



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Marthins

Säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsliga processer

-

*En analys av ansökan om säkerhetsåtgärd
som ett alternativt instrument för individuell
konfliktlösning*

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Professor Peter Westberg

Ämnesområde
Civilprocessrätt och immaterialrätt

Termin
VT 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Staten och det privata – handlingsdirigering kontra konfliktlösning	5
1.2 Frågeställning och avgränsningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition	7
2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	8
2.1 Bakgrund	8
2.2 Europakonventionen	8
2.2.1 EKMR artikel 6.1	8
2.2.2 Frivilligt avstående av domstolsprövning	9
2.3 Civilprocess i domstol	10
2.3.1 Institutet säkerhetsåtgärd	10
2.3.2 Svensk praxis rörande säkerhetsåtgärder	11
2.3.2.1 NJA 1982 s 175 I (Rättshjälp)	11
2.3.2.2 NJA 1993 s 182 (TV 5)	11
2.3.2.3 NJA 1995 s 631 (Majblom)	12
2.3.2.4 NJA 1995 s 635 (Galliano)	13
2.3.2.5 NJA 1997 s 109 (Partyman)	14
2.3.2.6 NJA 2000 s 435 I och II (TV 3)	14
2.4 En distinktion mellan civil- och processrätt	15
2.5 Sammanfattande synpunkter	16
3 SÄKERHETSÅTGÄRDER VID IMMATERIALRÄTTSLIGA PROCESSER	17
3.1 Bakgrund	17
3.2 Immaterialrättsliga processer	18
3.2.1 Processförutsättningar	18
3.2.1.1 Domstolens behörighet	18

3.2.1.1.1 Nationella tvister	18
3.2.1.1.2 Internationella tvister	19
3.2.1.2 Saklegitimation	20
3.2.1.2.1 Påståendedoktrinen	20
3.2.1.2.2 Licensavtal	21
3.2.2 Angrepssubjekt	22
3.2.2.1 Enskilda fysiska eller juridiska personer	22
3.2.2.2 En okänd adressat	23
3.2.2.3 Tredje man som adressat	23
3.3 Tvistemålets karaktär	25
3.3.1 Indispositivt eller dispositivt tvistemål	25
3.3.2 Yrkandet om säkerhetsåtgärd	28
3.3.3 Officialprövning eller partsdispositivitet	29
3.4 Civilprocessuella säkerhetsåtgärder	29
3.4.1 Urvalet av säkerhetsåtgärder	29
3.4.1.1 Kvarstad och förvarstagande	29
3.4.1.2 Bättre rätt till viss egendom	30
3.4.1.3 En lämplig åtgärd	31
3.4.2 Bifallsförutsättningar	31
3.4.2.1 Sannolika skäl	31
3.4.2.2 Sabotagerisk	33
3.4.2.3 Fara i dröjsmål	34
3.4.2.4 Säkerhet	35
3.4.2.5 Proportionalitet	35
3.5 Sammanfattande synpunkter	36
4 ANSÖKAN OM SÄKERHETSÅTGÄRD SOM ETT INSTRUMENT FÖR KONFLIKTLÖSNING	38
4.1 Bakgrund	38
4.2 Skapandet av ett tvistemålssubstitut	38
4.2.1 Förordnandets innehåll	38
4.2.2 Prognosprövningen	39
4.2.3 Proportionalitetsprövningen	42
4.3 Avslutande kommentarer	43
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	45
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	48

Summary

Since the enactment of the European Convention on Human Rights (ECHR) national courts must consider the right to court in private legal relationships and a *fair trial* in article 6.1 ECHR, also at hearings of applications for interlocutory injunctions. The object of interlocutory injunctions in Swedish Civil Procedure Law is furthermore to supplement and facilitate the practical litigation, not to replace it. Hence, such orders can be no more than provisional. Also, the law provides that the court must not prejudge the points of law or fact in issue or neutralize in advance the effects of the judgement subsequently to be given in the main action. On the contrary, national courts have indeed attempted an in-depth assessment of either party's case and the likely outcome of the proceedings at trial, while assessing whether or not to grant an interlocutory injunction in cases of intellectual property infringements. The aim of this essay is to evaluate to what extent an application for an interlocutory injunction in Swedish Civil Procedure Law can be used as a substitute for civil litigation in intellectual property infringement cases. The obvious benefits would be no delay for justice and less expense of proceedings. Firstly, a substitute for civil litigation might be created if (I) the decision has the same contents as the future judgement, in order to protect the applicant from injury resulting from the violation of the intellectual property right asserted. The applicant will then be satisfied as to the result and take no further action. Secondly, a substitute for civil litigation might be created if (II) the court preliminary rules on the subject matter, while assessing whether or not the applicant will be successful at full trial. In such cases, the losing party is expected not to seek more favourable ruling in the main action. The issue, however, is not that the ruling counteracts the underlying object, but rather that it will be in favour of the opposite party if the applicant produces no evidence whatsoever or if the applicant produces evidence but nevertheless fails to prove the claim evident. Even though the civil standard of proof applied is designed in favour of the applicant she will still be unsuccessful. That is due to the fact that the court must not weigh the applicant's need for protection against the opposite party's interest not to be prevented from exercising her legal rights in such cases. It is arguable that national courts then will be condemned for failure to respect the right to equality of arms and a *fair trial* in breach of article 6.1 ECHR. Instead it will be suggested that the court must determine where the balance of convenience lies also when the applicant is unlikely to be successful at full trial. Finally, a substitute for civil litigation might be created if (III) the legal or actual effects of the interlocutory injunction granted will in fact prevent the opposite party from taking further action e.g. for lacking of financial resources.

Sammanfattning

Sedan ratificerandet av Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) måste svenska domstolar respektera rätten till domstol vid privata rättsförhållanden och en *fair trial* enligt artikel 6.1 EKMR, också vid prövningar av ansökningar om civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Det huvudsakliga syftet med de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna i svensk civilprocessrätt är vidare att de ska komplettera och underlätta den ordinära tvistemålsprocessen, inte ersätta den. Följaktligen så är sådana beslut endast provisoriska. Därtill så är domstolen i princip förhindrad att fatta beslut i tvistiga sak- eller rättsfrågor innan hela materialet har förebragts i målet och ståndpunktstagandet ska då ske genom det slutgiltiga avgörandet i saken. Trots detta så har svenska domstolar i flertalet immaterialrättsliga mål gjort tämligen ingående sakprövningar av sakfrågor som aktualiserats vid prövningen av ansökan om säkerhetsåtgärd, och därmed gett parterna en prognos på utgången i det framtida huvudmålet. Syftet med den här uppsatsen är att utvärdera i vilken utsträckning en ansökan om en civilprocessuell säkerhetsåtgärd kan fungera som ett tvistemålssubstitut vid immaterialrättsintrång. Fördelarna skulle främst bli snabbare rättskipning och minskade processkostnader. För det första så kan ett tvistemålssubstitut skapas om (I) beslutet har samma innehåll som en framtida tvistemålsdom, för att sökandens behov av skydd påkallar ett sådant förordnande. I sådana fall är sökanden rimligtvis nöjd med resultatet och kommer inte vilja att gå vidare i processen. För det andra så kan en substituteffekt uppstå ifall domstolen väljer att grunda sitt beslut på en (II) prognosprövning. Att substituteffekten skulle uppstå i dessa fall förutsätter dock att den förlorande parten avstår från att driva saken vidare till en slutlig dom i målet. Problemet är dock att prognosprövningen mestadels ensidigt gynnar motparten i de fall sökanden saknar bevisning för sitt framtida anspråk eller då hon har bevisning men misslyckas att visa att hennes sak är uppenbar. Även om beviskravets höjd skulle gynna sökanden kommer hon alltid att förlora i säkerhetsåtgärdsförfarandet, eftersom domstolen aldrig kommer att göra någon proportionalitetsprövning till fördel för sökanden. I dessa fall riskerar svenska domstolar att åsidosätta rätten till likabehandling och en *fair trial* i strid med artikel 6.1 EKMR. Det kommer därför att föreslås att domstolen ska göra en proportionalitetsprövning också i de fall sökanden inte har goda utsikter att lyckas i huvudmålet. Slutligen så kan motparten reagera inför de (III) rättsliga eller faktiska effekter som ett förordnande av säkerhetsåtgärd har. Att substituteffekten i sådana fall uppstår bygger på idén att den förlorande motparten skulle drabbas så hårt av en säkerhetsåtgärd, att hon inte skulle ha några möjligheter att driva processen vidare t ex på grund av bristande ekonomiska resurser.

Förord

För ett föredömligt handledarskap, inspiration och kritiska synpunkter vill jag tacka Peter Westberg, professor i processrätt vid Juridiska fakulteten i Lund. Hötterminen 2010 höll han den mycket givande fördjupningskursen *Konflikt och kontrakt*. Jag lärde mig massor om civilprocessrätt och tvistelösning. Även hans fördjupningskurs *Konflikt och immaterialrättsliga intrång* som hölls vårterminen 2011, och från vilken jag plockade ämnet till den här uppsatsen, var givande. Jag vill också tacka för flertalet stipendier som välvilligt utdelats och tacksamt mottagits från *Ansgarius Stiftelsen* i Stockholm. Slutligen ett ändlöst tack till dem som står mig närmast. Ett särskilt tack vill jag dock rikta till min älskade mormor – advokat Ingegerd Gottfridsson. Det är hennes förtjänst att jag valde att börja studera juridik.

Stockholm i maj 2011

Anna Marthins

Förkortningar

ADR	Alternative Dispute Resolution
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FHL	Lagen om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
KFM	Kronofogdemyndigheten
ML	Mönsterskyddslagen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PatL	Patentlagen
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
TR	Tingsrätten
UB	Utsökningsbalken
URL	Lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VML	Varumärkeslagen

1 Inledning

1.1 Staten och det privata – handlingsdirigering kontra konfliktlösning

Frågan om de civilprocessuella säkerhetsåtgärdernas rättsliga funktion och eventuella användning som konfliktlösningsform vid tvist handlar i grunden om en krock mellan två av den svenska civilprocessens mest primära funktioner – *handlingsdirigering* och *konfliktlösning*.¹ Dessa funktioner kan sägas ha ett gemensamt syfte att verka för att *ändamålen* bakom den materiella rätten ska få ett maximalt genomslag i rättslivet.² Den materiella rätten ska i båda fallen genomföras (*rätts*)*säkert*, *snabbt* och *billigt*. En möjlig *distinktion* mellan handlingsdirigeringen och konfliktlösningen skulle man dock kunna göra genom att fästa avseende på *vilket* plan genomslaget bör ske. I det första fallet ska genomslaget ske på ett *allmänt* plan. I det senare fallet ska genomslaget ske på ett *enskilt* plan. En sådan gränsdragning kan sägas ha sin grund i funktionernas *olika* bakomliggande syften. Syftet med handlingsdirigeringen skulle främst vara att rikta in processen på *svaranden*. Målet skulle vara att medborgarna handlar i enlighet med lagstiftningens ändamål. Processen är i sådana fall *prospektiv* och siktar främst på att finna sanktioner med en avsedd påverkans effekt. Styrningen avser *inte* i första hand de ändamål bakom de materiella regler som är aktuella i den enskilda rättegången, utan lagstiftningen i sin helhet. I fokus för bedömningen står *rättsfrågorna*, och rättssäkerheten är därför högre prioriterad än snabbheten och billigheten. Syftet med konfliktlösningen skulle istället vara att rikta in processen på *käranden*. Målet skulle vara att hitta den *exakta* compensationen som motsvarar den påstådda rättskränkningen. Processen är då också *retrospektiv* och siktar främst på att hitta lösningar med en avsedd konfliktlösande effekt.³ I fokus för bedömningen står *sakfrågorna*, och snabbheten och billigheten är därför viktigare än rättssäkerheten. Funktionerna interagerar med och förutsätter till viss del varandra. Domstolens *allmänna* rättskipning kräver ju rimligtvis att det finns tillräckliga incitament för en part att söka *enskild* konfliktlösning. Civilprocessen har ju *inte* någon självstart.⁴ I den bemärkelsen så kan man säga att den allmänna handlingsdirigeringen sker *genom* den individuella konfliktlösningen. Min utgångspunkt är dock att civilprocessen i sig själv också är en *kamp* mellan handlingsdirigeringen (ett samhälligt nyttoperspektiv) och konfliktlösningen (ett individualistiskt tvåpartsperspektiv).⁵ De civilprocessuella säkerhetsåtgärderna kan visserligen sägas medverka till en förstärkning av civilrättskipningens

¹ Westberg (Bok 1) s 66.

² Olivecrona, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, s 10 f.

³ Lindblom (2004) s 123 f; Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 13.

⁴ Lindblom (2000) s 123f.

⁵ Lindblom (2004) s 240f.

handlingsdirigerande effekt. Enbart ansöknings om en säkerhetsåtgärd kan ju medföra att den förpliktade motparten – för att slippa den obehagliga åtgärden – *själv* uppfyller sin förpliktelse. I sådana fall är det risken för att bli utsatt för en säkerhetsåtgärd som utgör ett incitament för *frivilligt* presterande. Den sökande parten har emellertid ett tidsperspektiv och vill därför uppnå snabba och konkreta resultat. Utgångspunkten är då istället att de civilprocessuella säkerhetsåtgärdernas *främsta* betydelse är kopplad till de händelser som de ögonblickligen *stoppas* eller till det faktiska eller rättsliga läge som de omedelbart *skapar*. I sådana fall kan ett förordnande leda till att den förlorande parten ger upp eller att parterna träffar en förlikning. Då har också beslutet *löst* konflikten och gjort en rättegång överflödig.⁶

1.2 Frågeställning och avgränsningar

Den övergripande frågeställningen för detta examensarbete är: *I vilken utsträckning kan en ansökan om en civilprocessuell säkerhetsåtgärd fungera som ett tvistemålssubstitut vid immaterialrättsintrång?* Uppsatsen behandlar endast utverkandet av *civilprocessuella* säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsliga processer i svensk domstol. I fokus står därför de allmänna reglerna om civilprocessuella säkerhetsåtgärder i 15 kap. RB, och därmed behandlas inte närmare speciallagstiftningen kring de *civilrättsliga* säkerhetsåtgärderna i de immaterialrättsliga lagarna⁷. Andra typer av immaterialrättsliga sanktioner såsom *straff* och *skadestånd* som också kan utlösas vid intrång i immaterialrätt⁸, omfattas inte heller av den här studien. Inte heller har *förlikning* vid immaterialrättsliga tvister behandlats på något djupare plan. Förhållandet mellan principen om *fair trial* i artikel 6.1 EKMR och säkerhetsåtgärdsprocesser vid immaterialrättsintrång hade också kunnat analyseras mer djupgående om utrymmet för studien hade varit obegränsat.

1.3 Metod och material

En analys av ansökan om säkerhetsåtgärd som ett alternativt instrument för individuell konfliktlösning lämpar sig för ett *partsperspektiv* som metod. Min utgångspunkt är att för att kunna förstå säkerhetsåtgärdsprocessen som en form av alternativ konfliktlösning på det *enskilda* planet, så måste man också titta på parternas argumentation. Genom att angripa ämnet utifrån parterna är min förhoppning att det lättare ska kunna gå att belysa de praktiska för- och nackdelar som det innebär att ansöka om en säkerhetsåtgärd i ett immaterialrättsligt mål. Att se till ett klassiskt lagstiftnings- eller domstolsperspektiv hade förmodligen inte varit särskilt lönsamt i mitt fall. Anledningen därtill är helt enkelt att praxis och lagmotiv inte ger någon vidare vägledning i principiella och konkreta frågor kring min huvudsakliga frågeställning. Istället har doktrin i form av juridiska artiklar och juridisk litteratur fått fungera som huvudsakligt material för den

⁶ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 12 ff.

⁷ Se avsnitt 2.4 nedan, där görs en *distinktion* mellan dessa åtgärder.

⁸ Levin, *Lärobok i immaterialrätt* (suppl. 2010), s 8.

här studien. Av den litteratur som mera grundligt behandlar de civilprocessuella säkerhetsåtgärder i svensk rätt har jag konsekvent valt att använda mig av: *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål* (Bok 1-4) av Westberg, *Rättegång III* av Ekelöf m.fl., *Praktisk process* av Nordh, *Rättegångsbalken – En kommentar på Internet* av Fitger samt *Åtgärder vid immaterialrättsintrång* av Bengtsson m.fl. Tillsammans täcker de in det mesta vad gäller utverkandet av civilprocessuella säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsliga intrång.

1.4 Disposition

Uppsatsen är disponerad på följande sätt. Kapitel 2 behandlar vilka rättsliga *utgångspunkter* som gäller för civilprocessuella säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsliga tvister. Här utreds relevanta delar av EKMR och motiven till 15 kap RB. Vidare så följer en kort rättsfallsöversikt och en distinktion görs mellan civil- och processrätt. Kapitel 3 utreder *gällande rätt* ifråga om civilprocessuella säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsintrång. Här utreds dels grundläggande *processuella* förutsättningarna för att kunna inleda en säkerhetsåtgärdsprocess, dels *materiella* förutsättningarna för att kunna angripa ett visst subjekt. Vidare så diskuteras vilken betydelse tvistemålets karaktär har för utformandet av säkerhetsåtgärdsyrkandet och valet av säkerhetsåtgärd. Slutligen så följer en genomgång av *urvalet* av civilprocessuella säkerhetsåtgärder och vilka bifallsförutsättningar som måste vara uppfyllda för att en ansökan ska kunna bifallas i en immaterialrättslig intrångstvist. Relevant juridisk doktrin och praxis behandlas genomgående i kapitlet. Kapitel 4 utreder slutligen under vilka förutsättningar det kan skapas ett tvistemålssubstitut och därför också i vilken utsträckning en ansökan om en civilprocessuell säkerhetsåtgärd kan fungera som ett tvistemålssubstitut vid immaterialrättsintrång

2 Rättsliga utgångspunkter

2.1 Bakgrund

När en civilprocessuell säkerhetsåtgärd förordnas kan det få förödande konsekvenser för den part som åtgärden riktas mot. Kanske påverkas hennes näringsverksamhet eller ekonomiska situation så svårt att det i princip blir meningslöst för henne att försöka lösa tvisten slutgiltigt i en rättegång. Tvisten avgörs då redan genom förordnandet av en säkerhetsåtgärd.⁹ Även om det ytterst är partens personliga och ekonomiska belägenhet som bestämmer vilken genomslagskraft ett förordnande *de facto* får¹⁰, så måste förordnandet i grunden vara *försvarbart*. Utgångspunkten är att en part i en svensk rättegång har ett stort rättsskydd som ges av olika lagar. EKMR utgör den yttersta ramen (ett s.k. *minimiskydd*) för rättsäkerhetsgarantier i svensk rätt och begränsar därför också möjligheterna för sökanden¹¹ att utverka en säkerhetsåtgärd i vissa fall. Likaså är motiven till 15 kap RB centrala när man utreder frågor om rättsskydd i säkerhetsåtgärdsprocessen. Slutligen är det med hjälp av praxis som man kan dra mer specifika slutsatser om vad som gäller för utverkandet av civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt 15 kap RB vid immaterialrättsintrång i svensk rätt.

2.2 Europakonventionen

Sedan Sverige ratificerade Europakonventionen år 1953 har dess status som rättskälla inte alltid varit självklar. Tveksamheten har framförallt haft sin grund i det faktum att konventionen tidigare *inte* var inkorporerad i svensk rätt och därför inte heller ansågs vara *direkt* tillämplig i den interna rättskipningen.¹² Slutligen år 1995 inkorporerades dock konventionen i svensk rätt.¹³ Utgångspunkten idag är alltså att EKMR ska betraktas som svensk lag och att konventionen i princip bör ges företräde i de fall den av domstolen skulle anses strida mot inhemsk lag.¹⁴

2.2.1 EKMR artikel 6.1

Vid prövningen av den enskildes *civila* rättigheter och skyldigheter är artikel 6.1 EKMR tillämplig. Bestämmelsen är processuell och garanterar rätten till

⁹ Westberg (1990) s 161.

¹⁰ Westberg (Bok 1) s 75; Lindblom (2006) s 117.

¹¹ I denna framställning används termen *sökande* för att beteckna den som begär en säkerhetsåtgärd. Den mot vilken yrkandet riktas benämns med termen *motpart*.

¹² NJA 1973 s 423 och RÅ 1974 ref 61. Jfr NJA 1981 s 1205; NJA 1984 S 903; 1989 s 131; NJA 1988 s 572; 1990 s 636.

¹³ Se *lagen* (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna som trädde i kraft den 1 januari 1995. Samtidigt upptogs en bestämmelse i 2 kap 23 § RF om att lag eller annan föreskrift *inte* får meddelas i strid med Sveriges åtaganden pga. EKMR.

¹⁴ Danelius, *Mänskliga rättigheter*, s 41ff.

en opartisk prövning av materiella rättigheter. För att artikeln ska anses tillämplig krävs emellertid att (I) det är fråga om en genuin och seriös *tvist* mellan en enskild fysisk eller juridisk person och en annan enskild fysisk eller juridisk person eller myndighet. Vidare så ska (II) tvisten röra antingen existensen, omfattningen eller innebörden av en *civilrättslig* rättighet (eller skyldighet) som (III) måste ha sin grund i *nationell* rätt. Det kan röra sig om såväl faktiska som rättsliga frågor. Inom artikel 6.1 EKMR tillämpningsområde faller i princip *alla* förfaranden där utgången är *avgörande* för privata rättigheter och skyldigheter.¹⁵ Europadomstolen har i sin praxis konstaterat att beslut om intermistiska säkerhetsåtgärder och förelägganden ska anses utgöra en tvist om *civila* rättigheter, vilket har medfört att rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6.1 EKMR måste respekteras.¹⁶ Således ska kravet på *fair trial* tillgodoses vid ett säkerhetsåtgärdsförfarande i domstol enligt 15 kap RB. Sammanfattningsvis så uppställer artikel 6.1 EKMR följande grundkrav för domstolsförfarandet:

1. Domstolen ska vara oavhängig och opartisk.
2. Domstolen ska vara upprättad enligt lag.¹⁷
3. Domstolsförfarandet ska vara rättvist s.k. *fair trial*.
4. Domstolsförfarandet ska vara muntligt och offentligt.¹⁸
5. Domstolsprövningen ska ske inom skälig tid.¹⁹
6. Dom ska avkunnas offentligt.

De mest grundläggande rättssäkerhetsprinciperna för svensk civilprocess hittar vi under punkten tre. Begreppet *fair trial* inbegriper bland annat viktiga processuella principer som berör parternas likställdhet (*equality of arms*), kontradiktion²⁰ samt rätten att frivilligt avstå från rättigheter.

2.2.2 Frivilligt avstående av domstolsprövning

Den ordinära civilprocessen är *frivillig* och parterna kan därför genom avtal välja att helt avstå från en ordinarie process i domstol, till förmån för privata alternativ. I sådana fall utesluter parterna i princip domstolens behörighet och det blir då också möjligt att i processen kringgå kravet på *fair trial* i artikel 6.1. I praktiken utmärks därför ADR sällan av samma rättssäkerhetsprinciper som följer av EKMR.²¹ Även om parterna accepterar

¹⁵ Ehrenkrona, kommentaren till EKMR art 6.1 not 35. Se vidare Danelius, *Mänskliga rättigheter*, s 125f.

¹⁶ Se målet Micallef mot Malta, Europadomstolens dom den 15 oktober 2009.

¹⁷ Ehrenkrona, kommentaren till EKMR art 6.1 not 34.

¹⁸ Ehrenkrona, kommentaren till EKMR art 6.1 not 37. Se vidare målet Hellborg mot Sverige, Europadomstolens dom 28 februari 2006 i vilket Regeringsrätten avgjort målet utan att hålla förhandling. Jfr målet Miller mot Sverige, Europadomstolens dom 8 februari 2005 i vilket länsrättens underlåtenhet att hålla förhandling i ett mål om handikappersättning innebar konventionsbrott.

¹⁹ Ehrenkrona, kommentaren till EKMR art 6.1. not 38, den 30 mars 2011. I civilmål löper den tidsperiod som ska bedömas i regel från den tidpunkt då talan anses väckt.

²⁰ Se t.ex. målet Kuopila mot Finland, Europadomstolens dom 27 april 2000 i vilket kränkning ansetts föreligga när klaganden inte beretts tillfälle att bemöta uppgifter i det skriftliga processmaterialet inför den nationella domstolen.

²¹ Lindblom (2006) s 105; Danelius, *Mänskliga rättigheter*, s 149.

avgörandet i säkerhetsåtgärdsprocessen som ett slut på processen, utan en ordinär tvistemålsprocess²², så går det inte att påstå att det rör sig om ADR i den meningen att parterna genom avtal *frivilligt* avstått från rätten till domstolsprövning.²³ Om däremot en ansökan om säkerhetsåtgärd definitivt löser parternas konflikt så riskerar istället minst en av parterna att mer eller mindre *ofrivilligt* berövas sin grundläggande rätt till en ordinär rättegång rörande sina civila rättigheter enligt artikel 6.1 EKMR.²⁴

2.3 Civilprocess i domstol

2.3.1 Institutet säkerhetsåtgärd

Utgångspunkterna för civilprocessuella säkerhetsåtgärder i RB hittar vi i 1981 års reform. Här följer några kommentarer av Lagrådet till 15 kap RB:

1. ”Åtgärder [...] anses ha till ändamål [...] att säkerställa en blivande doms verkställighet [...]”²⁵
2. ”Bestämmelsen avses medge [...] att sökanden genast ska kunna komma i åtnjutande av sin rätt.”²⁶
3. ”Åtgärder [...] anses ha till ändamål [...] att redan under rättegången provisoriskt ordna det stridiga förhållandet.”²⁷

Lagmotiven ger i dessa tre uttalanden viss fingervisning om vilka huvudsakliga syften rättsinstitutet säkerhetsåtgärd ska anses ha. I det första uttalandet beskrivs säkerhetsåtgärdens (I) syfte att trygga verkställigheten av en bifallande tvistemålsdom dvs. åtgärden ska fungera som en sorts *verkställighetsgaranti*. Det betyder att det som huvudregel råder ett förbud mot *förtida* verkställighet. I det andra uttalandet beskrivs säkerhetsåtgärdens (II) syfte att se till att sökanden genast kommer i åtnjutande av sin materiella rätt dvs. åtgärden ska *tillfälligt* fungera som en sorts *domssubstitut*. Slutligen i det tredje uttalandet så beskrivs säkerhetsåtgärdens (III) syfte att *provisoriskt* reglera parternas mellanhavanden dvs. ge provisoriskt *skydd* åt båda parterna så att inte de värden som står på spel förringas eller går omintet.²⁸ Sammanfattningsvis så kan man säga att de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna i 15 kap RB endast syftar till att utgöra ett *komplement* till den ordinära civilprocessen²⁹, och de ska inte på något sätt ersätta den.

²² Lindblom (2006) s 105.

²³ Jfr Danelius, *Mänskliga rättigheter*, s 149 som särskilt nämner skiljeavtalet som ett exempel där parterna i EKMR:s mening har uteslutit domstolens behörighet i tvistemål.

²⁴ Westberg (Bok 4) s 56.

²⁵ Prop. 1980/81:84 s 229f.

²⁶ Prop. 1980/81:84 s. 230 och NJA II 1943 s 186.

²⁷ Prop. 1980/81:84 s 229.

²⁸ Westberg (Bok 1) s 94ff.

²⁹ Prop. 1980/81:8 s 146.

2.3.2 Svensk praxis rörande säkerhetsåtgärder

Huvudprinciperna för de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna har formulerats av Lagrådet i 1981 års reform till RB. De prejudicerande instanserna har emellertid i sin praxis utvecklat, preciserat och konkretiserat några allmänna riktlinjer som har betydelse för säkerhetsåtgärdsförfarandet vid immaterialrättsliga konflikter i svensk rätt. Vissa av dessa riktlinjer kan härledas ur grundtanken att 15 kap RB endast ska utgöra ett *komplement* till tvistemålsprocessen, inte ersätta den. Andra riktlinjer kan tvärtom sägas gå *emot* denna grundtanke, och istället öppna upp möjligheten för parterna att *utnyttja* säkerhetsåtgärdsförfarandet som ett tvistemålssubstitut.³⁰

2.3.2.1 NJA 1982 s 175 I (Rättshjälp)

*NJA 1982 s 175 I*³¹ rörde den s.k. intresseprövningen i ett ärende om rättshjälp. HD hade i målet att ta ställning till om domstolen ska göra en förberedande sakprövning i en rättshjälpsfråga för att kunna avgöra om rättshjälp ska beviljas eller få behållas. Som huvudregel framhöll HD att den *allmänna* principen för rättegången är att domstolen *inte* ska fatta ståndpunkt i sakfrågan förrän hela materialet förebragts i målet och att ståndpunktstagandet då ska ske genom det slutliga avgörandet i saken.³² Endast i undantagsfall menade domstolen att det kunde bli aktuellt att lägga ett för parten ogynnsamt bevisläge till grund för en intresseprövning, eftersom detta regelmässigt skulle förutsätta just en sådan förberedande sakprövning som domstolarna enligt huvudregeln måste avhålla sig från. Av rättsfallet kan vi utläsa att det i princip råder förbud mot prognostiska ställningstaganden under processens gång, utan mycket starka skäl eller ett uttryckligt lagstöd.

2.3.2.2 NJA 1993 s 182 (TV 5)

NJA 1993 s 182 har sitt ursprung i en tvist mellan TV 5 och Startskottet. I målet hade TV 5 i första hand yrkat på att rätten skulle *fastställa* varumärkesintrång, på grund av att Startskottet i näringsverksamhet använt sig av dels kännetecknet TV 5 Nordic och dels varumärket TV 5. TV 5 påstod att Startskottet därigenom gjort sig skyldiga till intrång i deras varumärke. I andra hand hade TV 5 yrkat på att Startskottet skulle *förpliktigas* att utplåna eller ändra de varor, förpackningar, reklamtryck och affärshandlingar m.m. på vilka kännetecknet TV 5 Nordic eller varumärket TV 5 hade anbringats. TV 5 menade att deras varumärke därigenom missbrukades. Till sitt fastställelse- respektive fullgörelseyrkande hade TV 5 knutit ett yrkande enligt 15 kap 3§ RB om dels *kvarstad* av egendom som tillhörde Startskottet, dels intermistiskt *förbud* för Startskottet att använda sig av det aktuella kännetecknet respektive varumärket. (I) HD hade i målet

³⁰ Se avsnitt 3.2 nedan där frågan *varför* det i sådana fall skapas ett tvistemålssubstitut kommer att behandlas mera utförligt.

³¹ Jfr NJA 1995 s 631 och NJA 1995 s 635 där HD valde att göra en långtgående prövning av såväl rättsfrågor som sakfrågor.

³² Se NJA 1982 s 175 I (s 177 f).

i första hand att ta ställning till om det går att besluta om en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap 3§ RB i fall då den förda talan är en *fastställsetalan*.³³ Som huvudregel framhöll HD att civilprocessuella säkerhetsåtgärder *endast* kan beviljas i samband med en talan som syftar till en *verkställbar* dom.³⁴ Begreppet verkställbar dom innefattade enligt domstolen fullgörelsedomar, däribland förbudsdomar. Endast i undantagsfall hade säkerhetsåtgärder beviljats också när talan rörde fastställelse, och då krävdes i princip att talan låg så nära en förbudstalan att den i aktuellt hänseende också borde behandlas som en sådan talan.³⁵ Vid tidpunkten för målets prövning innehöll VML inga regler om förbudstalan vid varumärkesintrång. HD menade därför att det formellt sett inte fanns några förutsättningar att besluta om en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap 3§ RB. (II) HD hade i andra hand att ta ställning till om det går att besluta om en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap 3§ RB i fall då den förda talan visserligen är en *fullgörelsetalan*, men där yrkandet på säkerhetsåtgärd *inte* avser att säkerställa *samma* rättsföljd som den slutgiltiga domen kommer att innehålla. Domstolen framhöll att det måste finnas en *koppling* mellan de yrkande rättsföljderna. I detta fall menade domstolen att förbudsyrkandet inte kunde vinna bifall eftersom det *inte* säkerställde den speciella immaterialrättsliga påföljden som avsågs med TV 5:s fullgörelsetalan. Av rättsfallet kan vi sammanfattningsvis utläsa några riktlinjer för *när* en säkerhetsåtgärd kompletterar den ordinära civilprocessen. (I) Sökanden måste föra en *fullgörelsetalan* (eller inom kort väcka en sådan talan) ifråga om själva huvudsaken. (II) Säkerhetsåtgärdsyrkandet får inte innehålla en rättsföljd som *inte* finns i det civilrättsliga påföljdssystemet. (III) Rimligtvis borde säkerhetsåtgärdsyrkandet inte heller få innehålla en rättsföljd som hör hemma i det civilrättsliga påföljdssystemet dvs. det får *inte* råda identitet mellan yrkandet på säkerhetsåtgärd och yrkandet på ett visst domslut³⁶. (IV) Slutligen så måste det finnas en *relation* mellan säkerhetsåtgärden och den rättsföljd som åtgärden avser att säkerställa exekutionen av.

2.3.2.3 NJA 1995 s 631 (Majblom)

NJA 1995 s 631 hade sitt ursprung i en upphovsrättslig tvist mellan porslinsföretaget Hackman Rörstrand AB och samlarföretaget Regnbågen AB. Hackman hade yrkat att rätten för Regnbågen skulle meddela ett

³³ Skillnaden mellan en fullgörelse- och fastställsetalan är i princip att ett bifall av en talan endast i det förstnämnda fallet kan resultera i en *verkställbar* förpliktelse, se 1 kap 1 § UB. Frågan om ett käromål inrymmer en begäran om fullgörelse eller fastställelse får i varje fall bedömas utifrån vad som yrkas i sak. I grunden ska dock en fullgörelsetalan aktualisera vissa rättsföljder enligt civilrätten. Se vidare Fitger kommentaren till 13 kap 2 § RB.

³⁴ Se vidare NJA 2005 s 764; NJA 2007 s 718 (s 735 f) där HD konstaterar att intermistiska yrkanden enligt 15 kap 3 § RB i anslutning till en fastställsetalan inte heller kan beviljas enligt EU-rätten. En viktig förutsättning för att en part ska kunna kräva intermistiska åtgärder enligt EU-domstolen, är att åtgärderna ifråga är nödvändiga för att säkerställa partens gemenskapsrättsliga rätt vid bifall av den talan som förs. HD menade att eftersom talan inte syftade till något verkställbart avgörande rörande partens påstådda rättigheter enligt gemenskapsrätten, så var inte denna förutsättning uppfylld i fallet.

³⁵ Se NJA 1991 s 200 (s 202). Jfr angående 15 kap 2§ RB NJA 1987 s 829; NJA 1988 s 13 (där fastställsetalan godtogs).

³⁶ Se vidare Westberg (Bok 1) s 97 om förbudet mot förtida verkställighet.

intermistiskt förbud vid vite enligt URL att fortsätta tillverkning, utbudande till försäljning, marknadsföring, försäljning, uthyrning, utlåning, distribution eller *annan* spridning av servisen Majblom. Till grund för sitt yrkande påstod Hackman att Regnbågen genom marknadsföringen av servisen Majblom gjorde intrång i upphovsrätten till deras servis Sundborn. I målet hade HD främst att ta ställning till huruvida ett intermistiskt vitesförbud kan avslås för att förbudet skulle få *oproportionerliga* skadeverkningar. I allmänhet menade HD att för att ett förbud ska kunna meddelas krävs – *i överensstämmelse med vad som gäller för beslut enligt 15 kap RB* – dels att käranden visar sannolika skäl för intrång³⁷, dels att det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta intrånget *förringar* värdet av ensamrätten³⁸. Trots att dessa angivna krav är uppfyllda, hävdade dock HD att domstolen har en rätt att, utan uttryckligt lagstöd, avslå ett yrkande om intermistiskt vitesförbud med hänvisning till att förbudet skulle få *oproportionerliga* skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förordnande om förbud. Ju starkare skäl för att ett intrång förekommer till förfång för käranden, desto *mindre* skulle emellertid utrymmet för en proportionalitetsbedömning bli. I de fall då kärandens sak var *uppenbar* eller *övervägande* skäl talar för hennes sak, borde således ett förbud meddelas enligt HD. I övrigt får parternas motstridiga intressen vägas mot varandra, och då måste beaktas om svaranden genom säkerheten kan garanteras ersättning för uppkommen skada i de fall intrång *inte* befinnes ha förelegat.³⁹ Av rättsfallet kan vi utläsa att en domstol i princip alltid har att göra en *proportionalitetsavvägning* i ett säkerhetsåtgärdsförfarande, trots att det saknas ett lagstöd för en sådan prövning.

2.3.2.4 NJA 1995 s 635 (Galliano)

NJA 1995 s 635 handlade om en varumärkesrättslig tvist mellan Rémy Finance BV och Saturnus AB. Rémy yrkade på att rätten enligt VML för Saturnus skulle meddela ett intermistiskt förbud vid vite att tillverka, marknadsföra och försälja likörextrakt under benämningen GAETANO eller att tillverka, marknadsföra och försälja likörextrakt med utseende enligt ingiven avbildning av den av Saturnus använda flaskan. I målet hade HD att ta ställning till om *sannolika skäl* för intrång förelåg och huruvida förbud därför skulle kunna bifallas. HD gjorde en mycket ingående *sakprövning* av intrångsfrågan. Vid en samlad bedömning nådde HD slutsatsen att det *inte* förelåg någon förväxlingsrisk mellan de aktuella varumärkena dvs. Saturnus hade inte gjort intrång i Rémys rätt till varukännetecken⁴⁰, så därför kunde inte heller det intermistiska förbudet vinna bifall. Av rättsfallet kan vi utläsa att det är tillåtet för domstolen att göra en mycket ingående *sakprövning* i ett säkerhetsåtgärdsförfarande vid immaterialrättsintrång.

³⁷ Se vidare avsnitt 3.4.2.1 nedan.

³⁸ Se vidare avsnitt 3.4.2.2 nedan.

³⁹ Se NJA 1995 s 631 (s 634).

⁴⁰ Se NJA 1995 s 635 (s 642 f).

2.3.2.5 NJA 1997 s 109 (Partyman)

NJA 1997 s 109 rörde en tvist mellan CBF och Partyman AB. CBF hade yrkat på att rätten för Partyman AB skulle meddela ett intermistiskt förbud vid vite att marknadsföra, försälja eller på annat sätt avhända sig varor under CBF:s registrerade varumärken; STRANDS ESSENER och PARTYMAN. Mellan parterna fanns dock ett licensavtal genom vilket CBF upplåtit rätt till Partyman att använda de registrerade varumärkena. Licensavtalet hade emellertid upphävts av CBF på grund av avtalsbrott som låg *utanför* de grunder som återfanns i VML. HD hade i målet att ta ställning till (I) dels om tvisten var att kategorisera som avtalsrättslig eller immaterialrättslig dvs. vilken av parterna som var innehavare till varumärkena, (II) dels om förutsättningar för att meddela ett förbud enligt VML förelåg dvs. om Partyman AB begick intrång i CBF:s varumärkesrätt genom att fortsätta använda de aktuella märkena. Som utgångspunkt utgick HD i princip från ett strikt ensamrättsperspektiv. Domstolen menade att tvisten gällde intrång i varumärkesrätt, eftersom licensstagarens användning av varumärket gick *utöver* vad som medgetts i licensen. Slutsatsen var alltså att en intrångstvist i princip kan uppstå också inom olika avtalsförhållanden, t ex om licensstagaren använder ett licensierat varumärke *efter* licensens utgång. Således var också förutsättningarna för att meddela ett intermistiskt förbud enligt VML uppfyllda. Av rättsfallet kan vi sammanfattningsvis utläsa att en tvist mellan en licensgivare och en licensstagare bör lösas på grundval av lagreglerna i de immaterialrättsliga lagarna, och *inte* på grundval av licensavtalet. En ensamrättsinnehavare har därför i princip rätt att framställa ett yrkande om säkerhetsåtgärd mot en licensstagare, då denne brutit mot licensavtalet eftersom det i sig konstituerar ett immaterialrättsligt intrång.

2.3.2.6 NJA 2000 s 435 I och II (TV 3)

NJA 2000 s 435 I har sitt ursprung i en tvist mellan TV 3 och Kanal 5, som dels rörde angrepp på företagshemlighet, dels rörde intrång i upphovsrätt. I det första målet hade TV 3 yrkat att rätten för Kanal 5 skulle meddela ett intermistiskt förbud vid vite enligt FHL att sända avsnitt 169 och framåt av TV-serien Vänner & Fiender och därmed utnyttja eller röja innehållet i något av avsnitten 135-168 i serien Vänner & Fiender till dess de visats i TV 3. I det andra målet hade TV 3 yrkat att rätten mot Kanal 5 skulle meddela ett intermistiskt förbud vid vite enligt URL att vidta åtgärd som innefattade mångfaldigande, spridning, visning eller medverkan därtill, av avsnitt av TV-serien Vänner & Fiender som de ägde visningsrätten till. I målen hade HD att ta ställning till (I) dels om de aktuella målen var *dispositiva* dvs. om saken var sådan att förlikning därom var tillåten (II) dels om svaranden i mål om vitesförbud har en rätt att få målet *prövat* enligt 13 kap 5 § första stycket RB, sedan käranden *återkallat* sin talan. HD menade att eftersom TV 3:s talan i båda målen avsåg ett med *offentligrättsligt* vite sanktionerat förbud grundat på en *fakultativ* rättsregel, så hade parterna ingen möjlighet att förlikas när det gällde omfattningen och sanktioneringen

av vitesförbudet⁴¹. Annorlunda uttryckt, målen var inte att betrakta som dispositiva, utan *indispositiva*⁴² och därför lämnade också HD Kanal 5:s yrkande om återvisning utan bifall i båda fallen. I *NJA 2000 s 435 II* hävdade HD dessutom att en part som önskar få ett intermistiskt vitesförbud meddelat enligt URL, måste inleda med att väcka talan. Lämnas det intermistiska yrkandet utan bifall kvarstår yrkandet om vitesförbudet. Av rättsfallen kan vi utläsa att ett yrkande om intermistiskt vitesförbud enligt någon av de civilrättsliga lagarna FHL eller URL gör målet till ett *indispositivt* tvistemål.

2.4 En distinktion mellan civil- och processrätt

De immaterialrättsliga lagarna innehåller speciella regler om *civilrättsliga* säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsintrång⁴³, medan 15 kap RB innehåller mer allmänna regler om *civilprocessuella* säkerhetsåtgärder i tvistemål.⁴⁴ Med stöd av en avvikande eller utfyllande civilrättslig regel kan en säkerhetsåtgärd i princip beviljas under *andra* förutsättningar än de som anges i 15 kap RB.⁴⁵ Bestämmelserna om de civilrättsliga säkerhetsåtgärderna i de immaterialrättsliga lagarna hindrar dock *inte* att även 15 kap RB kan vara tillämpligt inom immaterialrätten.⁴⁶ Av de immaterialrättsliga lagarna framgår emellertid inte huruvida en talan om en civilrättslig säkerhetsåtgärd kan föras *självständigt* eller om en sådan talan endast kan föras i anslutning till den slutgiltiga talan. HD har dock funnit att en ansökan om intermistiskt förbud vid upphovsrättsligt intrång måste göras i *samband* med att stämningsansökan inges eller *efter* att en sådan ansökan har ingivits till rätten.⁴⁷ Det går att anta att så också bör gälla vid utverkande av ett intermistiskt förbud eller någon annan civilrättslig säkerhetsåtgärd enligt de andra immaterialrättsliga lagarna.⁴⁸ En annan sak är att domstolen i enlighet med principen om *iura novit curia* troligtvis skulle välja att istället tillämpa 15 kap RB om en ansökan enligt någon av de immaterialrättsliga lagarna de facto lämnades in *innan* stämningsansökan. I kontrast så kan en part väcka en *självständig* talan när hon vill utverka en civilprocessuell säkerhetsåtgärd enligt 15 kap 1-3§§ RB.⁴⁹ Rätten får inte *ex officio* ta upp en

⁴¹ Se *NJA 2000 s 435 I* (s 440) och *NJA 2000 s 435 II* (s 445).

⁴² Se vidare kapitel 3.2.2 nedan.

⁴³ Se t ex 37b § andra stycket VML; 57b§ PatL. Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 159; Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 14 f; Jfr 13 § FHL och 15 § fjärde stycket firmalagen (1974:156).

⁴⁴ I det följande åsyftas med begreppet *säkerhetsåtgärder* de allmänna civilprocessuella reglerna 15 kap RB.

⁴⁵ Fitger, kommentaren till 15 kap RB.

⁴⁶ Fitger kommentaren till 15 kap RB; Westberg (Bok 4) s 66; Nordh, *Praktisk process*, s 15. Jfr *NJA 1993 s 182* och *1998 s 179*. Jfr Ekelöf som menar att dessa specialbestämmelser ska anses ha *företräde* framför RB:s stadganden. Se vidare Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 15; Westberg (Bok 1) s 55 och (Bok 4) s 66 ff.

⁴⁷ *NJA 2000 s 435 II*. Jfr Prop. 1993/94:122 s 48.

⁴⁸ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 167.

⁴⁹ Se 15 kap 7 § RB. Jfr Prop. 1980/81:84 s 229. Visserligen måste en part som beviljats en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap RB i sådana fall, inom en månad från beslutet, väcka talan i

fråga om en civilprocessuell säkerhetsåtgärd enligt 15 kap RB, utan parts yrkande krävs.⁵⁰ Är sakfrågan *inte* anhängiggjord genom stämning, krävs i princip att yrkandet om säkerhetsåtgärd framställs *skriftligen*.⁵¹ Att självständigt kunna väcka talan om utverkandet av en säkerhetsåtgärd och skriftligen behöva formulera ett yrkande därom, har betydelse för en parts möjligheter att kunna *utnyttja* en ansökan om säkerhetsåtgärd som en sorts tvistemålssubstitut vid immaterialrättsintrång. Utgångspunkt är alltså att det är med hjälp av beslutet rörande säkerhetsåtgärd som en part sedermera ska kunna avgöra om det är lönt att överhuvudtaget väcka talan också i huvudsaken. Beslutet om säkerhetsåtgärd har också betydelse för en motpart som kanske väljer att ge upp vid ett förordnande eller går med på att träffa en förlikning i saken.⁵²

2.5 Sammanfattande synpunkter

Utgångspunkten är att rätten till domstolsprövning och en *fair trial* enligt artikel 6.1 EKMR ska tillgodoses vid ett säkerhetsåtgärdsförfarande enligt 15 kap RB. Det huvudsakliga syftet med de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna i 15 kap RB är vidare att *komplettera* den ordinära tvistemålsprocessen, inte ersätta den. I allmänhet så bör inte heller domstolen fatta ståndpunkt i sakfrågan *innan* hela materialet har presenterats i målet och ståndpunktstagandet bör då ske genom det slutgiltiga avgörandet i saken.⁵³ I mål om immaterialrättsintrång har emellertid HD i flertalet fall valt att frångå denna allmänna princip, genom att göra tämligen *ingående* sakprövningar av både rätts- och sakfrågor som aktualiserats i säkerhetsåtgärdsförfarandet.⁵⁴ Ibland går det att ifrågasätta om det i dessa fall funnits ytterligare utrymme för att göra en *djupare* analys vid en efterföljande ordinarie sakprövning avseende själva intrångsfrågan.⁵⁵ Ett yrkande om intermistiskt förbud tycks göra ett mål om immaterialrättsintrång till ett *indispositivt* tvistemål.⁵⁶ Det verkar dock vara en *öppen* fråga om tvistemålet skulle bli indispositivt om huvudyrkandet istället för att handla om *permanent* förbud skulle handla om t ex förstörelse.⁵⁷ Slutligen så går det att göra en *distinktion* mellan civil- och processrätt genom att fästa avseende på sökandens möjligheter att självständigt kunna väcka talan om att få en säkerhetsåtgärd utverkad.

saken vid domstol. Jfr 13 kap 4§ RB talan vid domstol anses väckt när stämningsansökan *kom in* till rätten. Se vidare Nordh, *Praktisk process*, s 28.

⁵⁰ Se 15 kap 5 § andra stycket RB. I fall en part skulle lämna in en ansökan som pekar ut de immaterialrättsliga lagarna som tillämpliga *innan* stämningsansökan lämnats in, och domstolen enligt principen om *iura novit curia* istället skulle anse 15 kap RB vara tillämpligt, så är det dock troligt att ett sådant yrkande *inte* skulle krävas.

⁵¹ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 17; Nordh, *Praktisk process*, s 26.

⁵² Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 14.

⁵³ Jfr NJA 1982 s 175 I; Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 14; Westberg (Bok 4) s 30.

⁵⁴ Se NJA 1995 s 631; NJA 1995 s 635 och 1998 s 179; Jfr Fitger, kommentaren till 15 kap 4§ RB som inte försökt förklara om och i så fall hur NJA 1995 s 631 är förenligt med NJA 1982 s 175 I. Se vidare Westberg (Bok 4) s 31 not 17.

⁵⁵ Westberg (Bok 4) s 89.

⁵⁶ NJA 2000 s 435 I och II.

⁵⁷ Se vidare avsnitt 3.3.1 nedan.

3 Säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsliga processer

3.1 Bakgrund

Det finns några gemensamma drag som i princip karaktäriserar *alla* immaterialrättsliga processer, även om intrången delvis är olika till sina karaktärer på grund av deras skilda rättstyper. Ofta är det betydelsefullt att processerna inleds *snabbt*, för att få stopp på pågående intrång. Processerna är emellertid både *kostsamma* och *långvariga*, och kränkta rättighetsinnehavare drar sig därför inte sällan från att processa i domstol. Bevisproblemen kan vara betydande, kanske inte bara ifråga om rättighetens existens, utan framförallt ifråga om den påstådda intrångsgöraren och dennes förehavanden. I den mån en part får fram tillräcklig bevisning är den ofta för domstolen komplicerad att värdera.⁵⁸ Den inträffade *skadan* uppskattar rätten i normalfallet till ett skäligt belopp⁵⁹. I praktiken är de utdömda ersättningarna också *små*, vilket gör processerna än mindre lönsamma. Det är därför kanske inte så konstigt att åtskilliga immaterialrättsliga tvister *förliks* vid våra domstolar.⁶⁰ På så sätt undviker *båda* parterna onödiga rättegångskostnader. En förutsättning för att en motpart ska ha ett intresse av att förlikas är dock att det objektivt sett är *tydligt* att denne har begått intrång i en immateriell rättighet.⁶¹ Så är troligtvis inte fallet, om parterna tvistar om saken. Framgång med en ansökan kan däremot för sökanden innebära att säkerhetsåtgärden också senare kan komma att utnyttjas som en sorts *påtryckningsmedel* i förlikningsförhandlingar med motparten.⁶² Vad krävs då för att en sökande part ska kunna inleda en säkerhetsåtgärdsprocess vid immaterialrättsintrång? Hur påverkas förfarandet av att det immateriella intrånget är av gränsöverskridande karaktär? Vem har rätt att ansöka om en civilprocessuell säkerhetsåtgärd? Vem kan rimligtvis angripas genom en ansökan om säkerhetsåtgärd i en immaterialrättslig tvist? Hur bör yrkandet om säkerhetsåtgärd utformas beroende på valet av säkerhetsåtgärd? Vilka typer av civilprocessuella säkerhetsåtgärder finns det och vilka bifallsvillkor måste vara uppfyllda för att sökanden ska kunna vinna framgång med sin ansökan?

⁵⁸ Levin, *Lärobok i immaterialrätt* (suppl. 2010) s 8ff.

⁵⁹ Se 35 kap 5 § RB.

⁶⁰ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, (suppl. 2010) s 27f, 10.

⁶¹ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 206.

⁶² Runesson (2002) s 691f.

3.2 Immaterialrättsliga processer

3.2.1 Processförutsättningar

För att en domstol ska kunna handlägga en ansökan om säkerhetsåtgärd måste den vara behörig. Vidare så är en central fråga vid immaterialrättsliga processer naturligtvis *om* den sökande parten har rätt att göra en ensamrätt gällande gentemot en motpart dvs. om hon har rätt att väcka talan eller har s.k. *saklegitimation*. En annan central fråga är också *vem* som är intrångsgörare och som det därför går att rikta ett anspråk mot dvs. om det går att *angripa* ett visst subjekt.

3.2.1.1 Domstolens behörighet

Utgångspunkten är att behörighet att besluta om civilprocessuella säkerhetsåtgärder i första hand tillkommer den domstol som är *behörig* att pröva själva huvudtvisten.⁶³ En domstols jurisdiktion är som bekant *territoriellt* begränsad, även om det existerar regler i avsikt att utöka behörigheten för den dömande makten.⁶⁴

3.2.1.1.1 Nationella tvister

En viktig grundprincip för immaterialrätten, liksom för all annan nationell rätt, är att den är *territoriellt* begränsad. Om en rättighetsinnehavare vill göra sin rätt gällande i Sverige gör hon bara sin *nationella* rätt gällande här. Den territoriella begränsningen säger emellertid ingenting om *vilka* objekt som i praktiken skyddas enligt lag t ex om ett konstnärligt verk skapats av en svensk medborgare (*nationalitetsprincip*) eller tillkommit i Sverige (*territorialitetsprincip*).⁶⁵ Det går inte heller att göra något generellt uttalande att en svensk domstol nästan *alltid* äger rätt att pröva en fråga om immaterialrättsintrång. Istället kan man säga att domsrätt föreligger i den mån ensamrättsinnehavaren förmår att, inom domstols jurisdiktion, bevisa *existensen* av den åberopade rättigheten.⁶⁶ Vid myndighetsregistrering i Sverige torde det vara relativt oproblematiskt för en sökande part att bevisa existensen av sin immateriella rättighet. I nordisk doktrin är det dock omtvistat huruvida det ska vara möjligt att utverka en säkerhetsåtgärd mot intrång redan när sökanden till vederbörlig myndighet har lämnat in en *ansökan* om patent, varumärke, firma eller mönster. De flesta menar dock att så bör vara möjligt, dock är det oklart om det dessutom krävs att ansökan har blivit offentliggjord.⁶⁷ Vad gäller själva ansökan om säkerhetsåtgärd i Sverige som framställs *innan* det finns något tvistemål i saken, så ska den alltid framställas vid den domstol som är behörig att pröva det anspråk som säkerhetsåtgärden ska trygga, jfr 15 kap 5§ RB. En sådan ansökan

⁶³ Pålsson (1996) s 396. Jfr 15 kap 5§ RB.

⁶⁴ Se artikel 2-18 i Bryssel I-förordningen/Bryssel/Luganokonventionen (som reglerar domstolsbehörighet inom EU:s medlemsländer). Regelverken ska anses *direkt* tillämpliga när svaranden har sin hemvist i en medlemsstat. Se vidare Maunsbach (2002) s 359.

⁶⁵ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 67, 478.

⁶⁶ Maunsbach (2002) s 376.

⁶⁷ Westberg (Bok 4) s 60 f.

registreras som ett *tvistemål* och prövas vanligen efter *skriftlig* handläggning.⁶⁸

3.2.1.1.2 Internationella tvister

Även om själva *ensamrätten* alltså är territoriellt begränsad, så kan immaterialrättsliga konflikter mycket väl vara av *gränsöverskridande* karaktär. Immaterialrättsliga intrång på Internet är kanske det tydligaste exemplet på att det inte alltid är lätt att hänföra en konflikt endast till *ett* lands territorium. Det ställer i sin tur nya krav på kreativitet när det gäller frågan *vilken* domstol som äger behörighet.⁶⁹ Huvudregeln är att domstolen på den ort där motparten har sin hemvist är behörig⁷⁰ att besluta om säkerhetsåtgärder, och endast i de fall ett undantag är tillämpligt så äger en *annan* medlemsstats domstol behörighet.⁷¹ Ett immaterialrättsligt intrång utgör typiskt sett en sådan skadevållande handling som aktualiserar en talan om *utomobligatoriskt* skadestånd, och därför är särskilt undantaget för utomobligatoriska anspråk av intresse.⁷² En sökande part äger därmed en valmöjlighet att antingen vända sig till domstolen på orten för den omedelbara *skadan* eller vid *handlingsorten*.⁷³ Var uppkommer då skadan vid ett immaterialrättsligt intrång? Frågan har inte närmare prövats av EU-domstolen i dagsläget. I ett annat sammanhang har dock konstaterats att skadegörarens *etableringsort* (normalt också *handlingsorten*) utgjorde skadeorten.⁷⁴ Det kan antas gälla också vid immaterialrättsliga intrång. I doktrin har utgångspunkten varit att skadeorten är det land där den ifrågavarande rättigheten skyddas.⁷⁵ Att skadan vanligen inträffar i skyddslandet har bekräftats i svensk praxis avseende gränsöverskridande varumärkesintrång.⁷⁶ Ifråga om upphovsrättsintrång på Internet har emellertid i svensk praxis konstaterats att det är tillräckligt att en del av avnämarna (t ex läsarkretsen) befinner sig i ett visst land för att det landet också ska kunna betraktas som skadeort.⁷⁷ Trots att en domstol i en medlemsstat *inte* är behörig att pröva själva huvudtvisten, så ges den sökande parten emellertid ytterligare en möjlighet⁷⁸ att begära *sådana säkerhetsåtgärder som kan vidtas enligt lagen i den medlemsstaten*.⁷⁹ En

⁶⁸ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 18 f. Ansökan kan emellertid också handläggas vid en huvudförhandling pga. yrkande om säkerhetsåtgärd betraktas som en *rättegångsfråga*, se 42 kap 20 § första stycket RB. Då kan parterna lägga fram bevisning rörande rekvisiten.

⁶⁹ Se Bengtsson m.fl. (2008).

⁷⁰ Se artikel 2 i Bryssel I-förordningen (44/2001/EG).

⁷¹ Bogdan (1999) s 13 f.

⁷² Se artikel 5(3) i Bryssel I-förordningen (44/2001/EG). Regeln om deliktsforum omfattar emellertid också en *förbudstalan*. Jfr EU-domstolens dom i mål C-167/00 *Henkel*.

⁷³ Bogdan (2010) s 62. Jfr EU-domstolens dom i mål C-21/76 *Bier*.

⁷⁴ Se EU-domstolens dom i mål C-68/93 *Shevill*.

⁷⁵ Maunsbach, *Svensk domstols behörighet*, s 134.

⁷⁶ NJA 2007 s 287.

⁷⁷ Se Svea HovR beslut 2007-10-15 i mål nr Ö-6063-07. Domstolen är emellertid begränsad till att endast pröva en skada som uppstått på skadeorten och är inte behörig att också pröva skadan på *handlingsorten*.

⁷⁸ Se artikel 31 i Bryssel I-förordningen (44/2001/EG). Jfr artikel 24 i Bryssel/Luganokonventionen.

⁷⁹ Se EU-domstolens uttalande i mål C-261/90 *Reichert* p. 34 om att säkerhetsåtgärdsbegreppet ska innefatta sådana; *measures (...)* which are intended to preserve a factual or

sådan möjlighet kan få en stor praktisk betydelse, eftersom domstolen i det land där beslutet ändå ska verkställas vanligen också har bättre förutsättningar att agera *snabbt* och *effektivt*. De kan också lättare bedöma de rättsliga frågor som i det enskilda fallet gett upphov till ansökan.⁸⁰ Huruvida en domstol *de facto* kan besluta om civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt artikel 31 i Bryssel I-förordningen bestäms emellertid av den aktuella medlemsstatens *nationella* behörighetsregler. Forumlandets regler bestämmer också vilken säkerhetsåtgärd som kan beslutas i det enskilda fallet, vilka förutsättningar som ska krävas för att meddela en sådan säkerhetsåtgärd, vilken verkan säkerhetsåtgärden ska få, hur länge säkerhetsåtgärden ska bestå samt när den ska upphöra.⁸¹ För behörighet förutsätts dock en faktisk *anknytning* mellan föremålet för säkerhetsåtgärden och domstolens jurisdiktionsområde.⁸² Inget hindrar att sökanden på motpartens bekostnad i vissa fall drar *fördel* av mer generösa nationella behörighetsregler, utifall flera medlemsstaters domstolar skulle anses behöriga samtidigt. Begreppet civilprocessuella säkerhetsåtgärder kan nämligen avgränsas olika, nationell rätt kan sätta upp olika gränser för tolkningen av artikel 31 i Bryssel I-förordningen och/eller nationella domstolar kan vara mer eller mindre benägna att utnyttja den frihet som bestämmelsen *de facto* ger dem. I svensk praxis tycks dock den dominerande uppfattningen vara att artikel 31 i Bryssel I-förordningen i princip *överlåter* åt varje konventionsstat att med hjälp av sina nationella behörighetsregler avgöra i vilka fall dess domstolar ska kunna besluta om säkerhetsåtgärder.⁸³

3.2.1.2 Saklegitimation

Det är en *processuell* fråga huruvida en part har *talerätt* i ett säkerhetsåtgärdsförfarande vid en immaterialrättslig konflikt dvs. om den sökande parten överhuvudtaget kan anses *behörig* att vara part i förfarandet. Upptäcker domstolen *ex officio* att en part *saknar* sådan talerätt, utgör det också ett processhinder⁸⁴ för att sakpröva huruvida en part har rätt att utverka en säkerhetsåtgärd mot en part vid immaterialrättsintrång.

3.2.1.2.1 Påståendedoktrinen

Utgångspunkten är att talerättsfrågan vid säkerhetsåtgärdsprocesser ska bedömas utifrån den s.k. *påståendedoktrinen*, precis som i tvistemål i

legal situation so as to safeguards rights the recognition of which is sought elsewhere from the court having jurisdiction as to the substance of the matter. För svensk rätts del borde alltså begreppet omfatta åtgärder enligt 15 kap RB. Jfr dock Pålsson (1996) s 398.

⁸⁰ Jfr EU-domstolens dom i mål C-125/79 *Denilauer* p. 16.

⁸¹ Jfr NJA 2002 s 660.

⁸² Se EU-domstolens dom i mål C-391/95 *Van Uden*. Jfr utfallet i NJA 1983 s 814 där HD konstaterade att säkerhetsåtgärder kan meddelas även ifråga om sådana anspråk som ska prövas av utländsk domstol i de fall domstolens avgörande får verkställas i Sverige dvs. kändanden kan erhålla en säkerhetsåtgärd *innan* talan väckts i landet både *före* och *under* den utländska rättegången. En sådan ståndpunkt kan i praktiken få stor betydelse eftersom *samliga* domar från andra EU-medlemsstater regelmässigt är verkställbara i Sverige i.o.m. Bryssel I-förordningens ikraftträdande.

⁸³ Pålsson (1996) s 397, 401 f, 405.

⁸⁴ Heuman m.fl., *Argumentationsformer inom processrätten*, s 27.

allmänhet. En sökande av en säkerhetsåtgärd måste i sin ansökan ange ett *påstående* om att hon har en *materiell* rätt att utverka en säkerhetsåtgärd mot motparten. I de fall det brister i påståendet ska talan avvisas pga. *bristande* talerätt.⁸⁵ Annorlunda uttryckt så betyder det att en part som påstår sig ha en immateriell *ensamrätt* som kränkts också har talerätt gentemot intrångsgöraren. Likaså aktualiseras en talerätt gentemot en licenstagare då en licensgivare påstår att denne har överskridit gränserna för licensen⁸⁶. Kanske är licensen territoriellt begränsad eller begränsad till en viss produkt, applikation, kvalitetsstandard, kundkategori eller också begränsad i tiden.⁸⁷ Närmare så innebär emellertid påståendedoktrinen att en part *inte* behöver bevisa att det förehåller så som hon påstår⁸⁸, och inte heller ska domstolen pröva huruvida parten enligt de immaterialrättsliga reglerna lagligen har den påstådda ensamrätten. Istället handlar det om att pröva om kärandens påstående verkligen avser *hennes* rätt, och inte utomstående tredje mans. Domstolen har att undersöka innehållet i säkerhetsförfarandets båda beståndsdelar; *säkerhetsåtgärdsyrkandet* och dess *grunder*.⁸⁹

3.2.1.2.2 Licensavtal

Ett licensavtal innebär i grund och botten att en licensgivare, som innehar en immateriell ensamrätt och kan förbjuda andra att utöva vissa aktiviteter som faller innanför gränsen för ensamrätten, åtar sig att *inte* ingripa mot licenstagarens aktiviteter. I gengäld åtar sig licenstagaren att utge någon typ av vederlag, ofta en betalning i form av royalty.⁹⁰ Frågan är dock om en licenstagare i sin tur erhåller en rätt att också ingripa mot aktiviteter som faller *innanför* gränsen för den förvärvade licensen. Även här bör utgångspunkten vara *påståendedoktrinen*. Visserligen måste en licenstagare enligt lag *underrätta* ensamrättens innehavare om hon vill väcka talan om intrång dvs. i själva huvudsaken⁹¹. Att rättighetsinnehavaren dessutom måste samtycka är dock *inte* ett ytterligare krav. Det är emellertid tänkbart att parterna på *kontraktuella* grunder reglerat rätten att vidta rättsliga åtgärder mot tredje mans intrång i ensamrätten. Huvudregeln i svensk rätt är dock att processuella överenskommelser ska betraktas som *ogiltiga* dvs. parterna kan inte genom ett privaträttsligt avtal *skapa* processhinder⁹². Således kan inte heller en ensamrättsinnehavare helt fränsäga sig rätten att begära säkerhetsåtgärder vid immaterialrättsintrång, till förmån för en licenstagare och vice versa.⁹³ En annan sak är att *kontraktsrättsliga*

⁸⁵ Westberg (Bok 2) s 291.

⁸⁶ Jfr NJA 1997 s 109.

⁸⁷ Runesson (2002) s 676.

⁸⁸ Det har inte heller någon betydelse om motparten kan bevisa att påståendet är *felaktigt*. Se vidare Heuman m.fl., *Argumentationsformer inom processrätten*, s 28.

⁸⁹ Heuman m.fl., *Argumentationsformer inom processrätten*, s 27 ff.

⁹⁰ Runesson (2002) s 674.

⁹¹ Se t ex 43 § VML och 42 § ML.

⁹² Se prop. 1942:5 s 233 där Lagrådet i en kommentar till 49 kap RB konstaterar att [...] *avtal i processuella frågor överhuvudtaget anses vara ogiltiga, om ej motsatsen uttryckligen stadgas*. Det betyder alltså att det krävs uttryckligt lagstöd för processuella avtal som t ex innebär att en part fränsäger sig rätten till domstolsprövning.

⁹³ Se artikel 6.1 EKMR som diskuterats i kapitel 2.2 ovan. Rätten till domstolsprövning som artikeln ger kan parterna i säkerhetsåtgärdsprocessen inte avtala bort.

påföljder kan komma att aktualiseras utifall en part bryter mot en kontraktsklausul som t ex kräver att en licensgivare *samtycker* till licenstagarens ingrepp mot tredje mans intrång i ensamrätten. Likaså att licenstagaren kan *sakna* sannolika skäl⁹⁴ för sitt materiella anspråk när hon ansöker om en säkerhetsåtgärd då det finns en kontraktsklausul som t ex föreskriver att licenstagaren inte *alls* äger rätt att inskrida mot intrång i den aktuella ensamrätten.⁹⁵

3.2.2 Angreppssubjekt

Det är en rent *materiell* fråga om det går att rikta en ansökan om säkerhetsåtgärd mot en viss part vid en immaterialrättslig konflikt dvs. om den angripne parten ifråga kan ses som *civilrättsligt* förpliktigad i förhållande till den taleberättigade parten i själva huvudtvisten. Upptäcker domstolen i sin sakprövning att den part mot vilken ansökan om säkerhetsåtgärden har riktas *inte* är rätt adressat, kommer ansökan om säkerhetsåtgärd också att *ogillas*.⁹⁶

3.2.2.1 Enskilda fysiska eller juridiska personer

För det mesta känner en sökande part i ett säkerhetsåtgärdsförfarande till vem som konkret hotar hennes intressen/rättigheter och som det därför *civilrättsligt* finns möjligheter att rikta ett anspråk mot. I sådana fall fokuserar valet av angreppssubjekt på den part som i ansökan utpekats som *svarande* och som påstås stå i ett slags *direkt* rättsförhållande till sökande⁹⁷ på grund av ett immaterialrättsligt intrång. Det går att tänka sig att en *juridisk* persons verksamhet i någon del innefattar ett immaterialrättsligt intrång. I sådana fall kan det vara mer effektivt att rikta ett anspråk mot en *fysisk* person som kanske handlar i egenskap av ställföreträdare för bolaget⁹⁸, för att förhindra att denne påbörjar en *ny* intrångsverksamhet inom ramen för en *ny* juridisk person.⁹⁹ I immaterialrättsliga mål har alltså den sökande parten möjlighet att rikta en säkerhetsåtgärd inte bara mot det *juridiska* svarandebolaget, utan även mot dess *fysiska* ställföreträdare.¹⁰⁰ I sådana fall måste dock ställföreträdaren vara instämd som part i målet. Vidare så måste det i princip framgå av utredningen att den fysiska personen *de facto* är ställföreträdare för bolaget. Förordnandet mot denne måste också prövas *självständigt*, och det är inte slentrianmässigt så att ställföreträdaren kan sättas ut som adressat för förordnandet.¹⁰¹ Ibland är det lätt att identifiera vilken fysisk eller juridisk person som är ansvarig för intrånget, men oftast är identifikationen svår eftersom den aktuella intrångsgöraren verkar under en falsk eller dold identitet.¹⁰²

⁹⁴ Se avsnitt 3.3.2.1 nedan där rekvisitet *sannolika skäl* diskuteras mera utförligt.

⁹⁵ Westberg (Bok 2) s 291 ff.

⁹⁶ Westberg (Bok 2) s 294.

⁹⁷ Westberg (Bok 2) s 276, 295.

⁹⁸ NJA 1990 s 338 (s 243).

⁹⁹ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 53 f, 63.

¹⁰⁰ NJA 1990 s 338.

¹⁰¹ Westberg (Bok 2) s 304.

¹⁰² Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 53 f, 63.

3.2.2.2 En okänd adressat

Vid vissa typer av immaterialrättsliga intrång finns ett behov av att kunna utverka en säkerhetsåtgärd mot en *obekant* svarande. Det kan till exempel handla om att den misstänkte sabotören/sabotörerna använder sig av en *falsk* identitet vid bedrivandet av försäljning av piratkopierade produkter på olika marknadsplatser t ex konsumtionsstråk, sport- eller konsertanläggningar.¹⁰³ Man kan också tänka sig att en grupp personer, som piratkopierat verk av olika slag, lagt upp verken på en ftp-server och därigenom möjligtgjort nedladdning av dem på Internet, sedan lyckas *dölja* sina identiteter bakom ett IP-nummer.¹⁰⁴ I båda dessa fall har rättighetsinnehavaren ett intresse av att kunna utverka skydd genom en säkerhetsåtgärd. Framförallt handlar det om att omedelbart få *stopp* på försäljningsverksamheten eller nedladdningen. För innehavaren av ensamrätten kan det också vara av intresse att få reda på *namnen* på sabotören och hennes kollegor. Vidare kan det vara relevant att försöka *avtvinga* den obekante lagrade piratkopierade produkter eller *omhänderta* viss utrustning som används för intrångsverksamheten. Även om det i *materiellt* hänseende mycket väl kan finns förutsättningar för att rikta en ansökan om säkerhetsåtgärd mot en okänd sabotör, så kan det i *processuellt* hänseende finnas gränser. Det allmänna kravet på *fair trial* i artikel 6.1 EKMR¹⁰⁵ torde uppställa en slags huvudregel att en ansökan om säkerhetsåtgärd mot en obekant adressat bör *avvisas*. Ingen får ju som bekant dömas ohörd. I undantagsfall är det dock möjligt att det trots allt går att vinna framgång med en sådan ansökan. Då krävs emellertid kreativitet både vad gäller uppfyllandet av kravet på *fair trial* och vad gäller hanteringen av risken att domstolsbeslutet vid exekutionen i själva verket kan komma att drabba en *oskyldig* tredje man. Ett alternativ är att istället försöka rikta ett anspråk mot en redan *känd* part t ex utomstående *tredje man*, för att få reda på namnet på den riktiga intrångsgöraren så att det senare går att angripa denne.¹⁰⁶

3.2.2.3 Tredje man som adressat

Det är inte osannolikt att en tredje man i vissa fall handlar på *uppdrag* av svaranden. Så är fallet då en intrångsverksamhet huvudsakligen bedrivs av tredje man, men i *svarandens* namn. Antingen är tredje man så pass *osjälvständig* att dennes ageranden täcks av en säkerhetsåtgärd riktad mot svaranden, eller så kan tredje mans aktivitet *i sig* vara av sådan art att det kan finnas skäl för att vilja *angripa* denne direkt med en ansökan om säkerhetsåtgärd. Som utgångspunkt krävs dock en *självständig* civilrättslig grund, t ex att tredje man gör sig skyldig till immaterialrättsligt intrång i sökandens ensamrätt, för att sökanden också ska kunna vinna framgång med en sådan ansökan.¹⁰⁷ Så är till exempel fallet när tredje man utgör ett led i en distributionskedja och av svaranden *förvärvat* produkter som innefattar intrång, och som denne sedan planerar att sälja vidare. Själva

¹⁰³ Westberg (Bok 2) s 296.

¹⁰⁴ Jfr *Ljudboksfaller*: Solna TR beslut Ä 2707-09; Svea HovR beslut Ö 6091-09 om informationsläggande. Målet har överklagats till HD.

¹⁰⁵ Se kapitel 2.2.1 ovan.

¹⁰⁶ Westberg (Bok 2) s 295ff med där gjorde hänvisningar.

¹⁰⁷ Westberg (Bok 2) 298 ff.

vidareförsäljningen av produkterna betraktas då som ett immaterialrättsligt intrång, som tredje man gör sig skyldig till i *egen* regi. Vanligtvis är det dock *inte* helt lätt att bedöma huruvida tredje man kan betraktas som ett självständigt rättssubjekt eller inte. Mest problematiskt är det när tredje man tycks uppträda helt *fristående* från svaranden, och det samtidigt finns en faktisk eller rättslig *relation* mellan svaranden och tredje man. En sådan relation kan bestå av just gemensamma *affärsintressen* eller olika *rättigheter* som kanske har sin grund i ett kontraktsförhållande. Sökanden kan antingen löpa en risk att subjekten kommer att *samverka* för att göra sig immuna mot ett angrepp, eller så framstår det endast som mest *effektivt*, för att försöka förhindra ett förestående/pågående immaterialrättsintrång, att låsa *både* svarandens och tredje mans dispositionsmöjligheter. I det förstnämnda fallet skulle det alltså krävas ett särskilt *civilrättsligt* stöd för angreppet, i det sistnämnda fallet skulle det dock *inte* krävas sådant stöd.¹⁰⁸ Samverkan kanske sker i *objektivt* hänseende när en Internetleverantör träffar ett enskilt *avtal* med potentiella intrångsgörare om rätten att använda ett visst serverutrymme, och Internetleverantören sedan får klara indikationer på att serverutrymmet används för att bedriva upphovsrättsintrång.¹⁰⁹ Istället skulle ett skydd på grund av effektivitet eventuellt vara befogat, då en ensamrättsinnehavare står risken att en Internetleverantör kommer att *följa* villkoren för ett bredbandsavtal med en intrångsgörare. Tanken är att för att *effektivt* kunna sätta stopp för olaglig nedladdning av ett visst piratkopierat material, så lönar det sig *inte bara* att gå till angrepp mot de kriminella fildelarna som laddat upp materialet. Ensamrättsinnehavaren är troligtvis medveten om att Internettjänsten kommer att fortsätta att levereras till fildelarna, i enlighet med villkoren i bredbandsavtalet. Farhåga uppkommer att hon, så länge Internettjänsten fortsätter att levereras till intrångsgöraren, kan få stora bekymmer att senare realisera en dom på ersättning för de skador som orsakas genom ett större och mera omfattande intrång. Alltså skulle ett effektivt skydd mot ett pågående immaterialrättsintrång bara kunna uppnås om Internetleverantören dessutom omedelbart förbjöds att *fortsätta* leverera Internettjänsten.¹¹⁰ Sammanfattningsvis så bör emellertid huvudregeln vara att en ansökan om säkerhetsåtgärd riktad mot tredje man *inte* kan vinna bifall. Det finns två huvudsakliga skäl till detta. För det första så saknar ett sådant angreppssubjekt *partsällning* i ett framtida tvistemål om immaterialrättsintrång, vilket innebär att dennes intressen *aldrig* kommer att tillvaratas dvs. kravet på *fair trial* riskerar återigen att

¹⁰⁸ Westberg (Bok 2) s 306 f.

¹⁰⁹ Jfr NJA 1993 s 188 där HD i en bolagsrättslig tvist ansåg att *tredje man* – ett systerbolag – var *självständig* i förhållande till svaranden. Se Prop. 2004/05:110 där man menar att en Internetleverantör endast kan anses ha medverkansansvar i *objektivt* hänseende i de fall intrångsgöraren har träffat avtal med mellanhanden om rätt att utnyttja dennes serverutrymme och mellanhanden därefter fått klara indikationer på att serverutrymmet används på ett sätt som innebär upphovsrättsintrång dvs. överföring till allmänheten. Möjligheter finns då att ingripa med åtgärder, även om mellanhanden inte kan göras ansvariga pga. de *subjektiva* kraven för straffrättsligt ansvar (uppsåt eller grov oaktsamhet) inte är uppfyllda eller pga. att reglerna om ansvarsfrihet avseende skadestånd, sanktionsavgifter och straff är tillämpliga.

¹¹⁰ Westberg (Bok 2) s 307 f.

åsidosätts. För det andra så kan inte sökanden avkrävas någon *säkerhet*¹¹¹ för de skador som eventuellt skulle kunna drabba tredje man om förordnandet senare visar sig ha varit felaktigt. För att det ska gå att göra undantag från denna huvudregel, förutsätts i princip att tredje man också dragits in som part i förfarandet.¹¹²

3.3 Tvistemålets karaktär

I både indispositiva och dispositiva tvistemål är domstolen bunden av en parts *materiella* yrkande.¹¹³ Det är i princip kändens yrkande som avses eftersom det är hon som har tagit initiativ till rättegången och begärt ett visst domslut.¹¹⁴ Att domstolen är bunden av kändens yrkande kan sägas vara ett uttryck för *dispositionsprincipen* som ger parterna en rätt att bestämma över föremålet för processen.¹¹⁵ En möjlig distinktion mellan indispositiva och dispositiva tvistemål skulle man dock kunna göra genom att fästa avseende på domstolens eventuella bundenhet av *materiella* rättsfakta. En domstol är endast bunden av de materiella rättsfakta som åberopats av parterna i dispositiva tvistemål. Att domstolen *ex officio* kan beakta *andra* materiella rättsfakta än sådana som åberopats av någon part¹¹⁶ kan sägas vara ett uttryck för *officialprincipen*, som garanterar domstolen en rätt att besluta i frågor om rättstillämpning och bevisvärdering i enlighet med principen om *iura novit curia*.¹¹⁷ Ett problem är att det inte framgår av RB om ett mål är av dispositiv eller indispositiv karaktär, utan istället får man försöka hitta vägledning i den materiella rätten på respektive område. Utgångspunkten är dock att enskilda personer äger *frihet* att förfoga över sina egna angelägenheter så länge inga utomstående intressen berörs. Huvudregeln måste därför vara att ett mål ska betraktas som *dispositivt* i de fall då en officialplikt inte går att motivera, eftersom den endast skulle avse att skydda *en* av parterna mot en enskild motpart dvs. grunda sig på *enskilda* intressen. Motsatsvis så betyder det att klassificeringen av ett tvistemål som *indispositivt* endast är motiverat i de fall då en officialplikt skulle vara motiverad med hänsyn till tredje mans eller andra *allmänna* intressen t ex att rättskipningens anseende upprätthålls.¹¹⁸

3.3.1 Indispositivt eller dispositivt tvistemål

På immaterialrättens område har alltså HD i anslutning till den svenska speciallagstiftningen om civilrättsliga säkerhetsåtgärder dragit slutsatsen att

¹¹¹ Se avsnitt 3.3.2.4 nedan där rekvisitet *säkerhet* diskuteras mera utförligt.

¹¹² Westberg (Bok 2) s 302 f, 308 ff.

¹¹³ Fitger, kommentaren till 17 kap 3§ RB första meningen.

¹¹⁴ Jfr SOU 1938:44 s 214 f, 184.

¹¹⁵ Fitger, kommentaren till 17 kap 3§ RB första meningen.

¹¹⁶ Fitger, kommentaren till 17 kap 3§ RB andra meningen.

¹¹⁷ För mer om officialprincipen se bl.a. Ekelöf m.fl., *Rättegång I*, s 68ff; Lindell, *Civilprocessen*, s 54ff.

¹¹⁸ Fitger, kommentaren till inledningen till balkens IV avd., före 42 kap RB.

det i sådana fall rör sig om ett *indispositivt* tvistemål¹¹⁹. Motiveringen därtill kan delas in i tre av domstolen uppställda kriterier:

- Yrkandet var *inte* tillräckligt bestämt.
- Yrkandet hade grundats på en *fakultativ* rättsregel¹²⁰.
- Yrkandet rörde *offentlighetsrättsligt* vite.¹²¹

När det gäller det första kriteriet så bör tilläggas att domstolen, *inom ramen för kärandens yrkande*, har ett ansvar för att *alla* slags yrkanden uppfyller erforderliga krav på entydighet och konkretisering dvs. domstolen kan till viss del påverka yrkandets omfattning och innehåll genom *officialprövning*. Det gäller oavsett om det rör sig om ett indispositivt eller indispositivt mål. Ifråga om det andra kriteriet så menade domstolen att den fakultativa utformningen av den civilrättsliga regel som lagts till grund för yrkandet, innebar att det inte förelåg någon *ovillkorlig* rätt att få ett förbud utfärdat även om de i lagen föreskrivna kriterierna i och för sig var uppfyllda. Med ytterligare hänvisning till det tredje kriteriet så var ett viktigt argument att domstolen *självständigt* ska bestämma vitesbeloppet. För att någorlunda förstå hur HD kunnat nå sin slutsats så måste vi här göra en distinktion mellan kriterium två och tre. Sökanden har egentligen gjort två yrkanden; förbudet (*materiella* yrkandet) och vitesföreskriften (*exekutiva* yrkandet). En sak är att exekutionsrättsliga intressen visserligen ska bevakas *ex officio* av domstolen. Det faktum att det huvudsakliga *materiella* yrkandet i sammanhanget förenats med ett *exekutivt* yrkande, kan dock orimligt resultera i att *hela* målet får en indispositiv karaktär¹²². En annan sak är att målet i sin prövning kan få ett visst indispositivt *inslag* på grund av vitesmomentet, även om detta inslag i sig inte kan leda till att målet som helhet ska handläggas som ett indispositivt mål. Av avgörande betydelse för frågan om målets indispositiva karaktär tycks endast ha varit den aktuella *civilrättsliga* rättsregeln som legat till grund för yrkandet.¹²³ Frågan är dock vilka slutsatser det går att dra avseende de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna i 15 kap RB. Kan ett yrkande enligt någon av dessa civilprocessuella regler göra ett mål om immaterialrättsintrång till ett *indispositivt* tvistemål? För att kunna besvara den frågan måste vi närmare undersöka reglerna i 15 kap RB. Det framgår inte uttryckligen av lagregleringarna huruvida bifallsförutsättningarna i 15 kap RB är dispositiva

¹¹⁹ Se kapitel 2.3.2.8 ovan där HD:s avgörande i NJA 2000 s 435 I och II har redovisats.

¹²⁰ Se 11 § FHL jfr 53 § URL.

¹²¹ NJA 2000 s 435 I (mål om företagshemlighet) och II (mål om upphovsrättsintrång).

¹²² Heuman (2000) s 957.

¹²³ Se Westberg (Bok 2) s 236 f. Det är möjligt att HD såsom Westberg påpekar, i fallet tog intryck av ett uttalande i motiven till firmalagen. Jfr Prop. 1974:4 s 221 som HD hänvisar till, där påpekas att ett mål om förbud mot firmaintrång *ska* handläggas som indispositivt. I sammanhanget åsyftas emellertid bara de fall då intrånget strider mot *allmänna* intressen och talan förs av en enskild person. I fall då intrånget endast strider mot *enskilda* intressen så finns det inte något liknande uttalande. HD måste alltså ha ansett att intrånget i NJA 2000 s 435 I och II stred inte bara mot *enskilda* intressen utan också mot *allmänna* intressen. Det är dock oklart vad som utgjorde dessa *allmänna* intressen i fallet.

eller tvingande till sina karaktärer¹²⁴.¹²⁵ Däremot sägs i lagtexten att domstolen *får* besluta om kvarstad eller någon annan säkerhetsåtgärd förutsatt att de angivna förutsättningarna är uppfyllda dvs. 15 kap 1-3 §§ RB är *fakultativa*.¹²⁶ Hur skulle det i sig kunna motivera att domstolen ska få lägga *andra* omständigheter till grund för att ett immaterialrättsligt intrång har inträffat (eller inte har inträffat), än sådana som har åberopats av sökanden (respektive motparten)? En sak är att domstolen har en möjlighet att avslå ett yrkande om säkerhetsåtgärd med hänvisning till att åtgärden skulle få *oproportionerliga* skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett bifall dvs. att domstolen ska göra en avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet.¹²⁷ En annan sak är att domstolen kan anses behörig att lägga *andra* materiella rättsfakta till grund för att ett visst rättsförhållande föreligger eller inte föreligger.¹²⁸ I det första fallet skulle det inte ha någon betydelse om målet betraktades som dispositivt eller indispositivt. I det sistnämnda fallet skulle dock domstolens agerande endast vara tillåtet om målet betraktades som indispositivt. Problemet är nog att HD i NJA 2000 s 435 I och II i sin bedömning i princip utgick ifrån att huvudyrkandet handlade om *permanent* förbud. Alltså stod regeln om permanent förbud i fokus för domstolens prövning, och *inte* de intermistiska reglerna om förbud. Det rådde således en *identitet* mellan det intermistiska yrkandet (tillfälligt förbud) och yrkandet på ett visst domslut (permanent förbud)¹²⁹. Om huvudyrkandet istället hade handlat om t ex förstörelse, så är det inte säkert att hela tvistemålet skulle ha betraktats som indispositivt endast på grund av det intermistiska förbudsyrkandet. Kanske hade HD då sagt att huvudyrkandet rörande förstörelse, som också bygger på en fakultativ regel, skulle göra hela tvistemålet indispositivt. Den frågan är dock fortfarande obesvarad efter NJA 2000 s 435 I och II och får därför betraktas som öppen. Slutsatsen är nog också den att ifråga om andra former av säkerhetsåtgärder än förbud enligt 15 kap RB, då det inte heller skulle kunna råda en identitet mellan yrkandet på säkerhetsåtgärd och yrkandet på ett visst domslut, så är det inte lika självklart att hela tvistemålet rent faktiskt skulle bli indispositivt. Utgångspunkten då är nog snarare den att ett mål om immaterialrättsintrång där den sökande parten framställt ett yrkande enligt 15 kap RB *inte* kan göra målet till ett indispositivt tvistemål, utan att det bör betraktas som *dispositivt*. Det saknas alltså grund för att motivera en officialplikt i dessa fall. Rättsläget tycks dock vara mera oklart sedan HD:s avgörande i NJA 2000 s 435 I och II.

¹²⁴ Undantaget är dock 15 kap 6 § RB andra stycket där det föreskrivs att domstolen inte får pröva en erbjuden säkerhet om svaranden godkänt den dvs. bestämmelsen är *dispositiv*, se vidare under avsnitt 3.3.2.3.

¹²⁵ Westberg (Bok 1) s 57.

¹²⁶ Nordh, *Praktisk process*, s 23.

¹²⁷ Se NJA 1993 s 182 och 1995 s 631. Jfr 15 kap RB där det uttryckligen saknas lagstöd för en proportionalitetsprincip.

¹²⁸ Fitger, kommentaren till 17 kap. 3 § RB andra meningen.

¹²⁹ Se avsnitt 2.3.2.2 ovan.

3.3.2 Yrkandet om säkerhetsåtgärd

I regel yrkar rättighetsinnehavaren i en intrångsvist i huvudsak att motparten ska *förbjudas* att fortsätta intrånget och att förbudet ska förenas med *vite*. Ibland kanske yrkandet framställs *intermistiskt*. Förbudsyrkandet kombineras inte sällan med ett yrkande om att egendom som hör till intrånget ska *förstöras* eller *ändras*. Som kronan på verket yrkar parten ofta också på *skadestånd*.¹³⁰ I en säkerhetsåtgärdsprocess är däremot yrkandets utformning inte alltid lika förutseende,¹³¹ även om sökanden i normalfallet fortfarande eftersträvar ett effektivt *stopp* på intrånget. Svensk rätt saknar nämligen särskilda regler om vad en ansökan om säkerhetsåtgärd måste innehålla och vad som *inte* kan intas i ett beslut om säkerhetsåtgärd.¹³² För en sökande part är yrkandet om säkerhetsåtgärd det centrala *redskapet* för att uppnå vissa resultat och rättsliga verkningar, ofta *anpassade* efter det konkreta läget. Det är genom utformandet av detta yrkande som en part kan försöka dra nytta av det handlingsutrymme som ges av *materiella* regler samt de faktiska *omständigheterna* i det enskilda fallet. Det kräver dock att den sökande parten *vet* vilka resultat hon helst vill uppnå med säkerhetsåtgärden. I sådana fall vill parten troligtvis genom yrkandet maximera *inflytandet* över innehållet i förordnandet och försöka exakt *styra* domstolen, så att den meddelar det önskade förordnandet och inget annat förordnande¹³³. En sådan strategi kan emellertid ge upphov till två problem. (I) För det första så är det svårt att förutse *gränserna* för förordnandets innehåll och räckvidd, eftersom domstolen i normalfallet gör en proportionalitetsprövning¹³⁴. (II) För det andra så medför ett mer precist yrkande att motparten ges större utrymme att *kringgå* förordnandet vid bifall. Alternativet är alltså att försöka få domstolen att *medverka* till utformningen av förordnandet, genom att ge säkerhetsåtgärdsyrkandet en mer *vag* och *allmän* utformning. Här kommer istället domstolens *materiella* bedömning att spela in på valet av säkerhetsåtgärd. Om sökanden är osäker på huruvida en *säkerhet*¹³⁵ kommer att godtas eller hur utfallet av en *proportionalitetsprövning* kommer att bli, kan en sådan strategi vid utformandet av yrkandet ha klara fördelar.¹³⁶

¹³⁰ Runesson (2002) s 675 f.

¹³¹ Se avsnitt 2.4 ovan där det konstateras att rätten *inte* får ta upp en fråga om en civilprocessuell säkerhetsåtgärd enligt 15 kap RB *ex officio*, jfr 15 kap 5 § RB. Om sakfrågan *inte* ännu är anhängiggjord genom stämning, krävs dessutom att ett sådant yrkande framställs *skriftligen*. Se vidare Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 17; Nordh, *Praktisk process*, s 26.

¹³² Westberg (Bok 2) s 246.

¹³³ Jfr NJA 1965 s 356. Se avsnitt 3.2.2 ovan där det konstateras att domstolen är bunden av parts materiella yrkande i dispositiva och indispositiva mål.

¹³⁴ Se avsnitt 3.3.2.5 nedan.

¹³⁵ Se avsnitt 3.3.2.4 nedan.

¹³⁶ Westberg (Bok 2) s 229 ff.

3.3.3 Officialprövning eller partsdispositivitet

Domstolen tycks beträffande immaterialrättsliga mål bedriva en relativt *öppen* officialprövning.¹³⁷ Det kan emellertid förhålla sig så att en sökande part *inte* vill överlämna åt domstolen att *välja* en åtgärd vid ett immaterialrättsintrång. Så kan till exempel vara fallet då sökanden vill att prövningen ska gå *snabbt* och hon vill undvika *risken* för misstag, på grund av att domstolen rimligtvis borde vara sämre insatt i sakfrågorna. Vidare så förutsätter en strategi att få domstolen att *medverka* till utformningen av säkerhetsåtgärdsförordnandet att det rent faktiskt finns utrymme för officialprövning dvs. att domstolen *ex officio* kan välja åtgärd. Det är inte alls givet att bestämmelserna i 15 kap RB kan tolkas så att domstolen har ett sådant mandat. Att domstolen enligt 15 kap 3§ RB har getts mandat att besluta om en *lämplig* åtgärd, kan lika gärna uppfattas av domstolen som en *materiell* reglering. Utgångspunkten är nog snarare den att en sökande part *inte* kan förvänta sig att domstolen har mandat att *välja* säkerhetsåtgärd. Istället borde parten i princip vara skyldig att framställa ett *precist* yrkande och huvudregeln vara att domstolen sedan är bunden av detta yrkande.¹³⁸ I vilken utsträckning kan då sökanden dra nytta av det handlingsutrymme som ges av bestämmelserna i 15 kap RB? Hur bör sökanden utforma sitt yrkande om säkerhetsåtgärd? Vid ansökan om kvarstad på grund av en *fordran* enligt 15 kap 1§ RB ankommer det i princip på sökanden att i sitt yrkande på kvarstad exakt ange det *värde* intill vilket fordringen ska tryggas. I en ansökan som avser kvarstad på viss egendom på grund av *bättre rätt* till denna enligt 15 kap 2§ RB, måste dock sökanden i sitt yrkande beskriva *egendomen* så att denna kan identifieras och särskiljas.¹³⁹ Vad gäller ett yrkande på en *lämplig* åtgärd enligt 15 kap 3§ RB så måste sökanden dels (I) entydigt, klart och fullständigt beskriva den *handling* som motparten ska åläggas att tåla, underlåta eller vidta, dels (II) *föremålet* för handlingen t ex vilka intrångsföremål hon ska förbjudas att sälja eller vilken slags intrångsverksamhet hon ska förbjudas att bedriva.¹⁴⁰

3.4 Civilprocessuella säkerhetsåtgärder

3.4.1 Urvalet av säkerhetsåtgärder

3.4.1.1 Kvarstad och förvarstagande

Ett anspråk enligt 15 kap 1§ RB måste i regel röra en *fordran* dvs. ett anspråk på betalning i penningar.¹⁴¹ Undantaget är dock eventuella rättegångskostnader.¹⁴² Sökandens anspråk ska vara *förfallet* till betalning

¹³⁷ NJA 2000 s 435 I och II.

¹³⁸ Westberg (Bok 2) s 232 ff.

¹³⁹ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 17 f.

¹⁴⁰ Westberg (Bok 2) s 248; Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 18.

¹⁴¹ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 25; Westberg (Bok 4) s 71. Jfr NJA 1999 s 644 där HD ansåg att rättegången *inte* som huvudsak behöver röra fordringsanspråket. I fallet meddelades kvarstad vid prövning av en ansökan om försättande i konkurs.

¹⁴² Jfr NJA 1966 s 541.

eller i alla fall kunna förväntas bli det innan ett beslut kan meddelas.¹⁴³ När ett kvarstadsbeslut enligt 15 kap 1 § RB beviljas så innebär det princip att *egendom* säkerställs för en kommande domsverkställighet, genom att en faktisk åtgärd företas beträffande egendomen. Beslutet ska i praktiken avse så mycket av gäldenärens egendom att fodringen *kan antas* bli täckt. I de fall domstolen inte angett *viss* egendom i sitt kvarstadsbeslut, ankommer det istället på KFM att vid verkställighet av beslutet bestämma *vilken* egendom som ska tas i anspråk.¹⁴⁴ ¹⁴⁵ Vad gäller immaterialrättsliga processer så har HD ansett att för att säkerställa ett yrkande enligt 41§ VML¹⁴⁶ så kan åtgärder med i princip samma verkan som ett kvarstadsbeslut, s.k. *förvarstagande*, beslutas.¹⁴⁷ Det borde gälla även för *övriga* immateriella rättigheter. En viktig *distinktion* mellan begreppen kvarstad respektive förvarstagande är att endast det förstnämnda avser beslagtagande av egendom till säkerhet för en fordran, medan det sistnämnda avser beslagtagande för att *intrång* ska kunna upphöra eller att intrångsföremål ska kunna förstöras. Ett förvarstagande av intrångsprodukter borde alltså bara kunna ske med stöd av 15 kap 3§ RB. Här bör dock uppmärksammas att domstolen aldrig kan utverka en säkerhetsåtgärd som avser att säkra *bevisning* om att ett immaterialrättsintrång föreligger, utan endast för att garantera en meningsfull dom. Det innebär i sin tur att omhändertagna intrångsföremål *inte* får utlånas för att t ex möjliggöra en undersökning av desamma.¹⁴⁸

3.4.1.2 Bättre rätt till viss egendom

Ett anspråk enligt 15 kap 2§ RB är relativt vanligt förekommande och avser *bättre rätt* till viss egendom. Den rätt som avses ska emellertid vara *civilrättslig* till sin beskaffenhet. Det vill säga det civilrättsliga anspråk på vilket ett yrkande om säkerhetsåtgärd grundas¹⁴⁹ kan t ex vara att sökande gör gällande ensamrätt till ett visst domännamn. Sökande yrkar kanske på förpliktigande för motparten att *avregistrera* ett specifikt domännamn i samband med en varumärkesintrångstvist dvs. yrkandet avser åläggande angående en *positiv* handling.¹⁵⁰ Som grund för sitt yrkande gör sökande gällande att hon har *bättre rätt* till domännamnet än motparten t ex pga. registrering av ett därmed förväxlingsbart varumärke. Denna fråga har således *prejudiciell* betydelse i målet.¹⁵¹ Här bör återigen uppmärksammas att åtgärden *måste* vara ägnad att säkerställa en meningsfull dom gentemot motparten, annars är den i princip otillåten. Det innebär att en intrångsgörare t ex *inte* genom ett beslut enligt 15 kap 2 § RB kan åläggas att kontakta

¹⁴³ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 26.

¹⁴⁴ Härvid ska KFM tillämpa turordningsreglerna i 4 kap UB samt beneficiereglerna i 5 kap UB. Jfr 16 kap 13§ UB och 15 kap 10§ RB.

¹⁴⁵ Fitger, kommentaren till 15 kap 1§ RB; Nordh, *Praktisk process*, s 16 ff.

¹⁴⁶ Ett sådant yrkande kan avse att viss egendom på vilken ett varukännetecken olovligen förekommer ska *återkallas* från marknaden, *ändras*, *förstöras* eller att någon *annan* åtgärd som kan ska företas med den. Se vidare 41§ VML.

¹⁴⁷ Se NJA 1993 s 182. Jfr Prop. 1993/94:122 s 48.

¹⁴⁸ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 193.

¹⁴⁹ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 31.

¹⁵⁰ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 193.

¹⁵¹ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 31.

köpare av ett visst intrångsföremål, för att försöka förhindra vidare *spridning* av föremålet eller för att *informera* köpare om att det rör sig om ett intrångsföremål. I sådana fall är nämligen syftet med det preventiva åläggandet otillåtet.¹⁵²

3.4.1.3 En lämplig åtgärd

Ett anspråk enligt 15 kap 3§ RB ska röra en *lämplig* åtgärd och avser alla former av anspråk, även sådana som omfattas av 15 kap 1 och 2§§ RB. Det är dock vanligast att en tillämpning av 15 kap 3§ RB aktualiseras i dels tvister som rör *bättre rätt* till egendom, dels tvister som i annat fall rör *naturaprestationer*.¹⁵³ Det kan t ex handla om att motparten ska *förbjudas* att marknadsföra en viss produkt under ett visst varumärke, att motparten ska *lämna* ut en lös sak som används för bedrivandet av ett immaterialrättsintrång eller att motparten helt ska *upphöra* med en viss intrångsverksamhet.¹⁵⁴ I immaterialrättsliga processer kan även ett yrkande om förordnande av syssloman enligt 15 kap 3§ andra stycket RB ha stor praktisk betydelse. Ett sådant yrkande syftar nämligen till att en syssloman ska sättas i motpartens ställe för att förvalta en viss egendom eller för att bedriva/kontrollera viss verksamhet¹⁵⁵ som gör intrång i sökandens ensamrätt. När det gäller förordnandets innehåll enligt 15 kap 3§ RB är det eventuellt möjligt att rätten fritt kan välja mellan *olika* lämpliga åtgärder ex officio¹⁵⁶. Domstolen bör emellertid *inte* besluta om en mer långtgående åtgärd av *annat* slag än vad sökanden i behörig ordning har yrkat.¹⁵⁷ I vissa fall är det dock tänkbart att en säkerhetsåtgärd som meddelas i enlighet med 15 kap 3§ RB i praktiken medför att motparten tvingas att under processen *fullgöra* den förpliktelse, som sökanden senare kommer att föra talan om i huvudmålet.¹⁵⁸ Lämplighetskravet kan dock sägas vara till skydd för motparten, eftersom det ger uttryck för det *lindrigaste* ingreppets princip. Kravet innebär helt enkelt att en *olämplig* säkerhetsåtgärd medför att ansökan inte kan bifallas. Utan endast om ansökan i ett konkret fall täcker ett alternativ dvs. en *mindre* ingripande åtgärd, så kan den bifallas.¹⁵⁹

3.4.2 Bifallsförutsättningar

3.4.2.1 Sannolika skäl

För bifall av ett yrkande om säkerhetsåtgärd krävs att den sökande parten kan visa *sannolika skäl för bifall till sitt civilrättsliga anspråk*, oavsett om anspråket gäller en penningfordran (15 kap 1§ RB), krav på bättre rätt till

¹⁵² Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 193 f.

¹⁵³ Nordh, *Praktisk process*, s 20.

¹⁵⁴ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 32 ff.

¹⁵⁵ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 194.

¹⁵⁶ Se avsnitt 3.3.3 ovan. Jfr Westberg (Bok 2) s 234 f. Tolkningen är som Westberg konstaterar inte helt självklar, utan det är möjligt att 15 kap 3§ RB endast bör uppfattas som en *materiell* reglering. Det skulle innebära att regeln bara ger utrymme för *andra* anspråk än fordran och bättre rätt dvs. för olika materiella påföljder som en sökande part själv måste yrka på.

¹⁵⁷ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 34.

¹⁵⁸ Se NJA 2003 s 613.

¹⁵⁹ Westberg (Bok 2) s 235.

viss egendom (15 kap 2§ RB) eller något annat civilrättsligt anspråk (15 kap 3§ RB).¹⁶⁰ Det innebär med andra ord att det måste finnas sannolika skäl enligt den immaterialrättsliga lag som är *materiellt* tillämplig ifråga om själva huvudanspråket.¹⁶¹ Beviskravet sannolika skäl är en *lägre* bevisnivå än den som i allmänhet krävs som grundval för en dom. I svensk rätt förekommer som bekant högre beviskrav, nämligen det normala *styrkt* eller *visat* och däröver *uppenbart*. Vad käranden emellertid måste göra sannolikt är ingenting mindre än att hon kommer att *vinna* målet. När det rör sig om ett intermistiskt beslut bör dock *inte* beviskravet upprättas till fullo.¹⁶² Upprätthålls beviskravet till fullo vid en prövning *ex parte*¹⁶³, så kan nämligen det höga beviskravet leda till att ett beslut om säkerhetsåtgärd *inte* meddelas trots att det kan vara berättigat i ett specifikt fall.¹⁶⁴ Principiellt bör alltså prognosprövningen i säkerhetsåtgärdsförfarandet präglas av *låga* beviskrav och en *summarisk* prövning av det civilrättsliga anspråket.¹⁶⁵ Trots detta så har HD i mål avseende immaterialrättsligt intrång valt att göra tämligen *ingående* prövningar av de aktuella bevisfrågorna dvs. både avseende de rättsfrågor och de sakfrågor som aktualiserats i fallen.¹⁶⁶ Att domstolen i immaterialrättsliga mål väljer att pröva yrkandet om säkerhetsåtgärd särskilt ingående, innebär i praktiken att domstolen *ex officio* gör en intrångsbedömning utifrån den materiella rätten, trots att beslutet fattas under ett summariskt förfarande. Inte sällan kan det tyckas tveksamt om det efteråt finns utrymme kvar för att göra en ännu *mer* ingående prövning i ett slutligt avgörande i saken.¹⁶⁷ Det ställer också höga krav på en sökande part vad gäller bevisningen. I en immaterialrättslig säkerhetsåtgärdsprocess måste den sökande parten dels visa att det föreligger sannolika skäl för den aktuella ensamrättens *existens*, dels för att *intrång* i denna ensamrätt föreligger. Det senare ledet kan sägas innefatta sannolika skäl för att åtgärden *i sig* innebär ett intrång och att intrångsföremålet faller *innanför* den aktuella ensamrättens skyddsområde. Att bevisläget inte är klart och tydligt kring ett immaterialrättsintrång när en ansökan om säkerhetsåtgärd kommer in till rätten, komplicerar naturligtvis domstolens sannolikhetsprövning. I princip skiljer sig dock inte denna materiella sannolikhetsprövning, avseende ensamrättens existens och intrångsfrågan i säkerhetsåtgärdsförfarandet, från den sedvanliga bevis- och civilrättsliga prövningen i tvistemålsprocessen. En mycket viktig *diskrepans* mellan dessa prövningar är dock att domstolen endast i det förstnämnda fallet alltså har att förhålla sig till ett *lägre* beviskrav.¹⁶⁸ Ett lågt beviskrav gör det i princip *lättare* för en part att få ett beslut om säkerhetsåtgärd beviljat vid ett immaterialrättsligt intrång, än en fällande dom under samma omständigheter¹⁶⁹. En motpart får emellertid inte utsättas för

¹⁶⁰ Fitger, kommentaren till 15 kap 1-3§§ RB; Westberg (1990) s 171f.

¹⁶¹ Pålsson (1996) s 389.

¹⁶² Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 27, 12.

¹⁶³ Se avsnitt 3.4.2.3 och not 184.

¹⁶⁴ Westberg (Bok 4) s 93 f.

¹⁶⁵ Fitger, kommentaren till 15 kap 1§ RB.

¹⁶⁶ NJA 1995 s 631 och NJA 1998 s 179; Se vidare Westberg (Bok 4) s 86-188.

¹⁶⁷ Jfr NJA 1995 s 635; NJA 1995 s 631 och NJA 1998 s 179.

¹⁶⁸ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 170 f.

¹⁶⁹ Se avsnitt 4.2.2 nedan.

tvångsverkställighet innan en slutgiltig dom i målet¹⁷⁰. För att motverka detta kan domstolen *först* undersöka om ansökan om säkerhetsåtgärd brister i någon *annan* bifallsförutsättning. Har parterna emellertid redan tillåtits lägga fram bevisning och pläderat om de relevanta omständigheterna, så bör *inte* domstolen nöja sig med att det endast föreligger *sannolika skäl* för bifall till sökandens anspråk, utan också beakta övriga förutsättningar.¹⁷¹

3.4.2.2 Sabotagerisk

För bifall till ett yrkande om säkerhetsåtgärd krävs också att den sökande parten kan visa att *det skäligen kan befaras att svaranden kommer vidta en för käranden skadlig åtgärd som förhindrar domens verkställighet* dvs. det ska föreligga en s.k. *sabotagerisk*. Det gäller oavsett om anspråket skulle gälla en penningfordran (15 kap 1§ RB), krav på bättre rätt till viss egendom (15 kap 2§ RB) eller något annat civilrättsligt anspråk (15 kap 3§ RB).¹⁷² Kravet innebär emellertid *inte* att den sökande parten behöver visa att motparten har för *avsikt* att sabotera dennes ensamrätt, utan endast att intrånget kan få den effekten om det fortsätter dvs. det ska föreligga en *objektiv* fara. Annorlunda uttryck så handlar det om en objektiv *risk* för framtida skada.¹⁷³ Alltså krävs varken uppsåt eller vårdslöshet från motpartens sida i förhållande till själva skadeeffekten.¹⁷⁴ Beviskravet skäligen kan befaras är en *lägre* bevisnivå än vad som gäller för att intrång föreligger. I svensk rätt är troligtvis beviskravet *antagligt* det som bäst svarar mot kravets innebörd.¹⁷⁵ Det är förmodligen också därför som det tycks råda en *presumtion* för att det finns en sabotagerisk (åtminstone så länge svaranden inte medger talan), om sannolika skäl för intrång har *visats* föreligga. Konsekvensen av en sådan presumtion är emellertid att sabotagerekvisitet *inte* kan anses uppfyllt i de fall det framstår som *uppenbart* att intrånget endast är en engångsföreteelse.¹⁷⁶ För en sökande part i en immaterialrättslig process innebär det i princip att hon måste försöka övertyga domstolen att intrånget *inte* upphört, utan att det pågår och att kan förväntas fortsätta pågå om en säkerhetsåtgärd inte genast meddelas.¹⁷⁷ Det är möjligt att tvists internationella karaktär kan påverka tillämpningen av rekviset. En sabotagerisk kan nämligen bedömas vara större om motparten helt *saknar* anknytning till Sverige. Delgivningen av ansökningen tar då regelmässigt längre tid, varför det kan hända att domstolen blir mer benägen att bifalla ansökan.¹⁷⁸ I praktiken *stupar* dock de flesta ansökningar om säkerhetsåtgärder på kravet på sabotagerisk.¹⁷⁹ Här följer några möjliga förklaringar till varför det förhåller sig just så. För det första (I) så måste en motpart alltid ha *faktiska* möjligheter att företa den aktuella sabotageåtgärden dvs. är hon legalt förhindrad att företa handlingen

¹⁷⁰ Se avsnitt 2.3.1 ovan.

¹⁷¹ Fitger, kommentaren till 15 kap 1§ RB.

¹⁷² Westberg (1990) s 171f.

¹⁷³ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 174.

¹⁷⁴ Westberg (Bok 3) s 155-161.

¹⁷⁵ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 28.

¹⁷⁶ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 174.

¹⁷⁷ Westberg (Bok 3) s 44.

¹⁷⁸ Pålsson (1996) s 389.

¹⁷⁹ Westberg (1989) s 347.

så föreligger normalt inte heller något behov av en säkerhetsåtgärd. Dessutom (II) måste en sökande part för att nå framgång med sin ansökan göra det antagligt att det föreligger en *konkret* fara dvs. för enbart hypotetiska faror ges inte något skydd. Sammantaget krävs alltså ur bevissynpunkt att den sökande parten understödjer sin begäran genom att visa att motparten *tidigare* visat prov på andra sabotageliknande beteenden¹⁸⁰. Detta tidigare sabotagebeteende måste emellertid ha en sådan *prägel* att det också markerar den sökande partens påtagliga behov av en säkerhetsåtgärd¹⁸¹. Det betyder att den aktuella sabotageåtgärden ska ha orsakat *skada* i vid mening¹⁸² som den sökande parten alltså måste både åberopa och bevisa för att vinna bifall.¹⁸³

3.4.2.3 Fara i dröjsmål

Kravet på fara i dröjsmål är *inte* en förutsättning för att domstolen ska kunna meddela ett beslut om säkerhetsåtgärd intermistiskt, utan är endast en förutsättning för att ett sådant beslut ska kunna meddelas *utan* motpartens hörande.¹⁸⁴ Närmast kan rekvisitet beskrivas som ett *kvalificerat* krav på sabotagerisk, där framförallt graden av tidsnöd är av grundläggande betydelse¹⁸⁵. Vid ett *ex parte*-förordnande så fattas beslutet i princip på ett ofullständigt processmaterial, varför det också måste finnas en beaktansvärd *anledning* till att motparten inte ska beredas tillfälle att yttra sig.¹⁸⁶ Annorlunda uttryckt så innebär ett förfarande *ex parte* att parterna olikabehandlas genom en *ensidig* prövning till sökandens fördel och att motparten därmed berövas den grundläggande rättigheten till *equality in arms* enligt artikel 6.1 EKMR.¹⁸⁷ Svensk processrätt innehåller som bekant den allmänna grundsatsen – *kommunikationsprincipen* – som i normalfallet förhindrar att domstolen fattar beslut *innan* motparten beretts tillfälle att yttra sig över sökandens påståenden. Huvudregeln är alltså att ett yrkande på ett förordnande *ex parte* bör lämnas *utan* bifall. Endast i undantagsfall kan alltså sökanden vinna bifall med ett sådant yrkande. I sådana fall ankommer det i princip på den sökande parten att visa att det finns en *kvalificerad* risk för skada och att fara i dröjsmål föreligger. Vid piratkopiering eller varumärkesförfalskning föreligger inte sällan fara i dröjsmål, eftersom det i regel finns en överhängande risk för att motparten *undanskaffar* ett

¹⁸⁰ Se NJA 1964 s 422 och NJA 1988 s 305.

¹⁸¹ Westberg (Bok 3) s 189-230.

¹⁸² Fitger, kommentaren till 15 kap 1§ RB.

¹⁸³ Se NJA 1995 s 635.

¹⁸⁴ 15 kap 5§ tredje stycket p.2 RB; Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 188. Att ett beslut fattas intermistiskt betyder endast att beslutet ifråga gäller tills det att ett slutligt beslut fattats i frågan. I allmänhet fattas ett sådant beslut också utan att den part mot vilket det riktar sig får tillfälle att yttra sig, men det förhåller sig inte alltid på det sättet då det kräver ett särskilt yrkande därom. Annorlunda uttryckt så kan ett intermistiskt beslut om säkerhetsåtgärd antingen meddelas *före* eller *efter* motpartens hörande. Endast i det förstnämnda fallet rör det sig om ett förordnande *ex parte*. Således uppstår viss begreppsförvirring om man säga att rekvisitet *fara i dröjsmål* är avgörande för om domstolen kan meddela ett beslut intermistiskt. Se vidare Westberg (Bok 1) s 52 not 3 samt (Bok 3) s 53 ff. Jfr Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 21.

¹⁸⁵ NJA 2005 s 29.

¹⁸⁶ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 21.

¹⁸⁷ Westberg (Bok 4) s 93.

resterande lager eller dylikt. Särskilda omständigheter medför alltså att redan ett kort dröjsmål skulle orsaka irreparabel skada av beaktansvärd omfattning, varför också det kan anses nödvändigt att besluta om en säkerhetsåtgärd utan motpartens hörande. I allmänhet krävs emellertid att det är fråga om en relativt stark och väldefinierad rättighet och att intrånget är någorlunda tydligt. Det är också rimligt att tänka sig att sökanden för egen del ska ha agerat skyndsamt och inte förhållit sig passiv dagarna före den förväntade obstruktionen. Även om sökanden i slutändan *inte* vinner framgång med sitt yrkande på förordnande *ex parte*, så brukar domstolen vanligtvis försöka anstränga sig att behandla hela saken skyndsamt då ett sådant yrkande ändå framställts.¹⁸⁸ Således kan det från den sökande partens perspektiv anses processtaktiskt att i vilket fall framställa ett yrkande på förordnande *ex parte* vid immaterialrättsintrång.

3.4.2.4 Säkerhet

Som huvudregel ska den sökande parten enligt 15 kap 6§ RB ställa *säkerhet* för den skada, som kan komma att drabba motparten genom den yrkade säkerhetsåtgärden. I princip så ska säkerheten alltid prövas av rätten, om den inte redan har godkänts av motparten.¹⁸⁹ Utgångspunkten torde vara att motparten *inte* har lidit någon ersättningsgill skada utifall ansökan om säkerhetsåtgärd skulle *bifallas*. Då sökandens talan *återkallas* eller *ogillas* borde däremot sådan skada ha förorsakats motparten. I sådana fall har sökanden i princip ett *strikt* ansvar för skadan som åtgärden medfört¹⁹⁰ och därför måste en säkerhet redan på förhand ha ett visst *värde*, så att den kan beräknas täcka en sådan *eventuell* skada. I undantagsfall behöver emellertid säkerhet *inte* sällas. Det gäller om den sökande parten helt *saknar* förutsättningar för att ställa säkerhet och hon har visat *synnerliga skäl* för sitt anspråk. Risken för att tvistemålet kommer att *ogillas* beräknas då vara mindre. Visserligen kan det ifrågasättas om den part som har yrkat på säkerhetsåtgärd ska befrias från skyldigheten att ställa säkerhet. HD menar att frågan inte kan behandlas separat utan endast i samband med frågan huruvida en säkerhetsåtgärd bör beviljas eller inte.¹⁹¹

3.4.2.5 Proportionalitet

Trots att alla bifallsförutsättningar är uppfyllda kan domstolen välja att neka en begäran om en säkerhetsåtgärd. Bestämmelserna i 15 kap RB är alltså *fakultativa* dvs. domstolen *får*, men måste inte, besluta om sådana åtgärder¹⁹² om de skulle få *oproportionerliga* skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förordnande. Som utgångspunkt så ska det alltså vid proportionalitetsbedömningen råda *balans* mellan dels de skäl som talar för ett förordnande, dels de men som åtgärden medför. Endast parternas intressen inbegrips i denna bedömning, varför tredje mans och *andra*

¹⁸⁸ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 188 f.

¹⁸⁹ Se 15 kap 6§ andra stycket RB som hänvisar till 2 kap 25§ UB ifråga om säkerhetens beskaffenhet.

¹⁹⁰ Även en ren förmögenhetsskada som drabbat motparten genom verkställigheten omfattas här av sökandens skadeståndsskyldighet, jfr 3 kap 22§ UB.

¹⁹¹ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 26 f.

¹⁹² Fitger, kommentaren till 15 kap 1§ RB; Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 30.

allmänna intressen faller utanför.¹⁹³ Bland annat är det parternas *skador* och *olägenheter* som ska vägas mot varandra, vilka kan uppstå för sökandens del om ansökan *ogillas* respektive för motpartens del om ansökan *bifalls*. Även den sammantagna styrkan i respektive parts *skyddsbehov* kan spela in i avvägningen.¹⁹⁴ Det saknas emellertid ett *uttryckligt* lagstöd för att en proportionalitetsprincip överhuvudtaget ska tillämpas i dessa fall, utan istället har principen fått stor betydelse i praxis vid tillämpningen av 15 kap 3§ RB i mål avseende just immaterialrättsintrång.¹⁹⁵ Hur stor ska då övervikten vara till motpartens del för att proportionalitetsprincipen ska *stjälpa* sökandens ansökan? Det går inte att utläsa av praxis exakt hur *strikt* proportionalitetsprincipen bör tillämpas i enskilda fall.¹⁹⁶ Istället får man försöka finna viss vägledning i de slutsatser som kan dras av HD:s resonemang i NJA 1995 s 631. (I) Proportionalitetsbedömningen får först och främst inte ges sådant utrymme att *konflikt* uppstår med de allmänna ändamål som reglerna i 15 kap avser att främja dvs. att ge rättighetsinnehavare möjlighet att *snabbt* få slut på ett pågående intrång. (II) Ju starkare skäl som talar för att ett intrång förekommer till förfång för sökanden, desto *mindre* blir också utrymmet för en proportionalitetsbedömning. Om sökandens sak är *uppenbar* eller *övervägande* skäl talar för hennes sak bör en säkerhetsåtgärd meddelas. I övrigt får man – allt efter omständigheterna i det enskilda fallet – väga parternas *motstridiga* intressen mot varandra. (III) Vid proportionalitetsavvägningen måste beaktas om motparten genom säkerheten, i princip kan garanteras ersättning för uppkommen skada i de fall intrång *inte* visar sig ha förelegat.¹⁹⁷ I praktiken har proportionalitetsbedömningen lett till att domstolen i mål avseende piratkopiering och varumärkesförfalskning sällan lämnar ett yrkande om säkerhetsåtgärd *utan* bifall.¹⁹⁸ Det kan kanske bero på att proportionalitetsbedömningen i princip får sin största betydelse i de fall då det redan i övrigt är *tveksamt* om en ansökan bör bifallas.¹⁹⁹

3.5 Sammanfattande synpunkter

En domstol kan vara behörig att handlägga en ansökan om säkerhetsåtgärd antingen om den (I) är behörig att pröva själva *huvudtvisten* eller (II) anses behörig enligt *nationell* rätt. En sökande part är taleberättigad om (I) hon *påstår* sig ha en immateriell ensamrätt eller om (II) hon *påstår* sig ha rätt att ingripa mot vissa aktiviteter pga. licensavtal. Det går att *angripa* en part i ett säkerhetsåtgärdsförfarande om motparten kan ses som *materiellt* förpliktigad i förhållande till den taleberättigade parten. Ett yrkande om en

¹⁹³ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 178 f;

¹⁹⁴ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 31.

¹⁹⁵ Se NJA 1993 s 182. HD nekade i ett mål om immaterialrättsintrång ett intermistiskt förbud enligt 15 kap 3§ RB, eftersom åtgärden ansågs få för oproportionerliga skadeverkningar. Jfr NJA 1995 s 631.

¹⁹⁶ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 176 f.

¹⁹⁷ NJA 1995 s 631. Se vidare Westberg (Bok 4) s 266 ff.

¹⁹⁸ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 178.

¹⁹⁹ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 31.

civilprocessuell säkerhetsåtgärd gör *inte* nödvändigtvis ett mål om immaterialrättsintrång till ett *indispositivt* tvistemål. Rättsläget är dock oklart sedan HD:s avgörande i NJA 2000 s 435 I och II. Även om domstolen tycks bedriva en relativt öppen *officialprövning* i mål om immaterialrättsintrång, så borde utgångspunkten vara den att den sökande parten i princip är skyldig att framställa ett *precist* yrkande om säkerhetsåtgärd och att domstolen sedan är bunden av detta yrkande (*partsdispositivitet*). I immaterialrättsliga processer har ett yrkande om en *lämplig* säkerhetsåtgärd enligt 15 kap 3 § RB särskilt stor betydelse eftersom ett sådant yrkande tar avsikt på alla olika former av materiella anspråk. Ett sådant yrkande måste dels (I) beskriva den *handling* som motparten ska åläggas att tåla, underlåta eller vidta, dels (II) beskriva *föremålet* för handlingen. För att en ansökan om säkerhetsåtgärd ska kunna bifallas måste sökanden visa (I) *sannolika skäl* för den aktuella ensamrättens *existens* och att *intrång* i denna ensamrätt föreligger och (II) att en *sabotagerisk* föreligger. Dessutom måste sökanden (III) ställa en *säkerhet* för den skada som kan komma att drabba motparten vid ett felaktigt förordnande. Om sökande yrkar på ett *ex parte*-förordnande måste hon också visa att *fara i dröjsmål* föreligger. Trots att alla bifallsförutsättningar är uppfyllda kan domstolen neka en ansökan genom sin *proportionalitetsavvägning*. Om sökandens sak är *uppenbar* eller om *övervägande skäl* talar för hennes sak ska dock domstolen i princip *inte* göra någon proportionalitetsprövning.

4 Ansökan om säkerhetsåtgärd som ett instrument för konfliktlösning

4.1 Bakgrund

Om en ansökan om säkerhetsåtgärd definitivt kommer att avgöra en immaterialrättslig tvist mellan parterna beror på hur förordnandet om säkerhetsåtgärd kommer att se ut. Det är förmodligen tydligast att en substituteffekt uppstår i de fall (I) *förordnandet om säkerhetsåtgärd har samma innehåll som en framtida tvistemålsdom*. Då får ju sökanden rimligtvis det som hon egentligen bara skulle kunna få genom domen. Oavsett vilket innehåll beslutet om säkerhetsåtgärd *de facto* får, så kan beslutet också få en substituteffekt ifall domstolen grundar sitt beslut på en (II) *prognosprövning*. Att substituteffekten skulle uppstå i dessa fall förutsätter dock att den *förlorande* parten, oavsett om det är sökanden eller hennes motpart, avstår från att driva saken vidare till en slutlig dom i målet. Slutligen kan motparten reagera inför de (III) *rättsliga eller faktiska effekter som ett förordnande har*, trots att förordnandet inte har samma innehåll som en tvistemålsdom. Att substituteffekten i sådana fall uppstår bygger på idén att den förlorande *motparten* skulle drabbas så hårt av en säkerhetsåtgärd, så att hon inte skulle ha några möjligheter att driva processen vidare.²⁰⁰

4.2 Skapandet av ett tvistemålssubstitut

4.2.1 Förordnandets innehåll

Att ett förordnande har *samma* innehåll som den tvistemålsdom som säkerhetsåtgärden är tilltänkt att säkerställa, medför alltså att en substituteffekt uppstår. Det är tänkbart att förordnandet får samma innehåll som domen om det avser att motverka att (I) motparten vidtar eller underlåta att vidta en *handling* som skulle omöjliggöra eller starkt försvåra den förestående domens verkställighet. Förordnandet skulle också kunna få samma innehåll som den framtida domen om det avser att motverka att (II) motparten vidtar eller underlåter att vidta en handling som visserligen inte hotar själva domsverkställigheten, men i en *annan* mening gör domen värdelös eller mindre värd för en vinnande sökande. Om en motpart genom sin näringsverksamhet begär *intrång* i sökandens immaterialrättsliga ensamrätt, är det troligt att sökanden också provisoriskt önskar *förbjuda* denna verksamhet. En säkerhetsåtgärd i form av ett förbud skulle i sådana fall inte beröva sökanden hennes möjlighet att effektivt verkställa en framtida förbudsdom. Däremot så skulle sökandens immateriella rättighet

²⁰⁰ Westberg (Bok 4) s 341.

förmodligen skadas avsevärt till sitt innehåll genom motpartens intrång, kanske i sådan omfattning att en framtida förbudsdom för sökandens del helt saknar värde. I det första fallet (I) skulle det vara fråga om ett *äkta* domssubstitut, och i det andra fallet (II) skulle det vara fråga om ett *oäkta* domssubstitut. I båda fallen skulle emellertid det grundläggande syftet med de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna – *att endast säkerställa en meningsfull tvistemålsdom* – åsidosättas eftersom förordnandet om säkerhetsåtgärd då skulle föregripa tvistemålsdomen.²⁰¹ I praktiken har rätten att få en säkerhetsåtgärd meddelad dock inte ansetts beroende av i vilken utsträckning åtgärden rent faktiskt säkerställer en framtida tvistemålsdom, utan snarare huruvida *behovet* för skydd i det konkreta fallet faktiskt motiverar ett utverkande dvs. domstolen kan göra en proportionalitetsprövning²⁰². Det betyder alltså att sökandens behov av en säkerhetsåtgärd i vissa fall tycks kunna motivera att förordnandet *de facto* får samma innehåll som en framtida tvistemålsdom.²⁰³ Att förordnandet då får samma innehåll som en framtida dom kan inte sägas stå i strid med principen om likabehandling och idén om en *fair trial* enligt artikel 6.1 EKMR, eftersom domstolen alltid förutsätts ha beaktat också motpartens intressen genom sin flexibla proportionalitetsprövning.

4.2.2 Prognosprövningen

Att rätten vid prövningen av en ansökan om säkerhetsåtgärd måste ta ställning till om det föreligger *sannolika skäl* för det civilrättsliga anspråket innebär alltså att domstolen ska förutspå *utgången* av ett kommande tvistemål.²⁰⁴ Parterna kommer därmed att få ett slags *förhandsbesked* om utgången i saken de tvistar om. Ett förordnande om säkerhetsåtgärd kan i sådana fall leda till att motparten ger upp eller så träffar parterna en förlikning. Omvänt så kan ett avslag på yrkandet om säkerhetsåtgärd ge en viss fingervisning om att det förmodligen inte är lönt att väcka talan i själva huvudsaken.²⁰⁵ Prognosprövningens så som den beskrivits ovan kommer till uttryck genom Ekelöfs förslag på tolkning av kravet på sannolika skäl – *vem av parternas som har störst utsikter att vinna i huvudsaken*. I realiteten är det oklart vad kravet på sannolika skäl egentligen innebär eftersom det varken blivit klarlagt i praxis²⁰⁶, motiven till 15 kap RB eller juridisk doktrin. Det är också oklart huruvida HD har godkänt Ekelöfs rekommendation till tolkning av beviskravet. Substitutteffekten kan dock sägas *sammanhänga* med prognosprövningen såsom den formulerats av Ekelöf.²⁰⁷ I fall beslutet grundas på en *prognosprövning* så bygger substitutteffekten inte endast på premissen att det är sökanden som vinner målet. Avgörandet kan ju lika gärna utgöra ett surrogat för en tvistemålsdom i de fall sökanden *inte* vinner framgång med sin ansökan, men då istället till

²⁰¹ Westberg (Bok 4) s 342 ff.

²⁰² Jfr NJA 1993 s 182. Se vidare avsnitt 3.4.2.5 ovan. .

²⁰³ Westberg (Bok 4) s 344.

²⁰⁴ Se avsnitt 2.4.2.1 ovan.

²⁰⁵ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 13.

²⁰⁶ Jfr NJA 1995 s 631; NJA 1995 s 635 och NJA 1998 s 179.

²⁰⁷ Westberg (Bok 4) s 88 f, 44.

sökandens nackdel. I det förstnämnda fallet berövas alltså motparten sin rätt till en ordinär rättegång rörande sina civila rättigheter enligt artikel 6.1 EKMR²⁰⁸, medan sökanden berövas *samma* rätt i det sistnämnda fallet. Utgångspunkten måste därför vara den att *ingen* av parterna bör gynnas på den andra partens bekostnad. Frågan vem av parterna som troligast kommer att ha störst framgång i säkerhetsåtgärdsförfarandet påverkas dock av hur *högt* domstolen väljer att ställa sannolikhetskravet i sin prognosprövning. Ett *högt* ställt sannolikhetskrav kommer för den sökandes del att innebära minskade chanser till framgång och istället kommer troligtvis hennes motpart att vinna målet. Omvänt skulle ett *lågt* ställt sannolikhetskrav innebära ökade chanser till framgång för sökanden, medan motpartens chanser skulle minska. Mot bakgrund av att domstolen måste respektera principen om likabehandling som följer av idén om *fair trial* i artikel 6.1 EKMR, så bör emellertid *inte* endera parten gynnas på den andres bekostnad genom ett högt respektive lågt sannolikhetskrav.²⁰⁹ Höjden på beviskravet kommer emellertid *inte* att spela någon roll utifall sökanden inte alls förmår visa sannolika skäl för immaterialrättsintrång pga. brist på bevis, underlåtenhet att åberopa – eller oklara åberopanden av – vissa rättsfaktum, eftersom hon då i princip *alltid* kommer att förlora i säkerhetsåtgärdsförfarandet. Svagheten i sökandens materiella anspråk kommer alltså aldrig att kunna kompenseras av *starkare* bevisning kring de övriga bifallsförutsättningarna.²¹⁰ Däremot kan en motpart som *de facto* förlorar i prognosprövningen – *därför att hon har en svagare materiell sak än sökanden* – räddas undan ett förordnande genom ett mer förmånligt utfall i domstolens proportionalitetsprövning²¹¹. Det sagda innebär alltså att en motpart kan gå *fri* från tvångsingrepp i fall då sökanden egentligen har *bäst* utsikt att vinna i huvudsaken i ett tvistemål. Detta skulle emellertid *inte* gälla då sökandens sak är *uppenbar* eller *övervägande skäl* talade för hennes sak. I sådana fall skulle nämligen domstolen *inte* göra någon proportionalitetsprövning²¹². Därmed sagt att det *inte* är säkert att sökanden rent faktiskt skulle vinna framgång trots att hon lyckats *visa* sannolika skäl för immaterialrättsintrång. Sammanfattningsvis så är alltså motparten *ensidigt* gynnad både i fall sökanden *inte* vinner i prognosprövningen och i fall då hon vinner i prognosprövning – men misslyckas med att visa att saken är *uppenbar* eller att *övervägande skäl* talar för hennes sak. Hur säker

²⁰⁸ Se avsnitt 2.2.2 ovan.

²⁰⁹ Westberg (Bok 4) s 56. Istället skulle man kunna uttrycka saken som att sökandens vinstchans måste vara *större* än motpartens dvs. att det föreligger en *övertikt* till sökandens fördel mellan två i sig *sannolika* påståenden. En sådan tolkning av beviskravet ger uttryck för ett mer *flytande* sannolikhetskrav, där flexibiliteten sammanhänger med styrkan i motpartens sak. Se vidare Westberg (Bok 4) s 100 f.

²¹⁰ Westberg (Bok 4) s 39, 88, 100.

²¹¹ Det är författarens mening att proportionalitetsprövningen här spelar en större roll. Detta eftersom det dels tycks föreligga en presumtion för att det finns en sabotagerisk, dels tycks vara så att ingen säkerhet behöver ställas i vissa fall förutsatt att sökanden har visat *sannolika skäl* för intrång dvs. sökanden har vunnit i prognosprövningen. För att utrymme för proportionalitetsprövningen ska bli mindre krävs dock att sökandens sak är *uppenbar* eller *övervägande skäl* talar för hennes sak dvs. beviskravet är här *högre* ställt. Jfr avsnitten 3.4.2.2 (sabotagerisk), 3.4.2.4 (säkerhet) samt 3.4.2.5 (proportionalitet) ovan.

²¹² Se avsnitt 3.4.2.5 ovan.

är då egentligen prognosen i förhandsbeskedet jämfört med innehållet i en framtida tvistemålsdom?

Frågan är också om denna olikbehandling – som alltså står i strid med artikel 6.1 EKMR – kan rättfärdigas? Borde inte en säkerhetsåtgärd kunna meddelas i ett immaterialrättsligt mål också då sökanden egentligen har *sämst* utsikt att vinna i huvudmålet? Vad gäller frågan hur *tillförlitlig* prognosen av målets slutliga utgång bör anses vara så är svaret beroende av huvudsakligen tre faktorer. För det första så (I) måste naturligtvis domstolen i sin sakprövning ha tagit ställning till *alla* prövningsmoment kring den tvistiga intrångsfrågan. Dessutom (II) måste sakprövningen ha varit tillräckligt *djupgående* och bygga på samma *processmaterial* som senare kommer att läggas till grund för domen. Slutligen så (III) bör domstolen ha redovisat sina ställningstaganden i beslutet på ett både *tydligt* och *övertygande* sätt. Slutsatsen är alltså att en brist i någon av dessa tre förutsättningar rimligtvis borde *sänka* värdet på prognosen.²¹³

Här går det att göra en distinktion mellan beslut med mera *knapphändiga* respektive mera *utförliga* motiveringar. Väljer domstolen en mera *knapphändig* motivering till sitt beslut, kan det också *motverka* att de civilprocessuella säkerhetsåtgärderna används som ett surrogat till den ordinära tvistemålsprocessen vid immaterialrättsliga konflikter. Anledningen därtill skulle då främst vara att en ytlig och översiktlig prognosprövning skulle ge parterna incitament att *inte* låta sig styras av förhandsbeskedet.²¹⁴ Fördelen med mera knapphändiga beslut är främst att säkerhetsåtgärdsprocessen både *effektiviseras* och blir *snabbare*. Nackdelen är naturligtvis att parterna får betala ett högre pris vad gäller *rättssäkerheten*²¹⁵ och materiellt riktiga beslut. Dessutom kan det vara svårt för parterna att dra några säkra slutsatser om domstolen *inte* alls lämnar någon motivering till sitt beslut.²¹⁶ Å andra sidan är det tänkbart att nästan intetsägande beslutsskäl *inte* alls behöver förhindra att en substituteffekt uppstår. Förutsatt att parterna själva argumenterat utifrån ett väl underbyggt processmaterial kanske de också står i position att avgöra hur *stark* prognosprövningen är, och därför kanske beslutet trots sina intetsägande beslutsskäl får en *styrande* effekt på parternas fortsatta ageranden i processen.²¹⁷ Väljer domstolen istället att göra en mera *utförlig* motivering – särskilt i frågan om det föreligger *sannolika skäl* för immaterialrättsintrång – till sitt beslut, så kan effekten bli att användandet av säkerhetsåtgärdsprocessen som ett surrogat till den ordinära tvistemålsprocessen också *främjas*.²¹⁸ Ur *rättsutvecklings-* och *rättssäkerhetssynpunkt* så är en mera utförlig motivering att föredra. Utförliga beslutsmotiveringar sker emellertid på bekostnad av att

²¹³ Westberg (Bok 4) s 40, 86.

²¹⁴ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 14; Westberg (Bok 4) s 86 f.

²¹⁵ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s 189 f.

²¹⁶ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 14.

²¹⁷ Westberg (Bok 4) s 86.

²¹⁸ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 14.

processerna blir mer långdragna²¹⁹ och därför också dyrare. Å andra sidan så medför en mer utförlig motivering också att beslutet i förlängningen kan främja en *förlikning* mellan parterna, vilket kan bespara samtliga inblandade besvär, kostnader och tid.²²⁰ Det går dock inte med säkerhet att säga att en substituteffekt rent faktiskt kommer att uppstå i dessa fall. Särskilt en part som förfördelats genom prognosen kanske inte nöjer sig med endast ett förhandsbesked. Förordnandets innehåll och rättsliga/faktiska effekter på motpartens rättsliga position kanske inte heller bedöms som tillräckliga för att t ex förhindra ett fortsatt intrång. Dessutom kanske inte förordnandet kommer att bestå tillräckligt länge. Därtill kan värdet på den immateriella rättigheten vara så högt att det tycks orimligt att i fallet nöja sig med en prövning som ger för stort utrymme åt slumpen och ett beslut som saknar rättskraft. I slutändan är det naturligtvis också partens ekonomiska förutsättningar att bedriva en fortsatt process som kommer att avgöra huruvida en substituteffekt kommer att uppstå. Sammanfattningsvis så kan man säga att det i praktiken är mycket osäkert vilken betydelse prognosprövningen har för att säkerhetsåtgärdsprocessen förvandlas till ett tvistemålssubstitut. Vad gäller frågan hur en *olikbehandling* av parterna – i de fall målets utgång är oviss – kan rättfärdigas så är den mer problematisk. Det borde inte vara en alltför ovanlig situation att domstolen finner att det *inte* går att avgöra vem av parterna som kommer att vinna i huvudmålet eller att *båda* parter rimligtvis borde ha lika stor chans att vinna målet. Varför ska i sådana fall motparten alltid gynnas på bekostnad av den sökande parten? Utrymme för att meddela en säkerhetsåtgärd i fall sökanden har en svagare sak än motparten, dvs. i fall sökanden *förlorar* i prognosprövningen, kan endast finnas om domstolen går vidare till en proportionalitetsprövning.²²¹ Omvänt så borde inte heller sökanden kunna gynnas på motpartens bekostnad i de fall hennes sak är *uppenbar* eller *övertygande skäl* talade därför. Alltså borde domstolen även då gå vidare och göra en proportionalitetsbedömning för att tillgodose kravet på *fair trial* i artikel 6.1 EKMR.

4.2.3 Proportionalitetsprövningen

Om en motpart reagerar inför de *rättsliga* eller *faktiska* effekter som ett förordnande har så kan alltså en substituteffekt uppstå, trots att förordnandet *inte* har samma innehåll som en tvistemålsdom. Beträffande de *faktiska* effekterna så betraktas de vanligtvis inom ramen för domstolens *proportionalitetsprövning*. Ett förordnande om kvarstad på vissa intrångsföremål kan t ex medföra att motpartens kreditvärdighet försämras, vilket i sin tur medför att ett lån inte kan beviljas som skulle kunna rädda företaget undan konkurs. Då har motparten i princip inga ekonomiska förutsättningar att driva processen vidare. Domstolen har i sådana fall två olika handlingsalternativ för att *förhindra* en substituteffekt. För det första så kan (I) domstolen välja att besluta om en för motparten *mildare* åtgärd

²¹⁹ Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, 189 f.

²²⁰ Ekelöf m.fl., *Rättegång III*, s 14.

²²¹ Westberg (Bok 4) s 87, 121, 40 f.

enligt det lindrigaste ingreppets princip²²². För det andra så kan (II) domstolen välja att *ogilla* ansökan, trots att de övriga bifallsvillkoren i fallet är uppfyllda. Båda alternativen förutsätter emellertid att motparten lyckats beskriva de faktiska effekter som eventuellt kan komma att uppstå i och med ett visst förordnande. Beträffande de *rättsliga* effekterna så får inte ett förordnande om säkerhetsåtgärd normalt någon sådan effekt som drabbar motparten orimligt hårt. Istället väger oftast de skäl som talar för sökandens behov av ett effektivt skydd mycket tyngre. I det konkreta fallet bör emellertid domstolen ha möjlighet att beakta också de rättsliga effekterna inom ramen för proportionalitetsprövningen. Sammanfattningsvis så kan man säga att kravet på likabehandling som grundas på idén om *fair trial* i artikel 6.1 EKMR bäst tillgodoses genom proportionalitetsprövningen.²²³

4.3 Avslutande kommentarer

I detta arbete utreder jag i vilken utsträckning en ansökan om en civilprocessuell säkerhetsåtgärd kan komma att fungera som ett tvistemålssubstitut vid immaterialrättsintrång. Den bakomliggande principiella motsättningen för skapandet av ett tvistemålssubstitut berör förhållandet mellan staten och det privata, handlingsdirigeringen och konfliktlösningen.²²⁴ Om säkerhetsåtgärdsinstitutet främst bör präglas av en *prognosprövning* eller en *proportionalitetsprövning*, hänger alltså samman med vilken funktion *konfliktlösningen* (individualistiskt tvåpartsperspektiv) eller *handlingsdirigeringen* (samhälligt nyttoperspektiv) man väljer att prioritera i processen.²²⁵ Prognosprövningen kan sägas vara kopplad till samma *materiella* regler som senare kommer att aktualiseras vid en sakprövning i huvudmålet om immaterialrättsintrång. Det betyder att ett eventuellt förordnande om säkerhetsåtgärd kommer att rättfärdigas genom en motivering som lyder att *den som sannolikt har rätt i huvudsaken, förtjänar också tillfälligt skydd för sin immateriella rättighet* dvs. förordnandet präglas av ett civilrättsligt *rättvisetänk*. Utgångspunkterna är också följande (I) *enskilda* intressen bör tillgodoses och (II) det ursprungliga och rättfärdigade *rättsläget* har rubbats varför rättstillämpningen också måste återställa balansen. Rättstillämpningen präglas alltså av ett *tillbakablickande* synsätt. Proportionalitetsprövningen å andra sidan är mera kopplad till lagstiftningen i sin helhet. Det betyder att ett eventuellt förordnande om säkerhetsåtgärd kommer att rättfärdigas genom en motivering som lyder att *den som kommer att lida störst skada och olägenhet av ett felaktigt beslut, förtjänar också tillfälligt skydd* dvs. förordnandet ger uttryck för ett allmänt *nyttotänk*. Utgångspunkterna är också följande (I) *tredjemans- och allmänna* intressen bör tillgodoses och (II) i framtiden kan skador komma att uppstå varför rättstillämpningen måste förhindra uppkomsten av dessa samt säkerställa ett *framtida* utnyttjande av de immateriella tillgångar som tvisten rör. Rättstillämpningen

²²² Se avsnitt 3.4.1.3 ovan.

²²³ Westberg (Bok 4) s 44.

²²⁴ Se avsnitt 1.1. ovan.

²²⁵ Westberg (Bok 4) s 42.

präglas alltså av ett *framåtblickande* synsätt. Det är vanligt att prognos- och proportionalitetsprövningen *kombineras* med varandra. Att så också är fallet i gällande svensk rätt har redovisats ovan²²⁶. Även om dessa prövningar kombineras med varandra så kan emellertid prognosprövningen ha en mer eller mindre framskjuten position, vilket i sin tur tycks påverka själva syftet med proportionalitetsprövningen.²²⁷ I svensk rätt tycks prognosprövningen i mål om immaterialrättsintrång ha en mycket framskjuten position,²²⁸ varför också proportionalitetsprövningen främst tycks avse att skydda motparten mot *oproportionerliga* ingrepp²²⁹. Den gällande modellen för att kombinera prognos- och proportionalitetsprövningen tycks vara att *ingen* proportionalitetsprövning ska företas om den sökanden parten antingen har mycket *starka* eller mycket *svaga* skäl för sitt materiella anspråk rörande immaterialrättsintrång. Endast om det råder *jämvikt* mellan parterna i prognosprövningen så träder alltså en proportionalitetsprövning i funktion. Ansökan om säkerhetsåtgärd kan då endast bifallas om sökanden också har störst framgång i proportionalitetsprövningen. Ovan har jag istället försökt att argumentera för en *annan* sorts modell för att kombinera prognos- och proportionalitetsprövningen i svensk rätt. Enligt denna modell så skulle en proportionalitetsprövning *alltid* tillämpas. Ju svagare skäl sökanden skulle ha för sitt materiella anspråk, desto starkare skäl skulle krävas i proportionalitetsbedömningen för att hon skulle vinna bifall till sin ansökan (och vice versa).²³⁰ En sådan kombinationsmodell skulle bättre tillgodose principen om likabehandling och en *fair trial* enligt artikel 6.1 EKMR.

²²⁶ Se avsnitt 3.4.2.1 och 3.4.2.5 ovan.

²²⁷ Westberg (Bok 4) s 42 f.

²²⁸ NJA 1995 s 631 och NJA 1995 s 635.

²²⁹ Jfr NJA 1995 s 631.

²³⁰ Se Westberg (Bok 4) s 345 ff. där illustreras dessa två alternativa kombinationsmodeller av prognos- och proportionalitetsprövningen mera djupgående.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bengtsson, Henrik, Lyxell, Ralf, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2006.

[Citeras Bengtsson m.fl., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*]

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Nordstedts Juridik, Stockholm 1997.

[Citeras Danelius, *Mänskliga rättigheter*]

Ehrenkrona, Carl Henrik, *Karnov Internet, Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, artikel 6.1 – Rätt till en rättvis rättegång. Hittad den 30 mars 2011, www.karnov.se.

[Citeras Ehrenkrona, kommentaren till EKMR art 6.1 not ...]

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, *Rättegång I*, 8:e upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2005.

[Citeras Ekelöf, *Rättegång I*]

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Boman, Robert, *Rättegång III*, 7:e upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2006.

[Citeras Ekelöf m.fl., *Rättegång III*]

Fitger, Peter, *Rättegångsbalken – En kommentar på Internet*. Uppdaterad per den 1 november 2010, www.zeteo.se.

[Citeras Fitger, kommentaren till ... RB]

Heuman, Lars, Westberg, Peter, *Argumentationsformer inom processrätten*, 2:a upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1995.

[Citeras Heuman m.fl., *Argumentationsformer inom processrätten*]

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 9:e upplagan (supplement 2010), Nordstedts Juridik, Stockholm 2007.

[Citeras Levin, *Lärobok i immaterialrätt*]

Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, 2:a upplagan, Iustus Förlag, Göteborg 2003.

[Citeras Lindell, *Civilprocessen*]

Maunsbach, Ulf, *Svensk domstols behörighet vid gränsöverskridande varumärkestvister – särskilt om Internetrelaterade intrång*, 1:2 upplagan, Intellecta DocuSys, Lund 2006.

[Citeras Maunsbach, *Svensk domstols behörighet*]

Nordh, Robert, *Praktisk process IV – Tvångsmedel*, 2:a upplagan, Iustus Förlag, Uppsala 2007.

[Citeras Nordh, *Praktisk process*]

Olivecrona, Karl, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, Almqvist & Wiksells Förlag, Uppsala 1930.

[Citeras Olivecrona, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*]

Westberg, Peter, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål – En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder* (Bok 1- 4), Juristförlaget, Lund 2004.

[Citeras Westberg (Bok 1-4)]

Artiklar

Bengtsson, Henrik, Brandberg, Katja, *Domsrätt över immaterialrättsintrång – deliktsforum vid intrång på Internet*, Infotorg Juridik, Mitt i Juridiken, publicerad 17 september 2008. Hittad den 14 mars 2011 på följande adress: <http://www.infotorgjuridik.se/premium/mittijuridiken/praktikerartiklar/articel96811.ece>.

[Citeras Bengtsson m.fl. (2008)]

Bogdan, Michael, *Jurisdiktions- och lagvalsfrågor på Internet*, Ny Juridik nr 4, 1999, s 7-26.

[Citeras Bogdan (1999)]

Bogdan, Michael, *EG-domstolens och svensk rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2006-2008*, Svensk Juristtidning 2010 s 33-77.

[Citeras Bogdan (2010)]

Heuman, Lars, *Kan ett fullgörelseåläggande eller förbud meddelat av skiljemän vitessanktioneras?* Juridisk Tidskrift nr 4 2000/01 s 956-963.

[Citeras Heuman (2000)]

Lindblom, Per Henrik, *ADR – opium för rättsväsendet?* Svensk Juristtidning 2006 s 101-130.

[Citeras Lindblom (2006)]

Lindblom, Per Henrik, *Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?* Svensk Juristtidning 2004 s 229- 262.

[Citeras Lindblom (2004)]

Lindblom, Per Henrik, *Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda*, Svensk Juristtidning 2000 s 105-155.

[Citeras Lindblom (2000)]

Maunsbach, Ulf, *Kan domännamn utgöra domsrättsrättsgrundande egendom?* Nordiskt Immateriellt Rättsskydd nr 2002 s 357-379.
[Citeras Maunsbach (2002)]

Pålsson, Lennart, *Säkerhetsåtgärder och andra intermistiska åtgärder i internationella tvister*, Svensk Juristtidning 1996 s 385-413.
[Citeras Pålsson (1996)]

Runesson, Eric M., *Licensavtalet, skiljeavtalet och immaterialrätten*, Juridisk Tidskrift 2002-03 s 673-694.
[Citeras Runesson (2002)]

Westberg, Peter, *Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning?* Svensk Juristtidning 1990 s 161-176.
[Citeras Westberg (1990)]

Westberg, Peter, *Kvarstad och sabotagerisk (15:2 RB)*, Juridisk Tidskrift nr 2-3 1989/90 s 347-354.
[Citeras Westberg (1989)]

Offentligt tryck

SOU 1938:44, *Processlagberedningens betänkande med förslag till Rättegångsbalk*.
[Citeras SOU 1938:44]

Proposition 1942:5, *Förslag till ny Rättegångsbalk*.
[Citeras Prop. 1942:2]

Proposition 1974:4, *Förslag till ny Firmalag m.m.*
[Citeras Prop. 1974:4]

Proposition 1980/81:8, *Förslag till Utsökningsbalk*.
[Citeras Prop. 1980/81:8]

Proposition 1980/81: 84, *Förslag till lag om införande av Utsökningsbalken m.m.*
[Citeras Prop. 1980/81:84]

Proposition 1993/94:122, *Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*.
[Citeras Prop. 1993/94:122]

Proposition 2004/05:110, *Upphovsrätten i informationssamhället – om genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*
[Citeras Prop. 2004/05:110]

Rättsfallsförteckning

Avgöranden från Europadomstolen

Kuopila mot Finland, Europadomstolens dom 27 april 2000

Miller mot Sverige, Europadomstolens dom 8 februari 2005

Hellborg mot Sverige, Europadomstolens dom 28 februari 2006

Micallef mot Malta, Europadomstolens dom 15 oktober 2009

Avgöranden från EU-domstolen

EU-domstolens dom i mål C-167/00 *Henkel*

EU-domstolens dom i mål C-21/76 *Bier*

EU-domstolens dom i mål C-68/93 *Shevill*

EU-domstolens dom i mål C-261/90 *Reichert*

EU-domstolens dom i mål C-125/79 *Denilauer*

EU-domstolens dom i mål C-391/95 *Van Uden*

Nytt Juridiskt Arkiv

NJA II 1943 s 186

NJA 1964 s 422

NJA 1965 s 356

NJA1966 s 541

NJA 1973 s 423

NJA 1981 s 1205

NJA 1982 s 175 I

NJA 1982 s 633

NJA 1983 s 814

NJA 1984 s 903

NJA 1987 s 829

NJA 1988 s 13

NJA 1988 s 305

NJA 1988 s 572

NJA 1989 s 131

NJA 1990 s 338

NJA 1990 s 636

NJA 1991 s 200

NJA 1993 s 182

NJA 1993 s 188

NJA 1995 s 631

NJA 1995 s 635

NJA 1997 s 109

NJA 1998 s 179

NJA 1999 s 644

NJA 2000 s 435 I och II

NJA 2002 s 660

NJA 2003 s 613

NJA 2005 s 29

NJA 2005 s 764

NJA 2007 s 287

NJA 2007 s 718

Opublicerad praxis

Solna TR beslut Ä 2707-09 och Svea HovR beslut Ö 6091-09