

JD, VH, universitetslektor Marcus Norrgård, Vasa

Det provisoriska rättsskyddet

1 Syftet

Professorn vid Lunds universitets juridiska fakultet Peter Westberg utkom på våren 2004 med ett verkligt mastodontverk »Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål». Verket, som är uppdelat på fyra separata böcker, omfattar totalt ca 1100 sidor.

Föremål för Westbergs studie är säkerhetsåtgärderna enligt svensk rätt, d.v.s. säkerhetsåtgärderna som regleras i svenska rättegångsbalken (SvRB) 15 kap. 1–3 §. Förutom säkerhetsåtgärderna i denna strikta bemärkelse tangeras även bl.a. de immaterialrättsliga bestämmelserna om interimistiskt förbud. I Finland finns regleringen i RB 7 kap, och den följer den svenska indelningen: kvarstad för tryggande av fordringsanspråk (1 §), kvarstad för bättre rätt till viss egendom (2 §) och tryggande av annat anspråk (3 §).

Likheterna mellan de svenska och de finska bestämmelserna är många. I bägge länder förutsätts sannolika skäl för en rättighet (fordran, bättre rätt, annat anspråk) samt sabotagerisk. De möjliga åtgärderna enligt 1–2 § är i bägge länder endast kvarstad, medan 3 § ger domstolen mycket fria händer inom ramen för sökandens yrkande. En skillnad är att den s.k. proportionalitetsprincipen, som anger att domstolen skall beakta konsekvenserna av ett beslut, är lagfäst i Finland (RB 7:3.2), medan den (endast) har stöd i rättspraxis i Sverige. Trots det torde proportionalitetsprincipen ha minst lika stor betydelse i Sverige som i Finland.

En ytterligare skillnad är att SvRB 15:3 ändrades den 1 juli 2000. Tidigare krävdes att sökandens anspråk gällde »annat fall än som avses i 1 eller 2 §», vilket alltså innebar att SvRB 15:3 inte gällde fordran och bättre rätt till viss egendom, vilket i sin tur innebar att kvarstad var enda säkerhetsåtgärden som kunde tillgripas om sökanden stödde sig på en fordran eller på bättre rätt. T.ex. om sökanden hävdade bättre rätt till aktier kunde aktierna beläggas med kvarstad, men sökanden kunde inte ges rätt att rösta under tiden för rättegången. Det var också oklart om motparten var förbjuden att rösta med aktierna. Efter lagändringen skall sökanden ha »ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning». Detta omfattar således även fordran och bättre rätt. I Finland gäller samma ordning som tidigare gällde i Sverige. I finsk HD-praxis eller annan publicerad praxis har frågan inte ställts på sin spets. Syftet med denna artikel är att presentera Westbergs verk, kom-

mentera det och försöka klarlägga likheterna och skillnaderna mellan mitt och Westbergs sätt att se på det provisoriska rättsskyddet.

2 Forskningsuppgiften

Westberg är i första hand intresserad av att kartlägga och kritiskt granska det provisoriska rättsskyddets funktioner (s. 21). Westberg anger att meningen inte är att ge en rättsdogmatisk beskrivning av regleringen och inte heller vill han analysera olika tillämpningsproblem (s. 22). I stället avser Westberg att »inom ramen för en normativ studie av framförallt publicerad och opublicerad praxis problematisera frågan om det provisoriska rättsskyddets avsedda och verkliga funktioner» (s. 22). Utgångspunkten för studien är att det provisoriska rättsskyddet kan användas och även används för andra syften än de som officiellt har avsetts.

Enligt Westberg är den ursprungliga tanken med säkerhetsåtgärderna att hindra en sabotagebenägen svarande från att beröva domen dess praktiska nytta (s. 66). Syftet är med andra ord att säkerställa en meningsfull dom (s. 77). Eftersom det kan gå (och vanligtvis går) lång tid innan en dom kan utverkas och verkställas behövs i vissa situationer provisoriskt rättsskydd före, under och eventuellt efter rättegången för att hindra att svaranden förstör möjligheterna till en meningsfull dom, t.ex. genom att flytta sin egendom utomlands för att förhindra en utmätning. Säkerhetsåtgärdsprocessen ses, enligt Westberg, officiellt inte som en självständig processart utan som ett osjälvständigt bihang till den ordinära tvistemålsprocessen (s. 18).

Westberg anser den här klassiska, tvistemålsstödjande, synen på säkerhetsåtgärderna vara för enkel. Westberg frågar sig om säkerhetsåtgärderna i praktiken har fjärrat sig från den tvistemålsstödjande funktionen och i stället blivit ett tvistemålsersättande tvistemålssubstitut (s. 21–22) eller på annat sätt gett utrymme för s.k. institutfrämmande syften (t.ex. säkerhetsåtgärder i preskriptionsavbrytande eller jurisdiktionsskapande syfte).

Orsaken till mångfunktionaliteten, som Westberg kallar det, är säkerhetsåtgärdsförfarandets karaktär av ett summariskt expressförfarande och det faktum att en säkerhetsåtgärds innehåll kan utformas så att den är helt eller nästan identisk med civilrättens permanenta påföljder. Ett typiskt exempel på identitet är interimistiska förbud och förbudsdom i immaterialrätten: båda förbjuder svaranden att fortsätta eller påbörja ett viss agerande som konstituerar ett immaterialrättsligt intrång.

Att säga att Westberg utför enbart en funktionsstudie gör inte verket rättvisa. Förutom att olika funktioner fastställs och används i tolkningen av bestämmelserna, innehåller verket många andra frågor – såväl på meta- som detaljnivå – som undersöks ingående.

3 Lärobok, handbok eller rättsvetenskaplig undersökning?

Man kan fråga sig om Westbergs verk är en lärobok, en handbok eller en rättsvetenskaplig undersökning. Någon lärobok handlar det inte om. Frågorna som behandlas är många, materialet är omfattande, och syftet med verket är inte sådant att verket i första hand skulle kunna användas som kurslitteratur. Att verket inte heller låter sig klassificeras som en handbok kommer sig av Westbergs frågeställning att granska det provisoriska rättsskyddets funktioner. Trots det behandlas många frågor på ett tillräckligt deskriptivt sätt för att boken, åtminstone för den som sysslar med säkerhetsåtgärder, skall kunna ge idéer i frågor som uppkommer i det praktiska (svenska) rättslivet. Slutsatsen blir således att Westberg har skrivit en klassisk rättsvetenskaplig undersökning.

4 Dispositionen

Verket består av tolv avdelningar, som är uppdelade på fyra böcker. Avdelningarna I–III finns i bok 1, IV–VII i bok 2, VIII–IX i bok 3 och avd. X–XII slutligen i bok 4. Något förenklat kunde man säga att bok 1 handlar om en introduktion till ämnet (inklusive metod, avgränsningar och översikt över regleringen) samt en ingående analys av institutbärande och institutfrämmande syften, som upptar ca 2/3 av bok 1. Bok 2 fokuserar på själva åtgärden (urvalet av säkerhetsåtgärder, ändamålsenlig och lämplig åtgärd, yrkande om säkerhetsåtgärd) samt på frågan om rätt part (avd. VII). Bok 3 handlar uteslutande om sabotagerisken, medan bok 4 behandlar prognosprövningen (det civilrättsliga anspråket och sannolika skäl) och proportionalitetsprövningen samt avslutande reflexioner. För att citera Westberg består det provisoriska rättsskyddet av fem huvudkomponenter: syfte, säkerhetsåtgärd, sabotagerisk, det materiella anspråket och proportionalitet. Samtliga huvudkomponenter undersöks i Westbergs verk.

I finsk doktrin har det angetts att man i en rättsdogmatisk (traditionellt rättsvetenskaplig) undersökning om säkringsåtgärder kan undersöka förutsättningarna för en säkringsåtgärd, förfarandefrågor, säkringsåtgärdens rättsverknings samt säkringsåtgärdens upphörande.¹ I ljuset av den här fyrdelningen är Westbergs fokus på förutsättningarna och rättsverkningsarna (själva åtgärden). Även förfarandefrågorna figurerar i viss mån, t.ex. i avd. VI om yrkandet och avd. VII om rätt part samt i samband med andra frågor, bl.a. i samband med diskussionen om kravet på fara i dröjsmål som är ett tilläggskrav vid ex parte-

¹ Erkki Havansi, Takavarikko ja hukkaamiskielto ulosottolain 7 luvun mukaan. Ensimmäinen osa. (Vammala 1975), s. 9 f. Se även Marcus Norrgård, Interimistiska förbud i immaterialrätten. (Helsingfors 2002), s. 9

förordnanden (avd. VIII, kap. 8). Upphörandet har däremot fått mindre utrymme.

5 Metod och material

5.1 *Partsperspektivet*

Frågan om rättsvetenskapens metoder har diskuterats livligt under senare år, speciellt bland rättsteoretiker.² Eftersom Westberg diskuterar sitt metodval (s. 37–42), och då detta metodval även återspeglas i själva undersökningen, är det skäl att reflektera över var den av Westberg valda metoden placerar sig i den metodologiska »verktygsbacken».

I Finland har vi en mycket liberal uppfattning om vad som kan karakteriseras som rättsvetenskaplig forskning. Förutom traditionell tolkningsjuridik (rättsdogmatik, traditionell rättsvetenskap) kan rättsvetenskapen undersöka rätten ur andra synvinklar och med andra metoder än de rättsdogmatiska. Rättsvetenskapen kan bl.a. undersöka rättens psykologiska, historiska, kulturella, samhälleliga eller filosofiska aspekter. T.ex. en undersökning av rättens samhälleliga verkningar med hjälp av kvantitativa (statistiska) eller kvalitativa metoder utgör enligt denna syn rättsvetenskap.

Frågan är var Westbergs undersökning placerar sig i denna indelning. Det otvetydiga svaret bör vara att Westbergs analys är ett exempel på rättsvetenskapen som tolkningsvetenskap. Hans forskning utgör visserligen ingen helt traditionell rättsdogmatisk tolkningsjuridik i och med att han betonar partsperspektivet. Svårigheterna att behandla ämnet enbart ur det klassiska lagstiftnings- och domstolsperspektivet har lett Westberg till att ta hjälp av partsargumentationen för att få en fylligare bild av det provisoriska rättsskyddets funktioner, praktiska betydelse och utveckling (s. 37). Igenkännande kan jag instämma i hans konstaterande att säkringsbesluten är kortfattade, t.o.m. intetsägende, och att lagmotiv och andra rättsskällor ger ringa vägledning i många viktiga frågor. Partsperspektivet är för Westberg ett slags lösning på materialbristen, det ger lite mera »kött på benen». Partsargumentationen visar vilka praktiska behov som en part har och som parten vill ha rättsligt skydd för. Dessutom ger partsargumentationen en fingervisning om för vilka goda, onda eller kontroversiella syften en part försöker utnyttja säkerhetsåtgärdsinstitutet.

Westberg talar om partsperspektivet som metod. Vad som avses med metod varierar mellan olika författare och länder, eftersom rättsvetenskapens metodo-

² I Finland har bl.a. Raimo Siltala i verket *Oikeustieteen tieteenteoria* (Helsinki 2003) utförligt behandlat frågan. Om verket, se Anna Nylund, *JFT* 2004, s. 106–112.

logi inte har utkristalliserats som t.ex. i naturvetenskaperna. Här dristar jag mig dock (givetvis utifrån en finländsk synvinkel) att ifrågasätta om det finns tillräckliga skäl att karakterisera Westbergs partsbetonade metod som något annat än traditionell rättsdogmatik. Enligt den i Finland förhärskande synen, som eventuellt är något liberalare än den svenska synen, handlar rättsdogmatiken om att tolka och systematisera gällande rätt med hjälp av den rådande rättskälleläran. Trots att rättskälleläran har modifierats något på grund av EG-rätten, finns det dock en hård kärna som det inte finns skäl att ifrågasätta. Rättskällorna kan indelas i starkt förpliktande skalkällor (lagen inklusive EG-rätt), svagt förpliktande börkällor (lagmotiv och prejudikat) och tillåtna fårkällor. Även partsargumentationen hör till de tillåtna rättskällorna; det finns inget som förbjuder att man hänvisar till sådant.

Westberg använder i mycket stor omfattning traditionella rättskällor. Han beaktar lagen, lagmotiven, prejudikat, svensk och utländsk litteratur på ett sätt som kännetecknar »god» rättsdogmatik; han är synnerligen noggrann i sitt arbete. Främmande rätt (speciellt angloamerikanskt, tyskt och nordiskt material) har en framskjuten roll. Förutom litteratur har han även använt en stor mängd utländska rättsfall. Som Westberg helt riktigt påpekar är de grundläggande byggklossarna i det provisoriska rättsskyddet på det hela taget desamma runtom i världen (s. 39). Som en anhängare av att utländskt material beaktas kan jag med stort nöje notera att Westberg i så hög grad beaktar främmande rätt.

Partsargumentationen har även en annan betydelse. Den ger idéer om relevanta spörsmål och praktiska behov. I regel brukar forskaren inte ange hur han eller hon har hittat de relevanta frågorna; en del klassiska frågor finns i litteraturen, en del frågor aktualiseras genom rättspraxis, andra frågor uppkommer i (egen) praktisk verksamhet. Att Westberg expliciterar och säger att partsargumentationen visar vilka praktiska behov som finns är mycket positivt. Samtidigt som partsperspektivet ökar intresset för de frågor som behandlas (eftersom det handlar om »riktiga» problem) ökar det också rättsvetenskapens relevans för det praktiska rättslivet. Kritik kan dock riktas mot Westberg för att han kanske överbetonar partsargumentationens betydelse i metodkapitlet. I själva undersökningen hittar han många spörsmål och praktiska behov i utländsk rätt – främst litteratur och rättsfall (i vissa fall i partsargumentationen i utländska rättsfall). Även detta får en att ställa sig tveksam till nyttan av att rubricera partsperspektivet som en metod.

Partsperspektivet har även en tredje, mer problematisk, sida. Partsargumentationen får Westberg att fråga sig vad parterna kan ha haft för avsikt med olika åtgärder, uttalanden m.m. Att söka en partsavsikt bakom yrkandet och grunderna torde vara svårt, men ändamålsenligt om man vill se »verkligheten» bakom ansökningarna och besluten. Eventuellt kunde uppgiften vara lättare om man kombinerade undersökningen med (anonyma) intervjuer med berörda ombud och/eller parter.

I stället för att klassificera partsperspektivet som metod kunde man tala om partsargumentationen som material (som rättskälla och som källa för relevanta spørsmål). Faktum kvarstår att den rättsdogmatiska (traditionellt rättsvetenskapliga) tolkningsjuridiken trots allt har ett starkt fotfäste i Westbergs verk, om än kryddad med partsargument i syfte att hitta rättsligt relevanta frågor och svar.

5.2 Mångfalden

En styrka, som samtidigt är en svaghet, är att Westberg betonar mångfalden av alternativa lösningar och tolkningar. Å ena sidan utgör verket en guldgruva för den som vill hitta många alternativa synsätt. Å andra sidan kännetecknas verket av en viss överskådlighet. Westbergs betoning av mångfalden leder till att han inte presenterar en koherent bild, en sammanhängande tolkning, av hur bestämmelserna idealiskt sett borde fungera, utan i stället presenterar han olika åsikter och lösningar, ofta utan att slutligen ta ställning till vilken lösning som han godkänner. Det är emellanåt svårt att hitta »den röda tråden». Den som söker »vad Westberg anser» söker emellanåt, dock inte alltid, förgäves.

Att forskarens uppgift vore att alltid ge en koherent bild av verkligheten vill jag inte påstå. Det handlar om att välja det sätt som bäst lämpar sig för den företagna forskningsuppgiften; det handlar om ett val mellan för- och nackdelar. Om man väljer att ge en någotsånär koherent (ideal-)bild av ett rättsinstitut blir man samtidigt tvungen att förenkla. Förenklingar kan ge en felaktig eller skev bild av verkligheten, förenklingar leder i varje fall till att mångfalden minskar. Westberg strävar i regel efter att undvika förenklingar för att ge utrymme åt mångfalden. En nödvändig följd av detta är dock en viss överskådlighet. Eftersom juridiken, även rättsvetenskapen, handlar om att övertyga andra, frågar man sig vad man skall övertygas av när mångfald betonas?

Den s.k. forskarideologin har avgörande betydelse för hur en (rättsdogmatisk) undersökning utformas.³ Något förenklat kan man säga att det finns två ytterligheter: deskriptiv och kritisk.⁴ Den deskriptiva forskningen ser på rätten som ett samhällligt faktum; forskaren beskriver gällande rätt utgående från den gällande rättskälleläran. Forskaren fastställer hur domstolarna (eller andra relevanta rättsliga aktörer) har tolkat vissa bestämmelser och vilka tolkningar som sannolikt kommer att gälla framöver.

I kritisk forskning ser man rätten som ett samhällligt ideal, den bästa möjliga lösningen. Utgångspunkten är någon annan än den gällande rätts- eller

³ Se Siltala 2003, s. 59 ff.

⁴ Siltala 2003, s. 59.

samhällsideologin. Kritisk forskning kan vila på de värderingar som finns t.ex. i vänsterideologi, feminism eller rättsekonomi. Kritisk forskning behöver dock inte ha politiska förtecken. Deskriptiv och kritisk forskning utgör ytterligheter, som kan kombineras i konkreta undersökningar.

Westbergs verk innehåller element av såväl beskrivning som kritik (dock inte politisk). Det deskriptiva inslaget ger en bild av en försiktig och noggrann forskare, som inte försöker tänja gränserna vid tolkningen av rättskällorna. Därremot framför han viss kritik genom att anföra alternativa och bättre sätt än det rådande. Ofta försöker inte Westberg införa dessa alternativ genom nytolkningar av lagstiftningen, utan han nöjer sig med att konstatera att alternativen inte är förenliga med gällande rätt.

6 Syftet med säkerhetsåtgärderna

6.1 *Institutbärande syften*

I avd. III (bok 1, s. 65–182) undersöks s.k. institutbärande och institutfrämmande syften. De frågor Westberg ställer i denna del är vilka de institutbärande respektive -främmande syftena är, om det är möjligt att upprätthålla en godtagbar gräns mellan syfteskategorierna samt hur det goda bruket av säkerhetsåtgärderna kan främjas och missbruk stävjas (s. 69). Westberg tar fasta på att säkerhetsåtgärdernas tillämpningsområde har vidgats från den traditionella tvistemålsstödjande funktionen mot tvistemålsersättande. Att Westberg i hög grad intresserar sig för syftet med säkerhetsåtgärderna har att göra med hans syn på att en syftesbestämning kan ha betydelse för tolkningen och tillämpningen av de konkreta bifallsförutsättningarna samt att syftet kan användas för att sätta gränser för felaktigt bruk och avslöja missbruk (s. 77).

Av traditionella rättskällor är det svårt att få en samlad bild av de institutbärande syftena (s. 78). Westberg tar hjälp av olika beskrivningar och uttalanden i lagmotiv, litteratur, partsargumentation och domstolsbeslut om användningsområdet för säkerhetsåtgärderna. Uttalanden som att säkerhetsåtgärden skall bevara status quo, att den inte får innebära förtida verkställighet, att den skall utgöra en sista utväg m.m. bidrar till att bättre förstå säkerhetsåtgärdernas funktion.

Enligt Westberg är det överordnade officiella syftet med säkerhetsåtgärderna att säkerställa en meningsfull dom (s. 77). Detta överordnade syfte kan sägas bestå av tre komponenter; ett huvudsyfte att trygga verkställigheten av en kommande dom, och två kompletterande syften: att låta sökanden genast komma i åtnjutande av sin materiella rätt och att provisoriskt anordna det stridiga rättsförhållandet.

Förbudet mot förtida domsverkställighet är centralt om syftet är att säkerställa en meningsfull dom. Tvångsingrepp tillåts då endast om stränga rättssä-

kerhetskrav iaktas. Av den anledningen skall tvister avgöras efter en ordinarie rättegång som tryggar dessa krav. Säkerhetsåtgärden skall följaktligen endast trygga verkställigheten av domen, inte ersätta den. Verkställighetsförbudet har en avgörande betydelse för att begränsa säkerhetsåtgärdens intensitet, varaktighet och verkningar för den angränsande (s. 86).

Trots att Westberg utgår ifrån att det finns undantag från förbudet mot förtida domsverkställighet är dock verkställighetsförbudet en klar huvudregel. Det innebär att Westberg företräder en förhållandevis traditionell uppfattning om säkerhetsåtgärdernas funktion. Ett alternativ till detta traditionella synsätt är att ta fasta på uttalandet i lagmotiven som Westberg hänvisar till (bok 1, s. 100) om att domstolen kan provisoriskt ordna det stridiga förhållandet under rättegången. En tolkning av uttalandet skulle vara att säkringsåtgärderna inte är förbehållna undantagssituationer, såsom verkställighetsförbudet påbjuder, utan i stället skulle domstolen ha rätt att förordna om säkerhetsåtgärd i alla situationer där de i lagen angivna förutsättningarna uppfylls (sannolika skäl för anspråk, sabotagerisk och proportionalitet⁵). Då skulle fokus vara på bifallsförutsättningarna: risken för skada under rättegången skulle få större betydelse än den på dogmatiska grunder vilande uppfattningen om säkerhetsåtgärdens undantagskaraktär. Eftersom Westberg, i enlighet med strävan efter mångfald, å ena sidan anger att säkerhetsåtgärden är ett instrument för riskhantering (bok 1, s. 26) och att undantagen till verkställighetsförbudet är förhållandevis omfattande, men å andra sidan klart håller verkställighetsförbudet som huvudregel, är det svårt att dra klara slutsatser om Westbergs åsikt om den slutliga betydelsen av verkställighetsförbudet.

Själv är jag benägen att betona det provisoriska rättsskyddets uppgift som riskfördelnings- och riskminimeringsinstrument. Då kommer alltså skadorna under rättegången i fokus: domstolen skall reglera den tvistiga situationen under rättegången på ett sätt som är ägnat att minimera skadorna och fördela skadorna mellan parterna på ett rationellt sätt. En fokusering på en dogmatisk konstruktion där den ordinarie rättegången är huvudregel, och det provisoriska rättsskyddet undantag kan leda till en rigiditet i systemet som inte tillgodoser parternas eller samhällets intressen. Om verkställighetsförbudet är en alltför stark huvudregel, blir följderna att sökanden alltid måste bära hela risken för att skador uppkommer under rättegången. Jag vill dock understryka att Westberg på ett förtjänstfullt sätt presenterar undantagen till verkställighetsförbudet, och man bör knappast läsa in alltför mycket i att verkställighetsförbudet är ställt som huvudregel. Samtidigt vill jag dock poängtera att riskfördelningsaspekten får en onödigt undanskymd plats i undersökningen.

⁵ Proportionalitetsprincipen finns inte inskriven i svenska RB 15:3, men den har införlivats genom HD:s rättspraxis. Principen är lagfäst i Finland i RB 7:3.2.

I avsnitt 3.11 (bok 1, avd. III) behandlas »Behovsprövning och subsidiaritetsprincipen». I enlighet med betonandet av partsperspektivet hänvisar Westberg till att svaranden emellanåt hävdar att säkerhetsåtgärden endast får användas som en »sista utväg» (*last resort*) som får tillgripas endast om det uppkomna problemet inte kan lösas på något annat sätt. Ett dylikt krav skulle innebära att säkerhetsåtgärderna bygger på ett slags subsidiaritetsprincip; säkerhetsåtgärder är något som endast tillgrips i andra hand. De s.k. behovsexkluderande omständigheter som subsidiaritetsprincipen bygger på kan indelas i tre grupper: sökanden har redan ett tillräckligt skydd för sin rätt, sökanden bör skaffa sig ett skydd i en annan ordning och sökanden har genom sitt agerande eller sin underlåtenhet försuttit sin rätt till provisoriskt rättsskydd.

Det anges att domstolen alltid skall göra en behovsprövning i anledning av en ansökan om säkerhetsåtgärd. Som Westberg nämner (bok 1, s. 110) skall ansökan ogillas, om en behovsexkluderande omständighet föreligger. I mina ögon handlar det således om en negativ bifallsförutsättning: frånvaron av samtliga behovsexkluderande omständigheter skulle då vara nödvändig för bifall. Problemet är att Westberg inte anger huruvida subsidiaritetsprincipen är en självständig, icke lagfäst, bifallsförutsättning (som t.ex. har sin grund i säkerhetsåtgärdsbestämmelsernas fakultativa karaktär), om den verkar som en del av de övriga bifallsförutsättningarna (anspråk, sabotagerisk, proportionalitet) eller om det handlar om en processförutsättning (sökanden skall ha ett rättsligt intresse att driva sin sak).

6.2 Institutfrämmande syften

Emellanåt försöker en part utverka en säkerhetsåtgärd i annat än det officiellt avsedda syftet. Westberg behandlar dessa tidigare förbisedda, mycket intressanta, institutfrämmande syften på ca 50 sidor (bok 1, s. 128–182). Dessa syften är påtryckningssyfte, preskriptionsavbrytande syfte, jurisdiktionsskapande syfte, bevissäkringssyfte och säkerhetsanskaffningssyfte.

Presentationen inleds med att undersöka domstolskontrollen av partssyftet; är det så att missbruk stävjas indirekt genom de andra bifallsförutsättningarna, eller utförs syfteskontrollen av domstolen fristående och direkt vid sidan av de övriga bifallsförutsättningarna (bok 1, s. 136). Westberg tycks anse att ansökan kan förkastas oberoende av de andra bifallsförutsättningarna. I normalsituationen beaktas överdrivet hårda, skadliga effekte {Öinom ramen för proportionalitetsprövningen (s. 143). Om dock domstolen har konkreta belägg för att sökanden enkom eller primärt är ute i annat syfte än sådant som är officiellt accepterat, måste domstolen enligt Westberg fråga sig om ansökan kan förkastas. Om ansökan enbart eller primärt är gjord för att fungera som påtryckningsmedel (d.v.s. i syfte att få svaranden att fullgöra huvuprestationen) skall ansökan förkastas (s. 148). Kvarstad kan inte heller beviljas enbart i preskriptionsavbrytan-

de syfte (s. 150). I allmänhet bör sökanden även räkna med att en domstol förkastar en ansökan som är gjord enbart eller främst som ett medel för att säkra bevisning (s. 155). Kvarstad kan inte heller beviljas för att förse sökanden med en civilrättslig säkerhet för sin fordran (s. 158).

Att ge syftet med ansökan så stor självständig betydelse är oväntat. Westberg synes hävda att en kvarstadsansökan kan förkastas trots att det har presenterats sannolika skäl för en fordran och sabotagerisk ifall syftet med ansökan är att förmå svaranden att prestera. Om det finns en risk för svarandesabotage torde det även finnas ett institutbärande syfte med ansökan, d.v.s. att trygga verkställigheten av en fordringsdom. Om det inte finns sabotagerisk skall ansökan förkastas på grund av bristande sabotagerisk. Att påtryckningssyftet skulle ha självständig betydelse utöver bifallsförutsättningarna är inte helt lätt att se. Det samma gäller det preskriptionsavbrytande syftet och det jurisdiktionssskapande syftet.

I samband med frågan om missbruk av säkerhetsåtgärdsinstitutet diskuteras engelska equity-rättsliga maximer om sökandens förkastliga beteende. Det kan handla om sökandens dröjsmål med att ansöka om säkerhetsåtgärd eller att sökanden har ljugit om fakta (s. 138–139). Westberg ställer frågan om det i svensk rätt finns möjlighet att beakta dylika omständigheter som visar att sökanden försöker missbruka det provisoriska rättsskyddet. Därmed kommer Westberg in på en diskussion om för vilka syften det inte är tillåtet att ansöka om provisoriskt rättsskydd (s. 139 ff).

Discretionary considerations handlar primärt inte om att sökanden försöker utverka provisoriskt rättsskydd för ett otillåtet syfte, utan det bygger mer allmänt på att sökanden har förfarit på ett sätt som inte är godtagbart. Dröjsmål med att ansöka om provisoriskt rättsskydd kan leda till att ansökan förkastas. Falska uppgifter i samband med patentansökan har lett till att interimistiskt förbud har förvägrats på basis av patentet. Det handlar alltså inte i första hand om att sökanden försöker utverka provisoriskt rättsskydd för ett otillåtet syfte eller att sökanden försöker missbruka systemet, utan om att sökanden har gjort något som tillmätts betydelse i prövningen. Det kan handla om missbruk från sökandens sida, men det behöver inte vara så.

Med detta som bakgrund förefaller steget från *discretionary considerations* till att diskutera stävjande av missbruk och otillåtna syften ganska långt. Westberg behandlar t.ex. följande situation som missbruk av det provisoriska rättsskyddet: En immaterialrättsinnehavare har väntat till dagen innan premiären för en teaterpjäs för att ansöka om interimistiskt förbud mot teatern som skall uppföra pjäsen. Westberg anför att en dylik väntan får en att misstänka att rättighetshavaren avser att trissa upp upphovsrättsroyaltyn. Om dock förutsättningarna för interimistiskt förbud enligt upphovsrättslagen är vid handen (bl.a. sannolika skäl för pågående intrång) kan det rimligtvis inte vara så att sökanden/rättighetshavaren försöker utverka ett förbud i ett otillåtet syfte. Däremot är det

onekligen något i sökandens beteende som inte är acceptabelt. I många länder finns regler om passivitetsverkan; sökandens dröjsmål med att anhängiggöra ansökan om säkerhetsåtgärd medför att ansökan förkastas. T.ex. i Tyskland är dröjsmålet en form av *Selbstwiderlegung*, som innebär att sökanden genom sitt beteende visar att han inte är i behov av ett snabbt förordnande. I USA är dröjsmålet ett negativt bevisfaktum för uppkomsten av oersättlig skada.⁶ I England tillämpas lärorna om *laches (delay)* och *acquiescence*, som gäller för alla equity-mål.

Följaktligen passar en diskussion om sökandens passivitet bättre in antingen som ett självständigt krav som har sin grund i säkerhetsåtgärdernas fakultativa karaktär (»[...] domstol får förordna [...]»), som en form av civilrättslig passivitetsverkan eller som en del av proportionalitetsprövningen (sökanden har genom sitt dröjsmål visat att konsekvenserna av ett för honom negativt beslut inte är tillräckligt allvarliga). Westberg medger att det finns en möjlighet att beakta dröjsmålet som en del av proportionalitetsprövningen (bok 1, s. 170), och även att dröjsmålet kan bero på annat än missbruksavsikt (s. 171).

Westberg anger som ett skäl för att misstänka sökanden för missbruk av det provisoriska rättsskyddet att sökanden underlåter att iaktta en honom åvilande plikt, t.ex. genom att förtiga relevanta omständigheter. Förtigande av fakta eller t.o.m. lögner innebär inte nödvändigtvis att det provisoriska rättsskyddet missbrukas för ett otillåtet syfte. T.ex. kan sökanden hemlighålla något vid handläggningen av en förbudsansökan, som går ut på att förbjuda viss verksamhet på basis av ett konkurrensförbudsavtal. Trots att sökandens beteende eventuellt kan karakteriseras som förkastligt är hans syfte med åtgärden trots allt detsamma som för en sökande som inte förtiger fakta: att hindra konkurrerande verksamhet som förbjuds av avtal. Frågan hade lämpligen behandlats i ett skilt kapitel om bevisföringen i säkerhetsåtgärdsprocessen.

7 Åtgärden

I bok 2 presenteras de huvudsakliga åtgärderna som domstolen kan meddela. I avd. IV (s. 15–134) diskuteras urvalet av säkerhetsåtgärder: förvarstagande (kvarstad), förbud, åläggande om positiv handling, förordnande om syssloman, tillstånd, konstitutivt förordnande och fastställelseförordnande. Domstolen har i princip möjlighet att förordna även om andra åtgärder, men Westberg konstaterar att på basis av de genomgångna ansökningarna tycks det inte finnas något påtagligt behov av nya former (s. 21).

⁶ Se t.ex. Norrgård 2002, s. 313.

Efter presentationen av de olika åtgärdstyperna diskuteras kravet på »ändamålsenlig och lämplig» säkerhetsåtgärd (bok 2, avd. V, s. 135–226). Med ändamålsenlighet avses att åtgärden skall vara resultateffektiv; den skall med andra ord leda till det eftersträvade syftet (s. 137). Med lämplighet avses att åtgärden skall till sin utformning vara avpassad efter omständigheterna i det konkreta fallet (s. 137); den får inte gå längre än vad som kan rättfärdigas i den enskilda situationen. Denna beskrivning av ändamålsenligheten respektive lämpligheten för tankarna till effektivitetsprincipen (åtgärden skall vara så verksam som möjligt) å ena sidan, och proportionalitetsprincipen (åtgärden skall vara så lindrig som möjligt) å andra sidan.⁷ Westberg anför dock att proportionalitetsprincipen omfattar krav på att åtgärden skall vara ändamålsenlig, nödvändig och icke-excessiv, d.v.s. proportionalitetsprincipen innehåller såväl krav på resultateffektivitet som lindrihet. Westberg har valt att av proportionalitetsprincipens tre krav behandla endast ändamålsenligheten i denna avdelning, medan nödvändigheten och icke-excessiviteten behandlas i avd. XI om proportionalitetsprövningen. Detta innebär att åtgärdens effektivitet (verkningsfullhet) behandlas i kapitlet 2–4 (s. 147–181). Något överraskande är att principen om det lindrigaste ingreppet, som enligt Westberg (bok 4, s. 299) har betydelse vid valet av säkerhetsåtgärd, inte behandlas i bok 2 i samband med just valet av säkerhetsåtgärd, utan i bok 4 i samband med proportionalitetsprincipen (bok 4, s. 298–306). Det lindrigaste ingreppets princip är förvisso ett uttryck för proportionalitetsprincipen, men vid valet av säkerhetsåtgärd får den konkret betydelse. Måhända kunde problemet ha lösts med att på ett allmänt plan diskutera tillämpliga principer (effektivitet, proportionalitet, skyndsamhet m.m.) i början av verket.

Ett annat problem som rör dispositionen är kap. 5, avd. V (i bok 2) om kravet på fullgörelseyrkande. Eftersom avd. V handlar om ändamålsenlig och lämplig säkerhetsåtgärd är det förvånande att Westberg har valt att diskutera kravet på fullgörelseyrkande här. Kapitlet handlar om den klassiska frågan huruvida det räcker med att sökanden efter det bifallande säkerhetsåtgärdsbeslutet väcker en fastställesetalan eller om det måste vara en fullgörelsetalan. Westberg anför att domstolarna i Sverige har intagit en strikt syn: ansökan om säkerhetsåtgärd har ogillats så snart det har konstaterats att sökanden i huvudsaken bara har framställt ett fastställeseyrkande och det inte föreligger en sådan situation som tillåter undantag (bok 2, s. 184). Frågan i sig är intressant, men varför den behandlas i en avdelning som gäller valet av säkerhetsåtgärd anges inte.

I kap. 6–8 behandlas säkerhetsåtgärdens räckvidd och tidsmässiga giltighet, eller för att använda en annan terminologi: säkerhetsåtgärdens objektiva

⁷ Se Norrgård 2002, s. 50 ff.

omfattning (lokala och temporala omfattning). Diskussionen är relevant och intressant. Särskilt noterar jag frågan om säkerhetsåtgärdens geografiska (territoriella) räckvidd (s. 211–220) där det diskuteras om en säkerhetsåtgärd utsträcker sig till att gälla svarandeageranden utomlands. Westberg utgår ifrån att sökanden normalt sett antas eftersträva ett förordnande med nationell räckvidd (s. 218). Det stämmer säkert inom många områden, men t.ex. vid intrång i gemenskapsvarumärke måste man utgå ifrån att ett förbud gäller hela EU. Likaså gäller ett förbud att använda ett (svenskt) domännamn även svarandeageranden utomlands.

I avd. VI diskuteras säkerhetsåtgärdsyrkandet. Yrkandet är det centrala redskapet för sökanden att åstadkomma det resultat som eftersträvas (s. 229). Alla som har sysslat med säkerhetsåtgärder vet att det många gånger är vanskligt att utforma yrkanden. Sökanden önskar sig ett effektivt instrument som svaranden inte kan kringgå. Om yrkandet är för vagt kan följderna vara problem i verkställighetsskedet. Om yrkandet är för specifikt kan svaranden komma att kringgå det. I Finland finns det exempel på interimistiska förbud i patentmål som innehållit sådana oklarheter som svaranden har utnyttjat till sin fördel, vilket i praktiken har inneburit att vite inte har utdömts trots att svaranden har fortsatt med sin verksamhet efter förbudet. Frågan om yrkandet är följaktligen högaktuell. Westberg diskuterar olika möjligheter att avfatta yrkandet. Han anför bl.a. att man bör undvika sådana uttryck som »liknande» och »motsvarande» (s. 252). Han anför även att sökanden entydigt, klart och fullständigt måste beskriva den handling som svaranden skall tåla, underlåta eller vidta (s. 248). Trots det har Westberg inte utnyttjat möjligheten att beskriva detta som ett uttryck för ett slags processrättslig legalitetsprincip, ett obestämdhetsförbud, som innebär att säkerhetsåtgärdsyrkandet och det efterföljande domstolsförordnandet inte får vara alltför omfattande och oklart, utan i stället exakt avgränsat.⁸

Westberg kritiserar svenska HD:s märkliga ställningstagande att interimistiska förbudsärenden i immaterialrättsliga mål räknas som indispositiva tvistemål (s. 235–237). HD anser att parterna inte har någon möjlighet att förlikas när det gäller omfattningen och sanktioneringen av ett vitesförbud. Det är lätt att hålla med Westberg om att det är orimligt att ett mål blir indispositivt enbart därför att sökanden har förenat sitt materiella yrkande med en begäran om vite (s. 237). Vitet är ett indispositivt inslag, men det gör inte hela målet indispositivt.

8 Sabotagerisken

I bok 3 behandlas sabotagerisken och sabotageåtgärden. Sabotagerisken innebär att det för ett bifallande beslut krävs att det finns en tillräcklig grad av risk

⁸ Se Norrgård 2002, s. 74 ff.

för att svaranden kommer att vidta någon åtgärd som skulle medföra en i lagen avsedd menlig effekt för sökanden. Det handlar således om att förutspå svarandens framtida beteende (bok 3, s. 35). Det har sagts att sabotagerisken är det provisoriska rättsskyddets *conditio sine qua non*: utan risk för framtida skada skall provisoriskt rättsskydd inte förordnas. Westberg anger samma sak (eventuellt mindre kompromisslöst) när han anför att institutet säkerhetsåtgärd i allmänhet skall ha en klart framåtriktad prägel (s. 38).

I avd. VIII diskuteras bl.a. graden av fara för sabotage, vad som avses med objektiv, subjektiv, konkret och abstrakt fara, bevisprövningen av sabotagerisken samt sabotagerisk grundad på svarandens processföring. Westberg behandlar även den intressanta men i svensk (och finsk) praxis förbisedda frågan om hur nära förestående det misstänkta svarandesabotaget skall vara för att motivera ett förordnande om provisoriskt rättsskydd (s. 49). Han anför att det är en vanlig uppfattning att sabotaget skall vara i omedelbar närhet eller mycket nära, och att behovet därför skulle vara akut (s. 46). Följdriktigt talar Westberg om att det krävs *överhängande* risk (s. 46). Det bör dock observeras att vid ex parte-beslut krävs att ärendet är »högakut» (»fara i dröjsmål»).

Trots att Westberg anger att kravet på överhängande risk inte är komplikationsfritt (s. 47) använder han det ändå. Varför Westberg har valt att använda termen »överhängande» framgår inte. Begreppet är inte lagfäst vare sig i Sverige eller hos oss. På basis av Westbergs presentation framgår det inte heller att kravet på »överhängande» risk skulle ha sin grund i HD-praxis eller förarbeten. Tvärtom frågar man sig om det verkligen finns ett krav på »överhängande» risk i och med att även Westberg själv anger att det allmänt sett kan förefalla naturligt att ta fasta på tidpunkten för när domen i själva huvudsaken kommer att ges (s. 50). Det kan förlöpa månader eller i värsta fall år från beslutet om säkerhetsåtgärd till att domen ges. Att karakterisera en händelse som ligger så långt i framtiden som »överhängande» kan därför kritiseras. Jag är dock helt enig med Westberg om att tidpunkten för domen är en naturlig utgångspunkt för bedömningen av sabotagerisk.⁹

I avd. IX diskuteras sabotageåtgärden och det s.k. särpräglingskravet (bok 3, s. 147–263). Alla svarandeageranden rättfärdigar inte provisoriskt rättsskydd. Westberg griper här an frågan om de sabotagegrundande egenskaperna i svarandeagerandet. I fokus är de sabotageåtgärder som anges i RB 15:1–3: »avvika, skaffa undan egendom eller förfara på annat sätt» (1 §), »skaffar undan, väsentligt försämrar eller på annat sätt förfogar över egendomen» (2 §) och »utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde» (3 §).

⁹ Se Norrgård 2002, s. 280–281.

Westberg hittar fem huvudproblem som undersöks: det avsiktliga och vårdslösa i svarandeagerandet (4 kap.), svarandeagerandets effekt (5 kap.), svarandeagerandets särprägel (rättsstridighet m.m., 6 kap.), betydelsen av situationsgivande faktorer (som t.ex. svarandens dåliga ekonomi eller koppling till utlandet, 7 kap.), betydelsen av omständigheter som redan har inträffat (8 kap.).

Westberg försöker hitta olika argumentationslinjer i parts- och domstolsargumentationen samt i litteraturen. Westberg finner två ytterligheter: Enligt den ena linjen föreligger sabotagerisk om svarandeagerandet är »rättsstridigt» eller »rättighetskränkande» (skuldtankeideologin), medan det enligt den andra linjen räcker med att svarandeagerandet är »onormalt» eller »svårförutsägbart» (s. 149).

Efter en fråga om huruvida svarandens avsikt att obstruera har betydelse vid prövningen (s. 155–161) – som för övrigt synes vara motiverad av att svarandena emellanåt hänvisar till att någon obstruktionsavsikt inte finns – övergår Westberg till att diskutera svarandeåtgärdens effekt. Som Westberg påpekar är det ju primärt effekten i svarandeagerandet som sökanden söker skydd mot och inte mot det förkastliga i svarandens beteende (s. 162). Han anför dock att redan det huvudsakliga syftet med det provisoriska skyddet – att trygga en framtida domsverkställighet – talar mot tanken att det befarade svarandeagerandet måste orsaka sökanden en ekonomisk skada. Enligt Westberg är verkställighetssvårigheter den enda relevanta effekten (s. 164). Att beakta denna syftesbestämda effekt har dock endast fått visst genomslag i lagregleringen (s. 164). I övrigt skall det finnas en särskild skadeeffekt (särskilt s. 166–170), som skall ha en viss minsta omfattning (s. 178–184).

Särskilt frågan om omfattningen är av speciellt intresse, eftersom Westberg frågar om svensk rätt vilar eller borde vila på en princip om att en säkerhetsåtgärd förutsätter att sökanden löper risk att drabbas en »väsentlig» skada (s. 179). Redan en språklig analys av SvRB 15:2–3 visar att ett väsentlighetskrav gäller eller borde gälla. Frågan är dock vad detta väsentlighetskrav innebär. Westberg synes luta mot att väsentlighetskravets funktion är att endast avskära ringa skador, d.v.s. att sabotagerisk bortfaller endast om den framtida skadan skulle vara ringa till sin omfattning (s. 183). Om det skall finnas ett väsentlighetskrav är jag helt ense med Westberg om att avgränsa dess betydelse till ringa skador. Personligen har jag ställt mig mycket skeptisk till ett väsentlighetskrav (även sådant som har till uppgift att avgränsa ringa skador) i immaterialrättsliga mål, eftersom skadorna ändå beaktas i konsekvensbedömningen (proportionalitetsprövningen). Behovet av ett väsentlighetskrav kan variera beroende på den typ av rättighet som skall skyddas.

9 Prognosprövningen

Bok 4 handlar om prognosprövningen och proportionalitetsprövningen. Boken inleds med en diskussion om det anspråk som är en förutsättning för säkerhetsåtgärd. Westberg ställer tre frågor: vilka slags anspråk kan komma i fråga, varierar beviskravet enligt typen av anspråk, vilken är den närmare innebörden av prognosprövningen (s. 20). Frågan om beviskravets höjd och riskfördelningen mellan parterna får en principiellt viktig ställning.

I kap. 5 diskuterar Westberg om domstolens prövning skall bygga på en prognosprövning eller på en proportionalitetsprövning. En jämförelse av utländsk rätt visar att i prövningen kan antingen prognosprövningen eller proportionalitetsprövningen betonas. T.ex. i engelsk rätt är proportionalitetsprövningen det avgörande, medan det i tysk rätt är prognosprövningen som är det viktigare. Westberg har valt att analysera förhållandet mellan prognos- och proportionalitetsprövningen med hjälp av Hammonds¹⁰ indelning i en sekvensmodell (*the sequential model*), en intresseavvägningsmodell (*the balancing approach*) och en modell med alternativa bifallsvillkor (*the alternative approach*) (s. 35). Hammonds primära uppgift är att ange på vilket sätt de olika förutsättningarna beaktas. I sekvensmodellen prövas förutsättningarna i tur och ordning, i intresseavvägningsmodellen kan alla relevanta omständigheter beaktas som en helhet medan man i alternativmodellen har olika uppsättningar förutsättningar beroende på fallet.

I Westbergs arbete fungerar Hammonds modell förhållandevis väl. Enligt Westberg bygger svensk rätt på en modifierad sekvensmodell, vilket innebär att förutsättningarna prövas i en bestämd ordning (anspråk, sabotagerisk, proportionalitet) och skilt för sig. Någon möjlighet för en diskretionär helhetsbedömning (som i intresseavvägningsmodellen) finns inte. Inte heller finns någon möjlighet att tillämpa olika uppsättningar alternativa bifallsvillkor beroende på typen av ärende (som i modellen för alternativa bifallsvillkor). Med andra ord finns i svensk rätt inga tydliga tecken på att det skulle finnas utrymme för en mera fri diskretionär prövning (s. 38–39). Sekvensmodellen undgår dock inte Westbergs kritik. Han anför att en diskretionär proportionalitetsprincip skulle ge möjlighet att ställa alla aspekter av konflikten mot varandra och ge dem den betydelse tvisten kräver (s. 57). Svensk rätt ger dock enligt Westberg inte utrymme för en sådan flexibel intresseavvägning (s. 58).

Westberg anser att beviskravet »sannolika skäl» inte kan variera beroende på beslutskonsekvenserna (proportionalitetsprövningen). Han håller därvid fast vid den ovan beskrivna sekvensmodellen: först prövas sannolika skäl och först

¹⁰ Hammond, University of Toronto Law Journal 1980, 240 ff.

därefter proportionaliteten. Proportionalitetsprövningen företas endast om domstolen redan har konstaterat att det finns sannolika skäl för ett civilrättsligt anspråk. Jag ska inte här bestrida Westbergs tolkning av svenska HD:s linje, men jag vill dock påpeka att proportionalitetsprincipen inte är lagfäst i Sverige, vilket torde ge ett visst utrymme för en flexiblare lösning än sekvensmodellen. I Finland finns proportionalitetsprincipen i RB 7:3.2. Den anger att domstolen skall fästa uppmärksamhet vid att motparten inte orsakas oskäligt men i förhållande till det intresse som skall tryggas när domstolen beslutar om att meddela en säkringsåtgärd enligt RB 7:3. Eftersom bestämmelsen lämnar öppet på vilket sätt »fästandet av uppmärksamheten» skall göras har jag gjort den bedömningen att den kan göras som en del av beviskravsbestämningen: proportionalitetsprövningen påverkar beviskravet.

Sekvensmodellen är knappast en nödvändig följd av lagregleringen. En helt diskretionär intresseavvägning eller en modell med alternativa bifallskrav är förvisso inte tänkbar, men jag tycker mig ändå se en större flexibilitet i den nuvarande regleringen (såväl finska som svenska) än Westberg.

En intressant fråga är om domstolarna har rätt att begränsa processmaterialet med hänvisning till att det inte är förenligt med säkerhetsåtgärdsprocessens syfte. Frågan är av största intresse t.ex. i patenttvister där interimistiskt förbud ofta aktualiseras, och där materialet är förhållandevis omfattande. Westberg anger att det inte finns några belägg för att svenska domstolar skulle begränsa materialet (s. 137), men han ställer sig dock försiktigt positiv till en begränsning. Enligt honom kan det diskuteras om inte domstolarna även utan direkt lagstöd skulle ha möjlighet att begränsa materialet (s. 138) med hänvisning till förbudet mot att föregripa målets slutliga utgång. Problemet, som jag ser det, är vilken betydelse kravet på en rättvis rättegång (t.ex. EMRK 6 art) skall ges. Den ger trots allt parterna en rätt att föra sin talan. Om denna rätt begränsas måste man fråga sig om det uppkommer en obalans mellan parternas möjligheter att föra talan. Det ligger nära till hands att en part som förbjudits att presentera ytterligare material överklagar hos hovrätten och hänvisar till principen om *equality of arms* i EMRK 6 art. Jag ställer mig dock bakom Westbergs förslag om att domstolarna bör ha rätt att begränsa processmaterialet, men om hänvisningen till syftet, utan lagstöd, är tillräcklig är oklart.

I kap 11 (s. 162–176) behandlar Westberg frågan om det är möjligt för domstolen att utföra en summarisk rättsfrågeprövning. Utgångspunkten i processrätten är *jura novit curia*, domstolen känner lagen. Principen är dock inte oproblematisk i den summariska processen, eftersom den innebär att domstolen skall förvissa sig om tolkningarnas riktighet med samma säkerhet som i ordinarie process. Westberg kritiserar därvid min beskrivning av finska HD:s rättspraxis. Han anför att jag blandar ihop summarisk prövning med att det provisoriska rättsskyddet förbehålls klara fall (s. 167 fn 387). Det är beklagligt om jag har uttryckt mig oklart, men en läsning speciellt av HD 2000:94 ger ofrån-

komligen vid handen att det är *Högsta domstolen*, inte jag, som anser att summarisk prövning medför att alla utom klara fall sällas bort:

Turvaamistoimiasian ratkaisu perustuu myös väitetyn oikeudenvastaisuuden osalta summariseen tutkintaan. Merimiesunionin toteuttama työtaistelutoimenpide onkin kiellettävissä lähinnä silloin, kun sellaisen toimenpiteen käyttämistä on nimenomaisesti rajoitettu kansallisessa lainsäädännössä tai Euroopan yhteisön oikeudessa siten, että siihen voidaan vedota yksityisten välisessä suhteessa. Sitä voitaisiin pitää todennäköisesti oikeudenvastaisena myös, jos vastaavanlainen työtaistelutoimenpide toteuttamistansa, päämääriensä tai seuraamuksiensa johdosta olisi oikeuskäytännössä vakiintuneesti katsottu oikeuden tai hyvän tavan vastaiseksi taikka kohutuuttomaksi.

Säkringsåtgärdsavgörandet grundar sig även i fråga om rättsstridigheten på en summarisk prövning. Sjömansunionens kampåtgärd kan därför¹¹ förbjudas främst då en sådan åtgärds användning uttryckligen har begränsats i nationell lagstiftning eller i EG-rätten på ett sätt som gör det möjligt att åberopa begränsningen i förhållanden mellan enskilda. Den kunde även anses vara sannolikt rättsstridig om en motsvarande kampåtgärd på grund av sitt sätt på vilket den genomförs, på grund av dess syften eller följer skulle i hävdvunnen rättspraxis ha ansetts vara rättsstridig eller i strid med god sed eller oskäligen.

HD säger alltså att prövningen i säkerhetsåtgärdsärenden är summariskt, vilket förutsätter ett klart rättsläge för bifall. Jag håller helt med Westberg om att summarisk prövning och beviskrav är skilda saker: en summarisk prövning kan i princip kombineras med vilket beviskrav som helst. HD kopplar dock ihop den summariska prövningen med det klara rättsläget.

10 Proportionalitetsprövningen

Avd. XI handlar om riskfördelning och proportionalitetsprövning. Westbergs syn på proportionalitetsprövningen bygger på en traditionell uppfattning om balans mellan mål och medel; svaranden får inte drabbas av ett opåkallat hårt tvångsgrepp (s. 205). Utöver denna kontrolluppgift nämner Westberg även den konstruktiva uppgiften att åstadkomma ett jämviktsläge mellan de aktuella intressena. Om proportionalitetsprincipen endast finns till för att skydda svaranden kan man tala om snäv proportionalitetsprövning (s. 206). Proportionalitetsprövningen är vid om prövningen även ges en konstruktiv uppgift; då är

¹¹ Det finska uttrycket onkin är svåröversatt. Suffixet -kin till on hänvisar till det tidigare sagda (i detta fall föregående mening) och ansluter till det tidigare sagda en väntad omständighet (i detta fall att förbudet endast gäller klara fall).

dess uppgift inte enbart att skydda svaranden utan den kan även komma att »hjälpa» sökanden (s. 207).¹²

I avsnitt 6.7 (bok 4, s. 261–269) behandlas sambandet mellan prognosprövningen och proportionalitetsprövningen. Han anför att prognosprövningens utfall kan beaktas i proportionalitetsprövningen (s. 262). Detta skiljer sig helt från det som jag har förordat. I den av mig förespråkade modellen påverkar proportionalitetsprövningens utfall prognosprövningen. Westbergs åsikt är naturlig sedd i ljuset av den modifierade sekvensmodellen, som enligt honom beskriver det svenska rättsläget. Sekvensmodellen innebär alltså att anspråket (prognosprövningen) och sabotagerisken prövas före proportionaliteten. Då finns det ingen möjlighet att låta proportionalitetshänsyn påverka beviskravet; endast det omvända är tänkbart, om det över huvud taget skall finnas en interaktion mellan förutsättningarna. Eftersom Westberg även utgår ifrån ett fast beviskrav i prognosprövningen, blir skillnaderna till den av mig presenterade modellen klara. I min modell påverkar proportionalitetsprövningen (konsekvensbedömningen) beviskravets höjd: Ju större skada sökanden kommer att lida i förhållande till svaranden, desto lägre är beviskravet för att sökanden har sannolika skäl för sitt anspråk.

Westberg hänvisar till Leubsdorf och Posner (s. 263–264), som är mina ledstjärnor (vilket Westberg noterar), för att visa hur prognosprövningens utfall kan beaktas som beräkningsfaktor i proportionalitetsprövningen. Det finns dock en avgörande skillnad mellan det som Leubsdorf/Posner förespråkar och det som Westberg står för. Enligt Westberg har proportionalitetsprövningen betydelse endast om prognosprövningen och prövningen av sabotagerisken utfaller till sökandens fördel. Först därefter kan prognosprövningen beaktas i proportionalitetsprövningen. Leubsdorf/Posner och även jag¹³ går direkt på såväl prognosbedömningen som proportionalitetsprövningen. Westbergs tolkning av Leubsdorf/Posner motsvarar således inte helt min tolkning.

Sekvensmodellen leder till en avsevärd rigiditet i systemet. Den flexibilitet som Westberg skulle vilja ha, men som han anser att inte är förenlig med gällande lag, finns enligt min uppfattning om man accepterar ett flexibelt beviskrav som påverkas av proportionalitetsprövningen. De lege lata är ett flexibelt beviskrav (som påverkas av proportionalitetshänsyn/beslutskonsekvenserna) ett utmärkt sätt att frångå sekvensmodellens rigiditet. Proportionalitetsprövningen och prognosprövningen skulle då i viss mån utföras samtidigt, vilket skulle leda till att sekvensmodellen inte mera skulle vara en adekvat beskrivning av regleringen.

¹² Se även t.ex. Norrgård 2002, 108 och 178 där konsekvensbedömning i vid och snäv bemärkelse används i ungefär, men inte helt, samma betydelse. Enligt Westbergs indelning kan den vida prövningen omfatta fler slags faktorer än den snäva prövningen.

¹³ Norrgård 2002.

I Finland finns det fall från Helsingfors hovrätt som tyder på att domstolarna har börjat anamma ett synsätt med ett flexibelt beviskrav som påverkas av proportionalitetshänsyn. I Helsingfors hovrätts avgörande 1.4.2004 Nro 1226 (CCPI Inc. och Foseco International Limited mot Bet-Ker Oy) ansåg domstolen, *med beaktande av beslutsföljderna*, att sökandena inte hade gjort patentinfrånget tillräckligt sannolikt. Hovrätten lät med andra ord beslutskonsekvenserna påverka beviskravet.

11 Avslutande kommentarer

Westbergs verk är omfattande och detaljrikt. Han har beaktat det mesta som kan beaktas. Han har undersökt samtliga säkerhetsåtgärder parallellt. Han har presenterat alla relevanta alternativa lösningar. Denna mångfald är i all sin rikedom verkets största brist. Verket är något överskådligt, men den som tar sig tiden att läsa verket finner många såväl stora som små frågor noggrant dissekerade och analyserade. Verket utgör ett synnerligen viktigt och välkommet tillskott i den något magra diskussionen om säkringsåtgärder.