

Utdömande av vite vid överträdelse av immaterial- och marknadsföringsrättsliga förbud*

*Av Advokat Henrik Bengtsson***

1. Inledning

I *Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016* bidrog jag med en uppsats med titeln ”Förbudsutformning inom immaterial- och marknadsrätten”.¹ Eftersom det saknas en sammanhållen genomgång av frågorna om utdömande av viten inom just immaterial- och marknadsföringsrätten² har denna artikel tillkommit som en pendang till den tidigare uppsatsen.

Vitesförbud förefaller vara den enskilt viktigaste och oftast tillämpade sanktionen vid immaterialrättsliga intrång respektive vid överträdelser av marknadsföringslagstiftningen.³ Mål om utdömande av vite vid överträdelse av ett immaterial- eller marknadsföringsrättsligt vitesförbud eller -föreläggande har före tillkomsten av Patent- och marknadsdomstolarna prövats i adressatens hemvistforum. Denna ordning har ändrats genom införandet av Patent- och marknadsdomstolarna som numera är exklusivt behöriga fora för att pröva mål om utdömande av vite i immaterial- och marknadsföringsrättsliga mål.⁴ Det innebär att kongruensen mellan immaterial- och marknadsföringsrättsliga vitesdomar kan förväntas bli högre än när dessa frågor prövats i olika underrätter i adressaternas hemvistforum.

Viteslagen tillämpas av såväl allmänna som administrativa domstolar och det har utvecklats en relativt tydlig praxis för hur prövningen av utdömande av vitesförbud ska utföras. Immaterial- och marknadsföringsrättsliga domar om utdömande av vite överklagas i begränsad omfattning. Därför refereras i denna artikel

* Artikeln är peer review-granskad.

** Henrik Bengtsson är advokat vid Advokatfirman Delphi i Stockholm.

¹ Jure förlag 2017, s 105 ff.

² I Lavin, Rune; Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 112 utvecklas grunderna för prövningen av utdömande av vite i detalj. Kommentaren har varit starkt vägledande för domstolarnas prövning av utdömande av vitesförbud.

³ Se Levin, Marianne; Lärobok i immaterialrätt (10 uppl.) Visby 2011, s 550, Norrgård, Marcus; Interimistiska förbud i immaterialrätten, Helsingfors 2002, s 1 ff, Salung Petersen, Clement; Immaterialrättigheter og foreløpige forbud, Köpenhamn, 2008, s 19 och s 479 ff.

⁴ Se 53 b § upphovsrättslagen, 57 b § patentlagen, 15 § firmalagen, 8 kap 3 § varumärkeslagen, 14 § lagen om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter, 46 a § marknadsföringslagen, 5 § lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare, 9 § lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden respektive prop. 2015/16:57, s 142.

till avgöranden av Stockholms tingsrätt och Patent- och marknadsdomstolen i första instans som exempel på bedömningarna i mål om utdömande av vite. Avgöranden från andra domstolar, särskilt Mark- och miljööverdomstolen vid Svea hovrätt som prövat ett stort antal mål om utdömande av vite, är emellertid också viktiga källor för tolkning av viteslagen.

Viteslagen tillämpas vid prövningen av överträdelse av förelägganden och förbud (förbudsförelägganden) som förenats med offentlighetsrättsliga viten. I immaterial- och marknadsföringsrättsliga sammanhang aktualiseras oftast vitesförbud men olika former av förelägganden såsom informationsförelägganden, informationsålägganden och föreläggande om återkallelse av intrångsgörande varor från marknaden förekommer också. I denna artikel använder jag, om inte redogörelsen avser just ett vitesförbud genomgående begreppet ”vitesföreläggande” / ”föreläggande” även när det avser vitesförbud (förbudsförelägganden). Den som är föremål för föreläggandet och motpart i ett mål om utdömande om vite benämns ”adressaten”.

2. Processuella frågor vid utdömande av vite

Av 8 § viteslagen framgår att talan om utdömande av vite i tillämpliga delar ska handläggas enligt de regler i rättegångsbalken som gäller i mål om åtal för brott för vilket svårare straff än böter inte är föreskrivet (45 kap 10 a § rättegångsbalken). Av en jämförelse mellan bestämmelserna i 6 § 2 st och 8 § viteslagen, framgår att 8 § viteslagen är tillämplig och att allmän domstol är behörig när en enskild ansöker om vitets utdömande.

Huvudprincipen enligt 8 § viteslagen är att en talan inte får innehålla andra yrkanden än yrkandet om utdömande av vite eftersom det då inte är en ”särskild talan”. Detta innebär att talan om *nytt vite* normalt måste väckas i ett nytt mål. I 3 kap 5 § lagen om patent- och marknadsdomstolar föreskrivs dock att mål om utdömande av vite ska handläggas enligt reglerna i rättegångsbalken om åtal för brott för vilket svårare straff än böter inte är föreskrivet utan något krav på ”särskild talan”. Av 3 kap. 6 § lagen om patent- och marknadsdomstolar framgår vidare att det finns möjlighet att kumulera en talan eller ansökan om föreläggande av nytt vite med en talan om vitets utdömande. Detta innebär således att en talan om utdömande av immaterial- eller marknadsföringsrättsligt vite kan kumuleras med en talan om utdömande av nytt vite.

Eftersom vitesmål handläggs som brottmål är bestämmelsen om fullföljdsförbud i 1 kap. 3 § tredje stycket lagen om patent- och marknadsdomstolar inte tillämplig. Patent- och marknadsöverdomstolens tillstånd, s k ventil, är därför inte nödvändigt för att en dom om utdömande av vite ska kunna överklagas till Högsta domstolen.

I mål om utdömande av vite får rätten enligt 45 kap. 10 a § rättegångsbalken meddela dom om ingendera parten begär huvudförhandling eller huvudförhandling inte behövs med hänsyn till utredningen i målet. Om det förekommer muntlig bevisning i målet är det ett vanligt skäl till att huvudförhandling hålls.⁵ Enligt

⁵ Se Fitger, Peter; Rättegångsbalken (20 juni 2017, Zeteo), kommentaren till 45 kap 10 a §.

45 kap 10 a § 2 st 2 p ska parterna om de inte kan anses ha slutfört sin talan ges tillfälle till det. Mål om utdömning av vite prövas i första instans av *en* lagfaren domare.⁶

3. Talerätt i mål om utdömning av vite vid överträdelse av immaterial- och marknadsföringsrättsliga förbud

Av de immaterial- och marknadsföringsrättsliga lagarna⁷ följer att talan om utdömning av vite får föras av *den som ansökt om förbudet*. Om den immateriella rättigheten överlåts eller licens har upplåtits följer det av 13 kap 7 § rättegångsbalken att talan får föras av den nye innehavaren respektive licenshavaren.⁸

Enligt 49 § marknadsföringslagen får talan om utdömning av vite väckas *av den som begärt vitesföreläggandet* och *av Konsumentombudsmannen*. Konsumentombudsmannen behöver inte ha varit känd i målet om vitesföreläggande utan Konsumentombudsmannen har generell talerätt avseende samtliga vitesförelägganden som meddelats enligt marknadsföringslagen. Denna möjlighet förefaller dock inte ha utnyttjats av Konsumentombudsmannen.

4. Prövningen av huruvida vite ska dömas ut

I ett mål om utdömning av vite gäller generellt att domstolens prövning ska göras i följande steg:⁹

1. Är det vitesföreläggande som ansökan avser lagligen grundat?
2. Har föreläggandet delgetts adressaten?
3. Är föreläggandet alltjämt gällande och har det i så fall vunnit laga kraft?
4. Vilken innebörd har föreläggandet?
5. Har adressaten i objektiv mening överträtt föreläggandet?
6. Har det funnits giltigt hinder / giltig ursäkt för adressaten att inte följa föreläggandet?
7. Kvarstår ändamålet med vitet?
8. Finns det skäl att jämka vitesbeloppet?

5. Laglighetsprövning av vitesföreläggande

När rättighetshavaren för talan om att vite ska dömas ut till följd av att adressaten överträtt beslutet, ska domstolen först pröva frågor om vitesföreläggandets beskaffenhet, d v s en prövning av om föreläggandet till form och innehåll kan läggas till grund för en dom eller beslut om utdömning av vitet.¹⁰ Domstolen ska inledningsvis kontrollera att vitesföreläggandet vunnit laga kraft. Den ska också fastställa vitesföreläggandets innebörd och underkasta vitesföreläggandets materiella föreskrifter en laglighetsprövning (men däremot inte någon lämplighetsprövning). Om föreläggandet saknar en individuell eller konkret formulering

⁶ 8 § viteslagen jämfört med 1 kap 3 b § rättegångsbalken.

⁷ Se de lagrum som förtecknas i not 4.

⁸ Prop. 1993/94:122, s 69.

⁹ Se Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M 8123-15.

¹⁰ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 118.

ring, exempelvis genom att föreläggandet enbart återger författningstext, kan inte föreläggandet läggas till grund för utdömmande av vitet.¹¹

5.1 Är föreläggandet tillräckligt precist och konkret utformat? Det är ett grundläggande rättssäkerhetskrav att domstolars och myndigheters förelägganden utformas så att adressaten klart vet vad hon eller han har att göra respektive inte göra för att undgå att vite döms ut. Även berörda myndigheter och domstolar behöver en tydlig formulering av vitesföreläggandet för att på ett rättssäkert sätt kunna bedöma om en överträdelse skett.¹² För att vite ska kunna dömas ut är det nödvändigt att vitet har knutits till en klart definierad prestation. I RÅ 1990 ref 39 har Regeringsrätten uttalat följande beträffande vikten av preciserade vitesförelägganden:

”En första förutsättning för att ett vite skall kunna dömas ut är att föreläggandets adressat fått sådan information om vilka krav som ställs på honom att han haft möjlighet att iakttä föreläggandet. Givetvis måste denna information i första hand förmedlas genom själva föreläggandet. I föreläggandet skall alltså så tydligt som möjligt anges vad den förelagde skall göra eller underlåta för att undgå vitespåföljden.”¹³

Ett vitesföreläggande får inte formuleras som en upprepning av författningstext eftersom ett sådant föreläggande inte uppfyller kravet på precisering.¹⁴ I stället ska föreläggandet vara konkretiserat med hänsyn till det individuella fallet. Det sagda har sin grund i att adressaten alltid, oavsett föreläggandet, är skyldig att följa gällande författningar. Förbuds- och vitesförelägganden som är en direkt avskrift av tillämplig lag eller föreskrifter eller som refererar till tillämplig lag är direkt olämpliga. Detta sammanfattas väl i RÅ 1994 ref 29 (I) där Regeringsrätten uttalade följande:

¹¹ Jämför MD 2006:26 där KO hade yrkat ”förbud vid vite för V&S att vid marknadsföring av alkohol drycker innehållande högst 15 volymprocent alkohol till konsumenter genom kommersiella annonser i periodiska skrifter eller andra skrifter på vilka tryckfrihetsförordningen är tillämplig och som med avseende på ordningen för utgivningen är jämförbara med periodiska skrifter, använda framställning i bild på sätt som skett i återopade annonser och som omfattar en återgivning av annat än 1. varan eller råvaror som ingår i varan, 2. enstaka förpackningar, eller 3. varumärke eller därmed jämförligt kännetecken.” d v s en ren avskrift av bestämmelsen i dåvarande 4 kap 11 a § alkohollagen. Marknadsdomstolen ansåg att förbudsyrkandet var för vitt och meddelade istället följande förbud ”Marknadsdomstolen förbjuder V&S Vin & Sprit Aktiebolag (publ) vid vite av femhundra tusen (500 000) kr att vid marknadsföring av alkohol drycker innehållande högst 15 volymprocent alkohol till konsumenter genom kommersiella annonser i periodiska skrifter på sätt som framgår av annonserna i domsbilagorna 1–3, eller på annat väsentligen samma sätt, använda sådan framställning i bild som återger annat än varan eller råvaror som ingår i varan, enstaka förpackningar eller varumärke eller därmed jämförligt kännetecken.” (min kursivering) Se även Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 7185-13 där Kammarrätten vid laglighetsprövningen fann att föreläggandet i princip återgav del av texten i en av Arbetsmiljöverkets föreskrifter, och att lydelsen var alltför oprecis för att lägga till grund för utdömmande av vitet.

¹² Jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 8078-09.

¹³ I det mål om utdömmande av vite som Regeringsrätten prövade hade svaranden förelagts att ”inom två månader [från dagen från byggnadsnämndens beslut] ha iordningställt tomterna”. Regeringsrätten fann att det saknades förutsättningar för att ålägga svaranden att utge någon del av det förelagda vitet.

¹⁴ Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr PMT 8457-16.

”Ett vitesföreläggande måste utformas så, att adressaten får helt klart för sig vad som fordras av honom för att han skall undgå att erlægga det fastställda vitesbeloppet. För att ett försuttet vite skall kunna utdömas är det också nödvändigt, att det utsatta vitet knutits till en klart definierad prestation eller underlåtenhet. Om föreläggandet innebär en skyldighet för adressaten att vidta en viss åtgärd, skall det enligt 2 § lagen (1985:206) om viten av föreläggandet framgå vid vilken tidpunkt eller inom vilken tidsfrist åtgärden skall vidtas; om det i stället är fråga om ett förbud, torde det – om tidsangivelse saknas – gälla från den tidpunkt då beslutet vinner laga kraft. Denna information måste förmedlas genom själva föreläggandet. I och för sig finns det ett visst utrymme för att tolka föreläggandet mot bakgrund av vad som tidigare förekommit rörande den aktuella verksamheten. Detta utrymme är dock begränsat med hänsyn till att föreläggandets innebörd måste vara klar.

Radionämndens aktuella beslut är mycket allmänt hållet. Det är utformat som ett positivt föreläggande att följa bestämmelserna i 15 § radiolagen men innefattar i realiteten ett generellt och tidsmässigt obestämt förbud att avbryta program för annonser i andra fall än då så medges i det angivna lagrummet. Det tar inte sikte på något bestämt programinslag eller en viss avgränsad typ av program, och inte heller ges någon närmare information om det beteende som skall grunda skyldighet att utge vitesbeloppet. Hänvisningen i skälen för beslutet till ett antal tidigare avgöranden rörande placering av annonser i olika av Nordisk Television sända program är inte ägnad att ge vitesföreläggandet erforderlig konkretion.

Regeringsrätten finner således att Radionämndens beslut inte uppfyller de krav på precision som gäller för ett vitesföreläggande. Det skall därför upphävas.”¹⁵

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2017 ref 21 återigen betonat att den enskilde genom föreläggandet med tillräcklig precision får veta vad som fordras, så att de konkreta konsekvenserna av myndighetens krav kan bedömas och rättsliga invändningar mot dessa krav kan framföras. I samma avgörande fann HFD också att ”de krav på tydlighet som ställs på ett av en tillsynsmyndighet utfärdat föreläggande eller förbud väsentligen är desamma oavsett om påbudet har förenats med vite eller inte.”

I MD 2006:26 gjorde Marknadsdomstolen följande principiella uttalande rörande formuleringen av marknadsföringsrättsliga förbud:

”Ett förbud av Marknadsdomstolen ska vara så formulerat att det täcker både den konkreta handling som har underställts domstolens prövning och, om så bedöms påkallat för att minska risken för ett kringgående av förbudet, andra i allt väsentligt samma handlingar. Detta är i enlighet med domstolens uttalade praxis. Rättssäkerhetshänsyn kräver samtidigt att förbudet konkretiseras så att det klart framgår vilka slag av handlingar det avser (jfr prop. 1970:57 s. 91). Det måste stå klart för adressaten av ett vitesförbud vad som fordras av honom för att han inte ska bryta mot förbudet och åläggas att betala det fastställda vitesbeloppet.”

¹⁵ Radionämnden hade som första instans förelagt Nordisk Television att vid vite av 1 miljon kronor ”följa bestämmelserna i 15 § radiolagen”.

I ett nyligen avgjort mål från Patent- och marknadsöverdomstolen¹⁶ har domstolen ansett att ett marknadsföringsrättsligt förbud inte, liksom immaterialrättsliga förbud, måste begränsas till att avse just det intrångsgörande nyttjandet men, av konsumentskyddsskäl, också kan omfatta liknande handlingar under förutsättning att detta anges i föreläggandet:

”Som anförts i förarbetena har den marknadsföringsrättsliga lagstiftningen ett stark konsumentskyddande intresse. För att fylla detta syfte bör, såsom också framhållits i förarbetena, marknadsföringsrättsliga förbud förutom att täcka de konkreta överträdelser som domstolen finner att adressaten har gjort också kunna omfatta andra likvärdiga handlingar. Samtidigt måste också marknadsföringsrättsliga förelägganden konkretiseras och därmed preciseras så att adressaten förstår vad adressaten ska göra eller inte göra. Även vitesförelägganden enligt marknadsföringslagen måste alltså uppfylla de generella kraven på att ett vitesföreläggande ska vara tydligt, uttömmande och konkret. Patent- och marknadsöverdomstolens slutsats är därför att vitesförelägganden enligt marknadsföringslagen visserligen kan utökas till att träffa också andra liknande handlingar, produkter eller tjänster jämfört med de specifika överträdelser som begåtts, men dessa liknande handlingar, produkter eller tjänster ska i så fall anges i föreläggandet. Att endast lägga till exempelvis lydelsen ’liknande produkter’ uppfyller alltså inte de tydlighetskrav som gäller för vitesförelägganden.”

Domen överklagades av KO och Högsta domstolen meddelade den 11 juni 2018 prövningstillstånd.¹⁷ Även Mark- och miljööverdomstolen har ställt tydliga krav på precision vid utformningen av ett föreläggande. I MÖD 2004:28 gjorde Mark- och miljööverdomstolen följande principiella uttalande:

”Ett föreläggande ska utformas på ett sådant sätt att adressaten utan svårigheter eller risk för missförstånd kan få klart för sig vad han eller hon ska göra. Att föreläggandet är tydligt får betydelse för den enskildes rättssäkerhet men också för effektiviteten i tillsynsarbetet. Ett föreläggande bör därför inte innehålla bara allmänt hållna formuleringar, hänvisningar till allmänna råd e.d. Undantagsvis kan ett föreläggande som utformats på det sättet ändå godtas, om föreläggandets närmare innebörd – exempelvis mot bakgrund av tidigare kontakter i ärendet – ändå kan anses klar för den enskilde. När ett föreläggande förenas med vite har dock tillsynsmyndigheten särskild anledning att ingående överväga och i föreläggandet noggrant precisera vilka åtgärder adressaten ska vidta (se Miljööverdomstolens dom 2003-09-19 i mål nr M 2909-03).”

¹⁶ Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr PMT 8457-16. PMÖD ändrade PMD:s förbudsformulering på så vis att svarandena ”ålades vid vite av 1 miljon kronor för varje sjudagarsperiod under vilket åläggandet inte har följts, vid marknadsföring av tandvårdsprodukter, rakprodukter eller säkerhetstjänster samt abonnemang av dessa produkter eller av liknande produkter” lämna viss information. PMD hade begränsat föreläggandet så att det avsåg tandvårdsprodukter, nyckelbrickor eller *rakblad*. Produktkategorin *”rakblad”* utökades alltså så att den kom att omfatta det vidare begreppet *”rakprodukter”*. Beträffande ett annat yrkande uttalade PMÖD att begreppet *”säkerhetstjänster* var en för bred lydelse och begränsade föreläggandet så att det avsåg *”nyckelbrickor”*.

¹⁷ Högsta domstolens mål nr T 2286-18.

Förelägganden som innehåller allmänt hållna uttryck såsom att adressaten föreläggs att ”vidta erforderliga åtgärder”¹⁸, eller som innebär att adressaten förbjuds att vidta en ”olovlig”, ”rättsstridig” eller ”obefogad” handling¹⁹ uppfyller inte kravet på konkretisering eller precisering eftersom adressaten inte kan avgöra vilka åtgärder som krävs för att efterkomma föreläggandet. Abstrakta termer och uttryck, som begagnas i en författningstext, är till föga ledning för adressaten.²⁰ Ett vitesföreläggande får inte heller vara utformat på ett sådant vis att adressaten förbjuds att vidta åtgärder som redan är förbjudna i lag.²¹ Det finns visst utrymme för att tolka ett vitesföreläggande mot bakgrund av vad som tidigare förekommit vid, i första hand dokumenterade, kontakter mellan den vitesföreläggande myndigheten och adressaten.²² Ett förbuds-föreläggande behöver inte ange vilka åtgärder som är nödvändiga för att efterkomma föreläggandet.²³ När det gäller frågan huruvida ett vitesföreläggande är tillräckligt konkret och precist utformat finns det omfattande praxis från Mark- och miljööverdomstolen vid Svea hovrätt som kan vara till ledning i tolkningen av denna fråga.²⁴

5.2 Kan adressaten antas sakna faktisk eller rättslig möjlighet att efterkomma föreläggandet? Av 2 § viteslagen följer att vite inte får föreläggas, om adressaten kan antas sakna faktisk eller rättslig möjlighet att följa föreläggandet. Av förarbetena till denna

¹⁸ JO 1998/99, s 407.

¹⁹ Westberg, Peter; Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål – En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder, Bok 2, s 253.

²⁰ Lavin, Rune, Offentlighetsligt vite, Lund 1978, Juristförlaget i Lund, Lund 2004, s 82.

²¹ Se även Borås tingsrätts dom i mål nr T 2863-12 där käranden bland annat hade yrkat att svaranden skulle förbjudas att "[...] i övrigt vidta eller fortsätta åtgärd innebärande intrång, som avses i 53 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, i Åsas Tomtebodds upphovsrättsliga ensamrätt till de tomtefigurer som bl.a. framgår av bilaga till stämningsansökan (tingsrättens aktbilaga 6)". Tingsrätten konstaterade att denna del av yrkandet innebar att käranden ville att tingsrätten skulle förbjuda något som redan är förbjudet och straffsanktionerat i lag eller, med andra ord, vid vite förbjuda någon att begå brott. Tingsrätten avlog yrkandet med hänvisning till att ett vitesförbud med detta innehåll inte var lämpligt. Stockholms tingsrätt uttalade i sin dom i mål nr T 11498-02 följande: "När det i detta fall gäller förbudets utformning bör frågan ställas om Beechams yrkande innebär något mer än ett förbud mot att göra patentintrång eller om det kan anses vara knutet till några bestämda handlingar. En dom med förbud att göra intrång i ett patent kan inte sägas ha annan innebörd än vad som redan gäller enligt lag och kan därför inte ges." Se även Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 9495-09 där tingsrätten begränsade förbudsformuleringen genom att stryka ändelsen "eller annat kännetecken som är förväxlingsbart med Varumärket" i förbudsyrkandet med hänvisning till att förbudet ska ta sikte på det konkreta intrånget och inte avse sådant som generellt är förbjudet. Norrgård konstaterar med avseende på finsk rätt att ett förbud med lydelsen "X förbjuds att göra intrång i Y:s varumärke" inte kan meddelas eftersom det strider mot legalitetsprincipen och behovet av förutsägbarhet (se Norrgård, Marcus; Interimistiska förbud i immaterialrätten, Helsingfors 2002, s 76 f).

²² RÅ 2009 not 92, RÅ 1990 ref 39 och Mark- och miljödomstolens domar den 19 december 2013 i mål nr P 4206-13 respektive mål nr P 5353-16.

²³ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 37.

²⁴ Se bl.a. Mark- och miljööverdomstolens domar i mål nr M 3246-15, M 3644-15, M 3812-15, P 5353-16, M 2755-16, P 3685-16, M 1979-17 och M 3451-17. Utformningen av immaterial- och marknadsföringsrättsliga förbud diskuteras i mer detalj i Bengtsson, Henrik; Förbudsutformning inom immaterial- och marknadsrätten i Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016, Jure förlag, Sthlm 2017, s 105 ff.

bestämmelse framgår att om det är känt för myndigheten att adressaten är fysiskt förhindrad att följa vitesföreskriften, får vite inte föreläggas.²⁵ Adressaten måste också ha erforderlig faktisk rådighet över den egendom som avses med vitesföreläggandet liksom rättslig möjlighet att efterkomma föreläggandet. Om det vid efterföljande prövning av utdömande av vitesföreläggande visar sig att domstolen ställt ut ett vitesföreläggande trots att adressaten saknat faktisk eller rättslig möjlighet att efterkomma detsamma ska domstolen vägra att döma ut vitet.²⁶ Det är vitesföreläggandets adressat som har bevisbördan för påståendet att denne inte kunnat iakttä föreläggandet.²⁷ Om förhållandena ändrats efter att vitesföreläggandet ställts ut så att adressaten är faktiskt eller rättsligt förhindrad att följa vitesföreläggandet kan det utgöra giltig ursäkt (se vidare nedan punkten 10.1).

Av 2 § viteslagen följer vidare att det av *föreläggandet* ska framgå inom vilken tidsfrist en åtgärd ska vidtas. Detta krav gäller endast vid positiva förelägganden för adressaten att vidta en viss handling och gäller inte vid vitesförbud.²⁸ Vitesförbud gäller från den tidpunkt förbudet vinner laga kraft.²⁹ Det är dock möjligt att i undantagsfall meddela en omställningsfrist vilket även kan ske *ex officio*³⁰, i syfte att ge svaranden möjlighet att efterkomma förbudet. Vad som under alla omständigheter utgör typiska följder av ett förbud utgör dock inte skäl för domstolen att meddela övergångstid³¹. Om domstolen är medveten om att svaranden, utan övergångstid, inte ges någon möjlighet att frivilligt rätta sig efter förordnandet bör domstolen inte meddela ett förordnande som omedelbart gäller.³² Ett skäl att meddela övergångstid kan vara att den påstådda överträdelsen fortgått under domstolsprövningen och att svaranden behöver viss omställningstid när sista instans meddelar dom.³³ Marknadsdomstolen har i sin praxis ansett att det, för att övergångstid ska medges, ska föreligga beaktansvärda skäl.³⁴

Tidsfristen i ett föreläggande får bestämmas med ledning av omständigheterna i det särskilda fallet, såsom styrkan eller arten av de intressen som ska tillgodoses,

²⁵ Se prop. 1984/85:96 s 25 respektive 48. Även av de förarbeten varigenom sanktionsdirektivet införlivades följer att om en svarande i ett ärende om informationsföreläggande saknar faktisk och rättslig möjlighet att efterkomma ett informationsföreläggande ska ansökan avslås (se prop. 2008/09:67, s 159 f.)

²⁶ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 144.

²⁷ Se bl.a. MÖD 2005:58 och Mark- och miljööverdomstolens dom mål nr M 4306-13.

²⁸ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 144. Se även Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål nr B 3113-12.

²⁹ RÅ 1994 s 29 (I).

³⁰ Se Westberg, Peter; Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål – En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder, Bok 2, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004, s 222 f.

³¹ Jfr Svea hovrätts beslut 2012-09-10 i mål nr Ö 4315-12.

³² Se Westberg, Peter; Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål – En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder, Bok 2, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004, s 223.

³³ Jfr NJA 1977 s 485 där förbudet trädde ikraft 30 dagar efter att HD:s dom i ett firmainträngsmål meddelats. Se även MD 2005:12 där förbudet att marknadsföra vissa snusförpackningar trädde ikraft sex månader efter dagen för dom. I MD 2006:13 medgavs svaranden en övergångstid om en månad för att göra nödvändiga ändringar av sin webbplats.

³⁴ Se MD 2009:15 där det faktum att förbudet skulle kunna träda i kraft mitt under pågående arbete inför en marknadsföringskampanj, när material helt eller delvis är tryckt inte ansågs utgöra beaktansvärda skäl.

hänsynen till tredje man eller förväntade nya rättsliga förhållanden. I förelägganden med särskilt betungande föreskrifter får tidsfristen bestämmas med hänsyn till åtgärdernas beskaffenhet och således i allmänhet sättas längre.³⁵ Har en oskäligt kort tidsfrist satts ut kan det medföra att vitesföreläggande innehåll är sådant att det inte kan läggas till grund för en dom om utdömning av vite.

5.3 Vitesförelägganden riktade mot flera personer. Enligt 3 § sista meningen lagen om viten ska om vite föreläggas flera personer gemensamt, ett särskilt belopp fastställas för var och en av dem. S k solidariskt ansvar får inte förekomma. Frågan om fördelningen av ansvaret uppkommer redan i det fall att flera personer namnges men endast ett vitesbelopp sätts ut.³⁶ Ett vitesföreläggande där två personer namnges men endast ett belopp sätts ut har inte ansetts vara lagligen grundat och ett yrkande om utdömning av vite har därför avslagits.³⁷

5.4 Endast väsentliga och uppenbara fel kan leda till att föreläggandet anses ogiltigt. Domstolens laglighetsprövning är inte en allmän överprövning av om sakliga förutsättningar funnits för vitesföreläggande. Den domstol som prövar frågan om utdömning av viten är inte bunden av samtliga de resonemang som angetts i domskälen till förbudsdomen om de inte kommer till uttryck i föreläggandet som sådant.³⁸ Eftersom det av rättssäkerhetsskäl finns ett intresse av att kunna förlita sig på ett vitesföreläggande som vunnit laga kraft är det endast *väsentliga och uppenbara fel*³⁹ eller att föreläggandet *inte tillkommit i laga ordning*⁴⁰ som kan leda till att vitesföreläggande anses ogiltigt. Ett vitesföreläggande som vunnit laga kraft och därmed blivit så att säga orubbligt bör inte utan vägande skäl frångämmas sina avsedda rättsverkningar. Har dessutom en överinstans uttryckligen accepterat vitesföreläggandet bör den utdömning myndigheten vara särskilt försiktig med att underkänna vitesföreläggandet.⁴¹ Den omständigheten att ett föreläggande är relativt vidsträckt medför inte nödvändigtvis att det inte kan tillämpas när utdömning av vite prövas.⁴²

I praxis finns ett flertal exempel på förbuds förelägganden meddelade av Konsumentombudsmannen där föreläggandet formulerats för vitt och därför begräns-

³⁵ Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M 45691-16. Se beträffande s k avvecklingsfrist i finsk rätt, Norrgård, Marcus; Interimistiska förbud i immaterialrätten, Helsingfors 2022, s 71 f respektive i dansk rätt, se Salung Petersen, Clement; Immaterialrettigheder og foreløbige forbud, Köpenhamn, 2008, s 260 ff.

³⁶ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 89 f. Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr PMT 8457-16 där domstolen justerade förbudet så att ett vitesbelopp sattes ut för var och en av svarandena (Patent- och marknadsdomstolen [mål nr PMT 14570-15] hade förelagt svarandena vite gemensamt).

³⁷ Se MÖD 2008:15 respektive Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M 2539-14.

³⁸ Se Svea hovrätts beslut 2012-02-28 i mål B 5876-11.

³⁹ Se Svea hovrätts dom i mål nr B 8332-10 respektive Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 119.

⁴⁰ Av 6 § viteslagen följer att en myndighet måste ha uttryckligt författningsstöd för att förelägga åtgärder vid äventyr av vite.

⁴¹ Se Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 121.

⁴² Svea hovrätts dom i mål nr B 8332-10.

sats.⁴³ Stockholms tingsrätt och Svea hovrätt har i fyra fall funnit att skäl saknats att åsidosätta föreläggandet på grund av dess alltför vida formulering.⁴⁴ Det finns dock också exempel där Konsumentombudsmannens vida formuleringar inte ansetts kunna läggas till grund för förbud.⁴⁵ Det är relativt sällsynt att en domstol som prövar ett yrkande om utdömmande av vite åsidosätter eller snävar in det meddelade vitesföreläggande på grund av att det inte är tillräckligt entydigt och preciserat. Det innebär i sin tur att i utformningen av vitesförelägganden i immaterial- och marknadsrättsliga mål är central. Vitesföreläggandet måste utformas med stor omsorg och noggrannhet med beaktande av den praxis som finns kring utdömmande av vite.

6. Vitesföreläggandets giltighet

Vite för överträdelse av ett interimistiskt vitesföreläggande kan inte dömas ut om domstolen i sin slutliga prövning funnit att det saknas grund för vitesföreläggande och därför upphävt föreläggandet. Om föreläggandet återkallats eller ändamålet förfallit före tidsfristens utgång gäller föreläggandet inte längre. Det faktum att tidsfristen i ett vitesföreläggande har upphört att gälla när frågan om utdömmande av vitet aktualiseras, hindrar dock inte att vite döms ut.

I NJA 2004 s 624 yrkade Romero att Sony Nordic A/S vid vite bl.a. skulle förbjudas att använda ett figurmärke innehållande ett visst "i-linkmärke" för sådana varor och tjänster som omfattades av Romeros varumärkesregistrering. Tingsrätten och hovrätten fann bl.a. att Sonys kännetecken var förväxlingsbart med Romeros och förbjöd Sony vid vite av en miljon kronor att fortsätta varumärkesintrånget. Romero väckte sedermera talan och yrkade att vitet skulle dömas ut under åberopande att Sony brutit mot förbudsbeslutet genom att under vissa dagar ha använt i-linkmärket i sin näringsverksamhet genom att på sin webbsida lägga in förflyttande länkar till webbsidor där i-linkmärket användes för bl.a. vissa varor som omfattades av förbudet. Tingsrätten och hovrätten dömde ut ett jämkat vite om 500 000 kronor. När målet prövades av Högsta domstolen hade

⁴³ Se Simonsson, Ingeborg; Interimistiska åtgärder enligt marknadsföringslagen i *Amici Curiae* Marknadsdomstolen 1971–2016, s 523. I Stockholms tingsrätt domar i mål nr T 9077-16 respektive mål nr T 6543-15 begränsade tingsrätten Konsumentombudsmannens yrkande vid utformningen av det slutliga förbudet.

⁴⁴ Svea hovrätts dom i mål nr B 8332-10, Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 8499-08, B 1766-08 respektive B 4749-09. Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 8499-08 är uppseendeväckande. Svaranden hade genom ett undertecknat förbuds föreläggande (FF 2007:7) förbjudits att "vid marknadsföring i periodisk skrift, av sångar, gavlar, sångbord, täcken, kuddar, lakan, påslakan, överkast eller prydnadskuddar genom förmånserbjudande, underlåta att tydligt ange de villkor som gäller för att utnyttja förmånserbjudandet." Den sista delen av förbuds föreläggandet återgav lagtexten i 13 § 1 p i 1995 års marknadsföringslag och uppfyllde därmed knappast precisionskravet. Tingsrätten ansåg dock att detta saknade betydelse för prövningen av vitets utdömmande. De refererade avgörandena kommenteras i större detalj i Löfgren, Christer; Vitesförbud. Skriv inte under förrän du vet vad förbudet innebär i *Brand News* nr 4/09.

⁴⁵ Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr B 12587-16 där domstolen inom ramen för laglighetsprövningen ansåg att åläggandet för adressaten att "lämna klar och begriplig information om den marknadsförda produktens huvudsakliga egenskaper och om produktens pris" inte var tillräckligt tydligt och koncist formulerat till följd av vilket föreläggandet i denna del inte kunde läggas till grund för utdömmande av vite. Vite utdömdes dock för andra överträdelser.

Svea hovrätt hunnit meddela slutlig dom i intrångsfrågan och hade konstaterat att intrång inte förelåg. Högsta domstolen konstaterade, föga förvånande, att den omständigheten att ett vitesföreläggande har upphört att gälla efter att tingsrätten vid sin slutliga prövning funnit att det saknats grund för ett sådant föreläggande, medförde att vite inte kunde dömas ut.

7. Delgivning av vitesföreläggandet

Förutsättningen för att ett vite ska kunna dömas ut är att adressaten har delgivits föreläggandet i enlighet med tillämpliga föreskrifter (jfr 2 § fjärde stycket viteslagen där det föreskrivs att vitesförelägganden ska delges). Har föreläggandet inte delgivits korrekt ska en talan om utdömmande av föreläggandet ogillas.⁴⁶ Vitesförelägganden förfaller och kan fortsättningsvis inte tillämpas om adressaten inte delgivits och inte fått kännedom om föreläggandet inom den i föreläggandet föreskrivna tidsfristen för att efterkomma detsamma.⁴⁷

Delgivning av vitesföreläggande kan ske enligt alla de delgivnings sätt som föreskrivs i delgivningslagen (däribland personlig delgivning, särskild delgivning med juridisk person, kungörelsedelgivning eller s k spikning⁴⁸). Delgivning genom kungörelsedelgivning eller spikning är dock mindre lämpliga delgivningsåtgärder eftersom de inte behöver innebära att adressaten får kännedom om vitesföreläggandets innehåll. Om det i målet om vitets utdömmande framkommer att adressaten inte känt till föreläggandets existens inom sådan tid att adressaten haft reell möjlighet att efterkomma föreläggandet, kan vitet inte dömas ut. När adressaten haft kontakter beträffande nödvändiga åtgärder för att efterkomma ett föreläggande med en föreläggande myndighet har adressaten ansetts ha kännedom om föreläggandet.⁴⁹ Kravet på kännedom gäller inte vid särskild delgivning med juridisk person.⁵⁰ Däremot är det möjligt att döma ut vitet, om adressaten medvetet hållit sig undan därför att hen känt till att ett föreläggande av visst innehåll meddelats eller kommer att meddelas denne.⁵¹

Om ett vitesföreläggande riktar sig mot flera adressater (d v s mot olika adressater med ett vitesbelopp för respektive adressat enligt 3 § viteslagen) är det inte ett krav att samtliga adressater delgivits för att vite ska kunna dömas ut. Däremot förutsätts det att de adressater som delgetts kan fullgöra föreläggandets föreskrifter lika effektivt som om samtliga adressater hade gjorts ansvariga.⁵²

8. Föreläggandets innebörd och omfattning

Ett vitesföreläggande innebär att adressaten föreläggs att vidta eller underlåta vissa åtgärder. Om vitet bestäms till ett visst belopp för en viss period är det ett s k löpande vite enligt 4 § viteslagen. Omfattar vitesföreläggandet endast vissa åtgär-

⁴⁶ Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 8999-1998.

⁴⁷ Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M 10967-15.

⁴⁸ Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M 3768-13.

⁴⁹ Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M 3768-13.

⁵⁰ Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M 1375-15.

⁵¹ Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 7263-07.

⁵² Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 83-03.

der som ska vidtas eller underlåtas är vitet att bedöma som ett ordinärt vite enligt 4 § viteslagen.⁵³ Om löpande vite meddelats får frågan om att döma ut ett löpande vite prövas av domstol endast såvitt avser vite som försuttits vid tiden för ansökan om vitets utdömande.⁵⁴ Har inte den tidsperiod (från dagen för delgivning) som avses i föreläggandet passerats är vitet inte försuttet och vite kan inte dömas ut.⁵⁵

Om det skulle vara behövt måste föreläggandet tolkas innan det kan läggas till grund en prövning huruvida en överträdelse skett. Eftersom utdömandet av ett vite kan jämföras med utdömande av straff ska legalitetsprincipen tillämpas vid tolkningen.⁵⁶ Tolkningen av innebörden av föreskrifterna i föreläggandet ska vara restriktiv.⁵⁷ På det marknadsföringsrättsliga området utgår domstolarna inte enbart från föreläggandets ordalydelse utan bedömer också vilket helhetsintryck marknadsföringen ger. Även underförstådda eller indirekta otillbörliga marknadsföringspåståenden kan alltså läsas in i föreläggandets innebörd.⁵⁸ Patent- och marknadsöverdomstolen har tolkat lydelsen av ett vitesförbud utifrån Marknadsdomstolens domskäl i den dom varigenom vitesförbudet meddelades.⁵⁹

9. Adressatens objektiva överträdelse av vitesföreläggandet

Vid prövningen av om adressaten har brutit mot ett vitesföreläggande ska domstolen först göra en *objektiv* prövning av om adressaten överträtt de villkor som stipuleras i föreläggandet.⁶⁰ Huvudregeln är att sökanden har bevisbördan för att vitesföreläggandet har överträtts⁶¹ liksom för att föreläggandet riktar sig mot rätt adressat.⁶² Eftersom mål om utdömande av vite handläggs som brottmål och har brottmålskaraktär gäller principen om full bevisning vilket innebär att det är ett straffrättsligt beviskrav som uppställs.⁶³ Den rättsliga grunden för talan om vitets utdömande kan lämpligen utformas som en gärningsbeskrivning i brottmål.⁶⁴ Av NJA 2010 s 48 följer dock att i mål om utdömande av viten meddelade i marknadsföringsrättsliga mål är det den näringsidkare som, i enlighet med den allmänna marknadsföringsrättsliga principen om bevisbördans fördelning, har bevisbördan för att dennes marknadsföringspåståenden varit riktiga.⁶⁵ Huruvida

⁵³ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2224-12.

⁵⁴ Se RÅ 1992 ref 34.

⁵⁵ RÅ 1995 not 34.

⁵⁶ SOU 1982:21, s 25.

⁵⁷ NJA 2010 s 48 p 6 med hänvisning till Rune Lavin, Viteslagstiftningen – En kommentar, 2 uppl. 2010, s 111 ff och 118 f.

⁵⁸ Svea hovrätts dom i mål nr B 8332-10 respektive B 3522-13.

⁵⁹ Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr B 15738-14 varigenom Patent- och marknadsdomstolens dom fastställdes.

⁶⁰ Se bl.a. Hovrättens över Skåne och Blekinge dom i mål nr B 3113-12 respektive Svea hovrätts dom i mål nr B 4969-14.

⁶¹ NJA 2015 s 512 p 14.

⁶² Se Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr P 10360-12.

⁶³ Se Lavin, Rune, Förvaltningsprocessen år 2000 i JT 2000-01, s 107.

⁶⁴ Jfr Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 149.

⁶⁵ Rättsfallet kommenteras av Ulf Bernitz, Kraven för utdömande av marknadsrättsliga viten, JT 2010-11, s 701 ff.

adressaten har haft för avsikt att begå intrång saknar betydelse för den objektiva bedömningen av överträdelsen.⁶⁶

Adressatens avsikt eller oaktsamhet kan däremot få betydelse vid bedömningen av om det förelegat en giltig ursäkt för överträdelsen.⁶⁷ Sökanden behöver inte heller föra bevisning om överträdelsens skadeverkningar.⁶⁸ Har ett löpande vite meddelats och adressaten begått flera överträdelser av föreläggandet inom samma tidsperiod får endast ett vitesbelopp utdömas (se 9 § viteslagen).⁶⁹

9.1 Tillräknande av tredje mans åtgärder till adressaten. I NJA 2015 s 512 hade HD att pröva huruvida adressaten för ett upphovsrättsligt vitesförbud kunde tillräknas tredje mans handlande. Omständigheterna i målet var följande: Dan Burhén Möbler AB hade förbjudits av Eksjö tingsrätt att tillverka, låta tillverka, marknadsföra, utbjuda till försäljning eller på annat sätt sprida exemplar av en stol som benämndes Stilo. Rättighetshavaren beställde via återförsäljare en Stilo-stol som tillverkades av Burhén Meble i Polen efter beställning, levererades till återförsäljaren och sedan levererades till rättighetshavarens representant. Av utredningen i målet framgick att Dan Burhén Möbler AB och Burhén Meble hade en gemensam bakgrund, att ett släktskapsförhållande band samman ägandet i bolagen samt att verksamheterna var samordnade i ett produktionsled (Burhén Meble) och ett marknadsförings- och försäljningsled (Burhén Möbler). HD konstaterade att det till det yttre framstod som att bolagen gemensamt bedrev en integrerad verksamhet.

HD konstaterade att av legalitetsskäl kan som utgångspunkt inte ett handlande från en tredje man genom tillräknande läggas adressaten till last.⁷⁰ Ett vitesföreläggande kan inte heller, av legalitetsskäl, utsträckas till tredje man som inte är adressat. Principen om att adressaten inte kan tillräknas tredje mans handlande är dock inte utan undantag och HD gjorde i denna del följande intressanta principiella uttalanden:

”18. Om vitesadressaten inte ansvarar redan på grund av sitt eget handlande, bör ett tillräknande kunna ske om vitesadressaten ingår i samma ekonomiska sfär som tredje man, såsom vid koncerngemenskap eller när vitesadressaten och den tredje mannen ytterst ägs av samma personer. För tillräknande bör då även krävas att vitesadressaten praktiskt och rättsligt kontrollerar den tredje mannens verksamhet i det hänseende som vitesförbudet avser. I vissa fall bör det dock kunna räcka med att vitesadressaten och den tredje mannen står under gemensam kontroll, såsom när de är systerbolag. Huruvida det faktiskt har skett någon samordning i syfte att kringgå vitesförbudet bör i situationer med ekonomiska band av nu diskuterat slag sakna betydelse, eftersom tillräknandet är grundat på identifikation mellan den tredje mannen och vitesadressaten.

⁶⁶ NJA 2015 s 512 p 12.

⁶⁷ Svea hovrätts dom i mål nr B 4969-14.

⁶⁸ Se NJA 2015 s 512 p 12, med hänvisning till prop. 1993/94:122 s 44 f.

⁶⁹ Jfr MÖD 2008:8.

⁷⁰ NJA 2015 s 512 p 16 med hänvisning till Peter Westberg, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål Bok 2, Juristförlaget i Lund, Lund 2004, s 280 ff och Torkel Gregow, Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder, Norstedts Juridik, Sthlm 2014, s 69.

22. Om vitesadressaten och den tredje mannen i kringgåendesyfte handlar samordnat bör det i regel anses vara så kvalificerat otillbörligt att det motiverar ett tillräknande, om inte vitesförbudets formulering skulle täcka vitesadressatens eget handlande och denne därför ansvarar redan på den grunden. Klart är således att ansvar för åtgärder av en tredje man i allmänhet föreligger när den tredje mannen har agerat på vitesadressatens uppdrag eller på något annat sätt har genom avtal samordnat sig med denne i syfte att gå runt förbudet.

23. Att visa en kvalificerat otillbörlig samordning kan dock många gånger vara svårt. Effektivitetsskäl kan då motivera att en sådan samordning i mer utpräglade riskfall presumeras, trots att vitesadressaten inte har kontroll över den tredje mannen och de inte heller står under gemensam kontroll (jfr p 18). Så bör kunna göras när de yttre förhållandena mellan vitesadressaten och den tredje mannen starkt talar för att de har samordnat sig i de hänseenden som vitesförbudet avser. Om den tredje mannen då handlar på ett sätt som vitesadressaten är förbjuden att göra, så bör vitesadressaten på grund av en presumerad (kvalificerat otillbörlig) samordning tillräknas handlandet. Den som har ansökt om vitets utdömmande har i princip att visa de omständigheter som kan läggas till grund för presumptionen. Legalitetsskäl föranleder dock den förutsättningen för ansvar, att vitesadressaten ska ha underlåtit att vidta närliggande och rimliga åtgärder för att hindra den tredje mannen. Har en sådan åtgärd vidtagits bör således ansvar inte föreligga. Inte heller bör vitesadressaten i sådana fall som här avses ansvara, om han kan visa att det trots det yttre skenet inte har förekommit någon relevant samordning.”

Mot denna bakgrund konstaterade HD att vitesförbudet inte kunde utsträckas till tredje man (Buhrén Meble). Däremot ansåg HD att relationen mellan bolagen starkt talade för att de samordnat sig och att Dan Buhrén Möbler AB inte hade motbevisat den av HD uppställda presumptionen om kvalificerat otillbörlig samordning. Dan Buhrén Möbler AB befanns därför skyldig att betala vitet.

HD:s avgörande i NJA 2015 s 512 har sedermera återopats i ett mål⁷¹ där talan om utdömmande av avtalsvite väcktes mot ett systerbolag till det bolag som ingått avtal med en konkurrensklausul. Käranden menade att systerbolagen hade agerat gemensamt i syfte att kringgå konkurrensklausulen. Målet avgjordes i huvudsak på bevisfrågor men Svea hovrätt uttalade följande beträffande tolkningen av NJA 2015 s 512:

”Som ovan angivits är det en grundläggande civilrättslig princip att avtalsförpliktelser endast är bindande för avtalets parter. Högsta domstolens avgöranden måste förstås på det sättet att det endast under mycket särpräglade förhållanden kan komma i fråga att låta någon annan än en avtalspart bli bunden av förpliktelser enligt ett avtal.”

I ett senare mål i Patent- och marknadsdomstolen anförde adressaten att man inte kunde hållas ansvarigt för en eventuell överträdelse av ett marknadsföringsrättsligt förbud eftersom marknadsföringen hade tagits fram av ett dotterbolag som var ansvarigt för den monter där överträdelsen förekom. Eftersom dotterbolaget var

⁷¹ Svea hovrätts dom i mål nr T 4685-15.

helägt ansågs det vara tillräckliga skäl för att överträdelsen skulle tillräknas adressaten.⁷²

10. Adressatens giltiga ursäkt att inte följa föreläggandet

Om vitesföreläggandet anses ha överträtts ska en bedömning göras av adressatens *subjektiva* ansvar för överträdelsen och – som en följd därav – om adressaten haft giltig ursäkt för överträdelsen. Ansvaret för vitesföreläggandets fullgörande är omfattande, även om ansvaret inte är rent objektivt.⁷³ Bevisbördan för att överträdelsen varit ursäktlig åvilar adressaten.⁷⁴

10.1 Adressaten är rättsligt eller faktiskt förhindrad att efterkomma vitesföreläggandet. Adressatens ansvar kan påverkas av att denne kan visa *giltig ursäkt* för sin underlåtenhet att efterkomma ett föreläggande. Detta innebär att adressaten har ett strängt, men dock begränsat, ansvar för föreläggandets fullgörande.⁷⁵ I praxis har giltig ursäkt t.ex. ansetts föreligga när adressaten varit fysiskt förhindrad, exempelvis på grund av sjukdom, att följa föreläggandets föreskrifter eller ekonomiska tillgångar saknats samt vid naturhändelser. Överträdelsen av ett vitesföreläggande har alltså berott på händelser som legat utanför den enskildes kontroll på ett sådant vis att de inte kunnat förhindras. Giltig ursäkt kan också föreligga om adressaten har saknat ekonomiska resurser att följa föreläggandet vilket det ankommer på adressaten att styrka.⁷⁶ Domstolarna har att inta en restriktiv hållning, vilket ställer höga krav på adressaten om dennes underlåtenhet att efterkomma föreläggandet ska kunna accepteras. En godtagbar ursäkt måste baseras på att ett fullgörande av föreläggandet *rent faktiskt varit omöjligt eller mycket svårt*.⁷⁷ En adressat svarar för sin underleverantörs underlåtenhet att följa ett vitesföreläggande.⁷⁸ En intrångsgörare hänvisning till att tredje part, med vilken avtalsrelation tidigare förelegat men sedan saknades, disponerar över kännetecknet har inte ansetts utgöra giltig ursäkt.⁷⁹ Det faktum att en tredje man som anlitas för hantering av annonser av misstag inte avbokar en annons som innebar en överträdelse har inte heller ansetts

⁷² Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr B 5135-16.

⁷³ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 156.

⁷⁴ NJA 2015 s 512 och Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål nr B 3113-12.

⁷⁵ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 155.

⁷⁶ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 155, Mark- och miljööverdomstolens i MÖD 2005:58, mål nr M 4306-13 och mål nr P 10121-16.

⁷⁷ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 163. Se även Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr B 12549-15 med referens till RH 2006:42.

⁷⁸ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 19015-13.

⁷⁹ RH 2006:42. Intrångsgöraren hade haft ett sponsringsavtal med en idrottsförening som satte upp en skylt med BMW:s kännetecken. Intrångsgöraren förlorade sedermera rätten att använda BMW-kännetecknet och hänvisade till att det var idrottsföreningen som disponerade över skylten med kännetecknet. Tingsrätten godtog inte intrångsgörarens förklaring men jämkade däremot vitet kraftigt. Avgörandet är svårförståeligt eftersom vitesadressaten inte förfogade över rättsmedel för att få intrånget att upphöra (jfr vad som sägs ovan punkten 5 om att vitesadressaten måste ha rådighet över den egendom som föreläggandet omfattar liksom vad som sägs i prop. 2008/09:67, s 152 om att en intrångsgörare inte kan tvinga en köpare av intrångsprodukter att lämna över intrångsprodukterna).

medföra giltig ursäkt.⁸⁰ Att en kampanjansvarig har varit nyanställd och haft hög arbetsbelastning har vid en grov överträdelse av marknadsföringslagen bedömts på samma vis, dvs att giltig ursäkt inte förelåg.⁸¹ Om ett vitesföreläggande riktar sig både mot en juridisk person och dess ställföreträdare måste, på grund av förbudet mot solidariskt vite i 3 § viteslagen, respektive adressats överträdelse av vitesförbudet och huruvida överträdelsen varit ursäktlig bedömas var för sig.

10.2 Adressatens skyldighet att vidta åtgärder. Av RH 2006:42 framgår att det ställs höga krav på *aktivitet* för den som har att efterkomma ett vitesföreläggande. Adressaten är skyldig att *undersöka* i vad mån överträdelser enligt vitesföreläggandet förekommer och, om överträdelser sker, att vidta *långtgående försök att stoppa dessa*. Det är inte tillräckligt att förlita sig på att en annan person vidtar åtgärderna.⁸²

I praxis tycks domstolarna ha haft olika uppfattning om vilka åtgärder adressaten är skyldig att vidta för att efterkomma ett vitesföreläggande. Patent- och marknadsöverdomstolen har i ett mål om överträdelse av ett varumärkesrättsligt vitesförbud ansett att adressaten var skyldig "[...] att efter vitesförbudets meddelande se till att de intrångsprodukter som distribuerats redan före vitesförbudet återkallades direkt".⁸³ Stockholms tingsrätt har i ett äldre avgörande ansett att ett klart och tydligt meddelande till återförsäljare eller distributörer att försäljningen av intrångsprodukter omedelbart skulle upphöra ansetts utgöra giltig ursäkt vid överträdelse av ett vitesförbud.⁸⁴ Patent- och marknadsöverdomstolens stränga syn på vilka åtgärder adressaten är skyldig att vidta förefaller långtgående eftersom en rättighetshavare i ett intrångsmål har möjlighet att utverka ett föreläggande om återkallelse av intrångsprodukter från marknaden (dock endast slutligt).⁸⁵ Samtidigt ska noteras att tyska Bundesgerichtshof har intagit just denna hållning i tre avgöranden.⁸⁶ Bundesgerichtshof har också uttalat att det faktum att ett förbud innebär en återkallelsekyldighet inte står i strid med bestämmelserna i sanktionsdirektivet (direktiv 2004/48/EG).⁸⁷ Om ett föreläggande om återkallelse meddelas är intrångsgöraren skyldig att vidta rimliga åtgärder för att återkalla intrångs-

⁸⁰ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7510-11.

⁸¹ RH 1993:41.

⁸² Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7510-11.

⁸³ Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr B 5578-16, överklagat till Högsta domstolen (mål nr B 135-17).

⁸⁴ Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 11387-02.

⁸⁵ Se exempelvis 8 kap 7 § varumärkeslagen. I Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr PMT 17771-13 (överklagad) ålades svaranden att återkalla intrångsprodukter enligt följande: "4. Nestlé Sverige Aktiefbolag och Société des Produits Nestlé S.A. åläggs att, inom 21 dagar från lagakraftvunnen dom, från den svenska marknaden återkalla kattmatsprodukter samt därtill hörande marknadsföringsmaterial och emballage försedda med något av de varukännetecken som anges i punkten 1 genom att upplysa återförsäljare, inklusive butiker, att egendomen konstaterats göra varumärkesintrång och inte får säljas samt begära att få tillbaka egendomen i utbyte mot erlagd betalning."

⁸⁶ ZR 109/14 (Hot-Sox), ZB 34/15 RESCUE Tropfen och ZB 96/16 (Produkte zur Wundversorgung).

⁸⁷ ZB 96/16 (Produkte zur Wundversorgung). Se vidare Miosga, Julia; Die Ansprüche auf Rückruf und Entfernen im Recht des geistigen Eigentums, (2010) Tübingen.

produkterna men kan inte tvinga tredje man som har fått varan i sin besittning att återlämna varorna. Intrångsgöraren kan dock åläggas att göra vad som rimligen kan förväntas av denne för att återkallandet ska få effekt, exempelvis återbetala den ersättning som köparen av intrångsprodukterna erlagt.⁸⁸ Ett vitesförbud och ett föreläggande om återkallelse skulle i praktiken därmed innebära nästan samma skyldigheter för adressaten. Man kan fråga sig om de *långtgående försök att stoppa intrången* som adressaten av ett vitesförbud är skyldig att vidta sträcker sig så långt att det även innefattar en skyldighet att erbjuda köparen ersättning för intrångsprodukterna eller om det är tillräckligt att, som Stockholms tingsrätt ansett, skicka ett klart och tydligt meddelande till återförsäljare eller distributörer att försäljningen av intrångsprodukter ska upphöra.

10.3 Begränsade överträdelser anses sällan ursäktliga. Huvudregeln är att vite ska dömas ut även vid en enstaka överträdelse.⁸⁹ Av förarbetena till viteslagen framgår att en överträdelse kan betraktas som ursäktlig om den varit lindrig.⁹⁰ I praktiken har dock vite dömts ut även om överträdelsen av vitesföreläggande är begränsad. Omfattningen av överträdelsen har närmast givits betydelse vid prövningen av om vitesbeloppet ska jämkas, inte om det skett en överträdelse (se nedan avsnitt 11).

Ett muntligen framfört marknadsföringspåstående i strid med ett förbud från Marknadsdomstolen har ansetts utgöra en överträdelse och vite dömdes ut.⁹¹ I ett mål som prövades av Stockholms tingsrätt⁹² hade svaranden gått igenom sina webbsidor och tagit bort de förbjudna marknadsföringspåståendena från 5 647 sidor och underlåtit att ta bort påståendena (som var publicerade innan svaranden blev föremål för interimistiskt förbud) från tio sidor. Tingsrätten fann att svaranden haft skälig tid att ta bort påståendena och att giltig ursäkt inte förelåg. Vitet jämkades dock med hänvisning till svarandens ekonomiska situation (obeståndsrisk). I ett annat mål⁹³ hade adressaten underlåtit att ta bort en reklamfilm på Youtube och, när man stängde ned den påtalade webbsidan där varumärkesintrång förekom, underlåtit att ta bort s.k. direktlänkar från en sökmotor. Tingsrätten fann att överträdelsen inte var ursäktlig trots att den var begränsad. Förekomsten av marknadsföringspåståenden på en webbplats där pressmeddelanden publicerats har inte heller ansetts lindrig eftersom marknadsföringen skett på internet och riskerat stor spridning.⁹⁴ En taxiverksamhet som hade använt en efterbildning av en taklykta på en bil ansågs av Patent- och marknadsdomstolen ha begått en begränsad överträdelse av förbudet men detta medförde inte att överträdelsen var ursäktlig. Däremot jämkades vitet från en miljon kronor till 500 000 kronor.⁹⁵

⁸⁸ Prop. 2008/09:67, s 215.

⁸⁹ RH 2006:145.

⁹⁰ Prop. 1984/85:96, s 55 f.

⁹¹ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 14605-07.

⁹² Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 6149-14.

⁹³ Stockholms tingsrätts mål nr B 19015-13.

⁹⁴ Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr B 6524-16.

⁹⁵ Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr B 6844-17.

10.4 Adressatens skyldighet att efterkomma vitesföreläggandet i tid. Ändamålet med ett vite anses normalt inte ha förfallit, om det är adressaten själv som, efter den tidsfrist som har satts ut för honom, genom sina egna åtgärder har framkallat en situation där vitesföreläggandet inte längre fyller sitt ursprungliga ändamål. Ett typfall är att adressaten har utfört den prestation som förelagts honom men gjort detta först efter det att den för honom utsatta tidsfristen har löpt ut.⁹⁶ I det fallet ska vitet i princip dömas ut. Detta innebär att åtgärder för att efterkomma ett vitesföreläggande måste vidtas omedelbart efter att beslutet eller domen meddelats. Det faktum att adressaten strax innan talan om utdömande av vitesförbud väcktes har tagit bort påtalad marknadsföring har inte ansetts innebära att överträdelsen är ursäktlig.⁹⁷

I ett marknadsföringsrättsligt efterbildningsärende dömde Stockholms tingsrätt ut vite eftersom en bild av den energidrycksburk som omfattades av förbudet allttjämt fanns tillgänglig på intrångsgörarens webbplats en knapp månad efter att förbudsbeslutet delgivits.⁹⁸ I ett mål som gällde en liten skylt med ett marknadsföringspåstående som fanns kvar 23 dagar efter förbudsdomen meddelats dömdes vitet likaså ut.⁹⁹ I ett marknadsföringsrättsligt efterbildningsärende sålde intrångsgöraren ut 200 kvarvarande skor i en butik och ådömdes ett vite om 200 000 kronor.¹⁰⁰ Stockholms tingsrätt dömde vid en överträdelse ut ett vite om 300 000 kronor eftersom intrångsgöraren inte avlägsnat intrångsprodukterna några dagar efter att vitesförbudet delgivits.¹⁰¹ Såvida inte domstolen meddelat någon form av undantag eller övergångsregel beträffande ommärkning eller avlägsnande vilket är ovanligt¹⁰², döms vite alltså ut även om överträdelsen är av begränsad omfattning i tid eller i antal överträdelser.

Om den domstol som utfärdar ett vitesföreläggande är medveten om att adressaten, utan övergångstid, inte ges någon möjlighet att frivilligt rätta sig efter förordnandet bör domstolen inte meddela ett förordnande som omedelbart gäller.¹⁰³ Om tidpunkten för efterkommande av ett föreläggande passerats på grund av prövning i högre instans ska tidpunkten för fullgörandet flyttas fram så att adressaten ges möjlighet att efterkomma det.¹⁰⁴ Vid prövningen av utdömandet av vitet är domstolen skyldig att pröva om adressaten haft faktisk och rättslig möjlighet att följa föreläggandet. Adressaten måste därvid ha haft skäligt rådrum att vidta ålagda åtgärder från tidpunkten då föreläggandet vunnit laga kraft till dess fristen löpt ut.

⁹⁶ Prop. 1984/85:96 s 55 f. respektive Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 83-03.

⁹⁷ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 8382-14.

⁹⁸ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 7434-00.

⁹⁹ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 12897-07.

¹⁰⁰ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 2665-99.

¹⁰¹ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 3476-96.

¹⁰² Se dock Hovrätten för Västra Sverige Ö 1515-94, beslut 1994-09-30, där förbudet började gälla 12 timmar efter delgivning och 36 timmar efter att beslutet fattades. Om övergångstid vid vitesförbud, se Bengtsson, Henrik; Förbudsutformning inom immaterial- och marknadsrätten i *Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971-2016*, s 105 ff.

¹⁰³ Se Westberg, Peter; *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål – En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder*, Bok 2, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004, s 223.

¹⁰⁴ Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr P M 5673-16.

När tillsyn avseende efterkommandet av ett föreläggande skett samma dag som föreläggandet delgivits adressaten har denne inte ansetts ha haft skäligt rådrum.¹⁰⁵

11. Jämkning av vite

11.1 Allmänna utgångspunkter. Enligt 9 § viteslagen kan ett vitesföreläggande jämkas. I förarbetena till viteslagen har som exempel på när jämkning kan komma i fråga nämnts att förhållandena ändrats efter det att föreläggandet utfärdades, att vitesbeloppet kan ha bestämts schablonmässigt utan hänsyn till den enskildes ekonomi eller att underlåtenheten att följa föreläggandet kan framstå som ursäktlig eller vitet skulle drabba orimligt hårt.¹⁰⁶ Överträdelsens påvisbara skadeverkningar är till skillnad från vad som gäller vid skadestånd, inte avsedda att vara avgörande för vitessanktionens effektivitet och ska därför inte inverka på jämningsbedömningen.¹⁰⁷ Det uttalas i förarbetena att jämkning inte får bli det normala i mål om utdömmande av vite.¹⁰⁸ Att en adressat delvis efterlevt föreläggandet utgör inte i sig skäl för jämkning.¹⁰⁹

11.2 Schabloniserade vitesbelopp inom marknadsföringsrätten. Marknadsdomstolen har länge tillämpat schabloniserade vitesbelopp; mellan MD 2008:14 och MD 2010:8 har vitesbeloppet 750 000 kronor tillämpats och därefter, fram till Marknadsdomstolens nedläggning har ett vitesbelopp om 1 000 000 kronor tillämpats. Patent- och marknadsöverdomstolen har i en dom och ett beslut från juni 2017 funnit att det inte finns stöd för att göra en helt schablonartad bedömning och tydligt frångått schabloniserade viten.¹¹⁰ Bedömningen av vitets storlek i marknadsföringsrättsliga domar ska istället enligt Patent- och marknadsöverdomstolen vara mer nyanserad och innefatta faktorer såsom det allmänna konsumentskyddande intresset på marknadsföringsrättens område, hur marknadsföringen har skickats eller riktats till mottagaren, dess utformning och innehåll, samt om det är fråga om omfattande och upprepade otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Patent- och marknadsöverdomstolens tydliga kursändring i frågan kan förmodas få direkt betydelse i mål om utdömmande av viten enligt förbud som meddelats före juni 2017 eftersom beloppen tidigare varit schablonbelopp och PMÖD nu konstaterat att det inte funnits stöd för denna tillämpning. Det är därför sannolikt att äldre marknadsföringsrättsliga vitesbelopp, som i jämförelse med vitesbeloppen i exempelvis i flertalet immaterialrättsliga domar och beslut¹¹¹ är påfallande höga, kommer att jämkas nedåt. I en nyligen meddelad dom¹¹² om utdömmande av vite

¹⁰⁵ NJA 1971 s 437 respektive Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr P 817-17.

¹⁰⁶ Se prop. 1984/85:96 s 55 f. respektive prop. 1970:57 s 92. Stockholms tingsrätt satte i ett mål (nr B-8207-99) om utdömmande av vite ned vitet från 300 000 kronor till 100 000 kronor eftersom intrångsgöraren riskerade att gå i konkurs om det fulla vitet utdömdes.

¹⁰⁷ Prop. 1985/86:86, s 27.

¹⁰⁸ Prop. 1984/85:96, s 56.

¹⁰⁹ RH 1996:145 och Svea hovrätts dom i mål nr B 4969-14.

¹¹⁰ Se Patent- och marknadsöverdomstolens domar i mål nr PMT 10485-16 och PMT 8457-16 respektive dess beslut den 30 juni 2017 i mål nr PMÖ 5631-17.

¹¹¹ Se NJA 2007 s 431, NJA 2008 s 1082 och NJA 2015 s 512.

¹¹² Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr B 6844-17.

har Patent- och marknadsdomstolen, med hänvisning till PMÖD:s ovan nämnda avgörande och till att överträdelsen (efterbildning av taxikännetecken) varit begränsad liksom adressatens ekonomiska förhållanden jämkat ett förbudsvite från 1 miljon kronor till 500 000 kronor. Av intresse är att PMD ansåg att det allmänna konsumentskyddande intresset på marknadsföringsrättens område var en omständighet som fick anses verka i en höjande riktning avseende vitesbeloppet.

I princip finns det inget hinder mot att domstolen prövar om giltigt ursäkt förekommit både vid den subjektiva bedömningen och vid frågan om jämkning.¹¹³ I underinstanserna har det dock funnits en viss benägenhet att jämka vitet, om ”förseelsen” kan bedömas som lindrig.¹¹⁴

I NJA 1984 s 296 hade adressaten meddelats förbud vid vite om 15 000 kronor att använda vissa formuleringar i marknadsföring och hade i en broschyr som han tillsänt en konsument strukit över de formuleringar som konsumentombudsmannen förbjudit honom att använda. Färgen var dock genomskinlig och formuleringarna var läsbara. Högsta domstolen fann att en överträdelse av vitesförbudet hade skett. Eftersom överträdelsen endast skett vid ett tillfälle och bolaget inte längre bedrev någon verksamhet eller hade några tillgångar jämkades vitet till 1 000 kronor. I RH 1996:45 (angående vitesförbud avseende viss marknadsföring) jämkade tingsrätten vitet eftersom adressaten delvis efterkommit föreläggandet och förklarat att man i nästa års katalog eller broschyr inte avsåg att använda den formulering som nu befunnits strida mot förbuds föreläggandet. Hovrätten kom dock till motsatt slutsats och anförde bl.a. att varken en senare vidtagen rättelse och än mindre en utfästelse härom, kunde anses innebära att ändamålet med vitet fallit bort eller utgöra grund för jämkning.

12. Kvarstår ändamålet med vitet?

Enligt 9 § första stycket viteslagen ska ett vite inte dömas ut om ändamålet med vitet har förlorat sin betydelse. Denna regel är främst tillämplig om den prestation vitesföreläggandet avser har blivit obehövlig, exempelvis när prestationen är genomförd eller till följd av ändrade förhållanden inte längre är behövlig. När det gäller immaterialrättsliga mål kan ett vite som avser en immateriell rättighet som inte längre omfattas av ensamrätt inte längre sägas fylla något ändamål och ska därför inte dömas ut. I ett patenträttsligt avgörande gjorde adressaten gällande att stridspatentet som låg till grund för förbudet hade ogiltigförklarats av utländska domstolar. Detta faktum ansåg Stockholms tingsrätt dock inte kunde ges den innebörden att ändamålet med föreläggandet hade förfallit varför vitet dömdes ut.¹¹⁵

Ändamålet med vitet skulle också kunna förlora sin betydelse om det framstår som omöjligt för adressaten att återuppta intrånget eller överträdelsen av mark-

¹¹³ RH 1993:41.

¹¹⁴ Lavin, Rune, Viteslagstiftningen – en kommentar, 3 uppl., Sthlm 2016, s 192. Se RH 2006:42 där vitet jämkades från 3 000 000 kronor till 100 000 kronor.

¹¹⁵ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 18125-13.

nadsföringslagstiftningen.¹¹⁶ En senare vidtagen rättelse eller en utfästelse om rättelse har emellertid inte ansetts innebära att ändamålet med vitet fallit bort.¹¹⁷

13. Flera överträdelser av löpande vitesföreläggande

I 9 § andra stycket viteslagen finns en begränsningsregel som innebär att löpande vite bara får dömas ut en gång i ett och samma mål, även om flera överträdelser har skett. Avgörs däremot flera mål samtidigt är det inte uteslutet att flera viten döms ut.¹¹⁸

14. Preskription av vite

Enligt 9 § tredje stycket viteslagen bortfaller ett vite om talan om att vitet ska dömas ut inte har delgetts adressaten inom två år från det att förutsättningarna för att väcka talan uppkom. Vid förbudsviten som inte är löpande inträder talepreskription två år efter det att överträdelsen av förbudet begicks.¹¹⁹ Preskriptionsregeln har tillkommit mot bakgrund av bl.a. HD:s avgörande i NJA 1974 s 253 där HD ansåg att preskriptionsregeln i dåvarande 35 kap 1 § brottsbalken var analogivis tillämplig på preskription av vite. Mot denna bakgrund får det antas att tidpunkten för när överträdelsen begicks ska fastställas på samma vis som inom straffrätten.

Vid löpande vite preskriberas vitesbeloppen fortlöpande och preskriptionstiden börjar räknas vid varje vitesperiods utgång. Preskriptionsbestämmelsen i 9 § ska beaktas självmant av domstolen.¹²⁰ Det faktum att det förflutit lång tid mellan den ursprungliga domen och överträdelsen av vitesföreläggandet saknar betydelse i mål om utdömmande av vite.¹²¹

15. Talan om nytt vitesföreläggande

Enligt den immaterialrättsliga lagstiftningen¹²² har rättighetshavaren rätt att i samband med talan om utdömmande av vite väcka talan om ett nytt vitesförbud. Bakgrunden till bestämmelsen är att ett ordinärt vite har förbrukats sedan det en gång dömts ut.¹²³

Även om risken för att ett fortsatt intrång bedöms som begränsad är inte detta tillräckligt för att underlåta att utfärda ett nytt förbud.¹²⁴ Ett beslut om nytt vite

¹¹⁶ Jfr Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr B 6844-17.

¹¹⁷ RH 1996:145.

¹¹⁸ MÖD 2008:8.

¹¹⁹ Prop. 1984/85:96, s 120.

¹²⁰ Prop. 1984/85:96 s 108 och 120, jfr även NJA 1974 s 243 och Högsta domstolens beslut den 7 november 2017 i mål nr Ö 5635-16.

¹²¹ Stockholms tingsrätts dom i mål nr B 8382-14 och Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr B 5135-16 där det hade passerat mer än tio år mellan förbudsdomarna och överträdelserna.

¹²² Se i not 4 refererade lagrum.

¹²³ Jfr Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr B 12549-15.

¹²⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål nr B 3113-12. Jämför även EU-domstolens dom i mål nr C-316/05 (Nokia) ECLI:EU:C:2006:789 respektive NJA 2007 s 431 av vilka avgöranden följer att beslut om slutligt vitesförbud inte förutsätter att överträdelsen utgör ett led i ett pågående intrång.

förutsätter inte heller att överträdelsen utgör ett led i ett pågående intrång.¹²⁵ En rättighetshavare som i samband med talan om utdömande av vite för talan om ett nytt, löpande, vite torde, under förutsättning av att vitet döms ut, ha goda möjligheter att vinna framgång med talan om löpande vite eftersom intrångsgöraren tydligt manifesterat att denne inte respekterat vitesförbudet. Likaså kan det, när adressaten inte efterkommit ett tidigare föreläggande eller förbud, finnas skäl för domstolen att sätta ut ett högre vite.¹²⁶

16. Rättegångskostnader

Om en kärande i en immaterial- eller marknadsföringsrättslig tvist väcker en talan om vitesföreläggande utan att dessförinnan ha undersökt möjligheterna att träffa en uppgörelse i godo kan det medföra att regeln om fördelning av rättegångskostnader vid onödig rättegång 18 kap 3 § rättegångsbalken blir tillämplig. Denna bestämmelse är dock inte tillämplig om kärandens åtgärder är brådskande.¹²⁷ I motiven till bestämmelsen anges som exempel att en innehavare av ett skuldebrev, utan att tidigare ha krävt gäldenären väcker talan om betalning och gäldenären omedelbart medger talan.¹²⁸ En analog immaterialrättslig situation är att en rättighetshavare väcker talan om ersättning med anledning av rättighetsintrång utan att dessförinnan ha undersökt möjligheterna till förlikning. I immaterialrättsliga mål har denna regel tillämpats vid några tillfällen. Stockholms tingsrätt har i ett mål där käranden inte kontaktade motparten innan käranden anhängiggjorde hävningstalan avseende dennes bifirma på grund av ondrosregistrering ansett att käranden inlett onödig rättegång och ålagt käranden att bära hela rättegångskostnaden.¹²⁹ Svea hovrätt har i ett mål beslutat att käranden skulle bära samtliga rättegångskostnader då käranden i varningsbrev till svaranden endast grundat påstående om intrång i känneteckensrätt på en inarbetad varumärkesrättighet och inte på en registrerad firmarättighet ansågs ha föranlett onödig rättegång.¹³⁰

Marknadsdomstolen har haft en betydligt snävare tillämpning av reglerna om onödig rättegång och har i MD 2006:17 och i efterföljande mål¹³¹ uttalat att *utrymmet för att tillämpa 18 kap 3 § rättegångsbalken är begränsat*.¹³²

Stockholms tingsrätt har i ett mål som gällde utdömande av vite där talan väckts utan att käranden först kommunicerat med svaranden ansett att det inte är aktuellt att tillämpa regeln i 18 kap 3 § rättegångsbalken i vitesmål, då en talan om

¹²⁵ NJA 2007 s 431.

¹²⁶ Jfr MD 2015:18 där svaranden under målets prövning hade fortsatt använda ett marknadsföringspåstående som omfattades av ett tidigare meddelat interimistiskt förbud. Se även Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr B 12549-15 där domstolen satte ut ett dubbelt så högt vite (2 miljoner kronor) jämfört med det första förbudsvitet (1 miljon kronor).

¹²⁷ Jfr NJA 2007 s 571.

¹²⁸ NJA II 1943 s 228.

¹²⁹ Stockholms tingsrätts dom i mål nr T-745-02.

¹³⁰ Svea hovrätt beslut i mål Ö 7387-99, beslut 2001-08-22.

¹³¹ Se MD 2007:6, MD 2009:2, MD 2010:15, MD 2011:11, MD 2016:4 och MD 2016:6, i inget fall har onödig rättegång ansetts förelegat).

¹³² Se närmare Ramsjö, David; Rättegångskostnader i marknadsföringsrättsliga mål i Marknadsdomstolen 2012–2016 – särskilt avseende skäligheten avseende begärd kostnadsersättning i *Amici Curiae* Marknadsdomstolen 1971–2016, s 439 ff.

utdömmande av vite avser att sanktionera en redan begångna överträdelse. Någon möjlighet för adressaten att ”vidta rättelse” finns inte vilket enligt tingsrätten innebar att det inte kan bli fråga om onödig rättegång.¹³³

17. Analys

Som jag konstaterat i annat sammanhang¹³⁴ har det förekommit att domstolar och särskilt Konsumentombudsmannen har haft svårigheter att utforma vitesförelägganden tillräckligt konkret och precist. I de flesta fall leder dock inte laglighetsprövningen av abstrakta och oprecisa förelägganden till att lagligheten av förbudet underkänns eftersom det krävs att felet är *väsentligt och uppenbart*. I de avgöranden som refererats ovan som avsett KO:s förbudsformuleringar har domstolarna inte ansett att felet varit väsentligt och uppenbart ens när förbudet formulerats som en ren avskrift av lag. Detta förefaller inte utifrån de tydliga krav på konkretisering och precisering som uppställts i praxis vara en korrekt bedömning.

Mot bakgrund av att Konsumentombudsmannens yrkanden om förbuds föreläggande i ett flertal domar har ansetts vara för vida eller till och med åsidosatts vid en efterkommande laglighetsprövning¹³⁵ finns det anledning för Konsumentombudsmannen att se över hur förbud formuleras (de förbuds förelägganden som meddelats under 2015 och 2016 förefaller dock vara betydligt mer preciserade än tidigare meddelade förelägganden). Principerna för hur marknadsföringsrättsliga förelägganden kan formuleras kommer att förtydligas genom Högsta domstolens kommande avgörande i mål nr T 2286-18. Vid en avvägning mellan kravet på rättssäkerhet och Konsumentombudsmannens konsumentskyddande uppdrag bör Konsumentombudsmannen, särskilt i ljuset av PMÖD:s tydliga uttalanden om principerna för formulering av marknadsföringsrättsliga förbud i mål nr PMT 8457-16 och att lydelserna i KO:s yrkanden ansetts *alldeles för breda*, avstå från att använda sig av förbudsformuleringar som står i strid med lag och praxis. Detta särskilt som Konsumentombudsmannens sanktionsmöjligheter 2016 stärkts och Konsumentombudsmannen numera kan utfärda förelägganden utan näringsidkarens godkännande och kan bestämma att föreläggandet gäller omedelbart, d v s utan hinder av att föreläggandet vunnit laga kraft.¹³⁶ När Konsumentombudsmannen fortsättningsvis meddelar förbuds förelägganden är det också väsentligt att det uppmärksammas att PMÖD inte längre tillämpar schabloniserade viten utan gör en noggrann bedömning av vitesbeloppets storlek liksom observerar de begränsningar som gäller för förordnande av löpande vite.¹³⁷

¹³³ Stockholms tingsrätts mål nr B 8382-14.

¹³⁴ Bengtsson, Henrik; Förbudsutformning inom immaterial- och marknadsrätten i *Amici Curiae* Marknadsdomstolen 1971–2016, s 105 ff.

¹³⁵ Se not 38–40 ovan.

¹³⁶ Se 28 § marknadsföringslagen.

¹³⁷ Om principerna för meddelande av löpande vitesförbud, se Bengtsson, Henrik; Förbudsutformning inom immaterial- och marknadsrätten i *Amici Curiae* Marknadsdomstolen 1971–2016, s 105 ff. Högsta domstolen kommer sannolikt pröva frågan om vitets storlek i marknadsföringsmål i sitt kommande avgörande i mål nr T 2286-18.

Genomgången ovan visar dels att domstolarna ansett att en överträdelse föreligger även om den är begränsad och att förutsättningarna för att undgå utdömande av vite för begränsade överträdelser är små. Överträdelsens omfattning kan dock i vissa fall få betydelse inom ramen för prövningen av det utdömda vitets storlek. Redogörelsen visar också att adressaten är skyldig att omedelbart vidta långtgående åtgärder för att efterkomma ett vitesförbud. Båda dessa förhållanden medför att en svarande i ett marknadsföringsrättsligt eller immaterialrättsligt mål nogå bör överväga att begära att Patent- och marknadsdomstolarna förordnar om övergångstid om de påstådda överträdelseåtgärderna alltjämt är pågående vid domstolens prövning. Annars är risken hög att adressaten omedelbart när dom meddelas eller när Patent- och marknadsöverdomstolen eventuellt nekar prövningstillstånd i sista instans överträder vitesföreläggandet och anses sakna giltig ursäkt.

Det faktum att Marknadsdomstolens och Konsumentombudsmannens förbudsviten har varit schabloniserade och att beloppen i många fall förefaller ha varit höga i förhållande till adressatens ekonomi kommer i vart fall under en övergångsperiod få betydelse vid jämningsprövningen.