



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Carl-Magnus Jonsson

Skadeståndsberäkningen vid intrång i
varumärkesrätten

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Hans Henrik Lidgard

Ämnesområde: Immaterialrätt

Termin: Höstterminen 2000

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Syfte	6
1.2 Metod och material	7
1.3 Avgränsningar och disposition	7
2 ALLMÄNNA SKADESTÅNDSRÄTTSLIGA PRINCIPER	8
2.1 Skadeståndets reparativa och preventiva funktion	8
2.2 Uppsåt och oaktsamhet	9
2.3 Bevisbörda	10
2.4 Adekvat kausalitet	10
2.5 Ren förmögenhetsskada	11
2.6 Jämkning av skadestånd	11
3 VARUMÄRKESINNEHAVARENS SKADA/FÖRLUST VID ETT INTRÅNG	12
3.1 Avsättningsförlust	12
3.2 Olika typer av goodwillskador	12
3.3 Övriga skador/förluster	13
4 SKADESTÅNDSBERÄKNINGEN VID INTRÅNG I VARUMÄRKESRÄTTEN	14
4.1 Lagregleringen beträffande skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång	14
4.1.1 38§ VML	14
4.1.2 40§ VML	17
4.1.3 1994 års lagreform	18
4.2 Rättspraxis beträffande skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång	19
4.2.1 Dispositionsprincipens betydelse för tolkning och analys av varumärkesmål	19
4.2.2 RB 35:5 och dess betydelse i varumärkesmål	20

4.2.3	Rättsfall från Högsta domstolen	21
	NJA 1985 s. 194 – EF	21
	NJA 1988 s. 183 – SODASTREAM	21
	NJA 1988 s. 543 – LEVI STRAUSS	22
4.2.4	Rättsfall från hovrätterna	22
4.2.4.1	Refererade fall	22
	RH 1990:68/NIR 1990 s. 466 – Copie-fallet	22
	RH 1991:31 – Dior	23
	RH 1994:111 – Cartier	23
4.2.4.2	Orefererade fall	24
	Svea hovrätt, DT 12, T 959/90	24
	Svea hovrätt, DFT 34, FT 1431/90	24
	Svea hovrätt, DT 14, T 419/92	25
	Svea hovrätt, DT 49, T 416/95	25
	Svea hovrätt, DT 32, T 78-97	26
	Göta hovrätt, T 319/98	26
4.2.5	Rättsfall från tingsrätterna	27
	Stockholms tingsrätt, DT 375, T 7-396-87	27
	Stockholms tingsrätt, DT 411, T 7-405-93	27
	Stockholms tingsrätt, DT 340, T 7-855-92	28
	Stockholms tingsrätt, T 1435-99	29
4.2.6	Analys och slutsatser av rättspraxis	29
4.2.6.1	Ersättningsgilla skador	29
4.2.6.2	Principer och beräkningsmetoder för skadeståndsberäkningen	31
4.2.6.3	Problematiken kring RB 35:5	36
4.2.6.4	Domstolarnas motiveringar i varumärkesmål	39
4.2.6.5	Problematiken kring rättegångskostnaderna	40
4.2.6.6	Problematiken kring storleken av de utdömda skadestånden	42
4.2.6.7	1994 års lagreform och dess inverkan på ersättningspraxis	46
4.3	Doktrinen ståndpunkt	48
5	AVSLUTNING	49
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	54

Sammanfattning

Varumärket torde idag vara ett av företagets viktigaste tillgångar. Det ligger ofta stora ekonomiska värden i företagets ensamrätt till sina varukännetecken. När intrång begås i varumärkesrätten är det viktigt att skadeståndssanktionen effektivt förmår att fylla sin funktion. Skadeståndet är nämligen det enda sanktionsmedlet inom varumärkesrätten som kan ge rättighetshavaren ekonomisk kompensation för de uppkomna skadorna. Det är därför intressant att närmare undersöka hur skadeståndsberäkningen går till vid ett varumärkesintrång. Även andra problem- och frågeställningar som har ett nära samband med själva beräkningen är också intressanta att undersöka, som tex tillämpningen av RB 35:5 i varumärkesmål, domstolarnas motiveringar av utdömda skadestånd, samt storleken av de utdömda ersättningarna.

Innan man börjar undersöka de ovannämnda problemställningarna är det enligt min mening viktigt att ha vissa allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser, som även ska tillämpas på skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten, i åtanke. Skadeståndets *reparativa funktion* innebär att varumärkesinnehavaren har rätt till full kompensation för sina skador pga intrånget. Den *preventiva funktionen* innebär att skadeståndet ska vara så effektivt så att det avskräcker människor från att begå varumärkesintrång. För att få rätt till ersättning för bla goodwillskador och försäljningsförluster, måste varumärkesinnehavaren styrka *uppsåt* eller åtminstone *oaktsamhet* hos intrångsgöraren. *Bevisbördan* för de rättsfakta som tillsammans konstituerar skadeståndsskyldighet ligger på rättighetshavaren. Kravet på *adekvat kausalitet* innebär att varumärkesinnehavaren måste kunna styrka att intrångshandlingen har orsakat de uppkomna skadorna på ett sätt som inte är alltför slumpmässigt och opåräknligt. Är inte kravet på adekvat kausalitet uppfyllt i ett varumärkesmål blir, precis som när det gäller kravet på uppsåt och oaktsamhet, någon skadeståndsberäkning överhuvudtaget inte aktuell. Eftersom de skador, som uppkommer vid ett varumärkesintrång är *rena förmögenhets-skador*, krävs det särskilt lagstöd för att ersättning ska utgå. Detta lagstöd finns för varumärkesrättens del i 38§ VML. Slutligen ska *den allmänna jämkningsregeln i SkL 6:2* även tillämpas på skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten.

När det gäller de skador som kan uppkomma vid ett varumärkesintrång, är de två huvudsakliga skadeposterna försäljningsförlust och goodwillskada. En tredje kategori av skador är olika interna förluster. Det kan tex vara fråga om kostnader, som rättighetshavaren har haft för att kunna konstatera ett intrång.

När det sedan gäller själva skadeståndsberäkningen ger lagregleringen i 38§ VML, i kombination med dess förarbeten, ingen större vägledning till parter och domstolar. Några konkreta metoder för att beräkna en försäljningsförlust eller en goodwillskada redovisas inte i förarbetena. När det däremot

gäller ersättningen för utnyttjandet av varumärket förordar man här att en hypotetisk licensavgift ska användas som beräkningsgrund. Detsamma sägs böra gälla även i godtrosfallen enligt 38§ 2 st. VML.

Eftersom lagregleringen följaktligen inte erbjuder någon större vägledning när det gäller skadestandsberäkningen, får man vända sig till rättspraxis för att få en bättre bild av gällande rätt på området. Min redovisade rättspraxis visar här att domstolarna, med få undantag, uppskattar storleken av de uppkomna försäljningsförlusterna och goodwillskadorna med stöd av RB 35:5. När det gäller försäljningsförlusterna har dock HD i ett fall godkänt rättighetshavarens framlagda beräkningsmetod, där svarandens antal sålda enheter helt enkelt antogs motsvara varumärkesinnehavarens antal icke sålda enheter. Metoden bygger enligt min mening på alltför lösa och osäkra grunder, och någon etablerad beräkningsmetod kan man, pga avsaknad av ytterligare rättsfall som stödjer metoden, inte hävda att det är fråga om. Även rättighetshavarnas åberopade beräkningsmetoder för goodwillskadorna bygger tyvärr på alldeles för osäkra premisser för att kunna läggas till grund för skadestandsberäkningen. Domstolarna har följaktligen i samtliga redovisade aktuella rättsfall valt att uppskatta goodwillskadorna med stöd av RB 35:5. När det slutligen gäller ersättningen för utnyttjandet av varumärket, har domstolarna i två av mina tre aktuella rättsfall beräknat ersättningen utifrån en hypotetisk licensavgift. Under förutsättning att det finns en bra licens-marknad för det aktuella varumärket, tyder enligt min mening mycket på att denna beräkningsgrund även i fortsättningen kommer att användas av domstolarna. Detsamma torde gälla ersättningen vid godtrosfallen enligt 38§ 2 st. VML.

Den övergripande slutsatsen när det gäller skadestandsberäkningen torde således vara att det i svensk varumärkesrätt inte finns några fast etablerade principer och beräkningsmetoder när det gäller försäljningsförlusterna och goodwillskadorna. Min redovisade rättspraxis visar här att domstolarna istället väljer att uppskatta skadorna genom en skälighetsbedömning enligt RB 35:5.

Den frekventa tillämpningen av bevisregeln i RB 35:5 i varumärkesmål medför enligt min mening en del negativa konsekvenser. Det godtycke, som skälighetsbedömningen enligt bevisregeln ger upphov till, bidrar till rätts- osäkerhet för varumärkesinnehavaren. Min rättspraxis visar nämligen på stora skillnader mellan domstolarnas utdömda skadestandsbelopp. Det är då svårt för rättighetshavaren att veta på vilken nivå, som vederbörande ska lägga sig när det gäller storleken av det planerade skadeståndsyrkandet. En annan negativ effekt är risken att käranden, pga domstolarnas obenägenhet att acceptera de framlagda beräkningsmetoderna, anser det lönlöst att lägga ned tid och energi på en vidlyftig utredning om storleken av de uppkomna skadorna. Man nöjer sig då helt enkelt med att åberopa RB 35:5, och låta domstolen göra en skälighetsbedömning. Detta leder i sin tur, pga den processrättsliga dispositionsprincipen, till att det inte utvecklas några etablerade principer och beräkningsmetoder i svensk varumärkesrätt. Trots

dessa negativa effekter visar dock rättspraxis att RB 35:5 faktiskt är oumbärlig för rättighetshavaren. Hade inte bevisregeln funnits hade nämligen varumärkes- innehavarna i många fall inte fått någon ersättning alls för de uppkomna skadorna.

När det sedan gäller domstolarnas motiveringar i varumärkesmål finns det flera exempel i mina redovisade rättsfall på bristfälliga, och ibland tom obefintliga, motiveringar av domstolarnas ställningstaganden. Detta gäller både beträffande storleken av de utdömda skadestånden, och domstolarnas inställningar till de beräkningsmetoder som åberopas av parterna. Detta bidrar enligt min mening till rättsosäkerhet för rättighetshavaren. Domskälens bristande kvalité behöver emellertid inte alltid bero på domstolarna själva. Pga den processrättsliga dispositionsprincipen torde nämligen även parterna ha ett visst inflytande på domstolarnas motiveringar. Belägg för detta finns i redovisad rättspraxis.

När det gäller rättegångskostnaderna hävdar jag att regleringen av dessa ibland riskerar att leda till skadeståndsyrkanden i underkant. Vid ett partiellt bifall till skadeståndsyrkandet riskerar nämligen varumärkesinnehavaren att själv få behöva stå för en del av sina egna rättegångskostnader. Rättspraxis visar att dessa kostnader ibland kan uppgå till betydande belopp. Detta, i kombination med det godtycke som den frekventa tillämpningen av RB 35:5 innebär, kan då enligt min mening medföra att rättighetshavaren inte ens vågar yrka på ett skadestånd som fullt ut täcker de åsamkade skadorna.

Vad storleken av de utdömda skadestånden beträffar hävdar jag att rättighetshavarna, i de allra flesta fallen, inte får full kompensation för de uppkomna skadorna. Som stöd för denna ståndpunkt för jag fram två argument. Det ena är att rättighetshavaren, pga regleringen av rättegångskostnaderna och den frekventa tillämpningen av RB 35:5, ofta torde vara försiktig med att yrka på ett skadestånd som leder till överkompensation. Med tanke på att domstolarna i 14 av mina 16 redovisade varumärkesmål har dömt ut ersättningar, som ibland kraftigt har understigit de yrkade beloppen tyder således mycket på att varumärkesinnehavarna inte får full kompensation för sina skador. Det andra argumentet kan man enligt min mening finna i de stora ekonomiska värden, som ofta ligger i ett varumärkes goodwill. De ersättningar, som har dömts ut för goodwillskador torde inte på långa vägar räcka till för att reparera de skador som ett intrång kan åsamka varumärkets goodwillvärde. Det finns exempel på rättsfall, där innehavare av mycket välrenommerade varukännetecken inte ens har fått ersättning för de anmärkningsvärt låga skadestånd som har yrkats för goodwillskadorna. Mycket tyder följaktligen på att de utdömda skadestånden är för låga i svensk varumärkesrätt. En negativ effekt av de otillräckliga ersättningarna är enligt min mening att det finns en risk för att någon anser det vara mer lönsamt att begå intrång och betala ett lågt skadestånd än att ingå licensavtal med varumärkesinnehavaren och således betala för utnyttjandet. Den preventiva funktionen hos skadeståndet riskerar då att urholkas.

När det slutligen gäller den inverkan, som 1994 års lagreform kan tänkas ha haft på ersättningspraxis i varumärkesmål, anser jag först och främst att man i ett avseende med full säkerhet kan konstatera att reformen har verkat höjande på de utdömda skadestånden. Efter revisionen har nämligen varumärkesinnehavaren även rätt till ersättning för utnyttjandet av varumärket. Någon bevisning om inträffade skador behöver inte föras i det här fallet. Det blir således fråga om en ersättning utöver compensationen för eventuella försäljningsförluster och goodwillskador. När det sedan gäller ersättningen för *den ytterligare skada*, som intrånget har orsakat hävdar jag att två av mina tre aktuella rättsfall starkt indikerar att reformen har utövat en påverkan även här. Både de utdömda skadeståndens storlek och de resomang som förs av domstolarna tyder på detta. *Hur* stor inverkan, som reformen framdeles kommer att få anser jag vara för tidigt att svara på. Detta får framtida varumärkesmål utvisa.

Förkortningar

HD	Högsta domstolen
HovR:n	Hovrätten
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, Stockholm
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, Högsta domstolens domar
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalken (18 juni 1942)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
TR:n	Tingsrätten
VML	Varumärkeslagen (1960:644)

1 Inledning

1.1 Syfte

”Varumärket är det viktigaste Volvo har”. Så sade P.G Gyllenhammar efter offentliggörandet av samarbetsavtalet med Renault 1990¹. Idag, tio år senare, är detta uttalande om varumärkets stora betydelse för ett företag minst lika aktuellt och betecknande som för tio år sedan. Varumärket har genom åren utvecklats till bli ett effektivt marknadsföringsvapen och en högt värderad immateriell tillgång för företaget². För att ta ett upplysande exempel kan nämnas att enligt amerikanska Interbrands årliga undersökning värderas finska Nokias varumärke till 38,5 miljarder dollar, dvs ca. 380 miljarder kronor³. Det ligger alltså betydande ekonomiska värden i företagets känne-tecken för sina varor och tjänster.

För att kunna skydda de stora värden som ligger i företagets ensamrätt till ett varumärke behövs det således effektiva sanktionsmedel när intrång begås i varumärkesrätten. Eftersom vi rör oss inom området för civilrätten är den mest naturliga sanktionen mot varumärkesintrång skadeståndet. Det är också det enda sanktionsmedlet, som ekonomiskt kan kompensera rättighetshavaren för de uppkomna skadorna. Av den anledningen är det viktigt att skadeståndet verkligen fyller sin funktion inom varumärkesrätten, och ger rättighetshavaren den ersättning som vederbörande är berättigad till.

I denna framställning kommer jag att undersöka hur skadeståndsberäkningen går till när ett intrång har begåtts i varumärkesinnehavarens ensamrätt. De frågor och problemställningar som kommer att behandlas är:

- Vilka skador är ersättningsgilla vid ett varumärksintrång?
- Finns det några etablerade principer och beräkningsmetoder för skadeståndsberäkningen i svensk varumärkesrätt?
- Medför tillämpningen av RB 35:5 i varumärkesmålen några problem?
- Finns det några brister i domstolarnas motiveringar av utdömda skadestånd?
- Medför regleringen av rättegångskostnaderna några problem för varumärkesinnehavaren?
- Är domstolarnas utdömda skadestånd tillfredsställande?
- Har 1994 års lagreform haft någon inverkan på ersättningspraxis?

Det är således inte bara själva skadeståndsberäkningen som kommer att behandlas i denna framställning, utan även frågor och problem som har en stark anknytning till beräkningen kommer att penetreras.

¹ Dagens Nyheter den 24 april 1990.

² F. Melin, M. Urde, Varumärket – en hotad tillgång, s. 9.

³ Sydsvenska Dagbladet den 7 november 2000.

1.2 Metod och material

För att kunna besvara ovanstående frågeställningar kommer jag att använda mig av relevant lagtext med tillhörande förarbeten, samt ett urval av aktuell rättspraxis från tingsrätter, hovrätter och HD. Även doktrinen på området, främst artiklar i NIR, kommer att användas. När det gäller urvalet av rättspraxis har jag valt att behandla rättsfall, som på ett eller annat sätt belyser de problem- och frågeställningar som behandlas i uppsatsen. Beträffande praxis från HD har jag valt att behandla tre viktiga och intressanta avgöranden från 1980-talet. HD-avgöranden från 1990-talet som rör skadeståndsberäkningen i varumärkesmål lyser tyvärr med sin frånvaro.

1.3 Avgränsningar och disposition

Av utrymmesskäl kommer jag överhuvudtaget inte att behandla intrångsproblematiken, varken i en allmän redogörelse eller vid redovisningen av rättsfallen. Eftersom jag inte vill tynga framställningen med onödiga allmänna redogörelser, kommer jag inte heller att behandla de övriga sanktionerna inom varumärkesrätten, dvs straff, vitesförbud och olika typer av säkerhetsåtgärder.

Eftersom yrkanden och grunder, som domstolarna inte har tagit ställning till inte ger något besked om gällande rätt, har jag valt att enbart behandla rättsfall där skadeståndsfrågan har avgjorts av domstolarna. Förlikta mål kommer således inte att redogöras för.

När det gäller dispositionen har jag lagt upp mitt arbete som så att jag inleder med en kort redogörelse för vissa allmänna skadeståndsrättsliga principer, som även är tillämpliga på skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten. Sedan redogör jag allmänt för de skador, som kan uppkomma till följd av ett varumärkesintrång. Efter det går jag igenom lagregleringen när det gäller skadeståndsberäkningen för att sedan i det påföljande avsnittet redogöra för mitt urval av varumärkesmålen. Sedan kommer jag i en avslutande analysdel att diskutera olika problemställningar när det gäller skadeståndsberäkningen i varumärkesmål.

2 Allmänna skadeståndsrättsliga principer

I detta avsnitt kommer jag att redogöra för några allmänna skadeståndsrättsliga principer, som även ska tillämpas på skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten. Anledningen till att jag tar upp och behandlar dessa principer är att de utgör en viktig bakgrund till 38§ VML och dess tillämplighet i varumärkesmål. Kan en varumärkesinnehavare tex inte styrka uppsåt eller åtminstone oaktsamhet hos intrångsgöraren kan domstolen inte heller döma ut skadestånd. Någon skadeståndsberäkning enligt 38§ VML blir då överhuvudtaget inte aktuell. Detsamma gäller det allmänna skadeståndsrättsliga kravet på adekvat kausalitet. Avsnittet om skadeståndets reparativa och preventiva funktion (avsnitt 2.1) utgör tex en viktig bakgrund till problematiken kring svenska domstolars ofta njudda ersättningspraxis i varumärkesmål. Det finns alltså all anledning att titta lite närmare på dessa skadeståndsrättsliga principer, och hur de tillämpas inom varumärkesrätten.

2.1 Skadeståndets reparativa och preventiva funktion

Två av de viktigaste funktionerna som ett skadestånd ska fylla är den reparativa och den preventiva funktionen⁴. Den *reparativa* funktionen innebär att den skadelidande ska försättas i samma ekonomiska situation som om den skadegörande handlingen inte hade företagits. Man jämför således den ekonomiska situation som den skadelidande skulle ha befunnit sig i om skadan inte hade inträffat med den situation som faktiskt har uppkommit genom den skadegörande handlingen. Skadeståndet omfattar då skillnaden mellan dessa två situationer. Detta innebär att den skadelidande har rätt till *full* kompensations för de åsamkade skadorna. Skadeståndets *preventiva* funktion avser att få människor att undvika att orsaka skada som medför skadestånds-skyldighet. Man skiljer här mellan individualprevention, dvs avskräckande effekt i det enskilda fallet, och allmänprevention, avskräckande effekt hos människor i allmänhet⁵.

Tillämpat på skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten innebär för det första den *reparativa* funktionen att varumärkesinnehavaren ska försättas i samma ekonomiska situation som om intrångshandlingen inte hade företagits. Vid en eventuell avsättningsförlust (se nedan avsnitt 3.1) innebär då detta att rättighetshavaren har rätt till ersättning för både en försäljningsminskning *och* en eventuellt påvisad utebliven försäljningsökning orsakad av intrånget⁶. Principen om rätten till full

⁴ J. Hellner, Skadeståndsrätt, s. 37, 41.

⁵ J. Hellner, A.a., s. 37, 41, 357-358.

⁶ E. Karlsson, Skadestånd vid intrång i industriella rättigheter, NIR 1990, s. 378.

ersättning betonas också i förarbetena till 38§ VML, där man bla diskuterar varumärkesinnehavarens rätt till kompensation för *hela* den lidna skadan och förlusten⁷.

Även inom varumärkesrätten fyller skadeståndets preventiva effekt sin funktion. Det ska inte vara lönsamt för en intrångsgörare att kalkylera med ett varumärkesintrång, dvs skadeståndssanktionen ska avhålla vederbörande från att begå intrång. Detta förutsätter dock att domstolarna i varumärkesmål dömer ut ersättningar som verkligen motsvarar den lidna skadan och förlusten som orsakats av intrånget. Ett rättsfall som kan nämnas i sammanhanget är ett fall från Svea hovrätt⁸. Här hänvisar domstolen uttryckligen till skadeståndets reparativa och preventiva funktion när det gäller beräkningen av, i detta fallet, goodwillskadan.

2.2 Uppsåt och oaktsamhet

För att skadeståndsskyldighet ska inträda krävs normalt sett att den aktuella skadan har orsakats uppsåtligen eller av oaktsamhet⁹. Detta allmänna rekvisit gäller även enligt 38§ VML, dvs intrångsgöraren ska ha gjort intrång i rättig-hetshavarens ensamrätt uppsåtligen eller åtminstone av oaktsamhet. Av 38§ VML framgår det att valet mellan uppsåt och oaktsamhet är godtyckligt, dvs rätten till skadestånd är oberoende av vilket av de båda subjektiva rekvisiten som är för handen i det enskilda fallet¹⁰. Det räcker således att varumärkes-innehavaren kan styrka oaktsamhet för att rekvisitet ska vara uppfyllt.

Vid domstolens oaktsamhetsbedömning är den grundläggande frågan i varumärkesmål huruvida den påstådde intrångsgöraren borde ha handlat på ett annat sätt. Intrångsgöraren anses normalt oaktsam om vederbörande, med normal uppmärksamhet, borde ha ägt kännedom om den aktuella varumärkesrätten. Oaktsamhet föreligger tex om någon börjar använda ett varumärke, utan att först förvissa sig om att det inte är registrerat för någon annan inom det geografiska område där varumärket ska användas¹¹.

Sammanfattningsvis kan man alltså konstatera att oaktsamhetsbedömningen i varumärkesmål går till på i princip samma sätt som inom skadeståndsrätten i övrigt.

⁷ SOU 1958:10, s. 333; prop. 1993/94:122, s. 50.

⁸ Svea hovrätt, DFT 34, FT 1431/90.

⁹ J. Hellner, A.a., s. 95, 124 f.

¹⁰ E. Karlsson, A.a., s. 373.

¹¹ E. Karlsson, A.a., s. 373 f.

2.3 Bevisbörda

En praktiskt viktig fråga i en skadeståndprocess, precis som i övriga dispositiva tvistemål, är vilken av parterna som har bevisbördan för ett visst rättsfaktum. Inom skadeståndsrätten gäller som huvudregel att den skadelidande har bevisbördan för de olika moment som tillsammans konstituerar skadeståndsskyldigheten¹². Detta innebär följaktligen att den skadelidande bla ska styrka oaktsamhet hos skadegöraren, skadans existens och omfattning, och att adekvat kausalitet föreligger.

Applicerat på skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten innebär den ovannämnda principen om bevisbördans placering att varumärkesinnehavaren har bevisbördan för de samtliga rättsfakta, som innebär att intrångsgöraren blir skadeståndsskyldig enligt 38§ VML. Detta för med sig att rättighetshavaren bla måste kunna påvisa att skada har uppkommit, omfattningen av skadan, att intrångsgöraren åtminstone har varit oaktsam, samt att adekvat kausalitet föreligger.

2.4 Adekvat kausalitet

För att skadeståndsskyldighet ska inträda räcker det inte att den skadelidande kan styrka uppsåt eller oaktsamhet hos skadegöraren. Det måste vidare föreligga sk adekvat kausalitet mellan handlingen och skadan. Detta innebär att den skadegörande handlingen ska ha orsakat skadan på ett någorlunda förut-sebart sätt. Alltför slumpmässiga följder av ett handlande utesluter sålunda skadeståndsskyldighet¹³.

Inom varumärkesrätten innebär kravet på adekvat kausalitet att intrångshandlingen ska ha orsakat rättighetshavarens skada på ett sätt som inte är alltför slumpmässigt. I ett rättsfall från Svea hovrätt¹⁴ uttalar domstolen beträffande kravet på adekvat kausalitet: ”Som tingsrätten konstaterat är den skada Maria Zalai-Schubert lidit inte slumpmässig eller opåräknelig. Den utgör en logisk följd av varumärkesintrånget och adekvat kausalitet föreligger mellan intrång och skada”.

Precis som när det gäller kravet på uppsåt och oaktsamhet, så måste kravet på adekvat kausalitet vara uppfyllt för att domstolen överhuvudtaget ska kunna behandla skadeståndsfrågan. I det ovan citerade rättsfallet behandlar domstolen kravet på adekvat kausalitet *efter* det att den redan konstaterat att skadeståndsskyldighet föreligger. Enligt min mening borde man istället, av pedagogiska skäl, ha behandlat frågan om adekvat kausalitet i samband med oaktsamhetsbedömningen, dvs *innan* man går in och gör skadeståndsberäkningen.

¹² J. Hellner, A.a., s. 144.

¹³ J. Hellner, A.a., s. 195, 203.

¹⁴ Svea hovrätt, DT 12, T 959/90.

2.5 Ren förmögenhetsskada

Ekonomiska skador, som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada benämns i skadeståndsrätten som rena förmögenhetsskador¹⁵. Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer utgår ersättning för ren förmögenhetsskada endast om den vållats genom en brottslig handling¹⁶. Finns det särskilt lagstöd kan ersättning för ren förmögenhetsskada utgå även utanför det straffbelagda området¹⁷.

Eftersom de skador som åsamkas rättighetshavaren vid ett varumärkesintrång normalt sett uppkommer utan samband med person- eller sakskada, är det således fråga om rena förmögenhetsskador. En försäljningsminskning och olika typer av goodwillskador som har uppkommit till följd av ett varumärkesintrång är då följaktligen att karaktärisera som rena förmögenhetsskador. Särskilt lagstöd för ersättning utanför det straffbelagda området¹⁸ av dessa skador finns i skadeståndsbestämmelsen i 38§ VML.

2.6 Jämkning av skadestånd

Den allmänna jämningsregeln i SkL 6:2 innebär att ett skadestånd i vissa fall kan jämkas efter en skälighetsbedömning från domstolens sida. Förutsättningen för att jämkning ska få ske enligt bestämmelsen är att skyldigheten att utge skadestånd skulle vara oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden. Vid skälighetsbedömningen ska bli den skadelidandes behov av skadestånd beaktas. Bestämmelsen är vidare tillämplig på alla typer av skador, således även på rena förmögenhetsskador. Det bör dock betonas att det krävs mycket starka skäl för att jämkning ska få ske med stöd av SkL 6:2¹⁹.

Eftersom den allmänna jämningsregeln även är tillämplig på skadeståndsskyldighet enligt speciallagstiftning, är den även tillämplig på skadeståndssanktionen i 38§ VML²⁰. Sedan den särskilda jämningsmöjligheten vid ringa oaktsamhet enligt 38§ VML försvann i och med lagreformen 1994, är således intrångsgöraren hänvisad till SkL 6:2 om jämkning av skadeståndet vill göras gällande²¹. Det krävs dock, som har påpekats ovan, mycket starka skäl för att jämkning ska tillåtas.

¹⁵ Se SkL 1:2.

¹⁶ Se SkL 2:4.

¹⁷ Se SkL 1:1.

¹⁸ Eftersom enbart uppsåtligt och grovt oaktsamt varumärkesintrång är straffbelagt enligt 37§ VML, krävs det enligt det ovan sagda särskilt lagstöd för ersättning när ett intrång begås av normalgraden av oaktsamhet.

¹⁹ J. Hellner, A.a., s. 430.

²⁰ J. Hellner, A.a., s. 430.

²¹ P.J Nordell, 1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem, NIR 1994, s. 312 f.

3 Varumärkesinnehavarens skada/förlust vid ett intrång

I detta avsnitt kommer jag översiktligt att redogöra för de skador som kan uppkomma till följd av ett intrång. Det är dock viktigt att redan här betona att de skadetyper som kommer att behandlas nedan inte är en uttömmande uppräkningslista av ersättningsgilla skador. Under förutsättning att rättighetshavaren bla kan styrka att en skada har uppkommit pga intrånget, innebär 38§ VML ingen begränsning beträffande vilka skador som kan ersättas.

3.1 Avsättningsförlust

En av de huvudsakliga skadeposterna vid ett varumärkesintrång är avsättningsförlusten för rättighetshavaren. Denna förlust omfattar både en försäljningsminskning och en, i förekommande fall, utebliven försäljningsökning pga intrånget²². En försäljningsminskning kan även föra med sig skador i form av kapitalkostnader för produktionsmedel, som pga försäljningsbortfallet inte har kunnat utnyttjas²³. Det är viktigt att betona att avsättningsförlusten hänförs sig till varumärkesinnehavarens förlust, inte till intrångsgörarens eventuella vinst pga intrånget²⁴. Skadeståndsberäkningen beträffande avsättningsförlusten tar alltså sin utgångspunkt i *rättighetshavarens* ekonomiska situation, inte i intrångsgörarens²⁵.

För att avsättningsförlusten ska vara ersättningsgill måste rättighetshavaren ha påbörjat eller åtminstone planlagt en produktion, som vederbörande inte kan avsätta så snabbt och i den utsträckning som var avsett. Vidare måste den aktuella avsättningsförlusten kunna återföras på intrångsgörarens verksamhet, tex dennes konkurrerande försäljning av sina otillåtet märkta produkter²⁶.

Frågan hur avsättningsförlusten ska beräknas kommer jag att behandla senare i framställningen (se nedan avsnitt 4.2.6.2).

3.2 Olika typer av goodwillskador

Den andra huvudsakliga skadeposten vid ett varumärkesintrång är de skador, som kan uppstå på det goda anseende som ett etablerat varumärke normalt åtnjuter. Inom varumärkesrätten är denna typ av skador, sk goodwillskador,

²² E. Karlsson, A.a., s. 377 f; M. Koktvedgaard, M. Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 423.

²³ M. Levin, Noveller i varumärkesrätt, s. 189.

²⁴ M. Koktvedgaard, M. Levin, A.a., s. 423 f.

²⁵ Se utredningens resonemang i SOU 1958:10, s. 331 f.

²⁶ M. Koktvedgaard, M. Levin, A.a., s. 423.

ofta den huvudsakliga skadan för rättighetshavaren²⁷. Dessa skador kan manifesteras sig på olika sätt. En skada på varumärkets goodwill innebär ofta att varumärket, i större eller mindre utsträckning, mister sin förmåga att generera vinst åt företaget. Denna typ av goodwillskada kan bli orsakas av att intrångsgörarens produkter är av sämre kvalitet än varumärkesinnehavarens. Detta i sin tur kan föra med sig att konsumenterna inte längre förlitar sig på det aktuella varumärket såsom en garanti för produkter av viss kvalitet och beskaffenhet²⁸.

En annan typ av goodwillskada är skador på varumärkets distinktivitet, dvs på märkets särskiljningsförmåga. Anledningen till att ett varumärkes distinktivitet försvagas eller tom utplånas är att andra näringsidkare börjar använda märket, eller förväxlingsbara märken, som beteckning för sina produkter. Rättighetshavarens varumärke, som från början kanske har varit unikt och därmed haft en hög särskiljningsförmåga, riskerar då att urvattnas och följaktligen förlora sin särskiljande förmåga²⁹. Detta kan i värsta fall leda till en degeneration av varumärket, dvs märket övergår till att bli en generisk beteckning för vissa typer av produkter³⁰.

Goodwillförluster torde ofta uppgå till betydligt högre belopp än avsättningsförluster. Skador på varumärkets goodwill är ofta långvariga eller tom beständiga, och att återetablera ett skadat varumärke kräver ofta stora marknadsföringsinsatser³¹. En försäljningsminskning däremot orsakas ofta av en otillåten varumärkesanvändning, som är *begränsad* i tiden.

3.3 Övriga skador/förluster

Förutom avsättningsförlust och olika typer av goodwillskador kan givetvis andra skador till följd av ett intrång uppstå. En tredje typ av skada som brukar nämnas är interna förluster. Det är här fråga om kostnader som varumärkesinnehavaren har haft för att kunna konstatera intrånget. Det kan då vara fråga om kostnader för laboratorieundersökningar och inköp av provexemplar av intrångsgörarens produkter. Till interna förluster räknas även kostnader för att tex informera allmänheten om intrånget, för att på så sätt motverka detta³².

Skulle andra typer av skador, som inte kan insorteras under någon av de tre ovannämnda kategorierna, uppstå utgör som jag redan nämnt 38§ VML i princip inget hinder för ersättning.

²⁷ M. Kockvedgaard, M. Levin, A.a., s. 424.

²⁸ C. Uggla, Några tankar om beräkningen av skadestånd i varumärkesmål, NIR 1988, s. 523.

²⁹ C. Uggla, A.a., s. 524; E. Karlsson, A.a., s. 381 f.

³⁰ C. Löfgren, Värdering av varumärken utifrån juridiska och ekonomiska aspekter, s. 60.

³¹ M. Kockvedgaard, M. Levin, A.a., s. 424.

³² E. Karlsson, A.a., s. 378; M. Levin, A.a., s. 190; M. Kockvedgaard, M. Levin, A.a., s. 424 f.

4 Skadeståndsberäkningen vid intrång i varumärkesrätten

4.1 Lagregleringen beträffande skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång

I detta avsnitt kommer jag att behandla den reglering som finns i lag när det gäller beräkningen av skadeståndets storlek. En intressant fråga att ställa sig i detta sammanhang är i vilken utsträckning den aktuella lagregleringen ger vägledning åt domstolen, och även parterna för den delen, när den ska beräkna skadeståndet i ett varumärkesmål. Jag kommer även kortfattat att behandla den reform av det immaterialrättsliga sanktionssystemet som trädde i kraft 1994.

4.1.1 38§ VML

Den författningsreglering som är aktuell när det gäller skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång finns i 38§ VML. Detta stadgande, i kombination med dess förarbeten, är den enda måttstocken som domstolen har att gå efter när den ska fastställa skadeståndet i ett varumärkesmål. Bestämelsen har efter 1994 följande lydelse: ”Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör varumärkesintrång skall betala skälig ersättning för utnyttjandet av varukännetecknet samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Vid bestämmande av ersättningens storlek skall hänsyn tas även till rättighetshavarens intresse av att varumärkesintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Den som utan uppsåt eller oaktsamhet gör varumärkesintrång skall betala ersättning för utnyttjandet av varukännetecknet, om och i den mån det är skäligt”.

Som framgår av ordalydelsen är bestämmelsen tämligen vagt utformad och ger följaktligen inte mycket vägledning åt domstolen vid skadeståndsberäkningen. Förarbetena till stadgandet ger dock i vissa avseenden en viss precisering och närmare vägledning när det gäller olika ersättningsgilla skadeposter, och när det gäller vilken beräkningsgrund som är rimlig i ett visst sammanhang.

I de ursprungliga förarbetena till 38§ VML³³ betonar man först och främst vikten av att domstolarna, vid uppsåtligt eller oaktsamt varumärkesintrång, dömer ut ett skadestånd som täcker *hela* den skada som rättighetshavaren

³³ Det ursprungliga stadgandet i 38§ VML, dvs den lydelse som bestämmelsen hade innan lagreformen från 1994 trädde i kraft, hade följande lydelse: ”Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör sig skyldig till varumärkesintrång skall ersätta av intrånget föranledd skada. Föreligger endast ringa oaktsamhet, må ersättningen därefter jämkas”.

har lidit pga intrånget³⁴. Här följer man således, helt naturligt, den allmänna skadeståndsrättsliga princip som säger att en skadevållare ska ersätta all den skada, som har åsamkats den skadelidande (se ovan avsnitt 2.1). Huruvida domstolarna i varumärkesmål följer förarbetenas rekommendationer att ersätta hela den uppkomna skadan är en fråga som kommer att behandlas senare i framställningen (se nedan avsnitt 4.2.6.6).

Vidare ger man i motiven till 38§ VML exempel på två centrala skadeposter som man bör beakta vid skadeståndsberäkningen, nämligen goodwillskada och försämrat försäljningsresultat³⁵. Den senare skadeposten sägs även kunna visa sig i en utebliven förväntad försäljningsökning. Utredningen betonar också givetvis att andra typer av skador än de två nämnda mycket väl kan uppkomma för varumärkesinnehavaren vid ett intrång³⁶. Det kan noteras att departementschefen inte hade några invändningar beträffande utredningens ovan redovisade resonemang när det gällde ersättningsgilla skadeposter. Däremot menade man i propositionen att principen om full ersättning vid uppsåtligt eller oaktsamt skadegörande handlande borde vid varumärkesintrång begränsas till de grövre fallen, dvs vid uppsåtligt och grovt oaktsamt intrång. Föreligger tex enbart normalgraden av oaktsamhet menar man att det ibland skulle vara oskäligt att döma ut fullt skadestånd, varför det då kan vara berättigat med jämkning³⁷. Här går således departementschefen emot den av utredningen förespråkade skadeståndsprincipen om full kompensation. Skälen för att frångå denna princip just vid skadestånd inom varumärkesrätten anges inte i propositionen, vilket enligt min mening är något märkligt.

Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet gör intrång i varumärkesrätten är enligt 38§ 1 st. 1 p. VML skyldig att betala *skälig ersättning för utnyttjandet av varukännetecknet*. I förarbetena förordar man en tolkning av uttrycket som innebär att en licensavgift, som borde ha betalats om varumärkesinnehavaren hade upplåtit licens, ska ligga till grund för beräkningen. För att få ersättning, baserad på en hypotetisk licensavgift, för utnyttjandet är det inte nödvändigt för rättighetshavaren att visa att skada har uppkommit som en följd av intrånget³⁸. Det är således fråga om en minimiregel för skadeståndets beräkning, dvs varumärkesinnehavaren är vid ett intrång alltid berättigad till en skälig ersättning för utnyttjandet, och detta oavsett om skada uppkommit eller inte. När det sedan gäller storleken av den fiktiva licensavgiften bör denna enligt förarbetena bestämmas efter beräkningsgrunder som tillämpas i licensavtal inom den aktuella branschen³⁹.

Enligt 38§ 1 st. 1 p. VML har rättighetshavaren vidare, vid uppsåtligt eller oaktsamt intrång, rätt till ersättning för *den ytterligare skada* som intrånget

³⁴ SOU 1958:10, s. 333.

³⁵ SOU 1958:10, s. 333.

³⁶ SOU 1958: 10, s. 333.

³⁷ Prop. 1960:167, s. 179.

³⁸ Prop. 1993/94: 122, s. 50, 70.

³⁹ Prop. 1993/94: 122, s. 70.

har orsakat. Det är följaktligen fråga om ersättning utöver den miniminivå som den fiktiva licensavgiften garanterar. Här krävs det emellertid att varumärkesinnehavaren kan bevisa att ytterligare skada faktiskt har uppkommit pga intrånget⁴⁰. I förarbetena till den nya lydelsen av 38§ VML ger man exempel på olika skadeposter som omfattas av ”den ytterligare skada” som rättighetshavaren, efter att ha fullgjort sin beviskyldighet, har rätt till ersättning för. Här nämns förlorade kapitalkostnader för produktionsmedel som rättighetshavaren pga intrånget inte har kunnat utnyttja, nedgång i varumärkesinnehavarens försäljning, samt uteblivna beställningar. Slutligen nämns också skador på varumärkets goodwill som ersättningsgilla⁴¹.

När domstolen bestämmer skadeståndets storlek ska den enligt 38§ 1 st. 2 p. VML även ta hänsyn till olika omständigheter *av annan än rent ekonomisk betydelse*. I lagtexten nämns uttryckligen rättighetshavarens intresse av att varumärkesrätten respekteras. I förarbetena till motsvarande stadgande i patentlagen (1967:837)⁴² ger man olika exempel på omständigheter av icke ekonomisk natur som domstolen bör beakta vid skadestandsberäkningen. Man nämner bla det fallet då rättighetshavaren befinner sig i ett ekonomiskt underläge gentemot intrångsgöraren, intrångsgörarens eventuella vinst av intrånget, graden av oaktsamhet från intrångsgörarens sida, samt intrångets varaktighet⁴³. Själva syftet med bestämmelsen om att även beakta omständigheter av icke ekonomisk natur är enligt förarbetena bla att underlätta beräkningen av ekonomisk skada⁴⁴. Om jag har förstått detta resonemang i förarbetena rätt, skulle då den ovannämnda bestämmelsen om ideellt skadestånd i 38§ 1 st. 2 p. VML komplettera bestämmelsen i 38§ 1 st. 1 p. VML om ekonomisk skada. Genom att domstolen även ges möjlighet att beakta icke ekonomiska omständigheter vid skadeståndets bestämmande, kan varumärkesinnehavaren få en tillfredsställande ersättning trots att vederbörande inte kan föra full bevisning om de olika ekonomiska skador som har uppkommit pga intrånget.

Slutligen gäller enligt 38§ 2 st. VML att den som i god tro, dvs utan uppsåt eller oaktsamhet, gör intrång i varumärkesrätten är skyldig att utge ersättning för utnyttjandet av kännetecknet, om och i den mån domstolen bedömer att det är skäligt. Enligt förarbetena bör beräkningsgrunden även här, precis som när det gäller minimiregeln i första stycket, vara en skälig licensavgift. Man betonar också att någon rätt till ersättning för annat än utnyttjandet inte föreligger i godtrofallet⁴⁵. Varumärkesinnehavaren har följaktligen inte rätt att tex få ersättning för en nedgång i sin försäljning eller för skador på varu-

⁴⁰ Prop. 1993/94: 122, s. 51.

⁴¹ Prop. 1993/94: 122, s. 70.

⁴² Eftersom den aktuella bestämmelsen i 38§ VML har sin förebild i 58§ patentlagen, kan man således inhämta vägledning i förarbetena till stadgandet i patentlagen beträffande vad som ska förstås med omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.

⁴³ Prop. 1985/86: 86, s. 44 f.

⁴⁴ Prop. 1993/94: 122, s. 52 f.

⁴⁵ Prop. 1993/94: 122, s. 71.

märkets goodwill, trots att full bevisning om dessa skadeposter kan föras fram.

Sammanfattningsvis kan man säga att 38§ VML, i kombination med dess förarbeten, ger i vissa avseenden vägledning beträffande skadeståndsberäkningen vid ett varumärkesintrång. Man ger i motiven, som jag har redogjort för ovan, exempel på vissa ersättningsgilla skadeposter, som tex olika typer av goodwillskador och nedgång i rättighetshavarens egen försäljning. Dessutom förordar man att en skälig licensavgift ska användas som beräkningsgrund för skadeståndet när domstolen ska bestämma ersättningen för utnyttjandet av varumärket enligt 38§ 1 st. 1 p. VML och andra stycket samma lagrum. Några närmare, mer konkreta, rekommendationer om hur skadeståndet ska räknas fram finns emellertid inte i förarbetena. Man redogör tex inte för hur en eventuell försäljningsförlust ska beräknas, eller hur en distinktivitetsskada ska värderas. Även om lagregleringen på vissa punkter ger riktlinjer till domstol och parter hur skadeståndsberäkningen bör gå till, är regleringen således i stor utsträckning ofullständig. För att få en klarare bild av rättsläget och hur beräkningen enligt bestämmelsen närmare går till, får man således gå till rättspraxis och söka svaren där (se nedan avsnitt 4.2).

4.1.2 40§ VML

Innan lagreformen från 1994 behandlas ska jag bara kort beröra preskriptionsbestämmelsen i 40§ VML. Även om regeln inte direkt rör skadeståndsberäkningen har den stor betydelse för rättighetshavaren när det gäller vilka skador som får göras gällande i ett varumärkesmål, och som således får läggas till grund för beräkningen.

Stadgandet i 40§ VML innebär att rättighetshavarens möjlighet till ersättning vid ett intrång är tidsbegränsad. Talan om ersättning enligt 38§ VML får nämligen bara avse skada under *de fem senaste åren innan talan väcktes*. Har talan inte väckts inom den föreskrivna tidsfristen är rätten till ersättning för aktuella skador preskriberad. Bestämmelsen sätter följaktligen press på varumärkesinnehavaren att framföra sina skadeståndsanspråk inom rimlig tid. Eftersom rättighetshavaren är angelägen om att få ett snabbt stopp på intrånget, kommer vederbörande dock förmodligen att agera tämligen om-gående efter kännedom om intrånget. Efter ett bifall på en förbudstalan enligt 37a§ VML, är det naturligt för varumärkesinnehavaren att också föra fram ett skadeståndsanspråk medan bevisning och uppgifter om skador fortfarande är färska. Femårsfristen torde följaktligen i de flesta fall enligt min mening inte medföra någon större olägenhet för rättighetshavaren.

I andra stycket i det aktuella lagrummet föreskrivs ett undantag från huvudregeln i första stycket. Femårsfristen bortfaller i de fall där talan baseras på ett intrång, som skett *före* registreringsdagen. Det krävs dock vidare att talan om ersättning väcks inom ett år från registreringsdagen⁴⁶.

⁴⁶ M. Koktvedgaard, M. Levin, A.a., s. 425.

4.1.3 1994 års lagreform

Innan jag går över till att behandla rättspraxis ska först något sägas om den lagreform, som medförde att 38§ VML fick sin nuvarande lydelse. Eftersom förarbetena till den nya lydelsen redan har behandlats när det gäller skadeståndsberäkningen (se ovan avsnitt 4.1.1), kommer här enbart bakgrunden och intentionerna bakom revisionen att summariskt behandlas.

38§ VML fick sin nuvarande lydelse den 1 juli 1994 i samband med att även det immaterialrättsliga sanktionssystemet i övrigt reformerades⁴⁷. En av huvudorsakerna till reformeringen var enligt förarbetena det ökande otillåtna kommersiella utnyttjandet av andras varumärken. I propositionen till reformen framhåller man bla: ” De avsiktliga intrången i de industriella rättigheterna och i upphovsrätterna anses ha ökat markant i världen under de senaste åren. Det kopierande som alltid förekommit, men som tidigare inte i allmänhet nödvändigtvis varit ett avsiktligt eftergörande av andras produkter på kommersiell basis har idag i stor utsträckning ersatts av en massiv professionell kopieringsverksamhet som helt baserar sig på affärsmässiga överväganden”⁴⁸. Man pekar också på den kritik som hade framförts från olika håll när det gällde de svenska sanktionsbestämmelserna inom immaterialrätten. Kritiken gick bla ut på att sanktionerna, däribland skadeståndssanktionen, inte gav det skydd åt rättighetshavaren som många andra europeiska länders lagstiftningar på området gav⁴⁹.

När det gäller skadeståndssanktionen betonar man, precis som man gjorde i de ursprungliga förarbetena till 38§ VML, skadeståndets *reparativa* funktion, dvs rättighetshavaren har rätt till *full* kompensation för sin skada vid ett intrång. Man pekar på det faktum att de skadestånd som dömts ut i rättspraxis sällan har lett till full kompensation för rättighetshavaren. Vidare anger man att de ändringar i grunderna för beräkning av skadeståndet i bla 38§ VML som reformeringen bar med sig hade till syfte att ”markera intresset av att kompensera rättighetshavaren fullt ut för varje intrång”⁵⁰.

Sammanfattningsvis kan man alltså konstatera att man i motiven till 1994 års lagreform starkt betonade varumärkesinnehavarens rätt att få full ersättning för sin skada vid ett intrång i ensamrätten. I min redovisning av rättspraxis kommer jag bla att behandla några rättsfall, som hänför sig till tiden *efter* lagreformens ikraftträdande. En intressant fråga att ställa sig i detta sammanhang är huruvida man från dessa aktuella rättsfall kan dra några slutsatser beträffande lagreformens inverkan på rättspraxis. Kan man med andra ord efter reformen urskönja en generösare inställning till varumärkesinnehavaren och den ersättning som vederbörande är berättigad till?

⁴⁷ P.J Nordell, A.a., s. 309.

⁴⁸ Prop. 1993/94: 122, s. 42 f.

⁴⁹ Prop. 1993/94: 122, s. 37.

⁵⁰ Prop. 1993/94: 122, s. 50, 53.

4.2 Rättspraxis beträffande skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång

I detta avsnitt kommer jag att behandla svenska domstolars syn på skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång. Jag kommer att redovisa ett urval av svensk rättspraxis på området. Således kommer ett antal relevanta avgöranden från Högsta domstolen, hovrätterna och tingsrätterna att redogöras för. Jag kommer enbart att behandla HD:s ställningstagande när jag redovisar NJA-fall, och hovrättens ställningstagande när jag redovisar refererade och orefererade hovrättsfall. Detta för att inte redovisningen av rättsfallen ska svälla över. Eftersom det finns så få refererade rättsfall från Högsta domstolen och hovrätterna som rör det aktuella ämnet, kommer tyngdpunkten av redovisningen av rättsfall att ligga på de orefererade hovrättsfallen. Jag kommer även att redogöra för fyra fall från Stockholms tingsrätt. Slutligen kommer jag, med doktrin och framförallt de redovisade rättsfallen som bas, att analysera och diskutera olika aspekter och problemställningar beträffande skadeståndsberäkningen.

Innan jag börjar redogöra för rättspraxis kommer jag först kortfattat att behandla den processrättsliga dispositionsprincipen och RB 35:5, och dessas betydelse i varumärkesmålen.

4.2.1 Dispositionsprincipens betydelse för tolkning och analys av varumärkesmål

När man studerar och analyserar varumärkesmål är det viktigt att ha den processrättsliga dispositionsprincipen i åtanke. Denna princip, som gäller för de dispositiva tvistemålen och som framgår av RB 17:3, innebär bl.a. att domstolen inte får tilldöma en part mera eller annat än vad denne har yrkat på. Domstolen är också förhindrad att grunda domen på andra rättsfakta än de som parten har åberopat till stöd för sin talan. Vidare är ett medgivande från svarandens sida bindande för rätten, och vardera parten är skyldig att föreläggas den bevisning som vederbörande vill att rätten ska beakta⁵¹.

Eftersom ett varumärkesmål är ett vanligt förmögenhetsrättsligt mål är det således ett dispositivt tvistemål, vilket innebär att dispositionsprincipen ska tillämpas fullt ut⁵². Detta får till följd att det är varumärkesinnehavaren och intrångsgöraren som sätter de yttre ramarna för processen. Domstolen får inte döma ut ett högre skadestånd än det som käranden har yrkat på. Vidare är rätten förhindrad att lägga andra rättsfakta till grund för sin dom än de som käranden har åberopat. Har tex varumärkesinnehavaren inte åberopat minskade försäljningsintäkter pga intrånget som en grund för skadestånds-

⁵¹ P.O Ekelöf, R. Boman, Rättegång – första häftet, s. 52.

⁵² P.O Ekelöf, R. Boman, A.a., s. 52.

yrkandet, får domstolen inte heller ta hänsyn till denna skadepost vid skadeståndsberäkningen. Det är följaktligen av stor vikt att käranden täcker in alla de tänkbara skador och förluster som vederbörande kan tänkas ha lidit som ett resultat av intrånget, och åberopar dessa i processen.

Det ovan sagda har således visat att det vid en analys av varumärkesmål är viktigt att beakta den processrättsliga dispositionsprincipen och dess innebörd. Det är tex fullt möjligt att domstolen hade gjort en annan skadeståndsberäkning om varumärkesinnehavaren hade yrkat på ett högre belopp eller åberopat andra omständigheter som stöd för sitt skadeståndsyrkande.

4.2.2 RB 35:5 och dess betydelse i varumärkesmål

Stadgandet i RB 35:5, som är en bevislätnadsregel, har fått en stor betydelse i varumärkesmål när det gäller att uppskatta storleken av åsamkade skador vid ett intrång⁵³. Bestämmelsen har följande lydelse: ”Om det är fråga om uppskattning av en inträffad skada och full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras, får rätten uppskatta skadan till skäligt belopp. Så får också ske om bevisningen kan antas medföra kostnader eller olägenheter som inte står i rimligt förhållande till skadans storlek och det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp”.

Den aktuella bestämmelsen har tillkommit för att undvika de situationer då domstolen helt ogillade ett skadeståndskrav, trots att det stod klart att skadeståndsskyldighet i sig förelåg. Anledningen till ogillandet var att käranden inte fullt ut hade lyckats bevisa skadans omfattning. Nu kan istället rätten, med stöd av RB 35:5, utdöma ett skäligt skadestånd, trots bristande bevisning från varumärkesinnehavarens sida beträffande skadans storlek⁵⁴.

En av anledningarna till att det ovannämnda stadgandet så ofta har vunnit tillämpning i varumärkesmål är att varumärkesinnehavaren ofta har betydande svårigheter att fullt ut bevisa en skadas storlek⁵⁵. Att tex föra full bevisning om en goodwillskadas storlek torde vara på gränsen till omöjligt för käranden. Domstolen kan då i dessa fall med stöd av RB 35:5 göra en sköns-mässig bedömning, och uppskatta goodwillskadan till ett skäligt belopp.

I förarbetena till varumärkeslagen berörs bevisregeln när det gäller skadeståndets storlek. Man betonar här domstolens möjlighet att med stöd av bestämmelsen utdöma ett generöst skadestånd där det bedöms som befogat. Man pekar på att det i vissa intrångssituationer kan vara berättigat att med hänvisning till den aktuella bevisregeln utdöma ”tämmligen betydande”

⁵³ Se bla NJA 1988 s. 543, där skadan, pga att någon närmare precisering av skadans storlek inte kunde krävs av varumärkesinnehavaren, uppskattades till ett skäligt belopp med stöd av RB 35:5 (se nedan avsnitt 4.2.3 för en redogörelse av rättsfallet).

⁵⁴ B. Davidsson, Skadestånd inom det industriella rättsskyddet, NIR 1979, s. 139.

⁵⁵ E. Karlsson, A.a., s. 390 f.

skade-ståndsbelopp⁵⁶. Huruvida domstolarna i varumärkesmål utnyttjar den möjlighet som ges att, med stöd av RB 35:5 och förarbetena till varumärkeslagen, döma ut befogade skadestånd som täcker hela den lidna skadan kommer jag att diskutera senare i framställningen (se nedan avsnitt 4.2.6.6).

4.2.3 Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1985 s. 194 – EF

Detta fall rörde, i relevanta delar, ett språkundervisningsföretags användning av ett annat företags varumärke, som bla var registrerat för en viss typ av kurser. Förfarandet ansågs utgöra varumärkesintrång.

Varumärkesinnehavaren yrkade på 50.000 kr. i skadestånd för intrånget. Som grund för skadeståndsyrkandet angavs minskat goodwillvärde med nämnda belopp. Någon närmare utredning om goodwillskadan och dess storlek lades inte fram i målet. Svarandebolaget vitsordade ett skadeståndsbelopp på 5.000 kr. om domstolen skulle komma fram till att skadeståndsskyldighet förelåg.

TR:n, vars dom fastställdes av HD i denna del, uppskattade goodwillskadan till 25.000 kr. Domstolen får antas ha gjort uppskattningen med stöd av RB 35:5.

NJA 1988 s. 183 – SODASTREAM

Påfyllning av kolsyra i cylindrar, som var försedda med ett annat bolags varumärke, ansågs utgöra varumärkesintrång.

Kärandebolaget, Sodastream, yrkade i första hand ersättning med två miljoner kr. ($260.000 \cdot 7 + 180.000$) och i andra hand 970.000 kr. ($113.000 \cdot 7 + 180.000$)⁵⁷. Skadan bestod enligt käranden av dels utebliven försäljningsvinst, och dels försämrad särskiljningsförmåga för varumärket SODASTREAM. Vid beräkningen av den uteblivna försäljningsvinsten åberopade käranden att svaranden återfyllt 260.000 cylindrar med en vinst på 7 kr/cylinder. Enligt en annan beräkning antogs svarandebolaget ha återfyllt 113.000 cylindrar med en vinst på 7 kr. på varje återfyllning. Skadan på varumärkets särskiljningsförmåga uppskattades av käranden till 180.000 kr. Svarandebolaget medgav att 68.000 cylindrar försedda med Sodastreams varumärke hade återfyllts under den aktuella tiden. Man vitsordade vidare 25.000 kr. som skäligt beträffande distinktivitetsskadan.

HovR:n, vars skadeståndsberäkning fastställdes av HD, ansåg sig inte kunna lägga de av käranden lämnade siffrorna till grund för beräkningen av den uteblivna försäljningsvinsten. Domstolen beräknade istället denna skada utifrån de av svarandebolaget lämnade uppgifterna. Detta innebar en uppskattning av den uteblivna försäljningsvinsten till 110.000 kr. Beträffande distinktivitetsskadan uppskattade domstolen denna till det belopp som svaranden vitsordat, dvs 25.000 kr. Detta medförde således ett sammanlagt skadestånd på 135.000 kr.

⁵⁶ SOU 1958:10, s. 333.

⁵⁷ Sodastream frånföll i HovR:n och HD sitt i TR:n framförda förstahandsyrkande.

NJA 1988 s. 543 – LEVI STRAUSS

Här handlade det om en parallellimportör, som i sin marknadsföring av jeans använde sig av Levi Strauss' världskända varumärke. HD ansåg varumärkes-intrång föreligga.

Kärandebolaget, Levi Strauss Sweden, yrkade på 148.580 kr. i skadestånd, varav 75.000 kr. angavs hänföra sig till goodwillskada och 73.580 kr. till en påstådd försäljningsförlust. Goodwillskadan motiverades med bla renomménlyftning samt risk för degeneration av varumärket. Försäljningsförlusten skulle enligt käranden beräknas utifrån svarandens, pga den otillåtna marknadsföringen, försålda antal Levijeans. Detta antal skulle sedan multipliceras med kärandens täckningsbidrag/försålt jeanspar. Svaranden hävdade att endast försäljningsförlusten var ersättningsgill och vitsordade 5.000 kr. såsom skäligt.

TR:n, vars dom i skadeståndsdelen fastställdes av HovR:n och HD, ansåg 15.000 kr vara en skälig ersättning för goodwillskadan. Det låga beloppet motiverades med att endast ett begränsat antal postkort hade utsänts vid blott ett tillfälle, samt att svaranden vitsordat ett belopp som kraftigt understeg det yrkade beloppet. Pga osäkerheten kring omfattningen av kärandens försäljningsförlust uppskattade domstolen, med stöd av RB 35:5, denna skada till 10.000 kr. 25.000 kr., av de yrkade 148.580 kr., dömdes således ut som skadestånd.

4.2.4 Rättsfall från hovrätterna

4.2.4.1 Refererade fall

RH 1990:68/NIR 1990 s. 466 – Copie-fallet

Det här hovrättsfallet rörde ett företags försäljning av piratkopior av välkända märkesvaror, däribland Dior och gucci⁵⁸. Förfarandet utgjorde intrång i de berörda varumärkesrätterna.

Dior yrkade på ersättning med 200.000 kr., och Gucci med 24.000 kr. Någon utredning om de påstådda lidna skadorna, tex en eventuell försäljningsminskning, lades inte fram av de båda kärandebolagen. Svarandebolaget bestred skadeståndsskyldighet och hävdade att någon skada för kärandebolagen inte hade uppkommit.

TR:n, vars dom fastställdes av HovR:n, dömdes ut ett skadestånd på 5.000 kr. till vardera av de båda kärandebolagen. Någon skada i form av försäljningsminskning pga intrånget ansågs inte föreligga. Däremot ansåg domstolen att båda bolagen hade lidit skada i form av en mindre minskning av varumärkenas särskiljningsförmåga. Denna skada uppskattades till 5.000 kr. per kärandebolag.

⁵⁸ Fler åtalade/svaranden och varumärkesinnehavare var inblandade i målet. Av utrymmesskäl har jag dock valt att enbart behandla ett svarandebolag och två rättighetshavare.

RH 1991:31 – Dior

Även detta fall rörde försäljning av piratkopior, i detta fallet av Diors välkända märkesvaror. Varumärkesintrång konstaterades.

Käranden yrkade i första hand på ersättning med 68.000 kr., varav 53.000 kr. belöpte på minskad försäljning och 15.000 kr. på goodwillskada. I andra hand yrkades ett skadestånd om 46.600 kr., vilket förutom goodwillskadan på 15.000 kr. motsvarade svarandens vinst på försäljningen, som uppgick till 31.600 kr. Beträffande förstahandsyrkandet och försäljningsminskningen grundade käranden beräkningen på det belopp som svarandens försäljning av kopiorna uppgick till, dvs 35.775 kr. Detta belopp multiplicerades sedan med priset på Diors originalvara, vilket bedömdes vara ca. fem gånger högre än kopians. Detta medförde då enligt käranden en minskad omsättning på drygt 178.000 kr. Med en vinstmarginal på 30% uppgick försäljningsminskningen då till 53.000 kr. När det gällde andrahandsyrkandet och svarandens obehöriga vinst kom käranden, efter avdrag för svarandens kostnader för försäljningen, fram till en sammanlagd obehörig vinst om ca. 31.600 kr. Good-willskadan på 15.000 kr. i de båda yrkandena motsvarade enligt Dior ca. 0,15 promille av varumärkets värde. Svaranden invände mot kärandens båda beräkningar och vitsordade överhuvudtaget inget belopp som skäligt.

HovR:n ansåg att kärandens beräkningar om försäljningsminskning och obehörig vinst inte kunde användas som grund för skadestandsberäkningen. Domstolen uppskattade istället den sammanlagda skadan för Dior till 15.000 kr. Skadeståndet hänförde sig huvudsakligen till den goodwillskada, som hade uppkommit genom marknadsföring av de falska varorna. Kärandens ersättning för försäljningsminskningen sades bara utgöra en liten del av de utdömda 15.000 kr.

RH 1994:111 – Cartier

Försäljning av piratkopior av märkesuret Cartier bedömdes av HovR:n som varumärkesintrång.

Kärandebolaget yrkade att svaranden skulle utge ett skadestånd på 34.400 kr., som motsvarade det då gällande basbeloppet. Som grund för yrkandet åberopades ett mellan parterna träffat förlikningsavtal. Enligt avtalet, som hade sin grund i att svaranden redan tidigare hade begått intrång i Cartiers ensamrätt, skulle svaranden vid eventuella framtida intrång ersätta Cartier för den uppkomna skadan. Ersättningen skulle enligt avtalet anses uppgå till minst det gällande basbeloppet. Som ytterligare stöd för skadestandsyrkandet åberopades skador på Cartiers goodwill. Svaranden bestred yrkandet under åberopande att kärandens krav på skadestånd var orimligt, samt oförmåga att betala.

Huvudfrågan i HovR:n var huruvida det i avtalet stipulerade skadeståndet var oskäligt högt. Domstolen konstaterade först att man i tidigare likartade piratfall dömt ut skadestånd på 3.000 kr. Det yrkade beloppet på 34.400 kr. kunde då framstå som orimligt högt. Domstolen betonade dock att man får räkna med ”en betydande spännvidd” mellan olika uppskattningar av lidna skador utan att någon av uppskattningarna nödvändigtvis behöver vara oskälig. Med hänsyn till detta, och att svaranden frivilligt hade ingått ett för-

likningsavtal som innehöll ett normerat skadestånd, ansåg HovR:n att det yrkade skadeståndet inte var oskäligt högt. Någon jämkning enligt SkL 6:2 pga svarandens ekonomiska förhållanden kunde enligt domstolen inte komma ifråga.

4.2.4.2 Orefereerade fall

Svea hovrätt, DT 12, T 959/90

Detta rättsfall rörde en kommuns användning av en beteckning för verksamhet inom underhållningsområdet. Då den aktuella beteckningen var förväxlingsbar med ett redan registrerat varumärke inom samma område, dvs underhållningsbranschen, utgjorde kommunens användning varumärkesintrång.

Käranden krävde ett skadestånd på 110.000 kr., varav 60.000 kr. avsåg bortfall av artistgage, 40.000 kr. goodwillskada och slutligen 10.000 kr. ersättning för kostnader för olika reparativa åtgärder pga intrånget. Bortfallet av artistgaget grundade sig enligt käranden på att hon hade gått miste om 40 föreställningar pga intrånget. Det genomsnittliga gaget var 1500 kr./föreställning, dvs ett sammanlagt bortfall om 60.000 kr. Som beräkningsmetod för goodwillskadans storlek åberopade käranden varumärkets värde, vilket uppskattades till fem miljoner kr. Skadan uppskattades sedan till ca. en procent av detta värde, dvs ca. 40.000 kr. Svaranden bestred käromålet och de yrkade beloppen, men vitsordade nettogaget/föreställning som skäligt, dvs 1.500 kr.

HovR:n dömde ut ett sammanlagt skadestånd på 40.000 kr. Pga osäkerhet beträffande antalet uteblivna föreställningar uppskattade domstolen med stöd av RB 35:5 skadan, i form av bortfallet av artistgaget, till 30.000 kr. Vidare dömde rätten ut 5.000 kr. som ersättning för kärandens reparativa åtgärder. Även denna skada uppskattades med stöd av RB 35:5. HovR:n ansåg slutligen att det aktuella varumärkets renommé hade skadats pga intrånget. Denna goodwillskada uppskattades till 5.000 kr. Av det yrkade skadeståndet på 110.000 kr. dömdes således 40.000 kr. ut som ersättning för intrånget.

Svea hovrätt, DFT 34, FT 1431/90

Försäljning av piratkopior av märkesuret Cartier bedömdes som varumärkesintrång.

Käranden yrkade 6.000 kr. i skadestånd. Skadan bestod enligt Cartier dels av goodwillskada i form av försämring av särskiljningsförmågan och risk för degeneration, och dels av försäljningsförluster genom att kunder köpte andra märkesur istället för Cartierklockorna. Någon specifik utredning beträffande försäljningsförlusterna lades inte fram av käranden. När det gällde goodwillskadan åberopades bla kostnaderna, som Cartier hade lagt ned på reklam och andra marknadsföringsåtgärder beträffande varumärket. Svaranden medgav ett symboliskt skadestånd på 1.000 kr., och hävdade vidare att den olovliga försäljningen av piratkopiorna, i förhållande till Cartiers totala försäljningsomsättning av klockorna, inte fört med sig någon mätbar skada för käranden.

HovR:n dömde ut det av käranden yrkade beloppet, dvs 6.000 kr. I sina domskäl började domstolen med att konstatera att beräkning av skadeståndet utifrån kärandens uteblivna försäljningsvinst eller intrångsgörarens vinst inte var någon bra beräkningsmetod. Detta pga bevissvårigheter beträffande bla den adekvata kausaliteten. Beträffande goodwillskadans omfattning nämnde domstolen ett antal omständigheter, som var avgörande för skadeståndets storlek, bla hur försäljningen av piratkopior gick till, samt hur länge försäljningen pågick. HovR:n uppskattade goodwillskadan till 6.000 kr.

Svea hovrätt, DT 14, T 419/92

Även detta hovrättsfall rörde försäljning av piratkopior, denna gången av märkesuret Rolex. Varumärkesintrång förelåg.

Rolex krävde ersättning med 20.000 kr. pga den olovliga försäljningen. Som grund för yrkandet åberopades att varumärkets goodwill hade skadats. Det faktum att den olovliga försäljningen hade ägt rum vid ett etablerat försäljningsställe, och att det var fråga om upprepade försäljningar borde enligt käranden inverka på bedömningen av goodwillskadans storlek. Pga bevissvårigheter åberopades RB 35:5. Svaranden bestred skadeståndsskyldighet.

HovR:n dömde ut 3.000 kr. i skadestånd. Precis som i det föregående redovisade hovrättsfallet betonade domstolen de omständigheter som var bestämmande för goodwillskadans storlek, bla hur försäljningen gick till och hur länge den pågick. Pga den korta tidsrymd under vilken försäljningen pågick, och att antalet otillåtet märkta Rolex-klockor inte var osedvanligt stort, förslog det enligt HovR:n med det ovannämnda skadeståndet.

Svea hovrätt, DT 49, T 416/95

Här hade ett företag sålt falska golfklubbor märkta med det företags varumärke som tillverkade de äkta klubborna. Försäljningen utgjorde varumärkesintrång.

Käranden yrkade på 83.525 kr. i skadestånd, varav 8.525 kr. hänförde sig till förlorad handelsvinst och 75.000 kr. till förlorad goodwill. Beträffande den förlorade handelsvinsten hävdade käranden att svarandens försäljning medfört att kärandebolagets försäljning minskat i motsvarande mån. Svarandebolagets kunder skulle nämligen varit beredda att köpa originalklubborna om de hade känt till att de köpta klubborna var plagiat. När det gällde goodwillskadan, vilken av käranden uppgavs vara den stora skadan, åberopades bla varumärkets funktion som garanti för kvalité och kommersiellt ursprung, och de kostnader för att uppnå denna status. Goodwillskadan uppskattades av käranden till ett skäligt belopp, närmare bestämt 75.000 kr. Svaranden kunde inte vitsorda något belopp som skäligt. Man kunde tex inte bara utgå ifrån att svarandebolagets kunder hade valt att köpa de äkta golfkubborna till ett högre pris.

HovR:n bestämde, med hänvisning till RB 35:5, skadeståndet till 50.000 kr. Någon motivering till det utdömda skadeståndet lämnades inte av domstolen.

Svea hovrätt, DT 32, T 78-97

Detta numera välkända rättsfall rörde ett företags användning av ett med det kända varumärket ABSOLUT förväxlingsbart varukännetecken. Intrång i ensamrätten till varumärket konstaterades.

Käranden yrkade på ersättning med en miljon kr. avseende skäligt vederlag för utnyttjandet av varumärket. Vidare yrkades på skadestånd med fyra miljoner kr. avseende ytterligare lidna skador⁵⁹. Som grund för den yrkade ersättningen för utnyttjandet av varumärket åberopades en fiktiv licensavgift på 2-4 % av svarandebolagets försäljning under den aktuella tiden. Eftersom försäljningen uppskattades till ca. 37 miljoner kr. blev den tänkta licensavgiften 740.000-1.480.000 kr. En miljon kr. ansågs då som skäligt. Beträffande skadeståndet på fyra miljoner kr. åberopade käranden att goodwillskada uppkommit pga intrånget. Goodwillskadans omfattning skulle enligt käranden bestämmas utifrån den fördel som svarandebolaget i sin försäljning hade dragit av användningen av det förväxlingsbara varumärket. Svaranden förklarade sig inte kunna vitsorda de yrkade beloppen som skäliga. Vidare hävdade man bla att svarandens försäljningsökning inte hade medfört någon goodwillskada för kärandebolaget.

HovR:n dömde ut ett skadestånd på två miljoner kr. Beträffande ersättningen för utnyttjandet av varumärket godtog domstolen kärandens skadeståndsberäkning och det yrkade beloppet på en miljon kr. När det sedan gällde den påstådda goodwillskadan uppskattade HovR:n, pga att särskild bevisning om skadans omfattning inte hade lagts fram i målet, denna till en miljon kr. Domstolen hänvisade här till att goodwillskadan hade uppkommit genom att varumärket hade urvattnats.

Göta hovrätt, T 319/98

Detta rättsfall från Göta hovrätt⁶⁰ rörde ett företags försäljning av Levi´s-jeans, som hade parallellimporterats till Sverige. I samband med butiksförsäljningen hade företaget bla satt upp skyltar, som visade upp Levi´s varumärken. Förfarandet utgjorde varumärkesintrång.

Levi Strauss yrkade dels på ersättning med 180.000 kr. för utnyttjandet av varumärket, och dels på skadestånd med 300.000 kr. För beräkningen av ersättningen för utnyttjandet åberopades en hypotetisk licensavgift på 3 % beräknad på en omsättning för svaranden på sex miljoner kr./år. Denna omsättning avsåg inte bara svarandens försäljning av Levi´s-jeans, utan den totala årsomsättningen hos företaget. Det yrkade skadeståndsbeloppet på 300.000 kr. avsåg skador på varumärkenas goodwill. Bla åberopades förlorad distinktivitet hos varumärkena. Någon specifik skadeståndsberäkning beträffande goodwillskadans storlek lades inte fram, utan RB 35:5 åberopades. Svaranden bestred skadeståndsyrkandet, men vitsordade 8.000 kr. såsom skälig ersättning för utnyttjandet av varumärkena. Som grund för beräkningen angavs en tänkt licensavgift på 3 % på svarandens omsättning av Levi´s-jeans, dvs ca. 340.000 kr.

⁵⁹ Observera att detta rättsfall hänför sig till tiden *efter* 1994 års lagreform, vilken bla ledde till att 38§ VML fick sin nuvarande lydelse.

⁶⁰ Dom avkunnades den 3 september 1999. Även detta rättsfall avgjordes således enligt den nya lydelsen av 38§ VML.

HovR:n dömde ut ersättning för utnyttjandet med 8.000 kr. och ett skadestånd på 100.000 kr. Beträffande ersättningen för utnyttjandet godtog domstolen svarandebolagets skadeståndsberäkning. När det gällde skadeståndsbeloppet uppskattade HovR:n goodwillskadans storlek med stöd av RB 35:5. Hänsyn skulle då enligt domstolen bli tas till att intrånget hade pågått under en relativt lång tid, och att ett stort antal personer hade haft möjlighet att beskåda skyltarna.

4.2.5 Rättsfall från tingsrätterna

Stockholms tingsrätt, DT 375, T 7-396-87

Här hade företaget Ericsson begått varumärkesintrång genom att för en av sina mobiltelefoner använda ett varumärke som var identiskt med ett annat företags näringskännetecken.

Käranden, Hot Line Electronics AB, yrkade på 30 miljoner kr. i skadestånd. Som grund för yrkandet åberopades distinktivitetsskada, och att ett återställande av särskiljningsförmågan skulle kosta käranden hundratals miljoner kr. Skadeståndet skulle enligt Electronics beräknas utifrån en hypotetisk licensavgift om 5 % på Ericssons årsomsättning på mobiltelefonområdet. Ericsson vitsordade 10.000 kr. såsom skäligt skadeståndsbelopp.

TR:n ansåg att distinktivitetsskada hade uppkommit pga Ericssons intrång. Vidare ansåg domstolen att skada hade uppkommit i form av kostnader för det merarbete som förväxlingen mellan kännetecknen hade medfört. TR:n uppskattade med stöd av RB 35:5 den sammanlagda skadan till en miljon kr.

Stockholms tingsrätt, DT 411, T 7-405-93

Detta rättsfall rörde försäljning av en piratkopia av märkesuret CARTIER. Varumärkesintrång konstaterades.

Cartier yrkade att domstolen skulle förplikta svaranden att utge skadestånd med 75.000 kr. Som grund för skadeståndsyrkandet åberopades, såvitt jag har tolkat kärandens talan, goodwillskada. Någon beräkning av skadeståndets storlek åberopades inte av käranden. Man hävdade dock att det faktum att klockkopian saluhållits hos ett seriöst företag medförde att goodwillskadan blev större än om försäljningen tex hade ägt rum på en gata. Detta eftersom även köpare av äkta Cartier-klockor kunde tänkas handla hos svarandebolaget. Svaranden förklarade sig inte kunna vitsorda skadeståndsbeloppet såsom skäligt.

TR:n dömde ut ett skadestånd på 40.000 kr., och hänvisade i sammanhanget till RB 35:5. Domstolen godtog vid uppskattningen av goodwillskadans storlek inte kärandens argument beträffande det sätt på vilket saluhållandet skett. Däremot beaktade man svarandens påstående om att utbudandet omedelbart hade upphört om Cartier hade påtalat saken för svarandebolaget.

Stockholms tingsrätt, DT 340, T 7-855-92

Detta fall rörde ett företags användning av ett varumärke för sina saluförda bestick. Eftersom varumärket redan var registrerat på ett annat företag utgjorde förfarandet varumärkesintrång.

Kärandebolaget krävde skadestånd med 100.000 kr. Någon särskild grund för yrkandet åberopades inte uttryckligen av kärandebolaget. Förmodligen får man tolkningsvis anta att det rörde sig om någon form av goodwillskada. Svaranden medgav ett belopp om 720 kr. såsom skäligt skadestånd.

TR:n dömde ut det yrkade skadeståndet på 100.000 kr. Eftersom den lidna skadan enligt domstolen både var svår att beräkna och svår att bevisa, uppskattade man skadeståndet till ett skäligt belopp enligt RB 35:5.

Stockholms tingsrätt, T 1435-99⁶¹

Detta rättsfall rörde ett bolags användning av ett varumärke för sina tjänster. Tjänsterna bestod i tillhandahållande av annonser i olika morgontidningar. Det aktuella kännetecknet ansågs vara förväxlingsbart med ett av en stiftelse inarbetat varumärke, och varumärkesintrång förelåg således.

Käranden yrkade på 3.500.000 kr., varav 500.000 kr. avsåg skälig ersättning för utnyttjandet av varumärket. Det resterande beloppet hänförde sig till den ytterligare skada som intrånget hade medfört. När det först gällde beräkningen av ersättningen för utnyttjandet ansåg inte käranden att en hypotetisk licensavgift kunde användas som beräkningsgrund. Anledningen till detta sades vara att man inte tillämpade något system med bestämda licensavgifter. Istället förordades en beräkning som grundade sig på det mervärde för svaranden som annonsen i Dagens Nyheter, där intrånget bl.a. hade begåtts, hade medfört. Detta mervärde skulle då anses motsvara skälig ersättning för utnyttjandet. Man tittade bl.a. på hur många personer som kunde antas ha påverkats av annonsen. Skadeståndet på tre miljoner kr. grundade sig på goodwillskador i form av bl.a. skador på varumärkets särskiljningsförmåga. Beräkningen av goodwillskadan skulle utgå ifrån vad det skulle kosta att återställa varumärkets värde efter skadorna som stiftelsen åsamkats genom annonsen. Pga att varumärket genom annonsen allvarligt hade förvanskats skulle det krävas en omfattande motkampanj genom olika marknadsföringsåtgärder för att återställa varumärkets anseende. Dessa åtgärder uppskattades av käranden till tre miljoner kr., vilket motsvarade kostnaden för en annons/månad under ett år. Svaranden vitsordade 40.000 kr. som skälig ersättning för utnyttjandet, men vitsordade överhuvudtaget inget belopp som skäligt beträffande ersättningen för den ytterligare skada som intrånget hade medfört. Beträffande ersättningen för utnyttjandet förordade svaranden istället att en hypotetisk licensavgift skulle användas som beräkningsgrund.

TR:n dömde ut ett sammanlagt belopp på 470.000 kr., varav 210.000 kr. hänförde sig till ersättningen för utnyttjandet och resterande 260.000 kr. för åsamkade goodwillskador. Beträffande skadeståndet för goodwillskadorna ansåg sig inte domstolen kunna lägga den av käranden förespråkade be-

⁶¹ Dom avkunnades så sent som den 27 oktober 2000.

räkningsmetoden till grund för skadeståndsberäkningen. Skadan uppskattades istället med stöd av RB 35:5.

4.2.6 Analys och slutsatser av rättspraxis

4.2.6.1 Ersättningsgilla skador

Som tidigare har framgått av framställningen utgår man i förarbetena till 38§ VML ifrån att det finns två huvudkategorier av skador, som kan uppkomma till följd av ett varumärkesintrång (se ovan avsnitt 4.1.1). Den ena är goodwillskada och den andra försämrat försäljningsresultat. Den senare kategorin sägs även kunna innefatta en utebliven förväntad försäljningsökning. Av min ovan redovisade rättspraxis framgår det att samtliga skadeståndsyrkanden innefattar krav på ersättning för åtminstone en av de ovannämnda skade-posterna.

En intressant fråga i sammanhanget är huruvida man av redovisad rättspraxis kan urskilja ytterligare skadeposter, som domstolarna har ansett vara ersättningsgilla. I rättsfallet Svea hovrätt, DT 12, T 959/90, yrkade käranden ersättning för kostnader för olika reparativa åtgärder, som hade vidtagits för att begränsa skadeverkningarna av intrånget. Det var bla fråga om telefonsamtal och brev, där hon hade informerat arrangörer om det aktuella varumärkesintrånget. Detta hade hon, förutom kostnader för själva breven och telefonsamtalen, lagt ned ett visst antal timmar på och därmed förlorat en viss arbetstid. HovR:n godtog kärandens resonemang och dömde ut ersättning för de angivna reparativa åtgärderna. Ett annat rättsfall, där krav på ersättning för liknande kostnader framfördes, är ett fall från Stockholms tingsrätt, DT 375, T 7-396-87. Även här var det fråga om kostnader i form av det merarbete som varumärkesintrånget hade orsakat käranden. Det var bla fråga om kostnader för information till olika kunder. Domstolen ansåg att skade-posten var ersättningsgill enligt 38§ VML.

De skador, som domstolarna i de två ovannämnda rättsfallen har ansett vara ersättningsgilla, brukar i doktrinen hänföras till en tredje kategori av skador, nämligen interna skador/förluster. Förutom olika kostnader som rättighets-havaren har haft för att kunna konstatera intrånget, rör det sig just om kostnader för att motverka och begränsa skadeeffekterna av ett intrång.

Som jag redan tidigare har konstaterat finns det enligt min mening ingen begränsning beträffande de ekonomiska skador som är ersättningsgilla enligt 38§ VML. Så länge varumärkesinnehavaren bara lyckas styrka skadans existens, uppsåt eller oaktsamhet samt adekvat kausalitet, faller skadan in under 38§ VML och är således ersättningsgill. Å andra sidan torde väl de flesta av

de skador som kan uppkomma pga ett varumärkesintrång kunna hänföras till någon av de tre nämnda skadekategorierna.

De ersättningsgilla skador som hittills har diskuterats i detta avsnitt är skador som ersätts enligt 38§ 1 st.1 p. VML som ”den ytterligare skada som intrånget har medfört”. Som tidigare har framgått i framställningen (se ovan avsnitt 4.1.1) har rättighetshavaren även rätt till en skälig ersättning för utnyttjandet av varumärket. Också detta följer av 38§ 1 st.1 p. VML. I de redovisade rättsfall, där den nya lydelsen av 38§ VML har varit tillämplig, har yrkande på ersättning för utnyttjandet av varumärket framförts (se Svea hovrätt, DT 32, T 78-97, Göta hovrätt, T 319/98 samt Stockholms tingsrätt, T 1435-99). Eftersom det för ersättning för utnyttjandet inte krävs att skada faktiskt har uppkommit, behöver rättighetshavaren således endast styrka upp-såt eller oaktsamhet hos intrångsgöraren för att ersättning ska utgå.

När det slutligen gäller de två huvudsakliga skadeposterna, nämligen goodwillskada och försämrat försäljningsresultat, är det intressant att fråga sig hur domstolarna ställer sig till kärandens yrkanden på ersättning för dessa båda poster. Av min redovisade rättspraxis kan man först och främst dra den slut-satsen att goodwillskada tveklöst utgör den skadepost som förekommer mest frekvent bland yrkanden och utdömda skadestånd. En av orsakerna till detta torde vara det faktum att goodwillskador faktiskt utgör den huvudsakliga skadeposten för varumärkesinnehavaren vid ett intrång⁶². En annan orsak är enligt min mening att domstolarna verkar ha en tendens att bedöma kärandens framlagda utredning beträffande skadans existens mildare när det gäller goodwillskador än när det gäller försämrat försäljningsresultat. Det finns flera exempel på fall där domstolen, på grundval av knapphändig eller tom obefintlig utredning från kärandens sida, för lättvindigt har konstaterat att goodwillskada har uppkommit pga intrånget (se bla NJA 1985 s. 194, NJA 1988 s. 183, Stockholms tingsrätt, DT 340, T 7-855-92). När det däremot gäller skadeposten försämrat försäljningsresultat har domstolarnas bedömningar ofta varit strängare. I hovrättsfallet RH 1991:31 konstaterade dom-stolen beträffande kärandebolagets utredning när det gällde det försämrade försäljningsresultatet: ”Hovrätten, som inte anser att Diors beräkningar om utebliven handelsvinst eller om obehörig vinst för intrångsgöraren kan läggas till grund för beräkningen av skadeståndets storlek, uppskattar den samman-lagda skadan för Dior till 15.000 kr., huvudsakligen att hänföra till den good-willskada som uppkommit genom annonseringen” (se även RH 1990:68).

Det finns säkert fler tänkbara förklaringar än de två som jag har redogjort för till varför goodwillskadorna utgör den vanligast förekommande skadeposten i varumärkesmål. Att goodwillskadorna faktiskt är den dominerande kategorin av skador råder det dock ingen tvekan om, vilket min redovisade rättspraxis har visat.

⁶² M. Kockvedgaard, M. Levin, A.a., s. 424.

4.2.6.2 Principer och beräkningsmetoder för skadeståndsberäkningen

Lagregleringen i 38§ VML och dess förarbeten ger, som jag redan tidigare har konstaterat, ingen större vägledning för domstolen och parterna när det

gäller skadeståndsberäkningen (se ovan avsnitt 4.1.1). Några konkreta metoder för att beräkna olika skadeposter anges inte i förarbetena. I detta avsnitt ska därför undersökas huruvida man av rättspraxis kan få en klarare bild av rättsläget när det gäller skadeståndsberäkningen.

När det först och främst gäller beräkningen av en eventuell *försäljningsminskning* pga ett intrång, ger främst ett av mina tre NJA-fall viss vägledning i frågan, nämligen NJA 1988 s. 183. I detta rättsfall utgick käranden i sin beräkning av försäljningsförlusten ifrån det antal enheter som svaranden sålt, samt vinsten som vederbörande gjort på varje enhet. Kärandebolaget antog sedan helt enkelt att svarandens vinst på antalet sålda enheter motsvarade kärandebolagets försäljningsminskning. HD godtog själva beräkningsmetoden men lade, pga otillräcklig utredning från kärandens sida, istället svarandens uppgifter om antalet sålda enheter och vinst per såld enhet till grund för skadeståndsberäkningen. Det kan noteras att en liknande beräkning av försäljningsförlusten förordades av käranden i NJA 1988 s. 543. Här utgick man dock ifrån kärandens vinst per enhet, och inte som i NJA 1988 s.183 svarandens vinst. HD godtog emellertid inte, pga för osäkra uppgifter från kärandens sida när det gällde skadans storlek, den förordade beräkningen. Eftersom *svaranden* i detta fallet inte hade lagt fram några alternativa uppgifter om sålda enheter och vinst, var domstolen hänvisad till RB 35:5 vid uppskattningen av skadans storlek. I NJA 1988 s. 183 kunde HD däremot beräkna skadan med hjälp av kärandens framlagda beräkningsmetod, trots att de uppgifter om sålda enheter och vinst som åberopades av rättighetshavaren enligt domstolen var för osäkra för att kunna läggas till grund för beräkningen. Här hade man nämligen svarandens alternativa uppgifter om försäljningsminskningen att falla tillbaka på.

NJA 1988 s. 183 är intressant i den bemärkelsen att HD faktiskt godkände den av käranden förespråkade beräkningsmetoden beträffande försäljningsminskningen. Visserligen kan prejudikatvärdet av rättsfallet diskuteras, särskilt med tanke på att HovR:n i rättsfallet RH 1991:31 inte ansåg sig kunna lägga kärandens beräkning beträffande försäljningsminskningen till grund för skadeståndets storlek. Även här antog kärandebolaget, precis som i NJA 1988 s.183, att svarandens antal sålda enheter motsvarade kärandens antal icke sålda enheter pga intrånget. Trots detta har enligt min mening HD-fallet ett visst värde som prejudikat. Värdet ligger i att HD godtog den aktuella beräkningsmetoden i sig, även om man lade andra uppgifter än de som käranden hade åberopat till grund för beräkningen. Att domstolarna i

NJA 1988 s. 543 och RH 1991:31 inte godtog den aktuella beräkningsmetoden, kan bla bero på att det i dessa fallen inte fanns några alternativa uppgifter från svarandens sida beträffande försäljningsminskningen att lägga till grund för skadeståndsberäkningen. Detta fanns däremot, som jag har nämnt ovan, i NJA 1988 s. 183. När det gäller RH 1991:31 tyder enligt min mening formuleringen i domskälen⁶³ på att HovR:n inte förkastar den aktuella beräkningsmetoden i sig, utan endast att man anser att de åberopade uppgifterna är för osäkra för att läggas till grund för beräkningen. Under förutsättning att rättighetshavaren kan lägga fram en tillräckligt stark och trovärdig utredning beträffande svarandens försäljningsvinst och sin egen försäljningsförlust, är det således mycket troligt att HD även i fortsättningen, och förhoppningsvis även underinstanserna, godtar den beräkningsmetod som lades fram i NJA 1988 s. 183. Att hävda att det är fråga om en fast etablerad beräkningsmetod skulle dock, i avsaknad av ytterligare rättspraxis som stödjer metoden, vara en alltför drastisk slutsats av HD-fallet.

Problemet, som jag ser det, med den ovan redovisade beräkningsmetoden är att den bygger på alltför osäkra premisser. Att utgå ifrån att rättighetshavaren hypotetiskt sett hade kunnat sälja lika många enheter som intrångsgöraren faktiskt har sålt väcker onekligen en hel del betänkligheter. Det kan tex förhålla sig så att intrångsgöraren, vilket väl ofta torde vara fallet, säljer sina varor till lägre pris än vad varumärkesinnehavaren gör, och därmed säljer fler enheter än vad käranden skulle ha gjort. Redan det sagda visar således att påståendet att svarandens antal sålda enheter motsvarar kärandens antal icke sålda enheter är högst hypotetiskt och osäkert. Denna kritik delas av jurist Bo Bengtsson på advokatbyrån Ström & Gulliksson i Malmö⁶⁴. Att vid beräkningen av kärandens försäljningsminskning utgå ifrån hur mycket svaranden har sålt för enligt Bo Bengtsson med sig stora bevisproblem. Enligt honom medför bla kravet på adekvat kausalitet stora problem för käranden när det gäller att bevisa orsakssambandet mellan svarandens försäljningsvinst och kärandens försäljningsförlust⁶⁵.

Även om den aktuella beräkningsmetoden följaktligen är behäftad med stora brister, finns det enligt min mening inga alternativa metoder som är bättre. Att tex beräkna rättighetshavarens försäljningsförlust utifrån en jämförelse med vederbörandes tidigare försäljningsresultat skulle förmodligen leda till ännu mera osäkra och lösa antaganden. Att som varumärkesinnehavare enbart åberopa RB 35:5 och låta domstolen göra en skönsässig uppskattning av den påstådda försäljningsminskningen är enligt min mening inte heller att rekommendera. Uppskattning av skador med stöd av RB 35:5 riskerar, av naturliga skäl, alltid att bli godtycklig.

⁶³ Se s. 95 2 st. i referatet.

⁶⁴ För att få en praktikers syn på en del av de problem- och frågeställningar som jag har tog jag kontakt med jurist Bo Bengtsson, som bla arbetar med varumärkesrätt.

⁶⁵ Samtal med Bo Bengtsson den 20 september 2000.

När det gäller beräkningen av kärandens försäljningsförlust kan det avslutningsvis konstateras att någon alternativ beräkningsmetod till den som bla finns i NJA 1988 s.183 inte går att finna i något av mina redovisade rättsfall.

När det sedan gäller beräkningen av storleken av en *goodwillskada*, är det enligt min mening fråga om ännu mer osäkra och hypotetiska skadestandsberäkningar än när det gäller beräkningen av en försäljningsförlust. Av min redovisade rättspraxis framgår det också att det just är vid goodwillskadorna som RB 35:5 har åberopats mest frekvent av parter och domstolar. Det blir följaktligen här fråga om grova uppskattningar av inträffade skador.

Av de rättsfall som jag har studerat framgår det att olika typer av beräkningsmetoder har åberopats av rättighetshavaren för att styrka goodwillskadans storlek. Ibland är det dock inte ens fråga om egentliga beräkningsmetoder, utan käranden nöjer sig med att åberopa olika sakförhållanden för att motivera det yrkade skadeståndet. Exempel på denna typ av argumentation finner man i många av de redovisade rättsfallen. I rättsfallet från Göta hovrätt, T 319/98, åberopade käranden som stöd för goodwillskadans storlek bla den tid, under vilken intrånget hade pågått. Andra faktorer som enligt käranden skulle beaktas vid skadestandsberäkningen var de aktuella skyltarnas storlek, samt hur många kunder som kunde tänkas ha beskådat skyltarna. Sedan lät man helt enkelt domstolen, med de åberopade faktorerna som bas, göra en uppskattning av goodwillskadans storlek med stöd av bevisregeln i RB 35:5 (för en liknande argumentation av parter och domstolar, se även bla NJA 1988 s. 543, Svea hovrätt, DT 12, T 959/90, och Svea hovrätt, DT 14, T 419/92). Här är det alltså fråga om fall där käranden, förmodligen medvetet, utnyttjar RB 35:5 vid beräkningen av goodwillskadans storlek. Som hjälpmedel använder man, som jag redogjort för ovan, olika åberopade omständigheter som då ska verka höjande på skadeståndet.

En något mer konkret, eller snarare en mindre abstrakt, skadestandsberäkning beträffande goodwillskadan finner man i RH 1991:31. Här förordade rättighetshavaren en beräkning som gick ut på att goodwillskadan skulle motsvara en viss promillesats av varumärkets värde. Här har man således, till skillnad från i de föregående rättsfallen, kopplat beräkningen till ett visst konkret värde, nämligen varumärkets ekonomiska värde. Inte heller här kommer man dock enligt min mening ifrån det faktum att det blir fråga om grova uppskattningar av storleken av inträffade skador. Att beräkna en skadas storlek utifrån en promillesats av ett varumärkes antagliga ekonomiska värde blir av naturliga skäl mycket godtyckligt. Det kan noteras att HovR:n i det aktuella rättsfallet förmodligen, enligt min tolkning av domskälen, uppskattade skadan med stöd av RB 35:5. Man synes följaktligen inte ha accepterat den av rättighetshavaren förordade beräkningsmetoden. Domstolen dömde dock ut ett sammanlagt skadestånd, som motsvarade det belopp som käranden hade kommit fram till i sin beräkning av goodwillskadan. Huvuddelen av skadeståndet angavs nämligen hänföra sig till den aktuella goodwillskadan. Även om domstolen alltså inte verkar ha godtagit den förordade beräkningsmetoden, kan det följaktligen mycket väl

vara så att man har påverkats av de belopp som ingick i kändens skadeståndsberäkning.

En annan metod för att beräkna goodwillskadan framgår av rättsfallet Svea hovrätt, DT 32, T 78-97. Känden åberopade här en beräkning, som utgick ifrån den försäljningsvinst som svaranden hade gjort genom att använda det förväxlingsbara varumärket. Denna vinst skulle då motsvara den goodwill-skada som hade uppkommit pga intrånget. Man skulle följaktligen kunna säga att det är fråga om en skadeståndsberäkning, som bygger på principen om obehörig vinst, i det här fallet intrångsgörarens obehöriga vinst pga intrånget. HovR:n avfärdade kändens beräkningsmetod och uppskattade i stället goodwillskadan med hänvisning till RB 35:5. Enligt min mening är den aktuella beräkningsmetoden inte särskilt lämplig. Den torde ofta leda till överkompensation för rättighetshavaren, vilket inte är förenligt med allmänna skadeståndsrättsliga principer. Skadeståndets reparativa funktion innebär ju enbart att den skadelidande ska försättas i samma ekonomiska situation som om den skadegörande handlingen inte hade företagits. Någon överkompensation är således inte avsedd (se ovan avsnitt 2.1). Dessutom talar vissa uttalanden i förarbetena till varumärkeslagen emot att använda sig av principen om obehörig vinst som beräkningsmetod⁶⁶.

Ytterligare ett exempel på en beräkningsmetod, som framgår av redovisad rättspraxis, är slutligen den som finns i en färsk dom från Stockholms tingsrätt, T 1435-99. Känden baserade här sin skadeståndsberäkning på vad det skulle kosta att reparera den goodwillskada som hade uppkommit pga intrånget, och vad det således skulle kosta att återställa varumärkets goodwillvärde. Man utgick i beräkningen ifrån kostnaden för den aktuella motkampanjen (se redogörelsen av rättsfallet i avsnitt 4.2.5). Goodwill-skadan skulle då motsvara kostnaden för en tidningsannons i månaden under ett helt år. TR:n ansåg inte att skadan kunde beräknas med hjälp av den förordade metoden. Någon motivering till detta ställningstagande lämnades inte av domstolen. Enligt min mening är denna beräkningsmetod den mest tilltalande av de fyra redovisade metoderna. Här kopplas nämligen den goodwillskada som har uppkommit ihop med de kostnader som rättighetshavaren har haft för att kunna reparera skadan. Här finns således ett logiskt samband mellan skada och kostnad. Problemet är dock, precis som med de övriga redovisade metoderna, att det även här är fråga om tämligen osäkra antaganden. Att med en någorlunda säkerhet kunna fastställa omfattningen av den motkampanj som behövs för att reparera skadan är mycket svårt, och det blir tyvärr även här fråga om ganska grova uppskattningar.

Avslutningsvis kan man när det gäller goodwillskadorna konstatera att av de olika redovisade beräkningsmetoderna är det endast den först redovisade som har godtagits av domstolen. Eftersom domstolarna i varumärkesmål har en tendens att i de flesta fallen åberopa RB 35:5 vid skadeståndsberäkning-

⁶⁶ SOU 1958:10, s. 331 f.

en, är det ingen överraskning att just denna typ av beräkning har använts så ofta av kändaren. Att då åberopa så många sakförhållanden som möjligt till stöd för skadeståndets storlek är enligt min mening det bästa rättighetshavaren kan göra av situationen. Sedan får man helt enkelt hoppas att domstolen, vid uppskattningen av goodwillskadans storlek enligt RB 35:5, tar så många av de åberopade omständigheterna i beaktande som möjligt.

I förarbetena till 38§ VML förordar man, som jag har redogjort för ovan (se avsnitt 4.1.1), att en hypotetisk licensavgift ska användas som beräkningsgrund beträffande *ersättningen för utnyttjandet av varukännetecknet*. I två av de redovisade rättsfallen där den nya lydelsen av 38§ VML har tillämpats har parter och domstol också följt förarbetenas rekommendation, och således beräknat ersättningen utifrån en hypotetisk licensavgift (se Svea hovrätt, DT 32, T 78-97, och Göta hovrätt, T 319/98). I båda fallen godtog domstolen kändarens beräkning av ersättningen, som grundade sig på en viss procentsats av svarandebolagets omsättning. Att beräkna ersättningen för utnyttjandet utifrån vad intrångsgöraren skulle ha betalat i licensavgift för att få använda varumärket är enligt min mening en vettig ersättningsprincip. Om det finns en bra licensmarknad för den typ av varumärken som det aktuella märket tillhör, finns det också ett bra underlag för jämförelser beträffande licensavgiftens storlek. Detta leder i sin tur till att man kan komma fram till en rättvis och befogad ersättning för utnyttjandet i det enskilda fallet. Av naturliga skäl är den aktuella beräkningsmetoden mest gångbar i branscher där licensiering av varumärken är vanligt förekommande, tex när det gäller licensiering av varukännetecken på konsumtionsmarknaden⁶⁷.

Ett exempel på ett rättsfall, där varken kändaren eller domstolen ansåg att en beräkning grundad på en antaglig licensavgift var lämplig, är ett fall från Stockholms tingsrätt, T 1435-99. Eftersom rättighetshavaren inte tillämpade något vanligt licenssystem med bestämda licensavgifter, förordade vederbörande i stället en beräkning som utgick ifrån det mervärde för intrångsgöraren som den aktuella annonsen hade gett upphov till (se redovisningen av rättsfallet). TR:n grundade i stället sin beräkning på kostnaden för införandet av annonsen i den aktuella tidningen. Denna kostnad skulle då motsvara en skälig ersättning för utnyttjandet av varumärket. Att, som kändaren gör i detta fallet, beräkna den skäliga ersättningen utifrån ett slags mervärde är enligt min mening inget bra alternativ till licensavgiftsberäkningen. Att försöka uppskatta hur många personer, som kan tänkas ha påverkats av den aktuella annonsen torde i det närmaste vara omöjligt. Det skulle leda till ett mycket osäkert och godtyckligt resultat. TR:ns beräkningsmetod är i så fall mer tilltalande. Eftersom intrångsgöraren med största sannolikhet har dragit en viss nytta av annonsen, i vilken utsträckning är omöjligt att säga, är det också rimligt att låta vederbörande betala kostnaden

⁶⁷ U. Bernitz, Skälig licensavgift som beräkningsgrund för skadestånd vid varumärkesintrång, NIR 1988, s. 520.

för denna nytta till rättighetshavaren. Det är i vart fall bättre än att lägga ett högst osäkert mervärde till grund för beräkningen.

När det slutligen gäller hur *ersättningen i godtrosfallen* (se ovan avsnitt 4.1.1) enligt 38§ 2 st. VML ska beräknas ger min redovisade rättspraxis inget besked i frågan. Detta beror på att rättighetshavarna i de aktuella rättsfallen (se Svea hovrätt, DT 32, T 78-97, Göta hovrätt, T 319/98, och Stockholms tingsrätt, T 1435-99) har lyckats styrka åtminstone oaktsamhet hos intrångsgöraren, vilket har medfört att en tillämpning av andra stycket inte har blivit aktuellt. Som jag redan har redogjort för förordar man dock i förarbetena till 38§ VML att en hypotetisk licensavgift ska användas även i godtrosfallen. Med tanke på den benägenhet som svenska domstolar har att följa förarbetenas rekommendationer, är det således mycket troligt att man även här använder den aktuella ersättningsprincipen för att beräkna ersättningen enligt 38§ 2 st. VML.

Sammanfattningsvis kan man således beträffande skadeståndsberäkningen i varumärkesmål konstatera att några fast etablerade principer och beräkningsmetoder inte finns när det gäller att fastställa ersättningen för en försäljningsminskning och en goodwillskada. De redovisade rättsfallen har också pekat på betydande bevisvärigheter för rättighetshavaren när det gäller skadans omfattning. Många av de behandlade beräkningsmetoderna bygger på mer eller mindre osäkra antaganden, som är svåra att belägga. Detta har också medfört att domstolarna ofta har hemfallit åt att beräkna skadans storlek med hjälp av RB 35:5. Jag är därför benägen att instämma i HovR:ns beskrivning av gällande rätt när det gäller skadeståndsberäkningen i varumärkesmål: ”Att med säkerhet kunna fastställa storleken av den skada som ett varumärkesintrång medför ställer sig som regel svårt. Några särskilda regler för beräkningen har inte utvecklats i svensk rätt. Varken de bevis som har lagts fram om storleken av försäljningsförluster eller av obehörig vinst synes ha accepterats i praxis. Skadestånden har i stället i stor utsträckning uppskattats genom en skälighetsbedömning enligt 35 kap 5§ rättegångsbalken”⁶⁸. När det däremot gäller ersättningen för utnyttjandet av varumärket pekar det mesta på att en hypotetisk licensavgift kommer att bli en accepterad ersättningsprincip vid beräkningen. Både svenska domstolars benägenhet att följa förarbetsuttalanden och två av mina redovisade rättsfall antyder att så kommer att bli fallet. Detta förutsätter emellertid att det finns en bra licensmarknad för det aktuella varumärket.

4.2.6.3 Problematiken kring RB 35:5

Som torde ha framgått av framställningen och min redovisade rättspraxis, spelar bevisregeln i RB 35:5 en mycket viktig roll när det gäller skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång. I majoriteten av de behandlade rättsfallen har domstolarna uppskattat den aktuella försäljningsminskningen eller goodwillskadan med stöd av stadgandet i rättegångsbalken. Det finns,

⁶⁸ RH 1991:31.

som jag ser det, både för- och nackdelar med domstolarnas frekventa hänvisningar till lagrummet.

Den stora fördelen med bestämmelsen är att den faktiskt är oumbärlig i de fall, där det praktiskt taget är omöjligt för käranden att styrka en skadas omfattning. Det kan tex vara fråga om fall där det med säkerhet kan fastställas att en goodwillskada har uppkommit till följd av ett intrång, men där en beräkningsmetod med därtill hörande tillförlitlig bevisning om skadans storlek inte finns att tillgå eller går att använda. I rättsfallet Stockholms tingsrätt, T 1435-99, säger domstolen bla följande: ”Vid varumärkesintrång kan det antas att märkets goodwill tar skada. Detta gäller också i detta fall. Det ligger dock i sakens natur att det är svårt eller närmast omöjligt att mäta skadans storlek. Tingsrätten anser inte att skadestånd kan beräknas med ledning av den metod Stiftelsen använt. Det återstår endast att uppskatta skadan med tillämpning av 35 kap. 5§ rättegångsbalken”. Här förutsätter följaktligen domstolen att skada på varumärkets goodwill har uppkommit. Man godkänner emellertid inte, vilket jag har förståelse för (se ovan avsnitt 4.2.6.2), kärandens återopade beräkningsmetod beträffande goodwillskadans storlek. Hade nu inte bevisregeln i RB 35:5 funnits hade TR:n, pga bristande bevisning om skadans storlek, varit tvungen att helt och hållet ogilla skadeståndsyrkandet. Detta hade varit högst otillfredsställande eftersom TR:n redan har konstaterat att goodwillskada, i större eller mindre utsträckning, har uppkommit pga intrånget. Det finns åtskilliga exempel i min behandlade rättspraxis där bevisregeln spelar en liknande avgörande roll för rättighetshavarna som den gjorde i det ovan behandlade tingsrättsavgörandet (se bla RH 1991:31, Svea hovrätt, T 78-97). Det råder således ingen tvekan om att RB 35:5 fyller en viktig funktion i varumärkesmålen när det gäller varumärkesinnehavarens rätt till kompensation för lidna skador.

Det finns emellertid även nackdelar med domstolarnas flitiga användning av stadgandet. Det kan enligt min mening i vissa fall finnas en risk för att rättighetshavarna blir för bekväma i sin processföring. Eftersom domstolarna sällan verkar acceptera kärandens framlagda beräkningsmetod (se ovan avsnitt 4.2.6.2), kanske rättighetshavaren inte anser att det lönar sig att lägga ned tid och energi på att presentera en vidlyftig utredning angående skadans storlek. Man nöjer sig då istället med att förlita sig på den aktuella bevisregeln. Detta bidrar, pga dispositionsprincipen, i sin tur till att det inte utbildas några principer och beräkningsmetoder för skadeståndsberäkningen. Detta är inte bra, eftersom svensk varumärkesrätt är i stort behov av att det utbildas vägledande beräkningsmetoder i varumärkesmålen. Två exempel på fall där rättighetshavarna, anmärkningsvärt nog, överhuvudtaget inte har presenterat någon utredning beträffande storleken av de lidna skadorna är NJA 1985 s. 194 och NJA 1988 s. 183. I det senare fallet yttrade käranden beträffande goodwillskadans storlek: ”Värdet av distinktivitetsskadorna kan beräknas till 180.000 kr. ”. Någon närmare motivering till det yrkade beloppet lämnades överhuvudtaget inte. Detta är enligt min mening ett bra exempel på en

mindre lyckad processföring från kärandens sida. HD uppskattade goodwill-skadan med stöd av RB 35:5.

Enligt min mening är det viktigt att käranden försöker presentera en egen metod för att beräkna skadans storlek, och på så sätt försöka övertyga domstolen om det yrkade skadeståndsbeloppet. Skälighetsbedömningen enligt RB 35:5 riskerar nämligen alltid att bli godtycklig, och resultatet kan bli att käranden får nöja sig med en låg ersättning, utan någon närmare motivering från domstolens sida. Bo Bengtsson på Ström & Gulliksson försöker alltid som första grund till skadeståndsyrkandet förebbringa en egen utredning och bevisning om skadans storlek. RB 35:5 åberopar han alltid i sista hand⁶⁹.

En annan negativ effekt av den frekventa tillämpningen av bevisregeln är enligt min mening det godtycke, som skälighetsbedömningen enligt bestämmelsen ger upphov till. Eftersom det inte finns några fast etablerade hjälpregler att utgå ifrån vid skälighetsbedömningen⁷⁰, kan man dock inte klandra domstolarna för detta problem. Det godtycke, som uppstår vid bedömningen av skadans storlek enligt RB 35:5, har sin förklaring i att "en betydande spännvidd kan tänkas mellan olika uppskattningar utan att det för den skull kan sägas att någon av uppskattningarna framstår som direkt orimlig"⁷¹. I rättsfallet från Göta hovrätt, T 319/98, uppskattade TR:n, med stöd av RB 35:5, ersättningen för goodwillskadan till 60.000 kr. HovR:n kom vid uppskattningen fram till ett skäligt skadeståndsbelopp på 100.000 kr. Skillnaden mellan de utdömda skadeståndens storlek är således påtaglig i detta fall. Det kan även noteras att käranden hade yrkat på 300.000 kr. i ersättning för goodwillskadan. Ett annat exempel finner man i rättsfallet Svea hovrätt, DT 12, T 959/90. Här uppskattade TR:n goodwillskadan till 10.000 kr. HovR:n dömde ut ett skadestånd på 5.000 kr., dvs hälften av det belopp som TR:n hade uppskattat som skäligt. De stora skillnader som således kan uppstå mellan olika domstolars uppskattningar av lidna skador enligt RB 35:5 bidrar enligt min mening till rättsosäkerhet för rättighetshavaren. I avsaknad av en någorlunda enhetlig ersättningspraxis är det nämligen svårt för käranden att veta vilken nivå, som vederbörande ska lägga sig på när det gäller storleken av det yrkade skadeståndet. Yrkas det på för högt skadestånd riskerar käranden att få ersättningen för sina rättegångskostnader jämkad (se nedan avsnitt 4.2.6.5), och är käranden för blygsam med sitt yrkande finns det en risk att vederbörande inte får full kompensation för de uppkomna skadorna.

Det ovan sagda har således visat att tillämpningen av RB 35:5 i varumärkesmål inte är problemfri. Å andra sidan står det dock helt klart att bevisregeln är oundgänglig för rättighetshavaren när det gäller rätten till kompensation. Utan RB 35:5 hade nämligen de flesta rättighetshavare i de behandlade rättsfallen inte fått någon ersättning alls för de åsamkade skadorna.

⁶⁹ Samtal med Bo Bengtsson den 31 oktober 2000.

⁷⁰ Se RH 1991:31, s. 94.

⁷¹ RH 1994:111, s. 302.

4.2.6.4 Domstolarnas motiveringar i varumärkesmål

Av rättssäkerhetsskäl är det viktigt att domstolar, så långt som det enskilda fallet kräver, redogör för de skäl som har varit avgörande för utgången i ett mål. Anledningen till detta torde bli vara att den förlorande parten ska ha möjlighet att formulera ett eventuellt överklagande bli utifrån domskälen. Vidare kan domskälen i vissa fall ge vägledning åt framtida parter när de ska formulera sin talan.

Även i varumärkesmålen är det viktigt för parterna att domstolarna på ett tydligt sätt motiverar sina ställningstaganden. Av redovisad rättspraxis framgår det emellertid att så inte alltid är fallet. Det finns tyvärr flera exempel på knapphändiga, och ibland tom obefintliga, motiveringar från domstolarnas sida. I Svea hovrätt, DT 49, T 416/95, hade rättighetshavaren yrkat på ersättning dels för minskad försäljning, och dels för goodwillskada. HovR:n uttalade följande beträffande skadeståndsyorkandet: ”Dock finner hovrätten att skadeståndet med tillämpning av 35 kap. 5§ rättegångsbalken skäligen bör bestämmas till 50.000 kr.” Någon närmare motivering till storleken av det utdömda skadeståndet lämnades inte av domstolen. Inte heller framgår det av domskälen huruvida ersättningen är en kompensation för den åberopade för-säljningsminskningen eller för goodwillskadan, eller om det är fråga om en kombination av dessa båda skadeposter. Domstolens citerade uttalande ger följaktligen ingen som helst vägledning till rättighetshavaren när vederbör-ande tex ska formulera sitt eventuella överklagande.

Ett annat exempel på bristfälliga domskäl finner man i ett rättsfall från Stockholms tingsrätt, T 1435-99. Här hade käranden bli åberopat en beräkningsmetod som stöd för storleken av den åsamkade goodwillskadan. TR:n ansåg dock inte att den förordade metoden kunde användas vid skadeståndsberäkningen, och uppskattade istället skadan med stöd av RB 35:5. Någon motivering till varför domstolen inte accepterade den aktuella beräkningsmetoden lämnades inte. Käranden fick således ingen upplysning om huruvida domstolen avfärdade beräkningsmetoden pga bristande bevisning, eller pga att metoden helt enkelt inte lämpade sig för att beräkna goodwillskadans storlek. Detta är enligt min mening anmärkningsvärt, och dessutom beklagligt ur rättssäkerhetssynpunkt.

Bo Bengtsson på Ström & Gulliksson anser visserligen också att domstolarnas motiveringar i varumärkesmål ofta är knapphändiga och intetsägande. Detta får enligt honom till följd att det är svårt att formulera en skadeståndstalan, eftersom domstolarna således inte ger mycket vägledning beträffande skadeståndsberäkningen. Enligt Bo Bengtsson måste man dock i detta sammanhang ta hänsyn till den processrättsliga dispositionsprincipen⁷². Domstolen får ju bara ta hänsyn till de omständigheter som käranden åberopar som stöd för skadeståndsyorkandet (se ovan avsnitt 4.2.1). Åberopar

⁷² Samtal med Bo Bengtsson den 31 oktober 2000.

då rättighetshavaren inga omständigheter som stöd för skadans storlek blir motiveringen av det utdömda skadeståndet följaktligen intetsägande. Detta eftersom domstolen då enbart är hänvisad till stadgandet i RB 35:5, och som har framgått tidigare i framställningen erbjuder denna bestämmelse ingen hjälp till domstolen när den ska beräkna skadans storlek (se ovan avsnitt 4.2.6.3).

Jag är benägen att instämma i Bo Bengtssons åsikt när det gäller dispositionsprincipens betydelse i sammanhanget. Belägg för denna ståndpunkt finns bl.a. i NJA 1988 s. 183. Här återopade käranden inga omständigheter överhuvudtaget som stöd för goodwillskadans storlek, utan hävdade enbart att skadan skulle uppskattas till 180.000 kr. HD, som följaktligen var förhindrad att lägga några omständigheter till grund för beräkningen av skadans storlek, yttrade följande: ”Som TR:n funnit får Sydbrand genom sitt varumärkesintrång anses ha skadat varumärket Sodastreams särskiljningsförmåga. Skadeståndet härför kan, i enlighet med vad TR:n funnit inte uppskattas till högre belopp än av Sydbrand vitsordade 25.000 kr.”. Här råder det enligt min mening ingen tvekan om att det faktiskt är käranden, som bär skulden för HD:s bristfälliga motivering av det utdömda skadeståndet (se även NJA 1985 s. 194). Av min redovisade rättspraxis kan man också dra den slutsatsen att ju fler omständigheter som käranden återopar som stöd för skadeståndsyorkandet, desto bättre blir ofta domstolarnas motiveringar till de utdömda skadestånden (se bl.a. NJA 1988 s. 543, Svea hovrätt, DT 12, T 959/90, Svea hovrätt, DT 14, T 419/92, samt Göta hovrätt, T 319/98). Det finns således enligt min mening ett logiskt samband mellan kärandens framlagda utredning beträffande skadans storlek och domstolarnas motiveringar av de utdömda ersättningarna.

Det ovan sagda har således visat att domstolarnas ofta bristfälliga motiveringar i varumärkesmål inte alltid nödvändigtvis behöver bero på domstolarna själva. Pga den processrättsliga dispositionsprincipen torde nämligen, precis som jag har visat, parterna själva ha ett mer eller mindre stort inflytande på domskälens kvalitet.

4.2.6.5 Problematiken kring rättegångskostnaderna

I detta avsnitt kommer jag, tämligen kortfattat, att belysa den problematik som regleringen av rättegångskostnaderna kan föra med sig i varumärkesmålen.

Enligt huvudregeln i RB 18:1 ska, för tvistemålen del, den part som förlorar ett mål ersätta motpartens rättegångskostnader. Detta stadgande gäller naturligtvis även för varumärkesmålen del. Skulle domstolen tex ogilla själva intrångstalan blir varumärkesinnehavaren givetvis skyldig att ersätta svarandens rättegångskostnader. Frågan om skadeståndsskyldighet blir av naturliga skäl överhuvudtaget inte aktuell här. I RB 18:4 framgår det vidare bl.a. att om kärandens yrkande endast bifalles till en viss del, kan domstolen jämka ersättningen för rättegångskostnaderna. Applicerat på varumärkes-

målen skulle då detta innebära att rättighetshavaren riskerar att få ersättningen för sina rättegångskostnader jämkad om domstolen dömer ut ett lägre skadestånd än vad vederbörande har yrkat på. I rättsfallet Svea hovrätt, T 959/90, konstaterade domstolen att intrång förelåg men dömde ut ett betydligt lägre skadestånd än vad käranden hade yrkat på. I frågan om fördelningen av rättegångskostnaderna mellan parterna uttalade domstolen bla att ”ansvaret för rättegångskostnaderna bör emellertid bedömas med beaktande även av hur stor del av skadeståndsyrkandet som bifallits”. Käranden fick en jämkad ersättning för sina rättegångskostnader.

Rättighetshavaren löper således i varumärkesmålen alltid en viss risk att själv få behöva stå för en del av sina rättegångskostnader⁷³. Eftersom rättegångskostnaderna i varumärkesmål ofta uppgår till betydande belopp för käranden⁷⁴, är detta ibland ett stort problem. Problemet, som jag ser det, har sin grund i en kombination av domstolarnas frekventa tillämpning av RB 35:5 och den risk för käranden som regleringen av rättegångskostnaderna medför. Som jag tidigare har visat i framställningen är domstolarnas skälighetsbedömningar enligt RB 35:5 mycket svåra för varumärkesinnehavaren att förutse (se ovan avsnitt 4.2.6.3). Det är praktiskt taget omöjligt för rättighetshavaren att veta vilken nivå som domstolen kommer att lägga sig på beträffande det utdömda skadeståndet. Detta, i kombination med den risk som rättighetshavaren löper att få sina rättegångskostnader jämkade, kan enligt min mening i vissa fall leda till skadeståndsyrkanden i underkant. Käranden tar hellre det säkra före det osäkra genom att kräva en ersättning, som kanske inte ens täcker de uppkomna skadorna.

Bo Bengtsson har som huvudregel att vara försiktig med att yrka på för höga skadestånd. Med hänsyn till risken för jämkning av sin klients rättegångskostnader, framställer han istället ett rimligt och realistiskt skadestånd som täcker de åsamkade skadorna. Är det fråga om en ekonomiskt svag klient tar han, innan en process inleds, för vana att upplysa vederbörande om riskerna beträffande rättegångskostnaderna. Dessa risker sätter han i relation till det förväntade skadeståndet. Det är sedan upp till klienten att bestämma om en process ska inledas eller inte. Enligt Bo Bengtsson väljer de flesta klienter att inleda en process och stämma på skadestånd för intrånget. Detta gör de trots upplysning om risken att få behöva stå för en del av sina egna rättegångskostnader eller, vid ett ogillande av käromålet, tom få betala även motpartens kostnader för rättegången. De vill helt enkelt ha upprättelse för intrånget⁷⁵. Det är enligt min mening troligare att rättegångskostnaderna får en större betydelse när käranden ska bestämma storleken av det planerade skadeståndsyrkandet. Visserligen är detta bara ett antagande från min sida.

⁷³ Att så inte nödvändigtvis alltid behöver bli fallet framgår av RB 18:4.

⁷⁴ Samtal med Bo Bengtsson den 31 oktober 2000; se även rättsfallet från Stockholms tingsrätt, T 1435-99, där käranden yrkade på 447.500 kr. i ersättning för sina rättegångskostnader. Kostnaderna bestod bla av ombudsarvode med 290.000 kr., och utredningskostnader som uppgick till 165.000 kr.

⁷⁵ Samtal med Bo Bengtsson den 31 oktober 2000.

Med tanke på de höga rättegångskostnader som ofta uppkommer i varumärkes-målen, är det dock enligt min mening mycket troligt att detta, i kombination med tillämpningen av RB 35:5, kan påverka storleken av det skadestånds-yrkande som käranden framställer i processen. Risken finns att varumärkes-innehavaren inte ens vågar kräva en ersättning som ger full kompensation för de uppkomna skadorna. Detta torde särskilt gälla de ekonomiskt svaga rättighetshavarna.

4.2.6.6 Problematiken kring storleken av de utdömda skadestånden

I detta avsnitt kommer jag att diskutera huruvida de utdömda skadestånden i mina redovisade rättsfall fyller sin reparativa funktion. Får med andra ord rättighetshavaren full ekonomisk kompensation för de skador som uppkommer som en följd av intrånget? Om denna fråga besvaras nekande är det också intressant att ställa sig frågan vad detta beror på och vilka konsekvenser detta kan få.

Av min behandlade rättspraxis kan man först och främst konstatera att endast i två av de 16 redovisade rättsfallen har käranden fått fullt bifall till sitt framförda skadeståndsyrkande (se Svea hovrätt, DFT 34, FT 1431/90, och Stockholms tingsrätt, DT 340, T7-855-92). I de övriga fallen har domstol- arna dömt ut skadestånd som ofta har legat på en betydligt lägre nivå än den som käranden har yrkat på. I NJA 1988 s. 183 dömde HD ut 135.000 kr. av de yrkade 970.000 kr. I rättsfallet Göta hovrätt, T 319/98, dömde HovR:n ut ett skadestånd på 108.000 kr. Rättighetshavaren hade yrkat på 480.000 kr. Ett annat exempel på stora skillnader mellan yrkat och utdömt skadestånd är rättsfallet Svea hovrätt, DT 12, T 959/90. Här hade käranden yrkat på 110.000 kr. i skadestånd. HovR:n dömde endast ut 40.000 kr. som kompen- sation för intrånget (se även bla NJA 1988 s. 543, RH 1991:31, och Stock- holms tingsrätt, DT 375, T 7-396-87).

I förra avsnittet hävdade jag att regleringen av rättegångskostnaderna, i kombination med tillämpningen av RB 35:5, säkerligen bidrar till att många rättighetshavare är försiktiga med att yrka på för höga skadestånd. Man väljer istället att kräva en realistisk ersättning, som precis täcker de uppkomna skadorna⁷⁶. Detta, och det faktum att uppkomna skador ofta är mycket svårbevisade i varumärkesmål, torde enligt min mening innebära att man i många fall kan förlita sig på att det skadeståndsyrkande som förs fram av käranden är realistiskt och skäligt. Risken för orealistiska ersättningsyrkanden, som leder till överkompensation för rättighetshavaren, torde således vara liten. Med hänsyn till de ovannämnda stora skillnader, som ofta föreligger mellan yrkat och utdömt skadestånd, skulle man följaktligen kunna dra den slutsatsen att varumärkesinnehavaren ofta inte får full

⁷⁶ Att risken finns att rättighetshavaren inte ens vågar kräva ersättning upp till full kompensationsnivå har jag också nämnt (se ovan avsnitt 4.2.6.5).

kompensation för sina åsamkade skador. Skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten har då misslyckats med att fylla sin reparativa funktion.

Ytterligare belägg för att skadeståndssanktionen i 38§ VML inte fyller sin reparativa funktion finner man enligt min mening i de stora ekonomiska värden, som ligger i själva varumärkets goodwill. Som jag nämnde i inledningen till detta arbete värderas tex Nokias varumärke enligt en nyligen publicerad undersökning till ca. 380 miljarder kr. Med varumärkets goodwill menar jag då främst märkets förmåga att generera vinst åt rättighetshavaren⁷⁷. Skador på goodwillvärdet vid ett intrång medför ofta att varumärket, i större eller mindre utsträckning, förlorar denna vinstgenererande funktion. Att reparera dessa skador medför ofta betydande marknadsföringskostnader för varumärkesinnehavaren. Är skadorna så omfattande att varumärket tom måste överges kan kostnaderna för lansering och marknadsföring av ett nytt varumärke i olika länder ibland uppgå till tiotals miljoner kr.⁷⁸ Även en partiell goodwillförlust torde emellertid som regel medföra betydande kostnader för rättighetshavaren. I rättsfallet Stockholms tingsrätt, T 1435-99, hävdade käranden att kostnaden för att återställa varumärkets goodwill efter intrånget uppgick till ca. tre miljoner kr. Beloppet hänförde sig till kostnaden för en större motkampanj i form av annonseringar i en större morgontidning. TR:n dömde endast ut 300.000 kr. i skadestånd för goodwillförlusten. Rättspraxis har gett exempel på att inte ens förhållandevis blygsamma krav på ersättning för goodwillskador har accepterats av domstolarna. I HD-fallet NJA 1988 s. 543 krävde det världskända företaget Levi Strauss ersättning för de goodwillskador på deras välrenommerade varumärken som intrånget hade orsakat. 75.000 kr. yrkades i skadestånd, vilket enligt min mening är ett tämligen anspråklöst belopp med hänsyn till de stora goodwillvärden som ligger i Levi's världskända varumärken. Även ett mindre intrång torde då enligt min mening kunna orsaka betydande skador på varumärkets anseende. Det är därför överraskande att HD inte ens ansåg att 75.000 kr. var ett skäligt belopp. Ett symboliskt skadestånd på 15.000 kr. dömdes ut (se även bla Svea hovrätt, DT 14, T 419/92, Svea hovrätt, DT 49, T 416/95, och Göta hovrätt, T 319/98).

Det ovan sagda visar alltså enligt min mening att domstolarna sällan verkar ta hänsyn till de stora ekonomiska värden, som ofta finns i ett företags varumärke. De verkar inte heller ta hänsyn till de omfattande skador, som ett intrång i många fall kan orsaka på ett varumärkes goodwillvärde. Eftersom goodwillskadan ofta är den vanligaste och största skadeposten vid ett varumärkesintrång (se ovan avsnitt 4.2.6.1), är detta ett stort problem för svensk varumärkesrätt.

⁷⁷ G. Karnell, Juridiska aspekter på vad ett märke är värt; licensavgifter, skadestånd, varumärken i konkurser, NIR 1991, s. 346.

⁷⁸ E. Karlsson, A.a., s. 390; C. Uggla, A.a., s. 523.

Eftersom det således med stor säkerhet kan konstateras att varumärkesinnehavaren i de flesta fall inte får full kompensation för de uppkomna skadorna, är det intressant att fråga sig vad detta kan bero på. En möjlig bidragande orsak till de låga skadestånden skulle kunna vara vissa uttalanden av departementschefen i propositionen till varumärkeslagen (se ovan avsnitt 4.1.1). Här hävdas det bl.a., till skillnad från i betänkandet, att ”ovillkorlig skyldighet att utge fullt skadestånd” endast ska föreligga vid uppsåtligt eller grovt oaktsamt intrång. I övriga fall, tex vid normalgraden av oaktsamhet, ska det finnas en möjlighet till jämkning av skadeståndet⁷⁹. Eftersom departementschefen överhuvudtaget inte motiverar sitt ställningstagande att frångå principen om full ersättning för skador vid en skadegörande handling (se ovan avsnitt 2.1), bör uttalandet enligt min mening lämnas utan avseende. Ska man frångå en fast etablerad princip krävs det också att man motiverar detta på ett övertygande sätt, vilket alltså inte har skett i detta fallet. Sannolikheten att domstolarna i varumärkesmål har påverkats av det aktuella uttalandet när de har dömt ut ersättningarna torde följaktligen vara liten. Dessutom finns det i domskälen till mina redovisade rättsfall inte en enda hänvisning till departementschefens uttalande.

En mera trolig orsak till de njudda ersättningarna är helt enkelt att domstolarna många gånger inte är fullt insatta i problematiken och de stora ekonomiska värden som ofta står på spel för rättighetshavaren vid ett varumärkesintrång. I förarbetena till varumärkeslagen betonar man vikten av att domstolarna, vid skälighetsbedömningen enligt RB 35:5, dömer ut generösa skadestånd i de fall där det bedöms vara befogat (se ovan avsnitt 4.2.2). För att domstolen ska ha en möjlighet att döma ut ett skäligt belopp som täcker de uppkomna skadorna, är det emellertid viktigt att domstolen är väl insatt i de ekonomiska värden som varumärket representerar för rättighetshavaren. Det är nämligen en del av detta värde, som intrångsgöraren har tillägnat sig och skadat⁸⁰. Jag instämmer helt och hållet i professor Gunnar Karnells åsikt när det gäller vilken måttstock, som domstolen ska använda sig av vid fastställandet av skadeståndet enligt RB 35:5: ”Det är nu enligt min mening självklart, även om det alls inte tycks vara vad som i praxis förekommer, att *märket som vinstgenerator i sin företagsmiljö* skall utgöra det underlag för dessa skälighetsbestämningar av skadestånd från vilket all värdebedömning har att utgå. Som underlag blir då detta värde ett och detsamma vilka värdeelement som parter och domstolar än väljer att utskilja såsom relevanta för det aktuella fallet. Värdet vill jag i dess helhet se som ett *goodwillvärde*: Ett mått på märkets förmåga att trygga en innehavarens vinst, grundad på dess roll i omsättningen framöver. Skada på det värdet är en förmögenhetsskada, också i den mån det är märkesföretagets anseende som drabbats”⁸¹. Som jag tidigare har visat i detta avsnitt är det tyvärr så att domstolarna i många fall inte verkar inse de stora värden, som varumärkets goodwill står för. De anmärkningsvärt låga ersättningarna för uppkomna goodwillskador vittnar

⁷⁹ Prop. 1960:167, s. 179.

⁸⁰ G. Karnell, A.a., s. 345.

⁸¹ G. Karnell, A.a., s. 346.

klart och tydligt om detta. Även om domstolarna således har getts möjlighet att med stöd av RB 35:5 och förarbetena till 38§ VML döma ut generösa och befogade skadestånd, har de i de flesta fallen inte utnyttjat denna möjlighet.

Även om de låga skadestånden i varumärkesmålen förmodligen till stor del beror på domstolarnas otillräckliga kunskaper och insikter, kan man enligt min mening inte enbart skylla på domstolarna. Man bör nämligen också sätta de låga skadestånden i relation till den processrättsliga dispositionsprincipen. Yrkar varumärkesinnehavaren på ett för lågt skadeståndsbelopp, vad anledningen än må vara, är domstolen förhindrad att döma ut ett högre skadestånd som skulle täcka de uppkomna skadorna. Ett belysande exempel på ett rättsfall, där rättighetshavaren förmodligen själv är orsaken till det lågt utdömda skadeståndet, är RH 1991:31. Här var det Diors välkända märkesvaror, som hade blivit föremål för piratkopiering. När det gällde den uppkomna good-willskadan, vilken är den som är intressant i sammanhanget, yrkade kärende-bolaget endast på 15.000 kr. i skadestånd. Med hänsyn till de stora goodwill-värden, som måste antas ligga i Diors varumärke, torde enligt min mening 15.000 kr. inte räckta långt för att återställa varumärkets anseende efter in-trånget (se det ovan citerade uttalandet av professor Gunnar Karnell). Den marknadsföring av de piratkopierade varorna som hade skett, och som förmodligen hade nått en bred allmänhet, måste antas ha orsakat inte obetydliga skador på varumärkets goodwill. Det yrkade beloppet framstår då som sagt som mycket blygsamt. HovR:n uppskattade den sammanlagda skadan för Dior till 15.000 kr. Domstolen angav också att det utdömda beloppet huvudsakligen var att hänföra till den uppkomna goodwillskadan. Här har alltså domstolen, vilket är mycket sällan förekommande i varumärkesmål, i princip godtagit rättighetshavarens yrkade skadeståndsbelopp när det gäller good-willskadan. Eftersom domstolen ansåg att den intrångsgrundande marknadsföringen var tämligen allvarlig och omfattande, är det enligt min mening mycket troligt att ett högre skadestånd för goodwillskadan hade dömts ut om kärenden hade yrkat på ett högre belopp. Pga dispositionsprincipen var dock HovR:n förhindrad att ges möjlighet till detta. Rättighetshavaren satte, så att säga, det övre taket för skadeståndsbeloppet.

Vad jag således ville visa med det ovan förda resonemanget var att man inte alltid kan beskylla domstolarna för de låga ersättningsvärden i varumärkesmålen. Vilka orsakerna till de lågt utdömda skadestånden än må vara, är det dock ingen tvekan om vilka negativa konsekvenser domstolarnas ersättningspraxis kan få. Förutom att skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten misslyckas med att fylla sin viktiga reparativa funktion, kan de låga skadestånden också medföra att den preventiva funktionen urholkas. Risker finns att någon finner det mer ekonomiskt lönsamt att kalkylera med ett intrång och betala ett lågt skadestånd än att ingå ett licensavtal med rättighetshavaren och betala för att få utnyttja varumärket. Eftersom majoriteten av de processer som förs efter ett varumärkesintrång är tvistemål, är skadeståndet

ofta den enda sanktionen att tillgå⁸². Något straff, som fyller den preventiva funktionen finns alltså inte. Inte heller finns det någon annan sanktion än skadeståndet som kan ge rättighetshavaren ekonomisk kompensation för de uppkomna skadorna. Det är därför enligt min mening mycket viktigt att skadeståndet verkligen fyller sin reparativa och preventiva funktion i varumärkesmålen. De otillräckliga skadestånd som döms ut till varumärkesinnehavarna är således ett stort problem, och medför alltså att varken den reparativa eller den preventiva funktionen uppnås.

4.2.6.7 1994 års lagreform och dess inverkan på ersättningspraxis

Efter att i förra avsnittet ha konstaterat att många av de utdömda skadestånden i varumärkesmålen inte ger rättighetshavaren full kompensation för de uppkomna skadorna, är det intressant att undersöka huruvida reformeringen av 38§ VML har fått någon genomslagskraft på domstolarnas ersättningspraxis. Eftersom endast tre av mina behandlade rättsfall rör tillämpningen av den nya lydelsen av 38§ VML (se Svea hovrätt, DT 32, T 78-97, Göta hovrätt, T 319/98, och Stockholms tingsrätt, T 1435-99), är det svårt att dra alltför långtgående slutsatser av utfallen i målen. Vissa tendenser kan man dock enligt min mening urskönja.

I ett avseende kan man med full säkerhet konstatera att 1994 års lagreform faktiskt har medfört att de utdömda ersättningarna har höjts. Som tidigare har redogjorts för i framställningen har nämligen varumärkesinnehavaren rätt till en skälig ersättning för intrångsgörarens utnyttjande av varumärket (se ovan avsnitt 4.1.1). Det enda rättighetshavaren behöver bevisa för att få rätt till ersättningen är att intrånget har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Någon skada behöver således inte ha uppkommit som en följd av intrånget. Denna minimiregel för ersättningen bidrar således enligt min mening till att man närmare kommer upp till den nivå, som innebär full kompensation för varumärkesinnehavaren. Eftersom domstolarna i de tre aktuella rättsfallen har ansett att varumärkesintrången har begåtts åtminstone av oaktsamhet, har följaktligen ersättning för utnyttjandet utgått i samtliga fall.

I två av de tre rättsfallen har domstolarna dömt ut tämligen generösa ersättningar för utnyttjandet av varumärkena. I rättsfallet Stockholms tingsrätt, T 1435-99, dömdes 250.000 kr. av de yrkade 500.000 kr. ut. I rättsfallet Svea hovrätt, DT 32, T 78-97, fick kärandebolaget så mycket som en miljon kr. i ersättning för utnyttjandet. Det sammanlagda skadeståndet uppgick till två miljoner kr. Hade det varit fråga om tillämpning av den äldre lydelsen av 38§ VML hade rättighetshavaren endast fått ersättning för påvisade åsamkade skador, dvs i detta fallet en miljon kr. Tack vare den nya bestämmelsen i 38§ 1 st. 1 p. VML om rätt till skälig ersättning för utnyttjandet fick rättighetshavaren i hovrättsfallet ytterligare en miljon kr. som kompensation för

⁸² C. Uggla, A.a., s. 525.

intrånget. Det är således ingen tvekan om att lagreformen från 1994 *i detta avseende* har verkat höjande på de utdömda skadestånden.

När det sedan gäller ersättningen för *den ytterligare skada* (se ovan avsnitt 4.1.1) som intrånget har medfört, kan man enligt min mening inte med lika stor säkerhet fastställa vilken inverkan som reformen har haft på de utdömda skadestånden. Ett rättsfall, som emellertid starkt indikerar att lagreformen faktiskt har gett resultat även här, är det ovannämnda hovrättsfallet, DT 32, T 78-97. Det för svensk del mycket höga skadeståndet på två miljoner kr., varav en miljon kr. avsåg ersättningen för den ytterligare skada som rättighetshavaren hade lidit pga intrånget, kan ses som ett resultat av lagreformens inverkan på domstolen. Tyvärr är HovR:ns domskäl knapphändiga, och någon hänvisning till förarbetena till den nya lydelsen av 38§ VML ger man inte. Det står dock klart att domstolen, genom att döma ut det höga skadeståndsbeloppet, faktiskt har erkänt de stora ekonomiska värden som ligger i ett välrenommerat varumärke, i detta fallet det välkända varumärket ABSOLUT. Som jag har visat i förra avsnittet verkar inte domstolarna ha gjort detta tidigare. Min redovisade rättspraxis från tiden före lagreformen torde ha visat detta⁸³. Hovrättsfallet kan således betraktas som tämligen unikt när det gäller storleken av utdömda skadestånd i varumärkesmål.

Ett annat belägg för lagreformens inverkan på ersättningspraxis är rättsfallet Stockholms tingsrätt, T 1435-99. Här dömde TR:n ut 300.000 kr. som ersättning för goodwillskadan, vilket också är mycket om man jämför med redovisade rättsfall från tiden före reformens ikraftträdande. Domstolen resonerar här kring varumärkets ekonomiska värde på ett sätt som enligt min mening tyder på en insikt, som domstolarna tidigare inte har visat: "Ett varumärkes goodwill kan sägas utgöra ett mått på märkets ekonomiska värde. Ett starkt varumärke kan utgöra en stor ekonomisk tillgång. Ettärke med stor goodwill medför stor förväntad försäljning av varor eller tjänster. Det krävs normalt omfattande insatser för att bygga upp ett märkes goodwill, vilket kan ta lång tid och vara kostsamt. Försämrade goodwill kan däremot uppkomma på kort tid om någonting negativt som är förknippat med varumärket inträffar. Obehörig användning av ett varumärke är typiskt sett negativt för märkets goodwill. Att reparera eller återskapa förlorad goodwill kräver i allmänhet stora kostnader". TR:n hänvisar i domskälen dessutom till delar av den nya lydelsen av 38§ VML: "Det återstår endast att uppskatta skadan med tillämpning av 35 kap. 5§ rättegångsbalken. Härvid skall också beaktas stadgandet i 38§ första stycket varumärkeslagen att *vid bestämmande av ersättnings storlek* (min kursivering) hänsyn skall tas även till rättighetshavarens intresse av att varumärkesintrång inte begås". Man refererar också till det ovannämnda hovrättsfallet, DT 32, T 78-97, som ytterligare stöd för att döma ut det aktuella skadeståndet för goodwillskadan.

⁸³ Se tex NJA 1988 s. 543, där inte ens Levi Strauss' yrkande på 75.000 kr. för goodwillskadan godtogs av domstolen. Även här var det fråga om ett välrenommerat varumärke med stora ekonomiska värden för rättighetshavaren.

I förarbetena till reformeringen av 38§ VML betonar man väldigt starkt varumärkesinnehavarens rätt till full kompensation för de uppkomna skadorna. Man riktar också kritik mot de njudda ersättningar som hittills hade dömts ut i varumärkesmålen (se ovan avsnitt 4.1.3). Med tanke på att svenska domstolar, som jag har nämnt tidigare, ofta tar till sig och följer förarbetsuttalanden är det enligt min mening mycket troligt att nivån på ersättningarna i varumärkesmålen successivt kommer att höjas. Hovrättsfallet och det citerade tingsrättsavgörandet indikerar enligt min mening starkt att så kommer att bli fallet.

Det finns således en hel del som tyder på att 1994 års lagreform redan har påverkat och kommer att påverka domstolarnas ersättningspraxis i varumärkesmål. Det är dock enligt min mening för tidigt att uttala sig mer definitivt om hur stark denna påverkan framdeles kommer att bli. Detta får framtiden utvisa.

4.3 Doktrinen ståndpunkt

När det gäller principer och beräkningsmetoder för skadeståndsberäkningen, samt storleken av utdömda skadestånd i varumärkesmål har min genomgång av redovisad rättspraxis gett klara besked i frågan. Fast etablerade principer och metoder saknas i svensk varumärkesrätt beträffande beräkningen av en uppkommen försäljningsminskning eller goodwillskada. Vidare har rättsfallen visat att de ersättningar, som dömts ut sällan ger varumärkesinnehavarna full ekonomisk kompensation för åsamkade skador.

Dessa slutsatser får även stöd av den aktuella doktrinen på området. Det tycks således råda stor enighet i den juridiska litteraturen om att det inte finns några accepterade ersättningsprinciper och metoder för beräkningen av försäljningsförluster eller goodwillskador⁸⁴. Även när det gäller storleken av de utdömda skadestånden är doktrinen enig: Varumärkesinnehavarna får sällan full ekonomisk kompensation för de skador, som intrånget har orsakat⁸⁵.

⁸⁴ Se bla M. Levin, A.a., s. 202-203, 207, 219; E. Karlsson, A.a., s. 394.

⁸⁵ Se bla M. Koktvedgaard, M. Levin, A.a., s. 424 f.; M. Levin, A.a., s. 202, 205; C. Ugglå, A.a., s. 522; G. Karnell, A.a., s. 346; E. Karlsson, A.a., s. 390.

5 Avslutning

Som torde ha framgått av den här framställningen uppkommer en hel del intressanta problem- och frågeställningar när man studerar skadeståndsberäkningen vid varumärkesintrång. Det är således inte bara själva beräkningen *i sig* som är intressant att undersöka. Även problem och frågor som tex rör tillämpningen av RB 35:5, domstolarnas motiveringar i varumärkesmål, och storleken av de utdömda skadestånden är intressanta att närmare undersöka.

När det först och främst gäller de behandlade skadeståndsrättsliga principerna har jag visat att de är högst relevanta även för skadeståndssanktionen inom varumärkesrätten. Att skadeståndet fyller sin reparativa funktion även inom detta rättsområde är viktigt bla för att den preventiva funktionen ska kunna tillgodoses. Kan vidare varumärkesinnehavaren inte bevisa uppsåt eller åtminstone oaktsamhet hos intrångsgöraren, kan någon ersättning för goodwillskada och försäljningsförlust inte utgå, trots att tillräcklig bevisning om skadornas existens och omfattning kan förebringas. När det sedan gäller kravet på adekvat kausalitet är det viktigt att rättighetsinnehavaren lägger fram övertygande bevisning om orsakssambandet mellan intrånget och skadan. Är inte kravet på adekvat kausalitet uppfyllt blir nämligen, precis som när det gäller kravet på uppsåt och oaktsamhet, någon skadeståndsberäkning överhuvudtaget inte aktuell. Min redovisade rättspraxis har dock visat att domstolarna i varumärkesmålen inte verkar ställa alltför höga krav på kärandens utredning beträffande orsakssambandet. Där emot har det varit betydligt svårare för käranden att styrka skadans omfattning.

När det sedan gäller själva skadeståndsberäkningen har jag först konstaterat att lagregleringen i 38§ VML, i kombination med dess förarbeten, inte ger någon närmare vägledning för parter och domstolar. Några konkreta metoder för att beräkna en goodwillskada eller en försäljningsförlust redovisas inte. När det däremot gäller ersättningen för utnyttjandet av ett varumärke förordar man i förarbetena att en hypotetisk licensavgift ska användas som beräkningsgrund. Detsamma gäller i godtrosfallen enligt 38§ 2 st. VML.

Eftersom lagregleringen således inte ger någon större vägledning när det gäller frågan hur skadeståndet ska räknas fram, måste man gå till rättspraxis för att få bättre besked om gällande rätt på området. Mina redovisade rättsfall har visat att domstolarna i majoriteten av fallen har valt att uppskatta de uppkomna försäljningsförlusterna eller goodwillskadorna med stöd av RB 35:5. När det gäller uppkomna försäljningsförluster har dock HD i ett fall godkänt kärandens förordade beräkningsmetod, där svarandens antal sålda enheter antogs motsvara varumärkesinnehavarens antal icke sålda enheter. Metoden bygger dock på mycket osäkra och lösa antaganden, och det torde krävas en tämligen övertygande och tillförlitlig utredning från rättighets-

havarens sida för att HD även i fortsättningen, och även underinstanserna, ska lägga den aktuella metoden till grund för beräkningen av försäljningsförlusten. Pga avsaknad av ytterligare rättsfall som stödjer den aktuella metoden kan man inte heller tala om en etablerad metod för skadeståndsberäkningen. När det sedan gäller beräkningen av en goodwillskada verkar domstolarna sällan vilja godta de av kändarna åberopade beräkningsmetoderna. De förordade metoder, som rättighetshavarna har lagt fram i de aktuella rättsfallen, har ofta byggt på alldeles för osäkra och lösa premisser för att domstolarna ska kunna lägga dessa till grund för beräkningen. Istället har domstolarna uppskattat goodwillskadorna med hänvisning till RB 35:5. Av min redovisade rättspraxis framgår att rättighetshavarna i de flesta fallen, i stället för att åberopa en specifik beräkningsmetod för goodwillskadan, har åberopat olika sakomständigheter som stöd för skadeståndsyrkandet. Dessa har då, i de fall domstolen har beaktat dessa, verkat höjande på skadeståndet vid skälighetsbedömningen enligt RB 35:5. När det slutligen gäller ersättningen för utnyttjandet av varumärket tyder både redovisad rättspraxis och svenska domstolars bundenhet till förarbetsuttalanden på att en antaglig licensavgift kommer att användas som beräkningsgrund för skadeståndsberäkningen. Mycket tyder på att denna beräkningsgrund även kommer att användas vid godtrosfallen enligt 38§ 2 st. VML.

När det således gäller själva skadeståndsberäkningen torde den övergripande slutsatsen av min redovisade rättspraxis vara att det i svensk varumärkesrätt inte finns några fast etablerade principer och beräkningsmetoder beträffande försäljningsförluster och goodwillskador. I stället har domstolarna i de allra flesta fallen uppskattat dessa skador med stöd av RB 35:5.

När det sedan gäller bevisregeln i RB 35:5 har jag i min framställning pekat på vissa negativa konsekvenser, som den frekventa tillämpningen av stadgandet kan medföra. Jag har visat att det godtycke, som skälighetsbedömningen enligt bevisregeln ger upphov till, bidrar till rättsosäkerhet för varumärkesinnehavaren. Detta godtycke har sin förklaring i att det inte finns några fasta hjälpregler för domstolarna när de ska uppskatta skadan enligt RB 35:5. Följden blir då att olika domstolar kan komma till vitt skilda resultat när det gäller den uppskattade storleken av den aktuella skadan. Detta medför att rättighetshavaren inte har en aning om på vilken nivå, som vederbörande ska lägga sig när det gäller storleken av det planerade skadeståndsyrkandet. Risken finns då att varumärkesinnehavaren yrkar på ett för lågt skadestånd, vilket i sin tur innebär att vederbörande inte får full kompensation för de uppkomna skadorna. En annan negativ effekt, som har framgått av min framställning, är risken att kändaren blir för bekväm i sin processföring. Pga domstolarnas obenägenhet att acceptera de åberopade beräkningsmetoderna, kanske kändaren finner det lönlöst att lägga ned tid och energi på att prestera en omfattande utredning om storleken av de lidna skadorna. Man nöjer sig då helt enkelt med att åberopa RB 35:5, och låta domstolen göra en skälighetsbedömning. Detta leder, pga den processrättsliga dispositionsprincipen, till att det inte utbildas några etablerade principer och beräkningsmetoder i svensk varumärkesrätt. Även om den frekventa

tillämpningen av bevisregeln följaktligen kan medföra vissa negativa konsekvenser, har jag dock visat att stadgandet faktiskt är oundgängligt för varumärkesinnehavaren. Hade RB 35:5 inte funnits skulle nämligen rättighetshavarna i majoriteten av de redovisade rättsfallen inte få någon kompensation överhuvudtaget för de åsamkade skadorna. Bevisregeln fyller således en viktig funktion inom varumärkesrätten.

När det sedan gäller domstolarnas motiveringar i varumärkesmålen har jag visat att man av redovisad rättspraxis kan finna flera exempel på bristfälliga, och ibland tom obefintliga, motiveringar av domstolarnas ställningstaganden. Detta gäller både beträffande storleken av de utdömda skadestånden och domstolarnas inställning till parternas åberopade beräkningsmetoder. Jag har emellertid också visat att domskälens ofta bristande kvalitet inte alltid behöver bero på domstolarna själva. Pga den processrättsliga dispositionsprincipen torde nämligen även parterna ha ett visst inflytande på domstolarnas motiveringar. Belägg för detta finns i de redovisade rättsfallen.

Vad problematiken kring rättegångskostnaderna beträffar har framställningen visat att regleringen av dessa kostnader säkerligen i vissa fall kan leda till skadeståndsyrkanden i underkant. Vid ett partiellt bifall till skadeståndsyrkandet riskerar nämligen varumärkesinnehavaren att själv få behöva stå för en del av sina egna rättegångskostnader, vilka i varumärkesmålen kan uppgå till betydande belopp. Detta, i kombination med det godtycke som den frekventa tillämpningen av RB 35:5 innebär, kan då medföra att rättighetshavaren inte ens vågar yrka på ett skadestånd som fullt ut täcker de åsamkade skadorna.

När det sedan gäller storleken av de utdömda skadestånden har jag hävdat att varumärkesinnehavarna, i de allra flesta fallen, inte får full kompensation för de uppkomna skadorna. Som stöd för denna ståndpunkt har jag fört fram två argument. Det ena är att rättighetshavarna, pga regleringen av rättegångskostnaderna och den frekventa tillämpningen av RB 35:5, ofta torde vara för-siktiga med att yrka på skadestånd som leder till överkompensation. Risken för att vederbörande yrkar på ett för lågt skadestånd torde snarare vara större. Med tanke på att domstolarna i 14 av mina 16 redovisade varumärkesmål har dömt ut skadeståndsbelopp, som ibland kraftigt har understigit de yrkade beloppen, tyder således mycket på att varumärkesinnehavarna inte får full kompensation för sina skador. Det andra argumentet har jag funnit i de stora ekonomiska värden, som ofta ligger i ett varumärkes goodwill. De ersättningar, som i mina redovisade rättsfall har dömts ut för goodwillskador, torde inte på långa vägar förslå för att rättighetshavaren ska kunna reparera de skador som ett intrång ofta åsamkar varumärkets goodwillvärde. Jag har visat exempel på rättsfall, där innehavare av välrenommerade varumärken inte ens har fått ersättning för de anmärkningsvärt blygsamma skadestånd som har yrkats för goodwillskadorna. Mycket tyder alltså på att ersättningar upp till full kompensationsnivå sällan döms ut av domstolarna i varumärkesmål. En

fara, som jag har pekat på i denna framställning, med de njudda ersättningsarna är att någon kan finna det mer lönsamt att begå intrång och betala ett lågt skadestånd än att betala licensavgifter för att få utnyttja varumärket. Den preventiva funktionen hos skadeståndet riskerar således att urholkas.

När det slutligen gäller 1994 års lagreform och den inverkan, som denna kan tänkas ha haft på ersättningspaxis i varumärkesmål, har jag först konstaterat att man i ett avseende med full visshet kan säga att reformen faktiskt har verkat höjande på de utdömda skadestånden. Efter 1994 har nämligen varumärkesinnehavaren även rätt till ersättning för utnyttjandet av varumärket, trots att någon skada inte har uppkommit pga intrånget. Det blir således fråga om en ersättning *utöver* compensationen för eventuella goodwill-skador och försäljningsförluster. När det sedan gäller ersättningen för *den ytterligare skada* som har orsakats av intrånget, har jag hävdats att två av mina tre redovisade rättsfall som är aktuella i sammanhanget starkt indikerar att reformen har fått genomslagskraft även här. Både de utdömda skadeståndens storlek och de resonemang som förs av domstolarna tyder på detta. När det till sist gäller frågan hur stor inverkan 1994 års revision framdeles kommer att få, har jag ansett det vara mycket troligt att skadestånden gradvis kommer att höjas. Som stöd för detta har jag fört fram de två aktuella rättsfallen, samt svenska domstolars starka benägenhet att följa förarbetsuttalanden. Huruvida denna prognos är riktig får framtida varumärkesmål ut-visa.

Käll- och litteraturförteckning

Rättskällor

Förarbeten

SOU 1958:10	Förslag till varumärkeslag
Prop. 1960:167	Förslag till varumärkeslag
Prop. 1985/86:86	Om ändring i patentlagen (1967:837) m.m.
Prop. 1993/94:122	Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång

Rättsfall

NJA 1985 s. 194
NJA 1988 s. 183
NJA 1988 s. 543

RH 1990:68/NIR 1990 s. 466
RH 1991:31
RH 1994:111

Svea hovrätt, DT 12, T 959/90
Svea hovrätt, DFT 34, FT 1431/90
Svea hovrätt, DT 14, T 419/92
Svea hovrätt, DT 49, T 416/95
Svea hovrätt, DT 32, T 78-97
Göta hovrätt, T 319/98

Stockholms tingsrätt, DT 375, T 7-396-87
Stockholms tingsrätt, DT 411, T 7-405-93
Stockholms tingsrätt, DT 340, T 7-855-92
Stockholms tingsrätt, T 1435-99

Litteratur

Bernitz, Ulf	Skälig licensavgift som beräkningsgrund för skadestånd vid varumärkesintrång, NIR 1988, s.516 ff.
Davidsson, Bo	Skadestånd inom det industriella rättsskyddet, NIR 1979, s. 116 ff.
Ekelöf Per Olof, Boman Robert	Rättegång – första häftet, Stockholm 1990.
Hellner, Jan	Skadeståndsrätt, Stockholm 1995.

Karlsson, Eva	Skadestånd vid intrång i industriella rättigheter, NIR 1990, s. 369 ff.
Karnell, Gunnar	Juridiska aspekter på vad ett märke är värt; licensavgifter, skadestånd, varumärken i konkurser, NIR 1991, s. 340 ff.
Koktvedgaard Mogens, Levin Marianne	Lärobok i immaterialrätt, Stockholm 2000.
Levin, Marianne	Noveller i varumärkesrätt, Stockholm 1990.
Löfgren, Christer	Värdering av varumärken utifrån juridiska och ekonomiska aspekter, Stockholm 1991.
Melin Frans, Urde Mats	Varumärket – en hotad tillgång, Malmö 1991.
Nordell, Per Jonas	1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem, NIR 1994, s. 309 ff.
Uggla, Claës	Några tankar om beräkningen av skadestånd i varumärkesmål, NIR 1988, s. 521 ff.

Övriga källor

Samtal med jurist Bo Bengtsson på advokatbyrån Ström & Gulliksson i Malmö, den 20 september och den 31 oktober 2000.

Dagens Nyheter den 24 april 1990.

Sydsvenska Dagbladet den 7 november 2000.

