framställts.¹³²

Prognostisk prövning

¹²⁸ Ibid. s 409

¹²⁹ se t.ex. Roussel-Uclaf v. GD Searle & Co. [1977] FSR 125, NWL Ltd. v. Woods [1979] 3 All ER 614, Bean s.24, se nedan kap 5.2.

¹³⁰ se Fellowes and Son v. Fisher [1975] 2 All ER 829, Westberg s.168

¹³¹ [1975] AC 396, s.408

¹³² Bean. s.24

Om inte heller status quo-bedömningen ger någon vägledning får domstolen, som en sista utväg, göra en prognosbedömning av saken. Man kan då m.a.o. se om sökanden kan visa sannolika skäl för sin talan och låta svaret på detta bli avgörande för frågan om ett förbud skall meddelas eller inte. Man tittar dock här på bägge parter och avgör saken genom att komma fram till att det är mer sannolikt att sökanden vinner än att svaranden gör det och vice versa.

”...it may not be improper to take into account in tipping the balance the relative strength of each party’s case as revealed by the affidavit evidence adduced on the hearing of the application.”¹³³

Det räcker dock inte med minsta lilla övervikt för sannolikhet av den ena partens talan över den andra. Prognosbedömningen skall vara avgörande endast när fakta i målet visar, utan någon tveksamhet, att den ena parten kan visa en klart större sannolikhet för sin sak än motparten.

4.2.2.3. Undantagen från American Cyanamid-doktrinen

Lord Diplock avslutar sin genomgång av principerna med att tillägga att det kan finnas många andra ”special factors” att ta hänsyn till i varje särskilt fall.¹³⁴ Efter Cyanamid-målet har det i engelsk praxis och lagstiftning utkristalliserats ett antal sådana ”special factors” som innebär att principerna från fallet inte helt ut kan tillämpas.¹³⁵ I många av dessa fall har man gått tillbaka till den gamla ordningen och krävt att käranden kan visa ett *prima facie-case*.

Ett sådant specialfall är när ett interimistiskt förbud söks mot en offentlig myndighet. I fallet *Smith v. ILEA*¹³⁶ konstaterades att det krävs att käranden kan visa sannolika skäl för sin talan för att en myndighet genom ett interimistiskt förbud skall kunna hindras från att utöva sina lagstadgade uppgifter. Lord Denning MR uttalade;

”But, without going into detail, I am of opinion that a local authority should not be restrained, even by an interlocutory injunction, from exercising its statutory powers or doing its duty towards the public at large, unless the plaintiff shows that he has a real prospect of succeeding in his claim for a permanent injunction at the trial.”¹³⁷

¹³³ Ibid. s.409

¹³⁴ Ibid. s.409

¹³⁵ Bean s.26

¹³⁶ *Smith v. ILEA* [1978] 1 All ER 411

¹³⁷ Ibid. s.418

Är situationen sådan att domstolen, genom att bevilja eller avslå en ansökan om interimistiskt förbud, i praktiken avgör målet i sak därför att det då inte längre finns något att processa om, krävs det också att käranden kan visa sannolika skäl för sin talan. I *NWL Ltd. V. Woods*¹³⁸ modifierade Lord Diplock själv sina principer från *American Cyanamid*-målet genom att säga att när avgörandet av huruvida ett interimistiskt förbud skall meddelas eller ej, får den effekten att det i praktiken slutgiltigt avgör tvisten därför att skadan som åsamkas den förlorande parten blir fullständig och irreparabel, skall domstolen väga in sannolikheten av att käranden skall vinna i sak som en faktor i proportionalitetsbedömningen. Detta för att i möjligaste mån undvika att någon av parterna lider rättsförlust.¹³⁹

4.3. Proportionalitetsprövningens utformning

Det synes för svensk rätts del inte vara helt klart hur proportionalitetsbedömningen skall vara utformad. Vilka faktorer som skall tas med i bedömningen och vilken vikt man skall fästa vid respektive faktor har ju naturligtvis en avgörande betydelse för utfallet av bedömningen.

Utgångspunkten är att en proportionalitetsbedömning bara kan tillåtas hindra ett interimistiskt förbud om den skulle visa att förbudet medför oproportionerliga skadeverkningar jämfört med de skäl som talar för att bevilja förbudet.

Det finns i *Hackman*-målet ingenting att stödja sig på vad gäller utformningen av proportionalitetsprövningen annat än att det skall vara fråga om skadeverkningar för svaranden som inte står i proportion till de skäl som talar för ett förbud.¹⁴⁰ Faktum är att HD i själva verket inte företog någon proportionalitetsprövning. Man ansåg kanske att de skäl som talade för att ett intrång förelåg till förfång för käranden var så starka att det inte fanns något utrymme för att företa en proportionalitetsprövning. Man uttalade nämligen;

” ”Majbloms” dekor visar, trots skillnader i olika detaljer, vid en jämförelse av helhetsintrycken en sådan framträdande likhet med ”Sundborns” dekor att det föreligger ett starkt stöd för att ”Majblom” är efterbildning och därmed innefattar intrång i det upphovsrättsliga skydd Sundborndekoren har.”¹⁴¹

Denna formulering behöver dock inte nödvändigtvis betyda att man ansåg det vara uppenbart eller näst intill uppenbart att det förelåg ett intrång. Man fortsatte nämligen;

”Regnbågen har inte förmått göra sannolikt att ”Majblom” framtagits självständigt och utan kännedom om ”Sundborn” så att någon efterbildning inte föreligger.”

¹³⁸ [1979] 1 WLR 1294

¹³⁹ Ibid. s.1307

¹⁴⁰ Se NJA 1995 s.631, på s.633

¹⁴¹ NJA 1995 s.631, på s.634

Av ordvalet att döma verkar det i stället som om HD när man talar om ett ”starkt stöd” väljer just detta uttryck för att man talar om den bevisbörderegeln som man själv lade fram i NJA 1994 s. 74. Denna omtvistade bevisregel lyder;

”Den som gör gällande att det föreligger ett intrång i upphovsrätten till ett verk har bevisbördan för att en efterbildning skett. En framträdande likhet kan emellertid i och för sig anses utgöra ett starkt stöd för att det senare tillkomna alstret just är en efterbildning. Den som påstås ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste då göra sannolikt att hans alster framtagits självständigt för att någon efterbildning inte skall anses föreligga.”¹⁴²

Om detta är fallet innebär uttrycket ”starkt stöd” inte nödvändigtvis att man ansåg det vara mer än sannolikt att det var fråga om ett intrång. Istället får man kanske sluta sig till att HD ansåg att kärandens sak var uppenbar eller att klart övervägande skäl talade till dennes fördel helt enkelt genom det faktum att domstolen faktiskt inte företog någon proportionalitetsprövning.

Man måste också komma ihåg att Hackman-målet avgjordes på det faktum att den ställda säkerheten inte ansågs tillräcklig. Kanske menade att HD att proportionalitetsprövningen skall företas först efter det att alla andra bifallsförutsättningar är uppfyllda. Eftersom säkerheten inte ansågs godtagbar behövde man då inte gå vidare och företa någon proportionalitetsprövning. Om detta var orsaken till att HD underlät att företa någon proportionalitetsprövning synes det dock svårt att förklara varför man överhuvud diskuterade proportionalitetsprövningen i domskälen.

Hur man än vrider och vänder på detta kvarstår ändå det faktum att man inte från fallet kan dra några klara slutsatser angående hur proportionalitetsprövningen bör utformas.

4.3.1. Relevanta faktorer

En fråga är vilka faktorer som bör tillmätas relevans i proportionalitetsbedömningen. Här kan nog inte sättas några klara gränser utan man får avgöras från fall till fall. Ett par saker måste dock påpekas här.

4.3.1.1. Vems skada skall beaktas?

Det tycks för svensk rätts del oklart om domstolen i proportionalitetsprövningen skall beakta endast svarandens skada av ett felaktigt beslut eller om man också skall ta hänsyn till kärandepartens intresse av att få beslutet meddelat.

¹⁴² NJA 1994 s.74 på s.80

Denna fråga har kommit upp till behandling i ett patentmål där Stockholms tingsrätt och Svea hovrätt har visat sig företräda olika uppfattningar i frågan. Käranden (Recup) stämde tillverkaren (Tervento) och försäljaren (Recotech) av ett luftkonditioneringsaggregat som käranden menade gjorde intrång i deras patent. Man yrkade härvid på interimistiskt förbud. Tingsrätten fann att käranden visat sannolika skäl för att intrång förelåg och att sabotageriskrekvisitet var uppfyllt varför man meddelade det yrkade förbudet både mot tillverkaren och försäljaren av det omstridda aggregatet.¹⁴³

Försäljaren överklagade beslutet till Svea hovrätt som i likhet med tingsrätten fann att de objektiva förutsättningarna för intrång förelåg. Hovrätten stannade dock inte här utan gick vidare och utförde en proportionalitetsprövning. Svaranden hade i målet argumenterat att ägarbilden till patentet inte var helt klar. Patentet hade haft åtminstone fyra olika innehavare under loppet av en tolv månadersperiod. Patentets giltighet var också föremål för rättslig prövning, både i Sverige och vid EPO.

Hovrätten menade att svaranden genom förbudet kunde drabbas av betydande förluster medan sökanden däremot inte för tillfället hade möjlighet att utnyttja patentet på grund av bl.a. dålig ekonomi och tvisten om patentets giltighet.¹⁴⁴ Man vägde alltså här in giltigheten av patentet och kärandens bristande möjligheter att utnyttja detsamma i proportionalitetsprövningen vilket ledde till att man ansåg att förbudet skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talade för ett förbud.

Efter denna utgång i hovrätten begärde tillverkaren att tingsrätten skulle ompröva det interimistiska beslutet för deras del. Tingsrätten passade då på tillfället att kritisera hovrättens avgörande. Man menade att hovrättens tankegång att man skall beakta även rättighetsinnehavarens olägenhet av att förbudet inte meddelas inte var riktig. Man menade istället att proportionalitetsprövningen skulle ske genom en avvägning mellan skälen för det interimistiska förbudet och den skada förbudet får för svaranden.¹⁴⁵

Jag anser att det ligger närmast till hands att följa den linje som hovrätten föreslår. I den ursprungliga lydelsen av 15 kap 3 § RB angavs att ett förbud när saken gällde förtida verkställighet kunde meddelas endast om det var för käranden av *synnerlig vikt*. När denna lydelsen ändrades 1981 avsågs härvid ingen ändring i sak. Förarbetena uttalade att *parternas motstridiga intressen* skulle vägas mot varandra. Jag tolkar detta som att man skall väga in även hur stort kärandens intresse är av att förbudet meddelas.

Att på detta sätt vidga proportionalitetsprövningen till att omfatta även en bedömning av kärandens intresse av att få förbudet meddelat innebär också, om jag förstått det hela rätt, att det öppnas en möjlighet för domstolarna att ta hänsyn till om käranden har ett oegentligt syfte med sin talan.

¹⁴³ Stockholms tingsrätt mål nr. T7-1102-96 (och 105-97), jfr. Patent eye nr. 2/97 s.12

¹⁴⁴ Svea hovrätt mål nr Ö-635-97

¹⁴⁵ Stockholms tingsrätt mål nr. T7- 1102-96 jfr. Patent eye 8/97 s. 8

Axel Adlercreutz har i en artikel i SvJT 1994 behandlat proportionalitetsprövningens utformning vid yrkanden om interimistiska vitesförbud vid brott mot konkurrensklausuler.¹⁴⁶ Adlercreutz tycks mena att domstolen i proportionalitetsprövningen även bör kunna ta hänsyn till hur skyddsvärt kändens intresse av förbud är. Han menar t.ex. att domstolen bör kunna skilja på konkurrensklausuler som har till syfte att skydda kändens kundkrets och sådana som har till syfte att skydda företagshemligheter och know-how. Genomdrivandet av konkurrensklausuler av den förra typen skulle då vara ett mindre skyddsvärt intresse än genomdrivandet av den senare typen av klausuler, något som domstolen, enligt Adlercreutz, bör kunna ta hänsyn till i proportionalitetsprövningen. På samma sätt borde man, enligt min mening, i ett mål om intrång i upphovsrätt kunna ta hänsyn till det faktum att kändens syfte med förbudstalan är t.ex. att censurera den omstridda skriften. Detta är ju inget upphovsrättsligt skyddsvärt intresse.

I England gör man just den bedömning som hovrätten förespråkade i Recup-målet. Den allmänna intresseavvägningen går ju ut på att värdera parternas respektive skada och sedan jämföra dem med varandra för att på så vis komma fram till om förbud bör meddelas eller ej. I denna avvägning kan det inte klart anges vilka faktorer som kan vara relevanta utan detta får avgöras från fall till fall.

4.3.1.2. Skall endast irreparabel skada beaktas?

Kändens skall ju i princip ställa säkerhet för den skada som kan åsamkas motparten genom det interimistiska förbudet. Frågan uppkommer då om domstolen skall beakta all eventuell skada eller endast sådan som inte senare kan kompenseras, s.k. irreparabel skada.

I England tycks det klart att man tillmäter denna skillnad stor vikt. Där skall ju domstolen genom det hypotetiska skadeståndsprovet avgöra om någon av parterna kan kompenseras genom ett skadestånd.¹⁴⁷ Om en av parterna kan kompenseras och inte den andra skall det normalt mycket till för att domstolen trots detta skall meddela beslut i den förres favör.

Ekelöf menar att domstolen, vid tillämpning av 15 kap 3 § RB, bör fästa särskild vikt vid i vilken mån det genom säkerhetsåtgärden rubbade tillståndet kan återställas.¹⁴⁸ Här exemplifierar han med det fall att kändens begär att rätten interimistiskt skall ålägga motparten att riva en byggnad.

Ett yrkande om interimistiskt vitesförbud mot upphovsrättsintrång har, som ovan omnämnts, till syfte att tillse att sökanden genast kommer till sin rätt. Huruvida denna då i efterhand kan kompenseras eller inte bör därför inte spela någon roll.

¹⁴⁶ Adlercreutz, Axel; Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler, SvJT 1994 s.445

¹⁴⁷ se ovan kap 4.2.1.2.

¹⁴⁸ Ekelöf, Rättegång III, s.18

Annorlunda förhåller det sig med svaranden. I dennes fall kan det naturligtvis argumenteras att det endast är irreparabel skada som skall beaktas eftersom han genom säkerheten i princip tillförsäkras compensation för de skador som kan kompenseras. I Hackman-målet uttalade HD att vid proportionalitetsprövningen skall beaktas att svaranden genom säkerheten i princip garanteras ersättning för uppkommen skada.¹⁴⁹ Detta måste dock inte innebära att det endast är irreparabla skador som kan tillmätas relevans. Jag anser det därför vara lämpligt att följa den av Ekelöf föreslagna linjen och beakta även sådan skada som i princip kan kompenseras men fästa särskild vikt vid irreparabla skador.

4.3.2. Värderingen av skadorna

En annan fråga är hur parternas respektive skada skall värderas. Intressant i detta sammanhanget är det s.k. Custos-målet.¹⁵⁰

Hovrätten tycks här använda sig av den av Ekelöf förespråkade *konkreta billighetens princip*. Denna princip innebär att domstolen skall ta hänsyn inte bara till respektive parts eventuella skada utan också till parternas förmögenhetsförhållanden.¹⁵¹ Vad Ekelöf menar är att domstolen bör titta inte bara på parternas respektive skada i reella termer utan också ta med i beräkningen hur hårt skadorna drabbar respektive part. För en privatperson kan ju 100 000 kr vara mycket pengar medan 120 000 kr för ett stort företag kanske inte är av någon större betydelse. Som exempel på denna tillämpning nämner Ekelöf det fall att en f.d. arbetstagare påstås bryta mot en konkurrensklausul. Även om skadan då för företaget överstiger skadan för arbetstagaren i reella termer, kan ändå den senares skada anses väga tyngre om han t.ex. skulle vara tvungen att inställa sin verksamhet under processen och därmed förlora sitt uppehälle.¹⁵²

Hovrätten hänvisade i sin proportionalitetsprövning i Custos-målet bl.a. till att ett interimistiskt vitesförbud kunde komma att få mycket vittgående verkningar för svaranden medan värdet för kändanden av ett förbud måste antas vara mer begränsat.¹⁵³ De ”mycket vittgående verkningarna” för svarandebolaget måste nog förstås mot bakgrund av att företaget bara var ett småföretag med en inte alltför stark ekonomisk ställning. Aktiekapitalet uppgick till 75 000 kr. På samma sätt skall man nog förstå domstolens uttalande att värdet av ett interimistiskt förbud för kändanden måste antagas vara mera begränsat. Detta var ett storföretag med ett börsvärde runt 12,8 miljarder.

¹⁴⁹ NJA 1995 s.631, på s.634

¹⁵⁰ Svea Hovrätt mål nr. 330/90

¹⁵¹ Ekelöf, Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet, s.35

¹⁵² Ibid. s.35

¹⁵³ Svea Hovrätt mål nr. 330/90

Även i England tar man i proportionalitetsprövningen hänsyn till respektive parts ekonomiska och sociala förhållanden dvs. man väger respektive parts skada med utgångspunkt från partens förhållande och inte i reella termer. Ett exempel på detta utgör *Fellowes and Son v. Fisher*.¹⁵⁴ Omständigheterna i detta mål var mycket snarlika de i Ekelöfs fiktiva exempel med arbetstagaren som stod under hot att mista sitt uppehälle.

Svaranden i målet hade brutit mot ett konkurrensavtal som förbjöd honom att arbeta som jurist inom ett visst geografiskt område under en tidsperiod om fem år. Sökanden ville genom en *interlocutory injunction* hindra svaranden från att fortsätta bryta mot konkurrensavtalet. Court of Appeal beslöt att inte meddela något förbud. Domstolen erkände visserligen att sökanden riskerade att förlora klienter om inte ett förbud meddelades. Detta kunde dock inte uppväga svarandens skada eftersom han, om förbud meddelades, skulle tvingas sluta sin anställning. LJ Brown tog också hänsyn till att svaranden på grund av sin hustrus ohälsa endast kunde tänka sig att arbeta i närheten av hemmet som låg inom den ”förbjudna” zonen och därför skulle få svårt att försörja sig utan att bryta mot konkurrensklausulen.

¹⁵⁴ [1975] 2 All E.R. 829

5. Hänsynen till allmänintressen

5.1. Inledning

Det är en ännu obesvarad fråga om svenska domstolar kan ta hänsyn även till allmänintressen inom ramen för proportionalitetsprövningen vid talan om interimistiskt vitesförbud enligt upphovsrättslagen. Frågan har inte heller rönt någon större uppmärksamhet i doktrinen.

Vad gäller civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt 15 kap RB har Ekelöf och Gärde m.fl. fört fram åsikten att lagrummens utformning innebär att reglerna är fakultativa vilket då skulle kunna innebära att domaren har möjlighet att utöva diskretionär prövning varvid även allmänintressen kan vägas in.¹⁵⁵

Axel Adlercreutz förordar i sin artikel om interimistiska förbud för genomdrivande av konkurrensklausuler att domstolarna även bör ta hänsyn till sådana faktorer som att förbudet kan innebära en inskränkning av den personliga friheten i det fall en kreativ och verksam person utestängs från sitt arbete.¹⁵⁶ I linje härmed skulle man kunna argumentera för att även grundlagsskyddade värden som yttrande- och informationsfrihet bör tas hänsyn till i bedömningen.

Inom andra områden där det kan bli aktuellt med säkerhetsåtgärd använder man sig av en proportionalitetsprövning. I betalningssäkringslagen¹⁵⁷ som behandlar den förvaltningsrättsliga motsvarigheten till kvarstadsinstitutet i civilrätten finns det numera intaget ett krav på proportionalitetsprövning. 4 § i nämnda lag innehåller;

”Beslut om betalningssäkring får fattas endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för gäldenären eller något *motstående intresse*.”¹⁵⁸

Den skada som staten kan komma att lida om en fordan inte kan drivas in skall alltså vägas mot det intrång eller annat men som kan drabba motstående intresse.

När lagförslaget var ute på remiss ifrågasattes behovet av flera remissinstanser eftersom man menade att en proportionalitetsprincip redan ansågs följa av allmänna rättsgrundsatser. Föredragande statsrådet ansåg det ändå motiverat med en uttrycklig regel för att erinra domstolarna om att företa en proportionalitetsprövning.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Ekelöf: Rättegång III s. 14, Gärde s.158, se Westberg s.174

¹⁵⁶ Adlercreutz s.452

¹⁵⁷ Lag (1978:880) om betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter

¹⁵⁸ 4 § sista st betalningssäkringslagen (min kursivering)

¹⁵⁹ Prop. 1989/90:3 s.20

I specialmotiveringen framhålls att med vikten av att åtgärden vidtas också avsågs vikten av att upprätthålla effektiviteten i indrivningen av skatter, tullar och avgifter.¹⁶⁰ Det ligger således starka allmänpreventiva synpunkter i vågskålen på statens sida. Man ansåg ändå att detta kunde få vika för ett motstående intresse. Som exempel på fall där detta kunde bli aktuellt angav man det fall att en betalningssäkring skulle orsaka nedläggningen av ett företag med allvarliga konsekvenser för de anställda som följd.

Det är naturligtvis riskabelt att dra några paralleller mellan en förvaltningsrättslig tvångsmedelsåtgärd och det interimistiska vitesförbudet i upphovsrättslagen. Westberg menar dock att det kan vara lika angeläget att ta hänsyn till allmänintressen i mål om civilprocessuella säkerhetsåtgärder som där det kan bli aktuellt med straffprocessuella tvångsmedel eller mål om betalningssäkring.¹⁶¹ Jag menar att behovet av att kunna ta hänsyn till allmänintressen kan göra sig lika starkt gällande också i mål om interimistiskt vitesförbud enligt upphovsrättslagen. Westberg kunde dock 1990 inte finna belägg i publicerad och opublicerad praxis för att svenska domstolar tog sådan hänsyn vid handläggningen av yrkanden enligt 15 kap RB.¹⁶²

I 56a § upphovsrättslagen infördes 1999 en möjlighet att företa en s.k. intrångsundersökning¹⁶³ för att käranden skall kunna säkra bevisning om ett påstått intrång. I denna paragraf anges att ett beslut om sådan undersökning endast får meddelas om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den drabbade eller annat motstående intresse.¹⁶⁴

I förarbetena till nämnda lagrum angavs det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga anonymitetsskyddet som ett tänkbart motstående intresse.¹⁶⁵ I propositionen uttalades i anslutning till detta,

”Generellt gäller naturligtvis att intressen som är nära förbundna med grundläggande fri- och rättigheter väger tyngre än intresset av att säkra bevis rörande ett immaterialrättsintrång.”¹⁶⁶

Justitiekanslern påpekade i sitt remissvar att reglerna om intrångsundersökning kunde komma i konflikt också med censurförbudet.¹⁶⁷ Som svar på detta påpekande uttalade föredragande statsrådet;

”Ett beslut om intrångsundersökning får självfallet inte fattas om det skulle komma i konflikt med tryckfrihetsförordningens eller grundlagens censurförbud.”

¹⁶⁰ Ibid. s.43

¹⁶¹ Westberg s.173 f.

¹⁶² Westberg s.174

¹⁶³ En slags civilrättslig husrannsakan

¹⁶⁴ Se 56a § URL

¹⁶⁵ prop. 1998/99:11 s.65 f., Ds 1998:24 s.65 f.f.

¹⁶⁶ prop. 1998/99:11 s.66

¹⁶⁷ se prop. 1998/99:11 s.66

Det kan synas märkligt att man klart anger att det yttrandefrihetsrättsliga intresset skall gå före intresset av att skydda upphovsrätt i detta fall medan så inte var fallet vid interimistiska vitesförbud.¹⁶⁸ Detta kan kanske dock förklaras med att en intrångsundersökning är ett mycket ingripande tvångsmedel.

Det kanske viktigaste med de ovan citerade förarbetsuttalandena är att man faktiskt erkänner att bestämmelsen kan komma i konflikt med censurförbudet och att det därför finns ett behov av att kunna göra en intresseavvägning i vilken man tar hänsyn även till yttrandefrihetsintressen.

5.2. Hänsynen till allmänintressen i engelsk rätt

Eftersom denna fråga inte direkt har behandlats i Sverige blir det desto intressantare att titta på engelsk rätt.

Omedelbart efter det att American Cyanamid-målet avgjorts fick det utstå en hel del kritik. Man såg en fara i att domstolarna inte längre skulle ta hänsyn till sakfrågan och göra en prognostisk prövning. I en artikel i Cambridge Law Journal 1976¹⁶⁹ hävdade Peter Wallington att många av de grundläggande fri- och rättigheterna, såsom yttrande- och demonstrationsfriheten, nu var hotade eftersom sökanden inte längre behövde visa att han hade ett *prima facie*-case. Detta, i kombination med domstolarnas oförmåga att uppskatta andra värden än rent kommersiella, ansåg han skulle medföra att en sökande lättare skulle kunna få en interimistisk åtgärd beviljad, även om motstående allmänintressen talade mot det.

Min genomgång av publicerade rättsfall från de engelska domstolarna pekar på att Wallingtons farhågor till stor del kom på skam och visar att det inte är helt ovanligt att man tar hänsyn till allmänintresset när man avgör mål om *interlocutory injunctions* enligt Cyanamid-principerna.

Dock finns det, mig veterligen, bara ett publicerat fall där domstolen avslagit ett yrkande om interimistiskt förbud med hänsyn till allmänintressen i mål rörande en immateriell rättighet. Detta fall var ett patentmål¹⁷⁰ där sökanden ville¹⁷¹ interimistisk förbjuda svaranden att marknadsföra ett läkemedel mot hjärtsjukdomar. Man hävdade härvid att svarandens produkt gjorde intrång på ett sökandens tillhörigt patent. Domstolen avslög emellertid denna begäran med hänvisning till att om en interimistisk åtgärd beviljades skulle allmänheten berövas ett, för somliga livsnödvändigt, läkemedel, eftersom det på marknaden inte existerade ett fullgott alternativ.

Jag kommer här att behandla två rättsfall som jag menar visar hur yttrandefrihetsintresset kan spela in när engelska domstolar avgör mål om *interlocutory injunctions*. Det var i

¹⁶⁸ jfr. prop.1993/94:122

¹⁶⁹ Wallington, Peter; Injunctions and the "Right to demonstrate", [1976] 35 CLJ 82

¹⁷⁰ Roussel-Uclaf v. GD Searle & Co [1977] FSR 125

¹⁷¹ Ibid.

målen inte fråga om upphovsrättsintrång utan talan grundades på andra omständigheter. Som ovan omtalats äger dock Cyanamid-principerna universell tillämpning och jag tror att mål där upphovsrätt kolliderar med yttrandefrihetsintresset skulle ha lösts på ett likartat sätt.

5.2.1. Cambridge Nutrition Ltd. v. British Broacasting Corp.¹⁷²

I detta fall ville sökanden, ett företag som tillverkade och marknadsförde lågkaloriedieter för bantare, att domstolen skulle förbjuda BBC att sända ett reportage som behandlade dess produkter. Sökanden hade varit BBC behjälpligt under inspelningen av reportaget och nu hävdade man att det fanns ett muntligt avtal mellan BBC och dem själva i vilket BBC utfäst sig att inte visa reportaget innan en offentlig utredningskommitté, som samtidigt höll på att utreda lågkaloriedieter, hade publicerat sitt material. BBC hävdade å sin sida att man aldrig gjort någon dylik utfästelse och att reportaget var sådant att det skulle vara meningslöst att sända efter det att utredningens material publicerats. Man menade vidare att ett interimistisk förbud skulle innebära ett otillbörligt hinder för pressfriheten.

Kerr LJ menade att man i detta fall inte borde tillämpa Cyanamid-principerna.¹⁷³ Som tidigare nämnts skall inte Cyanamid-principerna tillämpas i fall då det interimistiska beslutet i praktiken slutgiltigt avgör tvisten.¹⁷⁴ Kerr LJ tycks utvidga detta något då han uttalar att Cyanamid-principerna endast är lämpliga att använda då saken bara slutgiltigt kan avgöras genom dom i huvudmålet.¹⁷⁵ I föreliggande fall, menade han, skulle sannolikheten av att sökande kommer att vinna processen i huvudmålet spela en viktig roll. Han konstaterar sedan att sökanden inte med någon högre grad av sannolikhet kunnat visa att ett kontrakt mellan dem och BBC faktiskt hade ingåtts.¹⁷⁶ Att det förelåg tvivel om kontraktets existens räckte för att avslå begäran om interimistisk åtgärd. Detta berodde, enligt Kerr LJ, på att;

”...a doubtful contract should never prevail over the right of free speech...”¹⁷⁷

¹⁷² [1990] 3 All ER 523

¹⁷³ Ibid. s.533

¹⁷⁴ NWL v. Woods [1979] 3 All ER 614, se ovan kap 4.2.1.3.

¹⁷⁵ [1990] 3 All ER 523, på s.533

¹⁷⁶ Ibid. s.533

¹⁷⁷ Ibid. s.534

De andra två domarna, Gibson LJ och Eastham J, kom till samma resultat men använde sig av ett annat tillvägagångssätt. De ansåg nämligen att Cyanamid-principerna var tillämpliga. Härvid konstaterades först att talan inte var en okynnestalan eller rörde en struntsak. Därefter konstaterades att ingendera parten kunde antas komma att bli fullständigt kompenserad genom skadestånd. Bägge domarna var också ense om att en proportionalitetsbedömning inte gav någon säker vägledning om vem av parterna som skulle lida mest skada om en interimistisk åtgärd beviljades respektive avslogs.¹⁷⁸ Eftersom detta var fallet kunde de som en sista utväg företa en prognosbedömning.

Bägge domarna ansåg också att hänsyn skulle tas till allmänintresset av pressfrihet, såsom en av de speciella faktorer som kan tas hänsyn till enligt Cyanamid-principerna.¹⁷⁹ Yttrandefrihetsintresset skulle gå före ett kontrakt vars existens inte var klarlagd.

Ombudet för svaranden hade i målet argumenterat för att domstolen, även om det stod klart att BBC brutit mot ett kontrakt som ålade dem att visa filmen, måste, eller i vart fall kunde, neka det interimistiska förbudet eftersom allmänintresset av yttrandefrihet vägde tyngre än ett kontrakt mellan parterna.¹⁸⁰ Eastham J menade dock att så nog inte var fallet;

”I accept that in the case of a clear contract, probably in writing, under which one party had agreed quite clearly not to publish or transmit until after the happening of some particular future event, a court would most likely reach a conclusion that the breach of such a contract would balance any freedom of speech aspect in the case”¹⁸¹

Även Gibson LJ tycks mena att om det varit helt klarlagt att det funnits ett kontrakt av den innebörd sökanden gjort gällande skulle inte yttrandefrihetsintresset kunna väga tyngre.¹⁸²

Av domarnas resonemang i denna delen låter det som om de tillämpar ett resonemang liknande det som Högsta domstolen för svensk rätts del förde i Hackman-målet. Där sa ju HD att utfallet av prognosbedömningen skulle styra vilket utrymme som kunde ges åt proportionalitetsprövningen. Om det var uppenbart att sökanden skulle vinna bifall till sin talan i huvudmålet skulle det inte finnas något utrymme alls för en proportionalitetsprövning. Detsamma säger ju Gibson och Eastham LLJ när de deklarerar att om det varit klarlagt att det fanns ett kontrakt skulle inte yttrandefrihetsintresset kunnat uppväga detta faktum.

Detta resonemang skulle egentligen strida mot Cyanamid-principerna eftersom man enligt dessa inte skall göra någon prognostisk prövning annat än som en sista avvägning när alla övriga faktorer väger jämt. Hade man strikt följt den tågordning som Lord Diplock anvisade i American Cyanamid borde Gibson och Eastham LLJ först konstaterat att intresset av yttrandefrihet innebar att intresseavvägningen vägde över till förmån för svaranden varför man skulle lämna yrkandet om interimistiskt förbud utan åtgärd.

¹⁷⁸ Ibid. s.542 resp. s.544

¹⁷⁹ Ibid. s.543 resp. s.544

¹⁸⁰ Ibid. s. 543

¹⁸¹ Ibid. s. 544

¹⁸² Ibid. s. 543

Nu valde domarna istället att inte ta med yttrandefrihetsintresset i intresseavvägningen och kom på så vis fram till att denna vägde jämt varför de kunde låta saken avgöras genom en prognosprövning. Först därefter tog man upp hänsynen till yttrandefrihetsintresset för att ytterligare motivera det beslut man tagit.

Förklaringen står, enligt min mening, att finna i det faktum att domarna behandlat hänsynen till yttrandefriheten som en sådan ”special factor” som Lord Diplock talar om i slutet av sitt votum i *American Cyanamid*.¹⁸³ Detta skulle i så fall ligga utanför den renodlade proportionalitetsprövningen.

5.2.2. *Femis-Bank (Anguilla) Ltd. and Others v. Lazar and Others*¹⁸⁴

I detta mål som rörde förtal ville sökanden, som utövade verksamhet inom finansområdet, genom ett interimistisk förbud, hindra svaranden från att publicera en serie anklagelser om att sökandens verksamhet var finansiellt osund och tvivelaktigt skött. Som grund angav man att svaranden medvetet sökte misskreditera dem i syfte att skada deras verksamhet.

Den ensamme domaren, Sir Brown-Wilkinson V.-C., använde sig av Cyanamid-principerna i sina domskäl. Han kom först fram till att sökanden hade uppfyllt kravet på *a serious question to be tried*.¹⁸⁵ När han sedan utförde det hypotetiska provet kunde han konstatera att sökanden, för det fall den interimistiska åtgärden skulle nekas och de sedan skulle vinna i huvudmålet, inte skulle kunna kompenseras genom ett skadestånd. Å andra sidan skulle ett beviljande av en interimistisk åtgärd inte medföra någon skada för svaranden.¹⁸⁶

Enligt ett strikt efterföljande av Cyanamid-principerna skulle domaren ha stannat här och beviljat den sökta åtgärden.¹⁸⁷ Intressant nog gjorde han inte det. Med hänvisning till domarens fria skön i dessa frågor och rättsinstitutets diskretionära natur ansåg han att han också skulle ta hänsyn till allmänintressena;

”However, as it seems to me, the crucial matter here is the exercise of my discretion. In the exercise of that discretion the important questions are questions of public interest and not of private rights.”¹⁸⁸

¹⁸³ se *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [1975] AC 396, s. 409

¹⁸⁴ *Femis-Bank (Anguilla) Ltd. and Others v. Lazar and Others* [1991] W.L.R. 3 80

¹⁸⁵ *Ibid.* s.87

¹⁸⁶ *Ibid.* s.87

¹⁸⁷ se *American Cyanamid Co. V. Ethicon Ltd.* [1975] AC 396, se kap 4.2.1.2.

¹⁸⁸ [1991] W.L.R. 3 80, s.87

Han identifierade två allmänintressen; det första var intresset av att bevara yttrandefriheten, det andra intresset av att tillåta att dylika anklagelser publiceras för att göra investerare, myndigheter och andra intressenter uppmärksamma på möjligheten av misskötsel av en finansiell institution.¹⁸⁹

Angående det första av dessa allmänintressen hade ombudet för käranden argumenterat för att om käranden lyckats visa ett ”prima facie-case” skulle detta innebära att allmänintresset av yttrandefrihet blev irrelevant.¹⁹⁰ Denna argumentering vann dock inte gehör hos domaren som menade att yttrandefrihetsintresset alltid är relevant och bara i undantagsfall kunde få vika för motstående intressen;

”And in exercising that discretion the fact that the injunction will interfere with the freedom of speech is an important factor to be taken into account. I would expect that only in the very clearest cases [...] would the interference with that public interest be justified by the grant of an injunction.”¹⁹¹

Vad gällde det andra allmänintresset konstaterade han bara att det fanns, på den föreliggande bevisningen, ett visst stöd för att anklagelserna var sanna och att de därför inte borde hindras från att komma till allmän kännedom.¹⁹² Sammantaget var dessa allmänintressen en så betydande faktor att domaren ansåg sig föranlåten att ogilla talan.¹⁹³

Det är svårt att från fallet utläsa i vilket sammanhang domaren ”plockade in” hänsynen till allmänintresset. Gjorde han det som en faktor att ta med i proportionalitetsprövningen eller behandlade han det som en ”special factor” på samma sätt som LLJ Gibson och Eastham i Cambridge Nutriton-målet? Vid ett strikt efterföljande av Cyanamid-principerna skulle domaren som nämnts ovan, stannat efter det att han utfört det hypotetiska skadestandsprovet eftersom detta gav utslag. Att han inte gjorde detta utan i stället hävdar att den avgörande frågan är utövningen av domarens fria skön tyder på att också han ser hänsynen till allmänintresset som en ”special factor”.

5.2.3. Slutsats

Det är, efter vad jag funnit, inte helt säkert att de engelska domstolarna tar hänsyn till allmänintresset av yttrandefrihet inom ramen för proportionalitetsprövningen. Det tycks närmast vara så att de många gånger anser att om tryckfrihetsintresset gör sig starkt gällande i ett mål så är detta en sådan ”special factor” som förvisso skall tas hänsyn till men som ligger utanför den egentliga proportionalitetsprövningen.

¹⁸⁹ Ibid. s.87

¹⁹⁰ Ibid. s.88

¹⁹¹ Ibid. s.89

¹⁹² Ibid. s.89

¹⁹³ Ibid. s.89

Detta kan i sin tur innebära att hela Cyanamid-målets regelkomplex sätts åt sidan. Som nämnts ovan kan nämligen förekomsten av en ”special factor”¹⁹⁴ innebära att målet skall avgöras med utgångspunkt i en prognosbedömning istället för en proportionalitetsprövning. Även Westberg tycks vara inne på denna linje. Han menar att det hos de engelska domarna tycks finnas en motvilja mot att meddela ett interimistiskt förbud utan att först göra en prognosprövning av saken i mål då svarandens yttrandefrihet hotas.

Man måste dock hela tiden komma ihåg att en *interlocutory injunction* är ett i högsta grad diskretionärt rättsinstitut trots det till synes rigida regelkomplex som det föranstaltades om i Cyanamid-målet. De engelska domarna har ett mycket större mått av fritt skön när de avgör dessa frågor och det kan inte uteslutas att man kan se yttrandefrihetsintresset som en faktor att väga in i proportionalitetsprövning i ett fall för att därefter i nästa behandling behandla det som en ”special factor” och därför företa en prognosprövning.

5.3. En annorlunda analys av två rättsfall

Jag kommer här att gå igenom två rättsfall i vilka högsta domstolen har tagit ställning till förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet. Fallen handlade om åtal för brott mot upphovsrättslagen och hade således inget med interimistiska åtgärder att göra. Omständigheterna är dock sådana att de skulle kunna uppkomma även vid yrkanden om interimistiska vitesförbud. Jag har därför analyserat rättsfallen utifrån den aspekten att det istället varit fråga om interimistiskt vitesförbud. I bägge målen fördes också, vid sidan om åtalet, talan om skadestånd för intrånget. De som förde denna talan kommer jag i min analys att benämna käranden och de åtalade kommer att benämnas svaranden.

5.3.1. NJA 1985 s. 893

Den 18 april 1981 hade Göteborgs-Posten infört en artikel under rubriken ”Vem behöver stadsteatern?” Artikeln bestod bl.a. av ett förslag till en gemensam överenskommelse för de anställda vid Göteborgs stadsteater. Förslaget, benämnt manifest, hade författats av en Peter O. och behandlade den konstnärliga inriktningen av teaterns verksamhet. Materialet hade publicerats utan att medgivande inhämtats av Peter O. som hävdade upphovsrätt till manifestet.

Allmänne åklagaren väckte vid Göteborgs tingsrätt åtal mot tidningens chefredaktör (Lars H) såväl som kulturredaktören (Karl B) för brott mot 53 § upphovsrättslagen. Peter O. framställde enskilt anspråk och yrkade skadestånd med 2000 kr som vederlag för utnyttjandet av manifestet och med 1 kr för skada som han lidit av att manifestet offentliggjorts.

¹⁹⁴ Se ovan kap 4.2.1.3.

De åtalade bestred åtalet på fem grunder; man hade inte handlat med uppsåt eller av grov oaktsamhet, man menade att Peter O. inte hade upphovsrätten till manifestet utan att denna tillkommit stadsteatern, att manifestet var att likställa med allmän handling, att publiceringen föll inom ramen för citaträtten och att informationsfriheten tog över upphovsrätten.

Vad gällde den sista grunden menade de åtalade att det var av vikt att få igång debatten om teaterns framtida verksamhet bland skattebetalarna innan beslut därom fattades.¹⁹⁵ Enligt de rykten som florerat innan publiceringen skulle manifestet innehålla ett förslag till ett socialistiskt maktövertagande vid teatern.¹⁹⁶ Därför var det också, hävdade de åtalade, viktigt att manifestet publicerades i sin helhet eftersom ett referat lätt skulle kunna beskyllas för att vara vinklat.¹⁹⁷

Tingsrätten började med att konstatera att manifestet uppfyllde kravet på verkshöjd och därmed ägde upphovsrättsligt skydd.¹⁹⁸ Denna upphovsrätt tillkom, enligt tingsrätten, Peter O. De handlingar som upprättats inom teatern var i vilket fall ändå inte att anse som allmänna handlingar eftersom teaterns verksamhet bedrevs i aktiebolagsform.¹⁹⁹ Inte heller kunde publiceringen anses falla inom ramen för citaträtten.²⁰⁰ När det gällde det allmänna intresset av en publicering yttrade tingsrätten;

”Med hänsyn till att kostnaderna för verksamheten vid stadsteatern till största delen bestrids av statliga och kommunala anslag måste allmänheten ha ett väsentligt intresse av att erhålla insyn i verksamheten. Detta intresse kan främjas genom att pressen bevakar teaterverksamheten”²⁰¹

Tingsrätten ansåg därför, med hänsyn till dels allmänhetens befogade intresse av att få insyn i teaterns verksamhet, dels till att Peter O. själv publicerat ett utförligt referat i en annan tidning två dagar före den omstridda publiceringen, att de åtalade inte gjort sig skyldiga till intrång i upphovsrätten till manifestet.²⁰²

Såväl åklagaren som Peter O. fullföljde talan till Hovrätten för Västra Sverige. Karl B. och Lars H. bestred ändring.

¹⁹⁵ NJA 1985 s.893, s. 895

¹⁹⁶ Ibid. s.894

¹⁹⁷ Ibid. s.895

¹⁹⁸ Ibid. s.898

¹⁹⁹ Ibid. s.898

²⁰⁰ Ibid. s.898

²⁰¹ Ibid. s.898

²⁰² Ibid. s.899

Hovrättens majoritet menade att det måste accepteras att upphovsrätten kan innebära en inskränkning av yttrandefriheten även om allmänheten, som i detta fallet, hade ett befogat intresse av insyn i stadsteaterns verksamhet. Därför kunde inte tryckfrihetsintresset få någon avgörande betydelse för frågan om brott mot upphovsrättslagen förelåg.²⁰³

Hovrätten ändrade tingsrättens domslut och dömde Karl B. och Lars H. för upphovsrättsbrott. De ådömdes också att utge ersättning till Peter O. enligt det enskilda anspråket med 2001 kr.

Två av Hovrättens ledamöter var dock skiljaktiga. Hovrättsrådet Elfving konstaterade att avsikten med manifestet inte varit att skriva litteratur utan att framföra nya och kontroversiella idéer om hur verksamheten vid ”en statsunderstödd kommunal kulturinstitution” skulle utformas.²⁰⁴

Eftersom manifestets existens blivit känd fanns det, enligt Elfving, ”ett högst påtagligt allmänt informationsbehov.”²⁰⁵ Han menade vidare att målet visade att det, trots stadgandet i 1 kap 8 § TF, kunde uppstå konflikter mellan tryckfrihetsförordningens och upphovsrättslagens syften.

När en sådan konflikt uppstår måste, hävdade Elfving, 1 kap 8 § TF tolkas utifrån syftet med tryckfrihetsförordningen. Med detta syfte för ögonen fick, menade han, publiceringen anses ha skett under utövande av den fria nyhetsförmedlingen. Han menade också att det för den allmänna debatten varit nödvändigt att publicera manifestet i sin helhet. Han avslutade med att konstatera att det kunde inte;

”...ha varit grundlagstiftarens mening att en närmast formell upphovsrätt skulle kunna hindra en tidning från att publicera ett nyhetsmaterial av stort allmänt intresse.”²⁰⁶

Adjungerade ledamoten Nyberg var även han skiljaktig och menade att publiceringen av manifestet i sin helhet var i sådan utsträckning resultatet av de åtalades yttrandefrihet att den bara kunde angripas genom ett åtal om tryckfrihetsbrott.²⁰⁷ Han menade därför att åtalet borde avvisas.²⁰⁸

Karl B. och Lars H. sökte revision och yrkade ogillande av ansvars- och skadeståndstalan. Riksåklagaren och Peter O. bestred ändring.

²⁰³ Ibid. s.901

²⁰⁴ Ibid. s.902

²⁰⁵ Ibid. s.902

²⁰⁶ Ibid. s.902

²⁰⁷ Ibid. s.904

²⁰⁸ Ibid. s.904

Föredraganden i HD menade att det inte fanns någon konflikt mellan tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen.²⁰⁹ Han menade att de båda lagkomplexen istället fullföljde ett och samma syfte även om de uppbars av olika skyddsintressen. Man fick därför acceptera att informationsfriheten begränsades av upphovsrätten.²¹⁰ Avvägningen av förhållandet mellan upphovsrätt och tryckfrihetsrätt fick avgöras med utgångspunkt i upphovsrättslagen.²¹¹ Han anslöt sig även till hovrättens uppfattning i övrigt i ansvarsfrågorna och ville därför fastställa hovrättens dom.²¹²

En enhällig Högsta domstol konstaterade inledningsvis att tryckfrihetsförordningens bestämmelser inte hindrade en prövning av åtal om upphovsrättsbrott enligt upphovsrättslagen.²¹³ Man fastslog också att manifestet var att bedöma som ett litterärt verk i upphovsrättslagens mening och att upphovsrätten tillkom Peter O.²¹⁴ HD menade också att, på de av underrätterna anförda skälen, manifestet inte kunde anses som en allmän handling och att publiceringen av manifestet inte omfattats av citaträtten.²¹⁵ Därför menade man att de objektiva förutsättningarna för ett straffbelagt intrång var uppfyllda.

HD stannade dock inte här. Med anledning av den argumentering som förts och de egenartade förhållandena i målet såg man sig föranlåten att ge frågan om förhållandet mellan tryckfrihet och upphovsrätt ytterligare uppmärksamhet.²¹⁶

Man klargjorde dock att det inte var fråga om att ifrågasätta grundlagsenligheten i de föreskrifter i upphovsrättslagen som kunde innebära en inskränkning av yttrandefriheten. Att dessa var grundlagsenliga kunde, enligt HD, inte betvivlas.²¹⁷ Vad frågan gällde var istället domstolarnas möjligheter att förklara ett annars straffbelagt handlande för straffritt när den uppkomna situationen var atypisk och inte förutsedd av lagstiftaren och starka skäl talade mot en kriminalisering.²¹⁸

Härvid konstaterade HD att domstolarna torde ha en viss sådan möjlighet att godta undantagssituationer. Man menade dock att denna möjlighet måste utnyttjas med största försiktighet.²¹⁹

²⁰⁹ Ibid. s.905

²¹⁰ Ibid. s.905

²¹¹ Ibid. s.905

²¹² Ibid. s.906

²¹³ Ibid. s.906

²¹⁴ Ibid. s.906

²¹⁵ Ibid. s.906

²¹⁶ Ibid. s.907

²¹⁷ Ibid. s.907

²¹⁸ Ibid. s.907

²¹⁹ Ibid. s.907

Den påkallade försiktigheten kunde grundas på två saker; för det första måste domstolarna med nödvändighet visa respekt för lagstiftarens bestämmanderätt. För det andra gav hänsynen till legalitetsprincipen inom straffrätten ett företräde åt lagreglering av undantagssituationerna framför en fri rättsbildning inom domstolarna.²²⁰ Det kunde, menade HD, visserligen hävdas att det var mindre betänkligt att göra avsteg från denna princip i friande riktning men på lång sikt skulle ändå medborgarna drabbas av ett avsteg från legalitetsprincipen genom att de kom att sväva i ovisshet om avgränsningen av det straffbara området.²²¹

Ett faktum som ytterligare komplicerade saken var att det i målet inte gällde att tillämpa vanliga straffstadganden enligt brottsbalken utan ett straffstadgande (53 § 1st URL) som fick sitt egentliga innehåll genom en lång rad andra detaljerade regler i 1:a och 2:a kapitlet upphovsrättslagen.²²² Eftersom reglerna i främst andra kapitlet upphovsrättslagen innefattade ett antal inskränkningar i upphovsrätten handlade det i själva verket om att komplettera och utvidga dessa undantagsregler.²²³

Man uttalade att flera av de undantag från upphovsrätten som reglerades i andra kapitlet upphovsrättslagen var frukten av en intresseavvägning från lagstiftarens sida mellan å ena sidan det upphovsrättsliga skyddsintresset och å andra sidan det samhällliga intresset av information till medborgarna i angelägenheter av allmän vikt.²²⁴ Särskilt gällde detta inskränkningarna i upphovsrätten i fråga om allmänna handlingar. Vad gällde den speciella intressekonflikt mellan upphovsrätten och yttrandefriheten som aktualiserades i målet kunde HD dock konstatera att denna inte varit förutsedd av lagstiftaren.²²⁵

Att göra ett, av hänsynen till yttrandefriheten betingat, undantag från upphovsrätten utöver de som reglerats i andra kapitlet borde enligt HD förbehållas lagstiftaren eftersom det var en kontroversiell fråga. Dessutom ansåg man att det var svårt att avgöra hur långt ett undantag skulle sträcka sig och hur kriterierna för undantaget skulle utformas.²²⁶

Lagstiftaren kunde dock bara förväntas lagstifta för typfall;

”Det torde trots det sagda kunna uppstå situationer där yttrandefrihetsintresset gör sig gällande med sådan styrka att domstolarna rimligen måste ta ansvar för en friande dom vid åtal för intrång i upphovsrätten.”²²⁷

HD nämnde att de avsedda situationerna torde ha beröringspunkter med nödsituationerna i 24 kap 4 § BrB. Man gick dock aldrig närmare in på exakt vilka situationer man avsåg med uttalandet eftersom man konstaterade att detta målet inte var en sådan situation.

²²⁰ Ibid. s.907

²²¹ Ibid. s.908

²²² Ibid. s.908

²²³ Ibid. s.908

²²⁴ Ibid. s.908

²²⁵ Ibid. s.908

²²⁶ Ibid. s.908

²²⁷ Ibid. s.908

”Det kan nämligen konstateras att det i målet inte rör sig om ett fall där *intresset av yttrandefrihet står i sådan bjärt motsättning till skyddet för upphovsrätten* som det då måste vara fråga om.”²²⁸

Man menade att det upphovsrättsliga skyddsintresset i målet visserligen inte gjorde sig starkt gällande eftersom manifestet inte varit ägnat att tillgodose upphovsmannens ekonomiska intressen och dess innehåll, fastän inte offentliggjort, varit känt inom en ganska stor krets.²²⁹ Dessutom fanns det;

”...ett betydande allmänintresse av att manifestet publicerades som ett led i nyhetsförmedlingen och som underlag för den pågående kulturpolitiska debatten angående stadsteaterverksamhetens mål och uppläggning.”²³⁰

Detta informationsbehov accentuerades också av att diskussionen rörde en verksamhet som drevs av det allmänna även om detta skedde i privaträttsliga former.

Detta räckte dock inte för att HD skulle anse sig föranlåten att göra ett undantag från de upphovsrättsliga reglerna. Motiveringen för detta ställningstagande var i första hand att man ansåg att syftet att ge allmänheten information hade kunnat fyllas genom ett referat av manifestets innehåll.²³¹ HD fastställde därför Hovrättens dom.²³²

Hur skulle då detta mål bedömts om det istället varit fråga om ett yrkande om interimistiskt förbud?

Vid en ”omvandling” till ett yrkande om interimistiskt förbud kan man konstatera att käranden vill ha ett förbud mot svaranden att publicera det berörda manifestet. Som grund för detta åberopar han att manifestet äger upphovsrättsligt skydd och att detta skydd tillkommer käranden. Han menar vidare att en publicering av manifestet skulle innebära ett intrång och att detta skulle förringa värdet av den rätt som tillkommer käranden.

Svarandens bestridande grundades på främst fyra punkter;

-för det första hävdade man att man inte handlat vare sig uppsåtligen eller av grov oaktsamhet. Denna punkt blir här irrelevant eftersom eventuellt uppsåt eller oaktsamhet hos svaranden inte spelar någon roll för kärandens möjlighet att få ett förbud meddelat.²³³

²²⁸ Ibid. s.909, min kursivering

²²⁹ Ibid. s.907

²³⁰ Ibid. s.907

²³¹ Ibid. s.909

²³² Ibid. s.909

²³³ se ovan kap 3.4.1.

-för det andra menade man att Peter O. inte hade upphovsrätt till manifestet utan att denna istället tillkom stadsteatern. Eftersom denna var att anse som en kommunal institution, trots att teaterverksamheten bedrevs i aktiebolagsform, var manifestet att likställa med allmän handling och därför inte skyddad av upphovsrätt.²³⁴ Man menade också att manifestet skulle anses vara en allmän handling och därmed undantagen från upphovsrätt eftersom det utgjort underlag för ett politiskt beslut i kommunstyrelsen. Detta kan naturligtvis bli av intresse i bedömningen om kändanden lyckats visa sannolika skäl för sin talan. Som ovan omtalats måste han, helt naturligt, kunna visa ensamrättens existens och att han är den rätte innehavaren av ensamrätten.²³⁵

-för det fall domstolen ändå skulle anse att upphovsrätten tillkom Peter O., gjorde man gällande att publiceringen av manifestet föll inom ramen för citaträtten. Även detta argument kan bli relevant för prognosbedömningen. Om publiceringen skulle falla inom citaträtten har något intrång inte skett och kändanden kan då inte få ett förbud. Jag har dock mycket svårt att tänka mig att någon domstol i sin prognosprövning skulle finna att publiceringen troligen föll inom ramen för citaträtten. Vad gäller detta har ju domstolen redan vid den interimistiska prövningen tillgång till hela bevisningen vad gäller sakfrågan. Det var ju ostridigt att manifestet publicerats i sin helhet.

-som sista grund för sitt bestridande menade svaranden att den informationsfrihet som gällde inom tryckfrihetsrätten måste ta över Peter O:s upphovsrätt. Man hänvisade i argumentationen till det allmänna intresse som fanns hos stadens medborgare;

”I och med att kommunstyrelsen på grund av att ”manifestet” cirkulerade fattade ett politiskt beslut i fråga om anslag till teatern blev det ett allmänt intresse bland stadens medborgare att få kännedom om ”manifestets” innehåll.”²³⁶

Denna grund är troligen irrelevant vad gäller prognosprövningen. Som ovan redogjorts för så accepterar den svenska rättsordningen att upphovsrätten i viss utsträckning inskränker tryckfriheten. Riktigt säkert är det dock inte med tanke på HD:s resonemang i just detta fallet. Jag anser det dock inte vara särskilt troligt att domstolen skulle anse att kändanden inte visat sannolika skäl med hänvisning till detta argument. Däremot kan argumentet få betydelse inom ramen för en proportionalitetsprövning.

Det framgår tydligt av domstolarnas resonemang att de tre första av dessa grunder inte ansågs förtjäna avseende. Domstolarna för inte någon utförligare argumentation angående dessa grundens giltighet utan konstaterar ganska omgående att de inte håller för att bemöta påståendet om upphovsrättsintrång.

Det är naturligtvis omöjligt att säga hur domstolarna skulle behandlat argumenten i en interimistisk process beroende på att det inte går att uttala sig om vilken bevisning som hade förelegat i denna. Man kan nog trots detta sluta sig till att domstolarna i vart fall skulle

²³⁴ 9 § 3p URL

²³⁵ se ovan kap 3.4.1., Däremot kan det naturligtvis i detta fallet inte bli fråga om någon likhetsbedömning eftersom det var fråga om att publicera den exakta utformningen av manifestet.

²³⁶ NJA 1985 s.893 på s.894

ansett att kändanden hade visat sannolika skäl för sin talan. Att domstolarna är mycket kortfattade när det gäller dessa grunder skulle kanske till och med kunna tolkas som om det förelåg en hög grad av sannolikhet för kändandens talan. Detta är också utgångspunkten för min analys.

Vad gäller sabotageriskrekvisitet kan det enligt min mening inte föreligga några som helst tvivel om att domstolarna skulle funnit att detta rekvisit var uppfyllt. Svaranden stod i begrepp att publicera manifestet utan tillstånd och detta måste innebära att värdet av ensamrätten skulle komma att förringas.

Vad gäller kravet på säkerhet kan man naturligtvis inte säga någonting om detta här. Jag utgår från att godtagbar säkerhet ställts.

Såsom utrymmet för proportionalitetsprövningen konstruerades av HD i Hackman-målet kan man, med tanke på de starka skäl som här talade för kändandens sak, konstatera att utrymmet för en proportionalitetsprövning var ganska litet.

Man kan också konstatera att ingendera av parterna riskerade att lida någon allvarligare skada. Vad gällde Peter O. uppskattade han själv sin skada till 2000 kr för utnyttjandet och 1 kr för ideell skada. Detta kan ju inte ens med 1985 års penningvärde sägas utgöra någon allvarlig skada. Skadan för redaktörerna/tidningen (tidningen troligtvis svarande) av att felaktigt förbjudas publicera manifestet är naturligtvis svår att uppskatta men det kan enligt min mening inte röra sig om något annat än en marginell skada. Jag skulle nog vilja påstå att svarandens direkta skada i detta målet fick anses som obefintlig. Detta innebär att proportionalitetsprövningen troligen utfallit till kändandens favör. Det är därför troligt att domstolen skulle meddelat ett eventuellt förbud i detta mål om hänsyn inte skulle tas till yttrande- och informationsfrihetsintresset.

Frågan blir då om allmänintresset av yttrande- och informationsfrihet kan vägas in i prövningen och om detta i så fall skulle ändrat utgången. Här är det enligt min mening främst två saker som är av betydelse. För det första måste det upprepas att utrymmet för en proportionalitetsprövning i detta mål var litet. Det kan också konstateras att i detta fallet tycks det mig som om yttrandefriheten skulle kunna ha blivit tillgodosedd genom ett referat av manifestet. Jag ser inga avgörande skäl som talar för att det skulle vara nödvändigt att publicera manifestet i dess helhet för att tillgodose allmänhetens intresse av att få kännedom om stadsteaterns verksamhet.

Visserligen gör sig kanske det upphovsrättsliga skyddsintresset inte särskilt starkt gällande i målet. Enligt min mening fanns det dock ett berättigat intresse hos kändanden att hindra publiceringen av någonting som han själv beskrev som ett utkast.

Sammantaget anser jag att yttrandefrihetsintresset inte i detta målet kan påverka proportionalitetsprövningen så starkt att förbud mot publiceringen, trots att de objektiva förutsättningarna förelåg, skulle nekats, eftersom

- 1) det var i det närmaste klarlagt att upphovsrätt existerade och att denna tillföll kändanden, vilket innebär att utrymmet för en proportionalitetsprövning var litet.

- 2) det fanns hos käranden ett berättigat intresse av att hans verk inte publicerades.
- 3) allmänintresset av yttrande- och informationsfrihet kunde blivit tillgodosett genom ett referat av manifestet.

Inom parentes kan sägas att jag tror att även en engelsk domstol skulle kommit till samma resultat i detta mål. Även engelska domstolar tycks, som visats ovan, ovilliga att "köra över" en klarlagd rättighet ens med hänsyn till yttrandefriheten.²³⁷

5.3.2. NJA 1998 s. 838

Bokförläggaren Karl-Erik H. hade, i syfte att bekämpa den ökade nynazismen och främlingsfientligheten i Sverige, givit ut Adolf Hitlers bok *Mein Kampf* i svensk översättning. Allmänne åklagaren väckte åtal vid Stockholms tingsrätt för brott mot upphovsrättslagen. Fristaten Bayern biträdde därvid åtalet och yrkade att tingsrätten skulle förbjuda Karl-Erik H. vid ett vite av 100 000 kr att fortsätta utgivningen av boken.

Karl-Erik H. bestred åtalet på fyra grunder;

För det första menade han att Fristaten Bayern inte hade upphovsrätt till boken. För det andra skulle, enligt Karl-Erik H., upphovsrätten, för det fall domstolen ansåg att Fristaten Bayern innehade denna, inte anses giltig här i Sverige eftersom den grundade sig på ett konfiskatoriskt förvärv. För det tredje ansåg han att även om Fristaten Bayern hade en i Sverige gällande upphovsrätt till verket skulle det strida mot tryckfrihetsintresset att göra upphovsrätten gällande. Slutligen hävdade han att han inte handlat vare sig uppsåtligt eller av grov oaktsamhet om intrång ansågs föreligga.²³⁸

Bakgrunden var den att när segrarmakterna efter andra världskriget ockuperat Tyskland hade man där infört ett antal lagar och förordningar i syfte att befria landet från nazismen. På grundval av en sådan lag hade en, för ändamålet upprättad, denazifieringsdomstol (s.k. Spruchkammer) i München 1948 konfiskerat Adolf Hitlers kvarlåtenskap till förmån för Fristaten Bayern.²³⁹

Frågorna som domstolen hade att ta ställning till var dels huruvida svensk rätt skulle erkänna en konfiskation i ett annat land, dels om konfiskationen med hänsyn till svenska upphovsrättsliga regler skulle anses grunda upphovsrätt i Sverige. För det fall domstolen skulle anse att Fristaten Bayern hade en i Sverige gällande upphovsrätt hade man också att ta ställning till om tryckfrihetsintressen skulle väga över intresset av att skydda upphovsrätten.

²³⁷ se ovan kap 5.2.1.

²³⁸ NJA 1998 s.838 på s.838

²³⁹ Ibid. s.839 f.

Frågorna var mycket komplicerade och parterna hänvisade bl.a. till dokument, lagar och förordningar från tiden strax efter andra världskriget i Tyskland samt 1907-års Haag-konvention om lagar och bruk i landkrig.²⁴⁰ Tingsrätten kunde dock, efter en ganska utförlig motivering, sluta sig till att Fristaten Bayern hade upphovsrätten till det berörda verket och att denna upphovsrätt skulle tillerkännas giltighet i Sverige.²⁴¹

Så hade domstolen att ta ställning till om detta var en sådan situation som HD avsett i Manifest-målet och man därför ändå fick ta ansvar för en friande dom. Man kunde då konstatera att det endast var i mycket speciella situationer som straffrihet från upphovsrättsbrott kunde komma ifråga med hänvisning till yttrandefrihetsintressen.²⁴² Man uttalade sedan;

”Enligt TR:ns mening är omständigheterna i förevarande mål, som gäller ett kommersiellt utnyttjande av upphovsrättsskyddat verk genom framställning och försäljning till allmänheten av ett stort antal exemplar, inte sådana att intresset av yttrandefrihet står i sådan motsättning till skyddet för upphovsrätten att frihet från ansvar för intrånget ...[]...kan komma ifråga.”²⁴³

Eftersom man sedan fann att intrånget skett av i vart fall grov oaktsamhet dömde man Karl-Erik H. för brottet. Man utdömde dock inte något straff utan förordnade om att en tidigare villkorlig dom mot Karl-Erik H. skulle omfatta även detta brott eftersom man ansåg att brottet inte var av allvarlig art. Man lämnade också Fristaten Bayerns yrkande om vitesförbud utan bifall med hänvisning till att Karl-Erik H. redan upphört med intrånget.

Bägge parter överklagade till Svea Hovrätt som kunde konstatera att frågorna i målet rörde huruvida Fristaten Bayern innehade upphovsrätten till verket i fråga och om denna upphovsrätt i så fall kunde anses gälla även i Sverige samt om intresset av yttrandefrihet gjorde sig så starkt gällande i målet att åtalet ändå skulle ogillas.²⁴⁴

Man konstaterade sedan att upphovsrätten till verket tillkommit Fristaten Bayern genom konfiskation.²⁴⁵ Hovrätten ansåg dock att en konfiskation i utlandet av en upphovsrätt bara i undantagsfall kunde bli gällande i Sverige. Här hänvisade man till att upphovsrätt åtnjuter en särställning eftersom den är grundlagskyddad och eftersom den också innefattar ett element av ideella rättigheter som inte överhuvud kan överlåtas.²⁴⁶

²⁴⁰ Ibid. s.839 f.f.

²⁴¹ Ibid. s.844

²⁴² Ibid. s.844

²⁴³ Ibid. s.844

²⁴⁴ Ibid. s.846

²⁴⁵ Ibid. s.846

²⁴⁶ Ibid. s.846

En annan viktig aspekt av denna frågan var, ansåg hovrätten, att ett obegränsat erkännande av utländska konfiskationsbeslut skulle göra det möjligt för en främmande makt att genom konfiskation av upphovsrättsligt skyddat material som innehöll för den främmande staten misshagliga åsikter skulle innebära att den främmande staten kunde hindra spridning av dessa åsikter även i Sverige. Detta, menade hovrätten, skulle strida mot grundläggande svenska värderingar.²⁴⁷

I detta fall hade dock Sverige erkänt de allierade staternas befrielse av naziststaten och skapandet av de övergångsbestämmelser som reglerade konfiskationen.²⁴⁸ Därför fann man att Fristaten Bayerns upphovsrätt till verket skulle erkännas i Sverige.²⁴⁹

Vad gällde frågan om yttrandefrihetsintresset av en publicering delade hovrätten, utan närmare motivering, tingsrättens bedömning att detta inte i målet stod i sådan motsättning till det upphovsrättsliga skyddsintresset att åtalet därför skulle ogillas.²⁵⁰

Man gjorde även i påföljdsfrågan samma bedömning som tingsrätten. Dock ansåg hovrätten att vitesförbud skulle meddelas.²⁵¹

HD kom fram till samma slut som hovrätten men med en annorlunda motivering. Man ansåg nämligen inte att den i Tyskland genomförda konfiskationen av upphovsrätten var giltig i Sverige eftersom en konfiskation inte kunde anses förenlig med svensk upphovsrättslagstiftning. Man menade att upphovsrätten till Mein Kampf i Sverige vid Adolf Hitlers död övergick till hans legala arvingar.²⁵² Av denna anledning kunde inte Fristaten Bayerns yrkande på vitesförbud bifallas.

Dock menade HD att det inte spelade någon roll för ansvarsfrågan om det var Fristaten Bayern eller någon annan (okänd) som innehade upphovsrätten. Man menade nämligen att eftersom brott mot upphovsrättslagen föll under allmänt åtal utan krav på angivelse av målsäganden hade det inte någon betydelse att man inte kunde klargöra vem rättighetshavaren var;

”Det får anses tillräckligt att det i gärningsbeskrivningen anges att någon har kränkt en annans upphovsrätt utan att det finns uppgift om vem denne andre är.”²⁵³

HD kunde därför konstatera att det fick hållas för visst att upphovsrätten till Mein Kampf tillkom någon annan än Karl-Erik H. och att Karl-Erik H. kränkt dennes upphovsrätt.

²⁴⁷ Ibid. s.846

²⁴⁸ Ibid. s.846 f.

²⁴⁹ Ibid. s.847

²⁵⁰ Ibid. s.847

²⁵¹ Ibid. s.847

²⁵² Ibid. s.849

²⁵³ Ibid. s.850

I diskussionen angående huruvida yttrandefrihetsintresset kunde påverka utgången hänvisade HD till lagutskottets betänkande LU 1986/87:11 där lagutskottet kommit fram till att upphovsrättslagen i sin gällande utformning fick anses innefatta en lämplig avvägning mellan intresset av en fri opinionsbildning och upphovsmännens intressen.²⁵⁴

HD menade emellertid att inkorporeringen av Europakonventionen för mänskliga rättigheter i svensk rätt kunde innebära ett lagstöd för att i vissa undantagssituationer ändå tillerkänna skyddet för yttrandefriheten försteg framför upphovsrätten.²⁵⁵

Även om det genom Europakonventionen fanns ett ökat utrymme för att på detta sätt ta hänsyn till yttrandefrihetsintresset kunde situationen i det föreliggande målet inte medge att upphovsrätten skulle få stå tillbaka till förmån för yttrandefrihetsintresset.²⁵⁶ HD fastställde därför hovrättens dom i ansvarsdelen.

Käranden i detta målet, Fristaten Bayern, vill här alltså få ett interimistiskt förbud för svaranden, Karl-Erik H., att fortsätta tryckning, marknadsföring, försäljning eller annan spridning av Mein Kampf. Som stöd för detta anger man att man innehar upphovsrätten till verket och att svaranden inte har tillstånd att utnyttja detsamma och därför begår intrång i kärandens upphovsrätt. Käranden hävdar också att svaranden genom att fortsätta intrånget förringar värdet att kärandens ensamrätt.

Svaranden bestrider yrkandet om interimistiskt förbud på tre grunder;

-för det första hävdar han att käranden inte innehar upphovsrätten till verket. Detta är naturligtvis en giltig invändning för prognosprövningen eftersom käranden måste visa att han innehar den omstridda rättigheten.²⁵⁷

-för det andra menar han att upphovsrätten inte skall anses giltig i Sverige eftersom det skulle strida mot ordre public att låta en konfiskerad upphovsrätt äga giltighet i Sverige. Även detta är en giltig invändning som domstolen bör ta hänsyn till i sin prognosprövning. Upphovsrättens existens måste ju, som ovan omtalats, bevisas.²⁵⁸

-den tredje invändningen är att tryckfrihetsintresset tar över det upphovsrättsliga skyddsintresset i detta mål. Som beskrivits i min analys av manifest-målet kan detta argument nog inte antas få någon betydelse för utgången av domstolens prognosprövning. Däremot skulle det, anser jag, kunna bli relevant vid en eventuell proportionalitetsprövning.²⁵⁹

Även i detta mål är det naturligtvis svårt att uttala sig med någon större grad av säkerhet om hur domstolen skulle hanterat dessa frågor vid ett yrkande om interimistiskt förbud. Man

²⁵⁴ Ibid. s.851

²⁵⁵ Ibid. s.851

²⁵⁶ Ibid. s.851

²⁵⁷ se ovan kap 3.4.1., Att HD fann att det inte spelade någon roll vem rättigheten tillhörde gäller ju bara förr brottmålsituationen och är därför inte relevant i detta sammanhanget.

²⁵⁸ Se ovan kap 3.4.1.

²⁵⁹ jfr. ovan kap 5.3.1.1.

måste ju hålla i minnet att processmaterialet troligtvis inte var så omfattande som det skulle ha varit i en ordinarie process. Även i den ordinarie processen hade domstolarna svårt att avgöra rättsfrågorna så det kan väl antas att de skulle haft det också om det varit fråga om ett yrkande om interimistiskt förbud. Man skall dock komma ihåg att beviskravet är lägre än i den ordinarie processen så det är nog troligt att domstolarna skulle funnit att det förelåg sannolika skäl för kändens talan.

Vad gäller sabotageriskrequisitet kan det inte heller här betvivlas att det skulle anses uppfyllt.

Jag menar att det med tanke på de oklarheter som förelåg om upphovsrättens giltighet i Sverige och i fråga om Fristaten Bayern var upphovsrättsinnehavare att det är rimligt att tänka sig att domstolen i detta fall hade ansett att de skäl som talade för att ett intrång förelåg inte var så starka som i manifest-målet. Käranden kanske precis nådde upp till bevisvärdepunkten sannolika skäl. Detta innebär, mot bakgrund av Hackman-målet, att utrymmet för proportionalitetsprövningen i detta målet var större.

Vad gäller de eventuella skadeverkningarna för parterna kan man konstatera att det är mycket svårt att uttala sig om vilken skada svaranden i målet riskerade att lida eftersom det inte går att säga hur långt denne hade kommit i sitt arbete med utgivningen av boken. Om han kommit långt i översättning, tryckning och marknadsföring kan han naturligtvis riskerat lida allvarlig skada men om inte detta var fallet kan hans skada kanske inte sägas vara allvarlig.

Vad gäller käranden kan det däremot klarläggas att Fristaten Bayern inte skulle lida någon ekonomisk skada av att förbudet inte meddelades. Fristaten hade inte för avsikt att hävda sin upphovsrätt till verket för att själv kunna tillgodogöra sig detta ekonomiskt. För upphovsrättens del måste man nog anta att domstolen måste kunna ta hänsyn även till skador vars värde inte kan uppskattas i pengar. Annars skulle den ideella rätten sakna betydelse i proportionalitetsprövningen vilket knappast kan ha varit tanken. Den ideella rätten till verket kan dock i detta fallet inte, med hänsyn till omständigheterna, tillmätas någon betydelse.²⁶⁰ Syftet med Fristaten Bayerns talan var att boken inte överhuvud skulle bli tillgänglig för allmänheten.

Enligt min mening är det här svårt att avgöra vad utfallet av proportionalitetsprövningen skulle blivit. Utgången av denna är ju beroende av den skada som riskerade att åsamkas svaranden och denna kan vi inte säga något om. Om skadan för svaranden hade bedömts som låg kan det dock inte uteslutas att proportionalitetsprövningen utfallit till förmån för käranden.

Om domstolen funnit att skadeverkningarna för svaranden inte var oproportionerliga i förhållande till de skäl som talade för ett förbud hade man kanske meddelat ett förbud. Men

²⁶⁰ jfr. NJA 1998 s.838, s.847 där Hovrätten uttalar att den ideella rätten i detta fall inte utgjorde något skyddsvärt intresse. Den ideella rätten är knuten till upphovsmannens person och kan inte överlätas. Det skulle därför, enligt min mening, vara anmärkningsvärt om den skulle tillåtas få betydelse i händerna på Fristaten Bayern som erhållit upphovsrätten genom konfiskering.

enligt min mening hade man då missat det väsentliga i detta mål, nämligen intresset av informationsfrihet.

Enligt min mening föreligger i detta mål ett starkt intresse av yttrande- och informationsfrihet. Det är av vikt att allmänheten får tillgång till källorna vid studier av nazismen. Samtidigt måste man komma ihåg att Fristaten Bayerns syfte med yrkande om interimistiskt förbud var att förhindra att spridning gavs åt verket. Man hade m.a.o. inte för avsikt att själv utnyttja verket utan ville bara hindra andra från att göra det. I likhet med Svea hovrätts uttalande i Recup-målet att hänsyn också skall tas till kändens olägenhet vid ett avslag på yrkandet om interimistiskt förbud, kan man här hävda att proportionalitetsprövningen väger mycket starkt till förmån för att inte meddela något förbud.²⁶¹ Kändens hade inte något att vinna ekonomiskt på att hindra utgivningen och vad angår den ideella rätten fanns det ju inte någon personlig koppling mellan upphovsrättsinnehavaren och verket. Att ge upphovsrättsinnehavarens sålunda mycket svaga skyddsbehov företräde framför yttrandefriheten i detta fall skulle enligt min mening vara minst sagt betänkligt.

Om man vid proportionalitetsprövningen tog hänsyn till allmänintresset av informationsfrihet är följande tre faktorer av avgörande betydelse;

- 1) Det var inte klarlagt att Fristaten Bayerns upphovsrätt till verket kunde göras gällande i Sverige. Detta lämnar troligtvis ett relativt stort utrymme åt proportionalitetsprövningen.
- 2) Till skillnad från vad som var fallet i manifest-målet var det här uteslutet att yttrande- och informationsfriheten skulle kunna tillgodoses genom ett referat av verket. Nazismen lever och frodas mycket tack vare starka mytbildningar och att referera verket kan inte motverka detta. Endast genom att verket göres tillgängligt i sin helhet kan det uppfylla allmänhetens informationsbehov.²⁶²
- 3) Kändens olägenhet av att förbud inte meddelades var mycket liten. Kändens syfte var att censurera bort boken från marknaden och upphovsrätten användes som ett verktyg för att uppnå detta syfte. Det upphovsrättsliga skyddsbehovet i sig var därför mycket litet.

Dessa faktorer skulle enligt min mening innebära att interimistiskt förbud i detta fallet inte bort meddelas.

5.3.3. Slutsatser

Vilka slutsatser kan då dras från denna till hälften fiktiva rättsfallsanalys?

Den första slutsatsen jag dragit är att dessa rättsfall visar att det kan uppstå en intressekollision mellan upphovsrätten och yttrande- och informationsfriheten när domstolarna har att ta ställning till ett yrkande om interimistiskt förbud i mål om

²⁶¹ se ovan kap 4.3.1.1.

²⁶² Enligt den åtalade Karl-Erik H. var det i syfte just att motverka mytbildningar som han ville publicera boken.

upphovsrättsintrång. Detta innebär, enligt min mening, i sin tur att det är angeläget att domstolarna också kan ta hänsyn till allmänintressen vid behandlingen av interimistiska förbud. Både Högsta domstolen och lagrådet har dock uttalat att den upphovsrättsliga regleringen inte står i strid med yttrandefriheten och detta måste nog antas vara sant. Detta leder dock endast fram till slutsatsen att domstolen normalt inte behöver bekymra sig om yttrandefrihetsintresset i sin prognosprövning av saken.

Annorlunda förhåller det sig med proportionalitetsprövningen. Här spelar inte några materiella regler in utan här lämnas utrymme för att ta hänsyn till eventuella skadeverkningar. I denna bedömningen kan det därför, enligt min mening, vara lämpligt att också ta hänsyn till t.ex. yttrandefrihetsintresset. Att hänsyn till yttrandefriheten endast kan tas inom ramen för proportionalitetsprövningen innebär dock att domstolen inte kan ta hänsyn till yttrandefrihetsintresset om ett intrång är klarlagt. I enlighet med Hackman-målet blir det inte aktuellt att genomföra någon proportionalitetsprövning när kärandens talan är uppenbar.

Den första faktorn av betydelse är därför hur starka skäl som talar för kärandens sak. Om det föreligger starka skäl för att käranden kommer att vinna i huvudmålet krymper ju utrymmet för proportionalitetsprövningen och då blir ju även utrymmet för att ta hänsyn till allmänintressen mindre.

Den andra faktorn av betydelse är kärandens olägenhet av att förbudet inte beviljas. Det kan naturligtvis tänkas att kärandens intresse av att få förbudet meddelat är så starkt att det kan väga tyngre än ett svagt yttrandefrihetsintresse. Det kan ju också vara tvärtom, vilket enligt min uppfattning var fallet i Mein Kampf-målet. Kärandens upphovsrättsliga skyddsintresse gjorde sig mycket svagt gällande. Upphovsrätten har inte till syfte att vara ett verktyg för att undanhålla information utan att tillse att författare och andra upphovsmän får ett rimligt utbyte av sina prestationer. Jag anser att denna faktor talade mycket starkt mot ett förbud i Mein Kampf-målet.

Den tredje faktorn är enligt min mening att yttrandefrihetsintresset inte kan tillgodoses på något annat sätt än genom den påstått intrångsgörande handlingen. Om det kan det t.ex. genom ett referat av texten finns det enligt min mening inte något bärande skäl för att ta hänsyn till yttrandefrihetsintresset i ett mål om interimistiskt förbud. Enligt min mening skilde sig manifest-målet och Mein Kampf-målet åt även på denna punkten. I det förra hade ett referat varit tillräckligt för att tillgodose yttrandefrihetsintresset medan så inte var fallet i det senare.

Sammantaget kan sägas att i Mein Kampf-målet var situationen på dessa, enligt mig avgörande, punkter något annorlunda jämfört med manifest-målet. Det fanns ett större utrymme för proportionalitetsprövningen, kärandens olägenhet av att förbud inte meddelades var mindre och yttrandefrihetsintresset kunde inte tillgodoses genom t.ex. ett referat.

6. Avslutande synpunkter

Avslutningsvis skulle jag vilja återknyta till, det i inledningen beskrivna, fiktiva fallet och de frågor som detta väckte.

Den första frågan var vilket utrymme som i svensk rätt kunde ges åt en proportionalitetsprövning.

Man kan börja med att konstatera att det idag inte råder något tvivel om att en svensk domstol kan avslå en begäran om interimistiskt vitesförbud i mål om upphovsrättsintrång med hänvisning till att förbudet skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förbud. Detta framgår tydligt av NJA 1995 s. 631. Vilket utrymme denna proportionalitetsprövning skall ges bestäms, som ovan visats, av hur stor sannolikheten för kändens talan är. Ju större sannolikhet för kändens talan desto mindre blir utrymmet för proportionalitetsprövningen.

Jag anser att Högsta domstolen gjorde en korrekt bedömning när man lät utrymmet för proportionalitetsprövningen bestämmas på detta sätt. Detta innebär en mellanväg mellan de två modeller som tidigare skisserats för att minimera risken för skada för någon av parterna.²⁶³ Man kan ta hänsyn både till vem av parterna som troligen kommer att vinna i huvudmålet och vem av parterna som riskerar att lida den allvarligaste skadan för det fall prognosprövningen inte ger något klart svar.

Nu kan det argumenteras att detta är ett alltför statistiskt mönster och att man borde kunna företa en proportionalitetsprövning även när sannolikheten för kändens talan är mycket hög. En sådan argumentation kan naturligtvis stödjas på att det kan te sig tveksamt att meddela förbud, även om sannolikheten för kändens talan är mycket hög, när kändens potentiella skada är försumbar medan svaranden riskerar att lida mycket allvarlig skada.

Att avgöra yrkanden om interimistiskt förbud enbart med utgångspunkt i en proportionalitetsprövning, i vilken man förvisso kunde ta hänsyn till sannolikheten för kändens talan, vore dock, enligt min mening, att gå för långt. Detta skulle innebära en alltför stor inskränkning av upphovsrättsinnehavarnas legitima intressen att snabbt få slut på ett pågående intrång. Dessutom har ju prognosprövningen den fördelen att den interimistiska processen kan fungera som ett slags miniprocess. Parterna får tidigt en uppfattning om ”varåt det lutar” och kan med utgångspunkt i domstolens bedömning lättare nå en förlikning. Detta gäller naturligtvis i högre grad ju klarare slutsats domstolen kommer till i sin prognosprövning.

²⁶³ Se kap 4.1.1.

Om domstolen däremot finner att kändanden precis når upp till bevisvärdepunkten sannolika skäl kan det istället vara lämpligt att låta saken avgöras av en proportionalitetsprövning. Beviskravet sannolika skäl innebär en ganska svag grad av sannolikhet.²⁶⁴ I denna situationen kan det därför anses betänkligt att meddela ett interimistiskt förbud i de fall då svarandens potentiella skada är större än kändandens.

Om man applicerar HD:s modell på mitt fiktiva fall så kommer man nog till den slutsatsen att det där lämnas ett ganska stort utrymme för en proportionalitetsprövning. Domstolen fann förvisso att kändanden visat sannolika skäl för sin talan. Vem som i den ordinarie processen kommer att vinna avgörs av hur domstolen ser på frågan om citaträtten. Detta är en svårbedömd fråga eftersom domstolen bl.a. måste utreda vad som kan betecknas som ”god sed” på området. Jag menar därför att det här kan vara lämpligt att ge proportionalitetsprövningen ett ganska stort utrymme.²⁶⁵ Det är, enligt min mening, inte otänkbart att en domstol skulle dela denna uppfattning.

Hur bör då proportionalitetsprövningen gå till?

Här är det främst två saker som blir av betydelse. För det första menar jag att det kan ha betydelse för utfallet av proportionalitetsprövningen huruvida domstolen kan ta hänsyn till hur stort kändandens intresse är av att förbudet meddelas, enligt den modell som Svea hovrätt använde sig av i Recup-målet. Om man kan det menar jag att det öppnas en möjlighet att ta hänsyn till om kändanden har ett oegentligt syfte med sin talan. Ett sådant oegentligt syfte kan, enligt min mening, vara att t.ex. använda en påstådd upphovsrätt till att ”censurera bort” vissa skrifter.²⁶⁶ Detta är ju inget upphovsrättsligt skyddsvärt intresse.

För det andra är det viktigt att avgöra vilken vikt domstolen skall fästa vid irreparabla skador och det faktum att svaranden genom säkerheten i princip kan erhålla ersättning för sina eventuella skador. Detta kan få betydelse också i mitt fiktiva fall. Visserligen hade svaranden troligtvis haft ganska stora utlägg för tillverkning, marknadsföring etc. Dessa skador kan dock lätt kompenseras genom att säkerheten betalas ut. Jag har i detta arbete framfört åsikten att även reparabla skador kan beaktas men att särskild vikt skall fästas vid irreparabla skador. Med detta synsätt är det inte otänkbart att domstolen i mitt fiktiva fall skulle komma till den slutsatsen att ett förbud *inte* skulle medföra oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett sådant. I denna situation skulle utgången därför kunna bli beroende av huruvida det är möjligt för domstolen att ta hänsyn till det starka yttrande- och informationsfrihetsintresse som gjorde sig gällande i målet. Detta aktualiserar min sista fråga;

Kan en svensk domstol ta hänsyn även till yttrande- och informationsfrihetsintresset inom ramen för proportionalitetsprövningen?

²⁶⁴ se Ekelöf, Per-Olof; Rättegång IV s.56

²⁶⁵ Jag utgår från att processmaterialet var ganska bristfälligt. Det var dessutom mycket brådskande.

²⁶⁶ Se analysen av Mein Kampf-målet

Det som i första hand talar för att så skulle vara fallet är att 53a § upphovsrättslagen är fakultativ. Gärde m.fl. menar att proportionalitetsprövningen innebär en fri prövning från domstolens sida. I denna prövning skall samtliga omständigheter som kan vara av betydelse tas i beaktande.²⁶⁷ Detta borde ju innebära att även ett allmänintresse skulle kunna tillåtas påverka bedömningen. Även Westberg anser att man kan finna ett visst stöd för en skönsmässig bedömning i förarbetena till 15 kap 3 § RB när det gäller sådana fall som innebär en förtida verkställighet.²⁶⁸ Westberg anser det dock vara diskutabelt om domstolarna kan låta hänsyn till allmänintressen påverka proportionalitetsprövningen eftersom det inte finns något direkt lagstöd för en proportionalitetsprövning.²⁶⁹

I England tas som ovan beskrivits hänsyn till allmänintressen när man avgör mål om *interlocutory injunctions*. I linje härmed kan det argumenteras att också svenska domstolar bör ha denna möjlighet. Jag menar dock att man måste vara försiktig med att dra sådana direkta paralleller mellan svensk och engelsk rättstillämpning. Det är särskilt påkallat med försiktighet när man handskas med ett rättsinstitut som i engelsk rätt hör hemma i *equity*. Just *equity* har många specifika drag varav det kanske viktigaste och mest framträdande är det mycket stora utrymme som ges domarnas fria skön.²⁷⁰ Saker som kan spela in i detta sammanhang är t.ex. domarens rättskänsla och åsikt om vad som i det enskilda fallet är ”rätt och riktigt”. Detta synsätt ligger mycket långt från den svenska positivistiska rättstraditionen. I Sverige har domaren inte den självklara rätt att meddela eller inte meddela ett interimistiskt beslut vartefter han anser det vara rätt eller fel.²⁷¹

Högsta domstolen yttrade i Manifest-målet att domstolen, när intresset av yttrandefrihet står i bjärt motsättning till upphovsrättsintresset, kan förklara ett annars straffbelagt handlande som straffritt. Detta kan, enligt min åsikt, tala för att hänsyn bör kunna tas till intresset av yttrandefrihet också vid yrkande om interimistiskt förbud mot intrång i upphovsrätt. Det är naturligtvis i högsta grad dock osäkert vilken räckvidd detta uttalande kan ha på interimistiska förbud i mål om upphovsrättsintrång. Härom kan framföras ett argument för och ett argument mot att dra en sådan parallell.

Argumentet mot att man skulle kunna låta Högsta domstolens resonemang utsträcka sig också till yrkanden om interimistiska förbud är att i det senare fallet har domstolen att ta ställning till en tvist mellan två privata rättssubjekt varav ena parten riskerar att lida skada till följd av beslutet medan man i det förra gör en avvägning mellan det allmännas intresse och intresset hos ett privat rättssubjekt. Jag anser det med fog kunna hävdas att det ter sig mindre betänkligt att låta ett straffbelagt intrång anses som straffritt på grund av hänsyn till yttrandefriheten än att låta yttrandefrihetsintresset inkräkta på ett privat rättssubjekts lagstadgade rättigheter. Det senare framstår naturligtvis som än mer betänkligt när den senare rättigheten, vilket är fallet med upphovsrätt, har skydd i grundlag.²⁷²

²⁶⁷ Gärde m.fl. s.158

²⁶⁸ Westberg s.174

²⁶⁹ Westberg s.173

²⁷⁰ se Spry s.1 f.f.

²⁷¹ Detta skall vi nog, enligt min mening, trots allt vara tacksamma för.

²⁷² 2 kap 19 § RF

Skall samma sak gälla när det är fråga om interimistiskt förbud? Enligt min mening kommer saken här i ett lite annorlunda läge. Här kan det ju nämligen vara fråga om en upphovsrätt vars existens inte är helt klarlagd eller ett intrång som inte är bevisat. Här kan en parallell dras till engelsk rätt där man verkar kräva att kärandens rätt är i hög grad klarlagd för att den skall kunna ”övertrumfa” ett yttrandefrihetsintresse. I Cambridge Nutrition-målet uttalades att om det rådde tvivel om existensen av det kontrakt från vilket kärande härledde sin rätt, innebar detta att yttrandefrihetsintresset måste gå före.

I de fall upphovsrätten inte är, med någorlunda hög grad av säkerhet, klarlagd faller mycket av skyddsintresset för det privata subjekt som hävdar upphovsrätten bort och utrymmet för att låta den påstådda upphovsrätten stå tillbaka till förmån för yttrandefrihetsintresset ökar på samma sätt som utrymmet för att låta den påstådda rättigheten stå tillbaka för motpartens berättigade intressen gör det. Att det skulle finnas något rent principiellt hinder för att ta hänsyn även till yttrandefrihetsintressen i dessa fall kan jag inte se.

Frågan blir väl ytterst vilken betydelse det egentligen har att ett intresse är skyddat i grundlagarna. Peter Westberg har i en intressant artikel²⁷³ ifrågasatt om det inte, i vårt moderna samhället, finns vissa principiellt oantastliga värden. Dessa skulle då sammanfalla med rättigheterna i 2 kap RF. För dessa oantastliga värden skulle gälla att t.ex. ett avtal som inskränker ett sådant inte kan genomdrivas med domstolarnas hjälp, en situation liknande den vid pactum turpe, om det inte finns ett klart lagstöd för att göra så.

För upphovsrättens del råder det ingen tvekan om att lagstöd finns även för interimistiska förbud som inskränker yttrandefriheten. Det råder heller ingen tvekan om att yttrandefrihetsrättsliga synpunkter inte kan ”överleva” ett upphovsrättsligt anspråk i den ordinära processen. Min uppfattning är att trots detta domstolarna bör kunna ta hänsyn till detta ”oantastliga värde” i det interimistiska förfarandet. Här är processmaterialet ofta bristfälligt och rättigheterna inte klarlagda. Att på så svaga grunder utan reflektion inskränka ett av rättsordningen grundlagsskyddat värde är, enligt min mening, inte helt tillfredsställande.

Som läget är idag anser jag det dock tveksamt om förarbetena verkligen stödjer tesen att hänsyn skall tas även till allmänintressen såsom yttrandefriheten. I proposition 1980/81:84 sägs ju att *parternas* motstridiga intressen skall vägas mot varandra.²⁷⁴ Jag anser därför att det skulle vara att föredra om en uttrycklig proportionalitetsregel införs i 53a § upphovsrättslagen. I likhet med vad som gäller enligt betalningssäkringslagen²⁷⁵ och 56a § upphovsrättslagen skulle man då kunna tänka sig att det inte bara är parts utan också ”annat motstående intresse” som skall beaktas. Jag menar att denna uppsats visar att behovet finns.

²⁷³ Westberg, Peter; Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen, i Festskrift till Håkan Strömberg

²⁷⁴ prop. 1980/81:84 s.230, se ovan kap 4.1.1.1.

²⁷⁵ 4 § betalningssäkringslagen

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Ds 1993:24 Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång

Ds 1998:24 Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång

Motion till riksdagen 1985/86:L245

Motion till riksdagen 1985/86:L254

Konstitutionsutskottets yttrande 1986/87:1y

Lagutskottetsbetänkande 1986/87:LU11

NJA II 1943:1 s. 181f.f.

Proposition 1948:230 med förslag till tryckfrihetsförordning

Proposition 1960:17 med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Proposition 1980/81:8 med förslag till utökningsbalk

Proposition 1980/81:84 med förslag till lag om införande av utökningsbalken m.m.

Proposition 1985/86:86 om ändring i Patentlagen (1967:837) m.m.

Proposition 1986/87:151 om ändringar i tryckfrihetsförordningen m.m.

Proposition 1989/90:3 om ändringar i betalningssäkringslagen

Proposition 1990/91:64 om yttrandefrihetsgrundlag

Proposition 1992/93:122 Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång

Proposition 1998/99:11 Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång

SOU 1938:43 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

SOU 1983:35 Patentprocessen och sanktionssystemet inom patenträtten

Litteratur

Böcker

Barnard, David & Houghton, Mark: The New Civil Court in Action, Butterworths, London 1993

Bean, David: Injunctions, 4:th edition, Longman, London 1987

Casson, DB och Dennis, I.H.; Modern Developments in the Law of Civil Procedure, Sweet&Maxwell, London 1982

Ekelöf, Per-Olof; Rättegång II, sjunde uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1985

Ekelöf, Per-Olof; Rättegång III, femte uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1992

Ekelöf, Per-Olof; Rättegång IV, sjätte uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1995

Gärde, N., m.fl.; Nya Rättegångsbalken, Norstedts Juridik, Göteborg 1994

Laddie, Hugh, Prescott, Peter och Vitoria, Mary; The Moder Law of Copyright, Butterworths, London 1980

Lindell, Bengt; Civilprocessen, Iustus förlag, Uppsala 1998

Olsson, Henry; Upphovsrättslagstiftningen -en kommentar, Norstedts Juridik, Stockholm 1996

Skone-James, E.P.: Copinger and Skone-James on Copyright, 11:th edition, Sweet&Maxwell, London 1971

Spry, I.C.F.: Equitable Remedies; Injunctions and specific performance, The Law Book Company Ltd., Melbourne 1971

Strömberg, Håkan; Tryckfrihetsrätt, tolfte uppl., Studentlitteratur, Lund 1997

Artiklar m.m.

Adlercreutz, Axel; Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrenskláusuler, SvJT 1994 s.445

Andersson, Niklas; Interimistiska förbud inom immaterialrättsprocessen -Vad är sannolika skäl?, Examensuppsats för Peter Westberg, Juridiska institutionen i Lund nr.84/98

Ekelöf, Per-Olof; Handräckning som säkerhetsåtgärd och förtida verkställighet, i Festskrift till Thore Engströmer s.1, Almquist & Wiksells, Uppsala 1943

Gray, Christine; Interlocutory Injunctions since Cyanamid, [1979] Cambridge Law Journal vol. 40 s. 307

Foskolos, Maria; Citaträtten -särskilt inom litteratur, musik och film, Examensuppsats för Lennart Svensäter, Juridiska institutionen i Lund nr. 162/99

Leubsdorf, J; The Standard for Preliminary Injunctions, Harvard Law Review [1978] vol. 91 s.525

Patent Eye nr. 2/97 s.12

Patent Eye nr. 8/97 s.8

Sundblad, Martin; Missbruk av civilprocessuella säkerhetsåtgärder, Examensuppsats för Peter Westberg, Juridiska institutionen i Lund nr.163/99

Wallington, Peter; Injunctions and the "Right to demonstrate", [1976] Cambridge Law Journal vol. 35 s. 82

Westberg, Peter; Civilprocessuella säkerhetsåtgärder -ett instrument för konfliktlösning? SvJT 1990 s. 161

Westberg, Peter; Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen, i Festskrift till Håkan Strömberg

Rättsfall

Rättsfall från svenska domstolar

Avgöranden från Högsta Domstolen

NJA 1989 s.52

NJA 1990 s.338

NJA 1993 s.182

NJA 1994 s.74

NJA 1985 s.893

NJA 1995 s.631

NJA 1998 s.838

Hovrättsavgöranden

Svea Hovrätt mål nr. Ö 330/90

Hovrätten över Skåne och Blekinge mål nr. Ö 1531/95

Svea Hovrätt mål nr. Ö 635/97

Tingsrättsavgöranden

Malmö TR mål nr. 3380-95

Stockholms TR mål nr. T7-1102-96 (-105-97)

Rättsfall från engelska domstolar

American Cyanamid Co. V. Ethicon Ltd. [1975] AC 396

Cambridge Nutrition Ltd. v. British Broadcasting Corp. [1990] 3 All ER 523

Cayne v. Global Natural Resources plc. [1984] 1 All ER 225

Duport Steels Ltd. v. Sirs and Others [1980] 1 All ER 529

Fellowes and Son v. Fisher [1975] 2 All ER 829

Femis-Bank (Anguilla) Ltd. and Others v. Lazar and Others [1991] W.L.R.3 80

Hubbard v. Vosper [1972] 1 All ER 1023

Mothercare Ltd. v. Robson Books Ltd. [1979] F.S.R. 464

NWL Ltd. V. Woods [1979] 3 All ER 614

Roussel-Uclaf v. G.D. Searle & Co. [1977] FSR 125

Schering Chemicals Ltd. v. Falkman Ltd. [1981] 2 All ER 321

Smith v. ILEA [1978] 1 All ER 411