



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Magnus Petersson

Värderingar vid immateriella intrång

En studie av det allmänna skadeståndet

Examensarbete
20 poäng

Christian Dahlman

Skadeståndsrätt/Immateriellrätt/Allmän rättslära/Rättsekonomi

VT 2006

Innehåll

SUMMARY	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Problem	3
1.3 Syfte	3
1.4 Avgränsningar	4
1.5 Metod	4
1.6 Material	5
1.7 Disposition	5
2 TEORETISKT RAMVERK	6
2.1 Om värden och värderingar	6
2.2 Rättsekonomi – ett analysverktyg	7
2.2.1 Rättsekonomins berättigande	7
2.2.2 Teorin	7
2.2.3 Teorins begränsningar	11
3 DET ALLMÄNNA SKADESTÅNDET	13
3.1 Lagreglering	13
3.2 Förarbeten	14
3.2.1 Bakgrund	14
3.2.2 Ändamål	15
3.2.3 Direktiv 2004/48/EG	15
3.3 Hjälpregel eller självständig skadeståndsform?	16
3.4 Beräkningsunderlag vid immateriella intrång	17
4 VÄRDERINGAR	18
4.1 Allmänna synpunkter på praxis	18
4.1.1 Bevisproblem	20
4.1.1.1 Adekvat kausalitet	22
4.1.2 Den ideella skadan; bedömningsgrunder	23

4.1.3	Mot schablonbelopp?	25
4.2	Allmänna principer och ändamål i praxis	25
4.2.1	Tankarna bakom skyddet av immateriella rättigheter	25
4.2.1.1	Patentsystemets syfte	25
4.2.1.2	FHL:s syfte	27
4.2.1.3	Varumärkesrättens syfte	28
4.2.1.4	Mönsterrättens syfte	28
4.2.1.5	Skyddet av immateriella rättigheter i praxis	28
4.2.2	Skadeståndets funktion	29
4.2.2.1	Samhällsekonomisk effektivitet	30
4.2.2.2	Reparation	31
4.2.2.3	Prevention	32
4.2.3	Skadeståndsrättens gränser	35
4.2.3.1	Gränsen mot punitive damages	35
4.3	Rättsliga ideal i praxis	36
4.3.1	Domarroller	38
4.3.1.1	Rättsformalisten	39
4.3.1.2	Rättsrealisten	39
4.3.1.3	Rättspositivisten	41
4.3.1.4	Rättspragmatikern	42
4.3.1.5	Kommentar	44
4.3.2	Rättslig argumentation	45
4.3.2.1	Tolkningsmetoder	47
4.3.2.2	Kommentar	49
4.3.2.3	Sammanhang	50
4.3.2.4	Kommentar	51
4.3.3	Sammanfattning	51
5	SAMMANFATTANDE ANALYS	55
6	AVSLUTANDE SYNPUNKTER	61
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	63
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64

Summary

This study suggests different methods for understanding the application of the General Damages Rule in case of intellectual property rights infringements and assaults on trade secrets (umbrella term: *intangible infringements*).

I examine which types of legal *evaluations* the General Damages Rule gives rise to when it is being enforced. By evaluations I have in mind how different types of values are being observed by the courts when deciding a case. Here I distinguish between two types of values. First, I consider those legal ideals preferred by the legislator and by general legal principles. Second, different legal ideals, as expressed through different theories of adjudication, are being observed. In doing so, one can understand the rule in its context, thus one should be able to fully appreciate the emerging complexities when deciding a case in an intellectual property rights matter. The analysis shows us how the different values being upheld by the General Damages Rule – general principles of compensation and the system of Sole Rights, implicating a good political economy and an innovative society – can be weighed against each other.

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete: Refererar till samma verk som i föregående not
AD	Arbetsdomstolen
ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
f.	Följande
ff.	Flera följande
FHL	Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta Domstolen
Ibid.	Ibidem (=på samma ställe): Används vid referens till samma sida i samma verk som i föregående not
Men.	Meningen
ML	Mönsterskyddslag (1970:485)
NIR	Nordiskt Industriellt Rättsskydd
PL	Patentlag (1967:837)
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
VML	Varumärkeslag (1960:644)
s.	Sida
SkL	Skadeståndslag
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvittenskap
URL	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Inom immaterialrätten finns sedan 1986 en möjlighet att yrka allmänt skadestånd vid intrång. Samma möjligheter ges också den som blivit utsatt för ett angrepp på sin företagshemlighet. Det allmänna skadeståndet är en rättsfigur som har hämtats från arbetsrättens område och innebär att den skadelidande utöver ersättning för ekonomisk skada och ren förmögenhetsskada också kan yrka ersättning för annat än ekonomiska skador, dvs. ideella skador. Trots att det allmänna skadeståndet var tänkt att öka möjligheterna till ersättningsnivåer som bättre svarar mot den reella skadan har domstolarna varit mycket försiktiga med att utdöma högre belopp. Praktiskt innebär det stora svårigheter att bestämma exakta belopp vid den typ av skador som uppkommer vid intrång i immaterialrätter och vid obehöriga angrepp på företagshemligheter (samlingsnamnet hädanefter är ”immateriella intrång”, kort och gott). Även fast skadeståndsnivåerna generellt sett har ökat, har de inte ökat i den utsträckning som var tanken med det allmänna skadeståndet.

1.2 Problem

Vi ställs således inför problemet att en regel med ett tydligt ändamål inte tillnärmelsevis har visat sig fungera i praktiken. Frågan som kan ställas är vad detta kan tänkas bero på.

Vid en tillämpning av det allmänna skadeståndet väcks en mängd frågor av skiftande art och betydelse. Ur ett immaterialrättsligt perspektiv uppstår frågor, såsom hur långt en ensamrätt kan garanteras av rättsordningen och exempelvis hur domstolarna ställer sig till lagstiftarens generösare syn på skadeståndsrätten och hur detta kan påverka skadeståndsrättens utveckling. Det är därför av stort intresse för den som är intresserad av hur olika regler samspelar – framförallt inom ett så komplext och dynamiskt område som immaterialrätten – att söka förklara hur domstolarnas tillämpning av det allmänna skadeståndet kan förstås ur ett mer principiellt perspektiv. I skärningspunkten mellan flera olika rättsområden bidrar det allmänna skadeståndet med andra ord till att illustrera hur olika värderingsgrunder hamnar i konflikt med varandra.

1.3 Syfte

Syftet med denna framställning är att undersöka vilka värderingar som ligger till grund för tillämpningen av det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång. För att ta reda på svaret på den frågan krävs en överblick över de värden som bär upp det allmänna skadeståndet och hur dessa har beaktats av domstolarna.

Tanken är att det allmänna skadeståndet skall förstås i ett större sammanhang. Genom att titta på några fall där olika värden kolliderar kan det visas hur domstolarna tvingas göra en mängd olika värderingar. Konsekvenserna av dessa värderingar är både teoriskt intressanta och synliga i praktiken. Jag vill därmed visa hur avvägningen av olika värden och värderingar kan byggas upp i en specifik juridisk kontext.

Jag arbetar efter tesen att domaren i sitt arbete måste göra ett flertal olika värderingar samt att han eller hon samtidigt påverkas av den rättsliga traditionen. Den rättsliga traditionen kommer då till uttryck både genom olika domarroller och hur den rättsliga argumentation genomförs.

1.4 Avgränsningar

Föremålet för undersökning är bedömningsgrunderna för att kunna utdöma allmänt skadestånd. Processuella aspekter kommer att förpassas till periferin. Uppsatsen kommer istället främst att beröra ämnena skadeståndsrätt, immaterialrätt, allmän rättslära och rättsekonomi. Vidare kan konstateras att den här framställningen inte kommer att behandla förutsättningarna för att kunna döma till ansvar för ett immateriellt intrång, dvs. innebörden av ”skada”. Jag kommer inte heller redogöra för vad som utgör ett immateriellt intrång.

Denna uppsats utgör *inte* en uttömmande framställning i ämnet allmän rättslära (*jurisprudence*). De rättsteoretiska perspektiv som anläggs finns med för att förklara olika värden och värderingar och avser *inte* att sätta någon teori om gällande rätt före någon annan eller att säga vilken tolkningsmetod som är bäst. Snarare avser jag att visa hur olika teorier gör sig påminda i rättstillämpningen.

Jag kommer inte att titta på hur frågan om immateriella intrång har lösts i andra rättsordningar. Det är min uppfattning att den analytiska bredd som hade kunnat vinnas genom att beakta utländsk rätt, troligen skulle åstadkommas på bekostnad av analytiskt djup.

1.5 Metod

Den som ska säga något om gällande rätt i svåra frågor tvingas diskutera frågorna mot bakgrund av olika värden och källor, och säga något om deras inbördes ställning. I så måtto blir det fråga om en sedvanlig juridisk metod. I den mån blicken lyfts mot övergripande teorier om hur domare skall/bör avgöra fall blir ansatsen rättsteoretisk/rättsfilosofisk. Värderingarna bakom det allmänna skadeståndet kompletteras med en rättsekonomisk analys. En fullständig utvärdering av det allmänna skadeståndets ändamål – inklusive en god samhällsekonomi – vinner på att rättsekonomiska modeller utnyttjas. På så vis kan diskussionen om skadeståndsnivåer ytterligare fördjupas.

1.6 Material

I den mån rättsfall presenteras handlar det om att illustrera typexempel på tolknings/tillämpningsproblem. Utgångspunkten är att skadeståndsbeloppen är för låga för att vara tillfredsställande. Eftersom denna uppsats inte heller behandlar förutsättningar för att avgöra om skada inträffat, så har sakomständigheterna i varje enskilt fall i princip utelämnats. Genomgången av problemen i praxis avser att visa på olika kolliderande värderingar. Utöver vederbörligt uppmärksammande av lag, förarbeten, praxis och doktrin kommer tonvikten i materialet att ligga på litteratur som kan förklara olika domarroller, hur normer analyseras samt vilka krav som kan ställas på den rättsliga argumentationen. I denna del speglar materialet de mest tongivande rättsteoretikerna idag, varför särskilt mycket utrymme ges åt några få namn. Det är också viktigt att poängtera att avsikten inte har varit att göra fullständiga presentationer av olika teorier om gällande rätt, utan snarare att lyfta fram det som skiljer dem alla åt och det som förenar dem. På så sätt kan visas på vilka sätt domstolarna i sin verksamhet påverkas av olika rättsteorier, vare sig det är medvetet eller omedvetet, som en del i den rättsliga traditionen. En del av uppsatsen ägnas också åt rättsekonomiska överväganden. Det allmänna skadeståndets preventiva effekt utvärderas utifrån grundläggande rättsekonomiska framställningar. Syftet är, som sagt, att åskådliggöra olika typer av sätt att förstå värderingarna bakom det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång.

1.7 Disposition

Framställningen inleds med en beskrivning av det teoretiska ramverket. Därefter behandlas det allmänna skadeståndets utformning samt bakgrund och ändamål till detsamma. Efter denna orientering sker, med utgångspunkt från relevant rättspraxis, en analys av de olika värderingskonflikterna i avsnittet värderingar. I detta avsnitt ställs de olika värderingsprinciperna mot varandra. Detta avsnitt följs av en sammanfattande analys. Framställningen avslutas med några allmänna synpunkter på resultatet av undersökningen.

2 Teoretiskt ramverk

2.1 Om värden och värderingar

Precis som titeln anger kommer detta arbete att handla om värderingar. Värderingar kan göras på många sätt och i många sammanhang. De kan också syfta på olika saker. Att ”värderingar” har många betydelser behöver dock inte vara problematiskt. Det viktigaste är att begreppet definieras på ett sätt som är praktiskt gångbart för att lösa det problem som är för handen.¹ I avsnitt 1.3 beskrevs utgångspunkten för denna framställning. Tanken var att genomföra en utvärdering av gällande rätt i ett större sammanhang. Avsikten är att klargöra de ställningstaganden en domare tvingas göra – explicit eller implicit – när han eller hon skall bestämma allmänt skadestånd i fall av immateriellt intrång.

Varje rättslig bedömning som görs skall dock inte ses som en värdering. En värdering innefattar olika bedömningar som tillsammans innebär ett ställningstagande till olika värden.² Närmare bestämt betyder en värdering helt enkelt att de värden som har diskuterats i den politiska processen i viss mån också kommer att styra rättstillämpningen. Det blir tydligt då domstolarna tolkar lagen. Tolkningar som har gjorts en gång måste göras igen, och raffinerats, och varje gång så sker måste den rättsliga argumentationen sättas in i ett större sammanhang. Detta större sammanhang fordrar då att de värden – dvs. de värden som vi kan utläsa av lagförarbetena men också av allmänna rättsprinciper på området – som följer implicit av lagen respekteras. Med ”värden” avses en strävan att uppnå ett idealtillstånd. Värden utgör således idéer om vad som bör eftersträvas. Därmed får värden en funktion av handlingsskäl.³ Handlingsskäl hittar vi, som sagt, i en bestämmelses ändamål och i vägledande allmänna rättsprinciper men också i olika uppfattningar om hur ett domslut kan rättfärdigas.

Ett rättsligt beslut måste alltså ansluta till uppfattningen om dess ändamål (lagstiftarens intentioner) och inte gå stick i stäv med allmänna rättsprinciper på det område som regeln berör. Ett beslut måste kunna rättfärdigas. Rättsliga värderingar betyder följdenligt att två frågor måste besvaras: 1) *Vilka principer och ändamål måste beaktas vid tillämpningen av det allmänna skadeståndet*; samt 2) *Vilka rättsliga ideal vägleder domstolarna i sin verksamhet*.⁴ Genom en närmare studie av allmänna

¹ Jareborg (1975), s. 184.

² A.a., s. 190 f.

³ Jareborg (1975), s. 184 f. Se även t.ex. *Peczenik & Shött (1993)*, s. 710 f., om värden och avvägningar mellan olika värden.

⁴ Rättsliga ideal kan hittas i olika teorier om ”gällande” rätt. Teorier om vad som utgör gällande rätt försöker förklara vad som gör att en regel skall följas; ”vad ger en regel auktoritet?”, *Peczenik (1995a)*, s. 17. Inom anglo-amerikansk rättstradition talas om teorier om *Adjudication*, dvs. teorier som utger sig för att tolka, beskriva eller föreskriva hur

principer och ändamål samt av olika rättsliga ideal kan vi således ringa in olika värden som får betydelse vid tillämpningen av det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång.

Tanken är att visa att värden spelar roll. Jag kommer i avsnitt 4 att visa, att värdena framträder i motiven till en rättslig regel men också i den rättsliga traditionen. I enkla fall kommer inte sådana värden att påverka utgången. I svåra fall, däremot, kommer principer och olika värden att kollidera. Det är då domstolarnas jobb att göra värderingar. I själva verket är det deras huvudsakliga uppgift; att väga olika värden emot varandra. Fördelen med att, som i avsnitt 4.3.2, öppet redovisa olika argumentationstyper och tolkningsmetoder är att det gör det lättare att se hur, praktiskt taget ”varje beskrivning, varje begreppsbildning och varje begreppsanvändning [är] impregnerad av värderingar”.⁵

2.2 Rättsekonomi – ett analysverktyg

För att illustrera konsekvenserna av de låga skadeståndsbeloppen och skärpa analysen, kommer jag att använda en rättsekonomisk metod. I detta avsnitt skall den rättsekonomiska metoden presenteras. Tillämpningen kommer att ske i avsnitten 4.2.2 och 4.2.3.

2.2.1 Rättsekonomins berättigande

Skadeståndsregler har traditionellt inte analyserats ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Snarare har detta tillvägagångssätt betraktats med viss skepsis, fastän disciplinen på senare år har vunnit ökat inflytande.⁶ Rättsekonomi kan med fördel användas för att illustrera det allmänna skadeståndets effekt.

Det krävs vissa värderande hypoteser om rättsreglers verkningar för att utvärdera reglers ändamålsrationalitet.⁷ Rättsekonomi är ett sådant sätt för juristen att svara på hur en regel *bör* utformas. Rättsekonomi måste dock inte användas för att genomföra en normativ analys. Att utifrån rättsekonomi ge svar på hur skäl och principer, aktuella vid tillämpningen av det allmänna skadeståndet, påverkar den ekonomiska effektiviteten i samhället handlar om att göra en *deskriptiv* analys.⁸

2.2.2 Teorin

Rättsekonomi innebär en tillämpning av nationalekonomiska teorier och modeller i ett juridiskt sammanhang.⁹ Skolbildningen växte fram som ett alternativ till, men också som en följd av, *behaviouralismen*.

domare (skall) avgör(a) fall. Vissa teorier utgår ifrån ett visst rättssystem, medan somliga teorier gör anspråk på universell giltighet, se *Bix(2004)*.

⁵ Jareborg (2004), s. 9.

⁶ Hellner & Johansson (2002), s. 43.

⁷ A.a., s. 254.

⁸ Dahlman m.fl. (2004), s. 70. Se också *Kellgren (2002)*, s. 514.

⁹ Dahlman m.fl. (2004), s. 9.

Behaviouralismen är en vetenskaplig analysinriktning som har som mål att förklara mänskligt beteende i sociologiska och psykologiska termer.¹⁰ Ekonomer utvecklade då teorin om *Rational Choice*, en teori som fann anhängare i flera vetenskapliga läger. Jurister, statsvetare, historiker, sociologer och även antropologer och psykologer har lånat det ekonomiska perspektivet som erbjuds genom *Rational Choice Theory*. Teorin har framgångsrikt kunnat beskriva mänskligt beteende i valsituationer. Perspektivet är framtidsblickande och förutsätts vara konsekvent över tid. Detta betyder att människor försöker maximera sin förväntade nytta så som de föreställer sig den. Teorin ger dess användare uppenbara vinster i form av analytisk förklaringskraft, vilket kan förklara varför forskare från skilda discipliner ser fler fördelar än nackdelar i att använda den ekonomiska metoden.¹¹

Inom den del av nationalekonomin som kallas mikroekonomi används inte alltid begreppet *Rational Choice*. Istället är utgångspunkten teorin om *The Economic Man*. Liksom *Rational Choice Theory* bygger denna på att individer är rationella maximerare av sin egen nytta.¹² En individs nytta beror då av i vilken utsträckning individens preferenser blir tillfredsställda.¹³ *The Economic Man* mäter tillfredsställelsen i pengar.¹⁴

Den samhällsekonomiska effektiviteten kan mätas på olika sätt. *Pareto*-kriteriet innebär att, om en åtgärd, låt oss säga ett rättsligt avgörande, får till följd att åtminstone en individ får det bättre, och ingen individ får det sämre gynnas samhället totalt. *Kaldor Hicks*-kriteriet innebär att en åtgärd är samhällsekonomiskt effektiv om en individ får det bättre än vad en annan får det sämre. Samhällets idealtillstånd kännetecknas av en *pareto*-optimalitet, dvs. ingen individ kan få det bättre utan att någon annan samtidigt får det sämre.¹⁵ I idealtillståndet råder marknadsjämvikt. Ett kriterium för att marknadsjämvikt skall råda är att företags kostnader måste vara internaliserade. Företag måste beakta *alla* kostnader som är förknippade med deras verksamhet.¹⁶ Kostnader som inte bärs av verksamheten är *externa* och drabbar någon annan än företaget. Det klassiska exemplet är att ett företag förorenar sin omgivning utan att bli ansvarigt för miljöskadorna som därmed uppkommer. Kostnaderna drabbar de individer som tvingas andas oren luft och blir sjuka, eller de som dricker av förorenat vatten osv. Ett företag som har externa kostnader drivs inte samhällsekonomiskt optimalt, sett till kriteriet för *Pareto*-optimalitet. Problemet är att alla individer försöker maximera sitt eget välstånd. Det förorenande företaget sparar in mycket pengar genom att inte ta ansvar för sanering av omgivningen eller att lägga om sin industri så att den blir miljövänlig. Det är här skadeståndsrätten blir intressant. Rättsekonomer

¹⁰ Ward (2002), s. 65.

¹¹ Becker (1993), s. 403.

¹² Dahlman m.fl. (2004), s. 16.

¹³ A.a., s. 17.

¹⁴ A.a., s. 79.

¹⁵ A.a., s. 54 ff.

¹⁶ A.a., s. 61 f.

betraktar skadeståndsrätten som ett sätt att tvinga individer och företag att internalisera sina kostnader.¹⁷ Teorin om *The Economic man* bygger på just denna tanke om *general deterrence* – ekonomisk prevention¹⁸ – som säger att hot om skadestånd kommer att påverka individers beteende. Det antas således att den som drabbas av en skada har samma nytta av full ersättning som han hade av den nyttighet som gick förlorad genom skadan.¹⁹ Alltså kan problemet med externa kostnader lösas genom att de internaliseras hos skadevållaren.

Skadestånd kommer inte att förhindra att en del skador förblir externa. Beroende på individers eller företags preferenser för risk kommer en del i själva verket att välja att ta en chans och handla så att skada uppstår, trots hot om skadeståndsansvar. Det har att göra med individers förhållande till risk och val under osäkerhet. Alla har i verkligheten inte perfekt information om en handlings konsekvenser. Rättsekonomer antar sålunda att individer, vid val under osäkerhet, söker maximera sin *förväntade* nytta. Det alternativ som ger störst förväntad nytta kommer följaktligen att väljas. Måttet på förväntad nytta kräver information om a) vilka omständigheter som kan inträffa; b) vad sannolikheten är för att respektive omständighet inträffar; och c) vilket utfall de olika omständigheterna resulterar i. Den förväntade nyttan brukar benämnas *ekonomiskt väntevärde*.²⁰

Förväntad nytta = sannolikhet * utfall

eller

$$EMV = p * O$$

EMV = Expected Monetary Value

p = Probability

O = Outcome

Exempel:

Ponera att ett företag på olaglig väg kommit över en företagshemlighet från en mindre entreprenör. Utnyttjande av företagshemligheten beräknas medföra en vinst på 2 000 000 kr. Det finns dock en risk för att angreppet upptäcks och leder till en fällande dom för angrepp på företagshemlighet. Sannolikheten för upptäckt uppskattas av företagets analytiker till 2/5. En fällande dom uppskattas leda till ett skadestånd på 1 000 000 kr (i teorin är domstolarnas bedömningar förutsebara). Samtidigt förs diskussioner med

¹⁷ A.a., s. 113 ff.

¹⁸ Hellner & Johansson (2002), s. 43. Uttrycket används som översättning för *general deterrence*, eftersom allmänprevention betyder något annat i svensk rätt.

¹⁹ Polinsky & Shavell (1998), s. 878.

²⁰ Dahlman m.fl. (2004), s. 33.

entreprenören om att köpa företagshemligheten. Priset sätts högt, men företaget räknar ändå med att tjäna 800 000 kr på affären.

- A) Företaget utnyttjar företagshemligheten olagligt.
- B) Företaget köper företagshemligheten och utnyttjar den lagligt.

Handlingsalternativ A) ger ett väntevärde på 800 000. Sannolikheten för att undgå upptäckt är $3/5$. Förväntat utfall är 2 000 000, vilket ger ett *EMV* för denna första omständighet på 1 200 000 kr. *EMV* för den andra omständigheten, upptäckt, blir $-400\,000$ ($-(1\,000\,000 * 2/5)$). Totalt *EMV* för handlingsalternativ A är således 800 000 kr.

Handlingsalternativ B) ger ett *EMV* på 800 000 ($800\,000 * 5/5$).

I detta exempel blir det ekonomiska väntevärdet samma för båda handlingsalternativen. Alternativ B) är säkrare än A). Om beslutsfattarna i företaget har riskaversion kommer de att föredra B). Om beslutsfattarna är riskneutrala kommer de att anse båda alternativen likvärdiga. Preferens för risk innebär således att alternativ A) väljs.

Exemplet illustrerar grovt förenklat hur det kan se ut då immateriella intrång begås. I verkligheten är det väl knappast troligt att skadeståndet skulle hamna på en så hög nivå relativt den vinst som företaget gör genom angreppet. När företaget är stort och entreprenören liten finns det i praktiken få incitament för företaget att försöka köpa sig tillgång till företagshemligheten.

Ovan konstaterades att skadestånd tvingar skadevällare att internalisera sina kostnader. Det är dock inte tillräckligt att det finns ett skadeståndssystem. Alla som har rätt till skadestånd kräver inte alltid skadevällaren och stämmer denne inför domstol om han eller hon vägrar att betala. I andra fall är det svårt att utpeka skadevällaren och denne undgår ansvar. Båda situationerna innebär att kostnaderna som drabbat skadelidanden förblir externa.²¹ Det är inte samhällsekonomiskt motiverat. Därigenom riskerar skadeståndet förlora sin skadeförebyggande, preventiva, funktion. När det gäller immateriella intrång utsätter sig intrångsgöraren eventuellt för både civilrättsliga och straffrättsliga sanktioner. Från rättsekonomisk synpunkt är det bra. Skadestånd ensamt kommer inte att bidra till fullständig internalisering. Dessutom kan en skada inte alla gånger repareras genom ekonomisk ersättning. Då kan det vara en idé att försöka styra individens beteende så att risken för skada minskas. Det blir istället fråga om prevention. Vid prevention åsätts inte brott ett pris. Istället sätts priset så att brottslingen skall avskräckas. Om vi tittar på det allmänna skadeståndet, som har både en reparativ och en preventiv funktion, kan lämplig preventiv nivå på skadeståndsnivån beräknas med användandet av en ekonomisk teori om brott och straff.²² Det finns alltså flera skäl att komplettera skadestånd

²¹ Dahlman m.fl. (2004), s. 123.

²² Cooter & Ulen (2000), s. 433.

med straffsanktioner. För det första, är det ett sätt att komma runt problemen med att perfekt kompensation i praktiken är omöjligt. För det andra, finns det stor risk för att, när någon väljer att utnyttja en immaterialrätt utan att betala för den, immaterialrätten kommer att hamna hos någon annan än den som värderar den högst. Här finns möjlighet att uppställa ekonomiska sanktioner som tvingar intrångsgöraren att betala för rättigheterna. På så sätt uppmuntras pareto-optimala avtal på marknaden. För det tredje, kan ekonomiska straff, som nämndes tidigare, garantera en regels preventiva effekt.²³

2.2.3 Teorins begränsningar

Rättsekonomin är ett effektivt sätt att resonera om rättsreglers funktioner, berättigande och lämpliga utformningar. Utan tvivel är det positivt att jurister använder sig av rättsekonomin för att avgöra juridikens utveckling. Jurister riskerar inte sällan att betrakta generella uttalanden om samhället, och individers beteende såsom sanna *per se*. Juridiken presenterar inga sätt att mäta, verifiera eller falsifiera uttalanden av denna typ. Det gör däremot rättsekonomin. Genom att ställa upp modeller av verkligheten kan rättsekonomin underlätta den juridiska analysen. Så länge juristen är medveten om modellernas begränsade räckvidd finns det därför mycket att vinna på att använda dem.

Begränsningarna ligger i den rättsekonomiska teorins grundläggande antaganden. Rättsekonomin säger oss att 1) individer väljer det handlingsalternativ som maximerar deras nytta, eller (under osäkerhet) förväntad nytta; och 2) att ekonomisk effektivitet prioriteras, eftersom det ökar samhällets välbefinnande.²⁴ Vidare utgår rättsekonomiska resonemang ifrån vissa grundläggande antaganden som ibland bortses ifrån, för att underlätta analysen. Dessa grundläggande antaganden är:²⁵

1. Parterna har perfekt information.
2. Det finns inga transaktionskostnader.
3. Parterna har samma attityd i förhållande till risk.
4. Det finns inga externa kostnader.
5. Alla nyttigheter är privata.
6. Företag väljer alltid det handlingsalternativ som maximerar deras vinst.
7. Perfekt konkurrens råder.

Verkligheten ser inte ut så som anges i den här uppräkningslistan. Därmed uppstår en viss felmarginal i de rättsekonomiska modeller som utgår från dessa antaganden. Oftast ingår i modellerna verktyg att korrigera sådana fel, men tillämpligheten av varje modell måste utvärderas sett till omständigheterna *in casu*.²⁶

²³ A.a., s. 434.

²⁴ Dahlman m.fl. (2004), s. 214.

²⁵ A.a., s. 217.

²⁶ A.a., s. 218.

I sammanhanget är det dock värt att påpeka att kritik har riktats mot hur rättsekonomin korrigerar felmarginalerna som uppstår genom antagandet om perfekt information. Som framgått är det *förväntad nytta* som beräknas vid val under osäkerhet. Inom rättsekonomin utgås således ifrån att brist på fullständig information inte inverkar på människors val mer än att det går att korrigera, genom att tilldela varje omständighet ett visst sannolikhetsvärde. Den uppmärksamme läsaren märker snart att rationella val ställer höga krav på beslutsfattaren i en valsituation. Rättsekonomisk teori förutsätter att människor är förmögna att ställa upp kalkyler som inkluderar alternativkostnader. Beslut handlar inte endast om att välja ett handlingsalternativ. Det handlar även om att välja bort. Värdet på det som väljs bort utgör alltså en alternativkostnad. Det behöver förvisso inte utgöra ett större problem, men problemet är att människor har svårt att se vilka handlingsalternativ som är optimala.²⁷ Enligt nobelpristagaren i ekonomi Herbert A. Simon och professor i sociologi James G. March väljer människor i själva verket oftast det alternativ som ger tillräcklig, och inte optimal, nytta. Detta antagande gav upphov till diskussionen om ”bounded rationality” [*bunden rationalitet*, min övers.].²⁸ Till denna åsikt har juridikprofessor Russel Korubkin anslutit sig. Han har visat att beslutsprocessen för en människa i en valsituation många gånger är så komplex och ställer så höga krav på kognitiv förmåga att graden av osäkerhet de facto inverkar på den rättsekonomiska kalkylen, så att det inte längre är rimligt att tala om *rationella* val; inte ens utifrån förväntad nytta. Graden av osäkerhet i en beslutsprocess kommer således att inverka även på en, i övrigt, rationell aktör, så att det är mer rättvisande att tala om teorier som betonar individens begränsade kognitiva förmåga och skisserar verkliga situationer genom utnyttjande av hjälphypoteser som förklarar beteende.²⁹

Nu skall det sägas att det inte är nödvändigt att tala om en bunden rationalitet här; i det följande skall enbart en mycket liten del av det skadeståndsrättsliga systemet beaktas, nämligen det allmänna skadeståndet. Några ytterligare variabler eller hjälphypoteser är här inte av intresse.³⁰ Framförallt är den stora lärdomen av Korubkins grundliga arbete att det kan vara klokt att vara medveten om att, precis som nämndes ovan, tillämpligheten av en rättsekonomisk analys alltid måste utvärderas från fall till fall.

²⁷ Skogh (1973), s. 91.

²⁸ March & Simon (1958), s. 140 f.

²⁹ Korubkin (2003). En sådan teori som lyckats bygga den bro mellan ekonomi och psykologi som rättsekonomin misslyckats med är ”The Prospect Theory”, *Kahneman & Tversky (1979)*. Kahneman mottog 2002 Nobelpriset för sin forskning på området.

³⁰ Korubkins bundna rationalitet synes ta sikte på frågor av mindre specifik art än den om det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång. Vilka andra variabler skulle egentligen här vara intressanta att beakta? Immateriellt intrång är ju ett högst kommersiellt brott som förefaller styras uteslutande av kommersiella intressen, dvs. pengar. Intrångsgörarens valsituation är helt enkelt inte så komplex att en rättsekonomisk analys skulle vara olämplig.

3 Det allmänna skadeståndet

Det allmänna skadeståndet innebär ett sätt för domstolarna att beakta andra än ekonomiska omständigheter. Regeln har lånats från arbetsrätten, för att adressera problemet med skadeståndsbestämning inom immaterialrätten och i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Tanken med regeln är att den skadelidande skall kunna bli kompenserad fullt ut.

3.1 Lagreglering

I 58 § Patentlag (1967:837) (PL) regleras den skadeståndsskyldighet som uppkommer vid intrång efter det att patent meddelats. Regeln har följande lydelse:

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet begår patentintrång skall utge skälig ersättning för utnyttjandet av uppfinningen samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Vid bestämmande av ersättningens storlek skall hänsyn tas även till patenthavarens intresse av att patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.

Begår någon patentintrång utan uppsåt eller oaktsamhet, skall han utge ersättning för utnyttjandet av uppfinningen, om och i den mån det finnes skäligt.

Talan om ersättning för patentintrång må avse skada endast under de fem senaste åren innan talan väcktes. För skada under tid dessförinnan är rätten till ersättning förlorad.

Det allmänna skadeståndet avser det avsnitt i paragrafen som lyder enligt följande:

Vid bestämmande av ersättningens storlek skall hänsyn tas även till patenthavarens intresse av att patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.

Det allmänna skadeståndet har sitt ursprung i den kritik som riktats mot de låga ersättningsnivåerna vid immateriella intrång.³¹ Bestämmelser med motsvarande innehåll finns i 38 § Varumärkeslag (1960:644) (VML), 9 § FHL, 36 § Mönsterskyddslag (1970:485), 11 § Lag (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter, 3 § Lagen (1978:800) om namn och bild i reklam, 23 § Namnlagen (1982:670), 23 § Datalagen (1973:289), 21 § Kreditupplysningslagen (1973:173) och 18 § Inkassolagen (1974:182), 19 §.

Inom arbetsrätten gäller regelmässigt att hänsyn tas till omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse, se exempelvis 55 § Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet och 38 § Lagen (1982:80) om anställningsskydd. Regeln fungerar delvis som en hjälpregel för att bestämma ekonomiskt skadestånd, dvs. beakta omständigheter hänförliga till den skadelidande. Var går då gränsen mellan ideell och ekonomisk skada?

³¹ Koktvedgaard & Levin (2004), s. 503.

Ekonomisk skada kan indelas i tre underkategorier, nämligen: person-, sak- och förmögenhetsskada. Vid immateriella intrång sker ingen person- eller sakskada. Istället är det fråga om utebliven vinst, minskad omsättning och marknadsskador. Sådana skador brukar betraktas som ren förmögenhetsskada. Enligt SkL 1:2 ”förstås i denna lag sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”. Det har varit domstolarnas uppgift att avgöra gränserna mellan ekonomisk skada och förmögenhetsskada.³² Enligt SkL 2:2 ersätts ren förmögenhetsskada då skadan vållats genom brott. Det är huvudregeln. HD har uttalat att ”för att skadan skall vara ersättningsgill i annat fall krävs – bortsett från kontraktsförhållanden – i princip stöd i lag”.³³ Det allmänna skadeståndet medger, förutom ersättning för ren förmögenhetsskada, också ersättning för ideell skada, varvid skadelidandes intresse av att intrång inte begås utgör en utgångspunkt. Regelns främsta funktion är därmed att ”inskräpa respekt för gällande normer”.³⁴ Den ideella skadan kan således inte utan vidare åsättas en prislapp.³⁵

3.2 Förarbeten

Sedan lagreformen 1994 återfinns det allmänna skadeståndet i samtliga lagar om industriellt rättsskydd. Tankarna bakom denna övergripande lagreform hittas i huvudsak i Prop. 1993/94:122 *Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*. Tankegångarna är desamma som återfinns i Prop. 1985/86:86 *Om ändringar i patentlagen* samt i Prop. 1987/88:155 *Om skydd för företagshemligheter*.

3.2.1 Bakgrund

Bakgrunden till införandet av det allmänna skadeståndet kommer av svårigheterna att påvisa skada vid immateriella intrång. Bevissvårigheterna har lett till att domstolarna många gånger har tvingats avvisa en talan om skadestånd för att käranden inte har kunnat prestera full bevisning om skadans storlek. Det framfördes i förarbetena att bättre hänsyn skulle tas till rättighetshavaren.³⁶ Ett allmänt skadestånd skulle bättre kunna beakta rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås. Därvid skulle hänsyn kunna tas till intrångsgörarens olovliga vinst och andra omständigheter av annan än ekonomisk natur.³⁷ Sådana omständigheter skulle utan ett allmänt skadestånd inte kunna hänföras till rättighetshavarens *ekonomiska skada*.

³² Hellner & Johansson (2002), s. 98.

³³ NJA 1987 s. 692.

³⁴ Schmidt (1997), s. 278.

³⁵ De omständigheter som beaktas vid bestämmande av det allmänna skadeståndet behandlas närmare i avsnitt 4.1.2.

³⁶ *Obs!* I den fortsatta framställningen avses med ”rättighetshavaren” också den, vars företagshemlighet blivit angripen.

³⁷ Prop. 1993/94:122 s. 52 f.

3.2.2 Ändamål

Syftet med det allmänna skadeståndet är att förbättra rättighetshavarens möjligheter att få full ersättning för den skada han lider. På så vis kan den situationen undvikas, att domstolen ogillar ett framfört skadeståndskrav därför att full bevisning om skadans omfattning eller värde inte kan förebringas, trots att den finner att skadeståndsskyldighet föreligger.³⁸ Ett sådant problem är processrättsligt till sin art. För att hindra det från att uppstå har domstolarna till sin hjälp en bevislätnadsregel i RB 35:5, som medger skälighetsuppskattningar. Tidigare praxis har visat att de ”skäliga” skadestånden inte har lyckats tillgodose kärandena i tillräcklig utsträckning. Det har krävts något mer för att verkligen kompensera den skadlidande. Det allmänna skadeståndet har i detta sammanhang framförts som ett sätt att tydligare markera skadeståndets reparativa och preventiva funktion. Den *reparativa* funktionen innebär att rättighetshavaren skall ersättas för den skada som åsamkats. Intresset av att ensamrätt respekteras, olovligt utnyttjande förhindras samt att nyttan av olovliga intrång motverkades skulle, menade departementschefen, tillgodoses, genom att beakta omständigheter av annan än ekonomisk natur.³⁹ Det allmänna skadeståndet har också en *preventiv* funktion. Det betyder att regeln skall motverka intrång. För att kunna motverka intrång krävs att framförallt ett större företag inte kan räkna med att ett intrång – även vid risk för en fällande dom för intrång – lönar sig. Således måste skadestånden vara högre än t.ex. en tänkt licensavgift, vilken tidigare har tjänat som utgångspunkt för skadeståndsbestämningen. Det allmänna skadeståndet framstår som ett skydd för mindre entreprenörer och ekonomiskt svagare rättighetshavare. Det är naturligt att immaterialrättsliga sanktioner kan fungera så effektivt, att de faktiskt i förlängningen bidrar till att främja innovation och ger incitament till nyskapande. Häri ligger värdet i ett system med ensamrätter.

I sammanhanget kan noteras att det allmänna skadeståndet inte syftar till utdömande av ersättning i straffande syfte på det sätt som sker i amerikansk rätt (punitive damages).⁴⁰ I specialmotiveringen till 38 § VML anfördes, liksom i specialmotiveringen till 58 § PL, att avsikten med införandet av den bestämmelsen inte var att ändra de grundläggande reglerna om rätt till skadestånd som skall gälla enligt första meningen.⁴¹ Departementschefen uttalade i förarbetena till FHL än mer konkret att ”Jag är [...] inte beredd att [...] föreslå en uttrycklig regel att skadeståndet skall sättas till en multipel av en teoretiskt beräknad licensavgift”.⁴²

3.2.3 Direktiv 2004/48/EG

Problemet med bestämmande av skadeståndsbelopp är förvisso inte enbart begränsat till Sverige. På EU-nivå antogs 2004 ett direktiv (Direktiv

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ SOU 2001:26 s. 350 f.

⁴¹ Prop. 1993/94:122 s. 70 samt prop. 1985/86:86 s. 44.

⁴² Prop. 1987/88:155 s. 27.

2004/48/EG Om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter) i syfte att harmonisera skyddet för immateriella rättigheter. Direktivet var resultatet av en diskussion om hur skadestånd vid svårbevisade immaterialrättsliga skador skulle bestämmas på ett rimligt sätt. Direktivet betyder att Sverige måste ha likvärdiga skadeståndsnivåer som övriga medlemsstater. Det har anförts att ”skillnaderna i hur medlemsstaterna säkerställer skyddet för immateriella rättigheter skadar den inre marknaden och gör det omöjligt att åstadkomma ett likvärdigt skydd för immateriella rättigheter inom hela gemenskapen”.⁴³ Skillnaderna leder också till att de immateriella rättigheterna försvagas. Exempel som ges på skillnader mellan länderna är bl.a. att metoderna för att beräkna skadestånd skiljer sig kraftigt åt. En harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning på området är således avgörande för om den inre marknaden skall fungera väl.

3.3 Hjälpregel eller självständig skadeståndsform?

Det allmänna skadeståndet kan ses på två olika sätt. Antingen kan bestämmelsen ses som en självständig skadeståndsform, eller så kan den ses som en hjälpregel för bestämmandet av den ekonomiska skadan.⁴⁴ Är det allmänna skadeståndet att se som en självständig skadeståndsform, så skulle ersättning kunna utdömas trots att rättighetshavaren inte har kunnat visa att intrånget medfört någon ekonomisk skada. Är bestämmelsen endast att se som en hjälpregel, så måste rättighetshavaren visa att han drabbats av en viss ekonomisk skada till följd av intrånget för att regeln skall bli tillämplig. Förarbetena ger inget svar på vilken uppfattning som är den rätta.⁴⁵ Sett till praxis framstår det allmänna skadeståndet snarast som en mellanform av de båda synsätten. Arbetsdomstolens praxis stödjer uppfattningen att det allmänna skadeståndet är en självständig skadeståndsform.⁴⁶ Högsta Domstolens praxis vilar istället på uppfattningen om det allmänna skadeståndet som en hjälpregel, för att beräkna ekonomisk skada.⁴⁷ Stockholms tingsrätt har dock i ett fall, av domskälen att döma, vid patentintrång utdömt 10 000 kr i allmänt skadestånd, utan att någon ekonomisk skada ansågs ha uppkommit.⁴⁸ I ett annat fall dömdes inget

⁴³ Direktiv 2004/48/EG, Preamble skäl nr. 8.

⁴⁴ Levin talar om det allmänna skadeståndet som en hjälpregel, *Koktvedgaard & Levin (2004)*, s. 503; för därtill anslutande uppfattning, se *von Heidenstam (2000)*, s. 136. Fahlbeck däremot menar att det allmänna skadeståndet ”är en självständig skadeståndsform i den meningen att sådant skadestånd kan dömas ut även om ingen ekonomisk skada uppstått och därför inget ekonomiskt skadestånd döms ut”, *Fahlbeck (2004)*, s. 341.

⁴⁵ Förnell (1997), s. 37.

⁴⁶ Se avsnitt 4.1 där hovrätten i två fall, RH 2002:11 *Lotsbåten Robina* och T-8471/99 Göta Hovrätt *Boxholm*, utdömt allmänt skadestånd men inte ersättning för ekonomisk skada. Se också *Fahlbeck (2004)*, s. 341.

⁴⁷ Jfr. avsnitt 4.1 och 4.2.2.2.

⁴⁸ Stockholms tingsrätt, mål nr. DT 392/92, T-306-91 *CODAN*. Fallet refereras i *Westlander (1995)*, s. 314. Westlander anför där att ”det har sagts mig att det var utrett att det förelåg en ekonomisk skada på ca. 300 kr och att tingsrätten inte utan denna hade ansett sig kunna döma ut något skadestånd”, s. 318. Se mer om detta i avsnitt 4.1 och 4.1.1.

allmänt skadestånd ut, men regeln behandlades av tingsrätten som en självständig skadestandsform.⁴⁹

3.4 Beräkningsunderlag vid immateriella intrång

Ersättningsgrunderna vid immateriella intrång kan delas in i *ekonomisk skada* och *marknadsskada*.⁵⁰ Den ideella skadan kan även ensamt utlösa allmänt skadestånd.⁵¹ Med ekonomisk skada avses såväl den förlust som drabbar rättighetshavaren i form av att vederbörandes nuvarande förmögenhet minskar (*damnum emergens*) som utebliven vinst (*lucrum cessans*).⁵² Vad gäller *lucrum cessans* är huvudposten vanligen utebliven vinst i form av förlorad försäljning. Denna post handlar om rättighetshavarens förlust, inte om intrångsgörarens vinst. Dessa poster kan inte antas vara lika stora.⁵³ Marknadsskador uppstår bl.a. när sämre efterbildningar sätts på marknaden till lägre priser än originalet. Inom varumärkesrätten blir det ofta fråga om *goodwillskador*. Sådana skador är normalt större än den uteblivna vinsten av försäljning men desto mer svårbevisade.⁵⁴

Utöver *damnum emergens* och *lucrum cessans* ersätts också *interna kostnader* som uppstått till följd av intrånget.⁵⁵ Rättighetshavaren måste t.ex. undanröja felaktigheter och ställa till rätta misstag orsakade av intrånget, vilket innebär en ökad administration.⁵⁶ Även kostnader för att efterforska graden av intrång har i praxis ansetts ersättningsgillt.⁵⁷

Det är inte svårt att förstå att ovan nämnda beräkningsunderlag är svårt att tillämpa. Svårigheten att bestämma skadestånd har vållat stort bekymmer i praxis, vilket skall visas i det följande. Införandet av det allmänna skadeståndet har inte gett domstolarna mycket större ledning för bestämmandet av skäligen ersättningsnivåer. Inom arbetsrätten, varifrån regeln hämtats, har på vissa områden utformats beloppsmässiga ”taxor” för olovliga förfaranden. Motsvarande ledning står inte att finna i förarbetena till det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång.⁵⁸

⁴⁹ Stockholms tingsrätt, mål nr. DT 69/89, T7-119-88, *Prämentia*. Fallet omnämns som ett exempel på konkurrerande tolkningsprinciper i *Förnell (1997)*, s. 37 f.

⁵⁰ Kocktvedgaard & Levin (2004), s. 500 ff.

⁵¹ Jfr. avsnitt 3.3 och 4.1.

⁵² Fahlbeck (2004), s. 340.

⁵³ Kocktvedgaard & Levin (2004), s. 501.

⁵⁴ Uggla (1988), s. 523.

⁵⁵ Levin (1990), s. 189 f.; Borgenhäll (2000), s. 154.

⁵⁶ Karlsson (1990), s. 378 f.

⁵⁷ AD 2002 nr. 38.

⁵⁸ Fahlbeck (2004), s. 340.

4 Värderingar

4.1 Allmänna synpunkter på praxis

Nedan följer kommentarer till en brokig skara rättsliga avgöranden med det gemensamt att de handlar om vad som i detta arbete kallas *immateriella intrång*. Vid diskussionen av de olika fallen kommer ett försök göras att peka på några återkommande faktorer vid skadeståndsbestämningen.

Något skall sägas om materialurvalet. Tillgången till vägledande praxis i HD, AD samt hovrätterna är inte omfattande. Det är inte svårt att få tag på materialet. Vissa undantag finns dock. Opublicerade hovrättsavgöranden samt belysande underrättsdomar skulle troligen inte hittats om det inte hade varit för tidigare gjord efterforskning. Bengtsson och Kahn, Fahlbeck, Förnell, samt Westlander, har alla bidragit med framställningar som har varit till stor hjälp härtill. Med beaktande av dessa framställningar är det min uppfattning att urvalet av rättsfall är täckande.

Allmänt skadestånd vid immateriella intrång har i praxis, såvitt jag vet, medgivits särskilt – antingen vid sidan av ett ekonomiskt skadestånd eller självständigt – ett tiotal gånger.⁵⁹ Av dessa fall att döma tycks trenden med låga ersättningsnivåer, med några undantag, ha hållit i sig.⁶⁰

Domstolarnas bedömningar följer inte alltid givna mallar. Många gånger ges intrycket av att bedömningarna är helt olika från fall till fall, i det närmaste godtyckliga.⁶¹ I *Formsprutarna*⁶² uttalade HD att bestämmelsen om det

⁵⁹ AD 2006 nr. 49 *Lernia*, AD 2003 nr. 61 *Malakiten* (fallet ej refererat), NJA 2005 s. 180 *Formsprutarna*, RH 2002:61 *Vi i Villa*, RH 2002:11 *Lotsbåten Robina*, T 81/96 Svea Hovrätt *Brunnhages*, T 427/95, DT 4025/96 Göta Hovrätt *Boxholm*, T 19853-01 Stockholms tingsrätt, *Talarforum*, DT 393/92, T-306-91, Stockholms tingsrätt, *CODAN*.

⁶⁰ I *Lernia* utgick allmänt skadestånd med 150 000 kr; vilket motsvarar hela 75 % av det yrkade beloppet. I *CODAN*, där fråga var om patentintrång och skadeståndsberäkning hade käranden, *CODAN*, uppgett att intrånget medfört skada men att den inte var särskilt omfattande och att den dessutom var svår att styrka. *CODAN* yrkade allmänt skadestånd. Tingsrätten fann att intrång hade skett och att skadestånd skulle utgå. Med hänsyn till *CODAN*:s intresse av att ”patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse” fann tingsrätten att det yrkade beloppet – 10 000 kr – utgjorde en ”skälig ersättning för den skada som intrånget får anses ha medfört”. Det framgick inte av domskälen om någon ekonomisk skada hade kunnat fastställas. Istället framstår det som om tingsrätten utdömde allmänt skadestånd, som en självständig skadeståndsform. Westlander påpekar dock att ”det var utrett [enligt vad som sagts Westlander] att det förelåg en ekonomisk skada på ca. 300 kr och att tingsrätten inte utan denna hade ansett sig kunna döma ut något skadestånd”, *Westlander (1995)*, s. 318 (Se mer om det allmänna skadeståndet, såsom självständig skadeståndsform eller hjälpregel betraktat, i avsnitt 3.3).

⁶¹ Fahlbeck (2004), s. 340. Se också *Levin (1990)*, s. 202 där Levin uttalar att det är ”svårt att ur rättsfallen utläsa några handfasta principer som ligger till grund för uppskattningen av skäligt skadestånd”.

allmänna skadeståndet ”inte var avsedd att medge en ersättning som överstiger den fulla ekonomiska skada mönsterhavaren lidit”, varför HD menade att ”ett skadeståndsbelopp måste bestämmas med försiktighet”. Resonemanget tycks ha utgått från att ersättning inte kan medges utöver den ekonomiska skadan. HD anförde att bestämmelsen inte ger rätt till någon form av ideellt skadestånd, utan endast syftar till att underlätta beräkningen av den ekonomiska skadan. Förarbetena ger inget svar på om detta var en riktig tolkning, även om utgångspunkten var att regeln inte skulle ändra på de grundläggande reglerna om rätten till skadestånd eller den praxis som vuxit fram.⁶³ Ordalydelsen i regeln medger likafullt en motsatt tolkning.⁶⁴ I vilket fall synes HD:s praxis inte stämma överens med AD:s bedömning i fallen *Lernia*, *Malakiten*, och *Lotsbåten Robina*, där allmänt skadestånd betraktades som en självständig skadeståndsform och ersättning medgavs utöver den ekonomiska skadan. Synnerligen anmärkningsvärt är att svaranden utan framgång ansökte om prövningstillstånd i *Boxholm*, där Göta hovrätt utdömde allmänt skadestånd, trots att ekonomisk skada inte kunde anses visad. Möjligen vore det befogat att kräva att det allmänna skadeståndets karaktär av antingen hjälpregel eller självständig skadeståndsform avgjordes av HD.

I praxis verkar det allmänna skadeståndets preventiva funktion ha fått stryka på foten till förmån för dess reparativa funktion. Ibland har det allmänna skadeståndet helt förbisetts. I *ALKAB*⁶⁵ och *Vitalitet* t.ex. avstod AD från att tillämpa det allmänna skadeståndet utan vidare motivering. Istället utdömdes påfallande låga skadestånd med hänvisning till bevislätnadsregeln i RB 35:5. RB 35:5 är tillämplig då full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras.⁶⁶ Emellertid har det delvis lönat sig för käranden att bemöda sig om att inkomma med noggranna beräkningsunderlag.⁶⁷ Ersättningsnivåerna är likväl låga överlag. Skälighetsbedömningen i RB 35:5 och den försiktighet som bör präglade detta lagrum har i praxis smittat av sig på bestämmandet av skadeståndsbeloppet. I *Vi i Villa* utdömde hovrätten skadestånd med stöd av RB 35:5. Hovrätten anförde att det ekonomiska skadeståndet utdömdes med sex miljoner kr ”trots den försiktighet som bör präglade en prövning enligt detta lagrum”. Enligt förarbetena bygger emellertid FHL:s skadeståndsregler på den uttryckliga tanken att RB 35:5 *inte* skall vara vägledande eftersom skälighetsbedömningen enligt detta lagrum ”erfarenhetsmässigt leder [...] till skälighetsbelopp som inte täcker den verkliga skadan”.⁶⁸ Hovrättens bedömning i detta fall ligger inte i linje med lagstiftarens intentioner.⁶⁹ Lagstiftarens intentioner förbisågs också i *JAHAB*.⁷⁰ I fallet bestämde HD skadeståndet till att avse vad svaranden sparade genom sitt angrepp, dvs. de

⁶² NJA 2005 s. 180.

⁶³ Se not 42.

⁶⁴ Jfr. Förnell (1997), s. 38.

⁶⁵ AD 2002 nr. 38 *ALKAB* och AD 1998 nr. 80 *Vitalitet*.

⁶⁶ Se avsnitt 4.1.1 för mer om bevisproblematiken.

⁶⁷ Fahlbeck (2004), s. 348.

⁶⁸ Prop 1987/88:155 s. 26.

⁶⁹ Fahlbeck (2004), s. 348.

⁷⁰ NJA 1998 s. 633.

utvecklingskostnader som svaranden slapp stå för. Detta sätt att bestämma ersättningen framstår som korresponderande med den *skäliga licensavgift* som var utgångspunkten vid bestämmandet av ersättning vid patentintrång före det allmänna skadeståndets införande.⁷¹ HD justerade dock sin bedömning något och anförde att kärandens intresse av skydd mot obehörigt utnyttjande inte kunde ”anses ha blivit tillgodosett fullt ut, om skadeståndet begränsas till ett belopp motsvarande de kostnader som kommit [angriparen] till godo”. Käranden borde tillerkännas ytterligare ett belopp i kompensation, menade HD. Uttalandet är synnerligen oklart. Det utdömda skadeståndet uppgick efter denna justering fortfarande inte till det belopp som käranden påstod sig ha lagt ned på projektet, vilket HD i och för sig inte invände mot. Det framstår som än märkligare att det yrkade beloppet inte godtogs, eftersom HD inte fann det befogat att hänvisa till RB 35:5. HD har enligt denna regel en skyldighet att tillämpa bevislätnadsregeln om full bevisning inte kan presteras. När, som i förevarande fall, bevislätnadsregeln inte befinns tillämplig ser det ut som om domstolen godtagit kärandens bevisning. Således borde skadeståndet medges till yrkade 6 350 000 kr istället för till 2 000 000 kr. För att ytterligare kasta skugga över avgörandet skall påpekas att en omständighet ”som bör beaktas vid bestämmandet av skadeståndet” är om ”den skadelidande näringsidkaren allmänt sett befinner sig i underläge gentemot den som obehörigen utnyttjar företagshemligheten”.⁷² ”Det kan”, fortsätter departementschefen, ”t.ex. vara fråga om ett större företag som har utnyttjat en företagshemlighet hos ett litet företag med små ekonomiska resurser och för vilket företagshemligheten är av avgörande betydelse för konkurrenssituationen”.⁷³ JAHAB framstod i förhållande till Lärarförbundet som, för att låna Fahlbecks uttryck, ”David mot jätten Goliat”.⁷⁴ Dessutom framhölls i förarbetena att uppsåtliga eller grovt oaktsamma angrepp givetvis borde föranleda högre skadeståndsbelopp, liksom även gärningens varaktighet. Dessa faktorer talade för JAHAB. Fahlbeck spekulerar om huruvida det förhållandet att utgången ändå blev en betydande seger för ”den lille mannen” bidrog till att skadeståndet sattes till ett belopp som framstår som orättvist lågt.⁷⁵

4.1.1 Bevisproblem

I alla rättsfall på området har det varit svårt för käranden att påvisa skada. Ett belysande fall är *Formsprutarna*. Svaranden, Merx Team AB (Merx) hade importerat köksredskap från Kina – som där hade tillverkats på uppdrag av Merx – vilka till formen var nästintill identiska med kärandens, Formsprutarna, mönsterskyddade produkter (Gastro Maxprodukter). Formsprutarna hävdade mönsterintrång, enligt 5 § MSL.

⁷¹ Jfr. Prop. 1985/86:86 s. 29.

⁷² Prop. 1987/88:155 s. 49.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Fahlbeck (2004), s. 349.

⁷⁵ Ibid.

Formsprutarna yrkade skadestånd med 40 000 kr avseende skälig ersättning för utnyttjande av mönstren samt 95 000 kr avseende ersättning för den ytterligare skada som intrången medfört. Till stöd för yrkandena framfördes allmänt hållna påståenden om skadans art:

- att intrången sannolikt hade lett till en minskad försäljning;
- att Merx hade sökt uppnå en högre vinst än vad som varit möjligt med en seriös produktutveckling;
- att det hade uppstått en goodwill-skada genom att Merx snyltade på den goodwill och renommé som Formsprutarnas produkter genom bolagets marknadsföring hade erhållit;
- att Merx hade haft en starkare ställning på marknaden än Formsprutarna; samt
- att det uppstod oro på marknaden då Merx bjöd ut sina produkter vid en tidpunkt då Formsprutarna var på väg att erhålla beställningar.

Dessa löst hållna grunder utvecklades inte i bevisningen. Någon ytterligare bevisning framfördes inte. HD fann stöd för att anta att det hade saknats all möjlighet därtill, vilket medförde att RB 35:5 inte var tillämplig.

Formsprutarna illustrerar bevisproblematiken på ett bra sätt. Slutsatsen vi kan dra av fallet är att det tycks ligga i sakens natur att skadan vid immateriella intrång svårigen kan bevisas. Så länge bevisning kan frambringas (och inte bara lösa påståenden som i *Formsprutarna*) är domstolarna förvisso skyldiga att använda sig av bevislätnadsregeln i RB 35:5.

RB 35:5 lyder:

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.

Bevislätnadsregeln i RB 35:5 ger rätten möjlighet att, om det är fråga om en inträffad skada och full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras, uppskatta skadan till skäligt belopp. Tolkad efter ordalagen torde RB 35:5 1 men. kunna förstås så, att rätten skall göra en beloppsmässig skälighetsuppskattning av en inträffad skada. Domstolen ges en möjlighet att efter fritt skön bestämma den ersättning en skadelidande skall ha, när bevissvårigheter omöjliggör en uppskattning grundad på sedvanliga bevisregler. Det är dock inte fråga om en skälighetsbedömning i den meningen att rätten får bestämma ersättningen efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheter hänförliga till den skadelidandes och skadevållarens personliga och ekonomiska förhållanden, eller efter graden av vållande och dylikt. Uppskattningen skall avse full ersättning för skadan.⁷⁶ Tanken med denna bevislätnadsregel är att ge domstolarna

⁷⁶ Nordh (1994), s. 84.

utrymme för att vara mer frikostiga i sina uppskattningar av ersättning än vad de varit tidigare. I vissa fall skulle regeln även kunna berättiga till utdömmande av tämligen betydande belopp.⁷⁷ I *Formsprutarna* anförde domstolen att bestämmelsen inte var avsedd att befria käranden från skyldigheten att förebringa den utredning som skäligen kan åstadkommas. Därmed var RB 35:5 i det fallet inte tillämplig.⁷⁸

Såsom framgår av exempelvis *Formsprutarna* kan bevislätnadsregeln starkt ifrågasättas.⁷⁹ På varumärkesrättens område har dock bevislätnadsregeln medfört en tendens mot högre skadeståndsnivåer.⁸⁰ Det allmänna skadeståndet har dock inte fått samma genomslag.

4.1.1.1 Adekvat kausalitet

Skadeståndsskyldighet förutsätter enligt gängse uppfattning adekvat kausalitet.⁸¹ Enligt en vanlig formulering skall en skada för att vara ersättningsgill ligga ”i farans riktning”.⁸² Adekvat kausalitet krävs dels för att avgöra om ansvar föreligger, dels för att bestämma huruvida en uppstådd förlust eller en del av en förlust är ersättningsgill.⁸³ Tanken är att det skall framstå som förutsebart, vilket handlande som kan ge upphov till skadeståndsskyldighet. Svårförståeliga och godtyckliga bedömningar av domstolarna framstår både för parter och för allmänheten som oacceptabelt.⁸⁴

Enligt praxis och förarbeten har skador som försäljningsminskningar och kostnad för inköp av produktionsmedel – som genom intrånget inte kunnat utnyttjas i full omfattning – ansetts som adekvata och således ersättningsgilla. Inköp av intrångsprodukter och tester för att verifiera intrånget är alltid adekvata och därmed ersättningsgilla. En försäljningsminskning som uppstått p.g.a. förekomsten av konkurrerande produkter på marknaden ersätts dock inte, eftersom minskningen inte orsakats av patentintrånget. Skadan är med andra ord inte kausal till intrånget.⁸⁵

⁷⁷ SOU 1958:10 s. 333.

⁷⁸ HD insåg möjligen att det hade framstått som hårt att lämna käranden lottlös. Istället för skäligt skadestånd enligt RB 35:5 konstaterades ”att i vart fall någon form av marknadsskada hade uppstått som hade föranlett att det ekonomiska värdet av Formsprutarnas mönsterrätt hade föringats, även om det inte hade gjorts antagligt att förfarandet har lett till någon minskad försäljning”. Genom att fastslå att ekonomisk skada i form av marknadsskada hade uppstått kunde HD ta det allmänna skadeståndet till hjälp för att uppskatta ett blygsamt skadestånd om 10 000 kr av yrkade 135 000 kr. Återigen bekräftas HD:s syn på det allmänna skadeståndet som enbart en hjälpregel, som inte ensamt kan utlösa skadestånd, se *Avsnitt 3.3 och 4.1.* för utförligare resonemang.

⁷⁹ Jfr. Levin (1990), s. 217.

⁸⁰ von Heidenstam (2000), s. 134.

⁸¹ Hellner & Johansson (2002), s. 203. Se dock för en kritisk inställning till läran om adekvat kausalitet *Andersson (1993)*.

⁸² A.a., s. 204.

⁸³ A.a., s. 195.

⁸⁴ Bengtsson (1994), s. 200.

⁸⁵ Förnell (1997), s. 20.

I *Brunnhages* argumenterade kändan för att skadeståndet skulle uppgå till den försäljningsminskning som bolaget drabbats av till följd av att de tidigare anställda startade konkurrerande verksamhet. Hovrätten menade att det kunde finnas andra anledningar till att försäljningen minskat än svarandenas angrepp på kändans företagshemligheter. Om kändans försäljningsminskning hade varit en följd av angreppet skulle svarandens omsättning ha ökat på motsvarande vis. Inställningen var likartad i *Vitalitet* och senare också i *ALKAB*. I *ALKAB* uttalade AD med hänvisning till AD 1998 nr. 80 *Vitalitet*, att det inte kunde ”bortse[s] från att en stor del av ALKAB:s ekonomiska bortfall [...] uppstod helt enkelt därför att [nyckelpersonal] valde att lämna företaget. Det låter sig knappast göras att bestämma hur stort det samlade ekonomiska bortfallet har varit. Det är lika ogörligt att på ett tillfredsställande sätt bestämma hur stort det ekonomiska bortfall varit, som är hänförligt till T. A:s skadegörande handlingar och därför utgör en ersättningsgill skada”. I *Vi i Villa* accepterade hovrätten förvisso kändans beräkning som sådan avseende minskad lönsamhet. Hovrätten ifrågasatte dock huruvida den minskade lönsamheten var adekvat kausal i förhållande till angreppet på företagshemligheterna. Hovrätten fann att utnyttjandet av företagshemligheterna innebar en sådan affärskritisk nackdel för svaranden, att andra faktorerets betydelse för det försämrade resultatet var obetydlig och att det ekonomiska skadeståndet ”i princip uppgår till hela det inkomstbortfall som *Vi i Villa* drabbades av 1998 som en följd av konkurrensen med Villafamiljen”. I *Boxholm* utdömdes inget ekonomiskt skadestånd alls, eftersom hovrätten ansåg att kändan inte förmått visa adekvat kausalitet medan kändan i *Vi i Villa* tilldömdes ett stort ekonomiskt skadestånd.⁸⁶ Också i *Talarforum* avfärdades ekonomiskt skadestånd med hänsyn till bristande kausalitet. Däremot medgav domstolen allmänt skadestånd.

4.1.2 Den ideella skadan; bedömningsgrunder

Det saknas i praxis närmare vägledning för bedömningen av vilka omständigheter som vid bestämmande av allmänt skadestånd bör beaktas. Detta konstaterade Stockholms tingsrätt i *Talarforum*. Domstolen anförde därvid att det i förarbetena⁸⁷ hade angetts att ”bl.a. sådana omständigheter som näringsidkarens allmänna intresse av att behålla företagshemligheten, skadevållarens bevekelsegrunder för angreppet, näringsidkarens (underlägsna) ställning i förhållande till skadevållaren, skadevållarens vinst och omsättning samt gärningens varaktighet bör kunna beaktas i sammanhanget. Tingsrätten ansåg att kändan hade haft ett ”starkt allmänt intresse” av att behålla uppgifterna hemliga samt att det hade förelegat en ”förhållandevis stor risk för skada i konkurrenshänseende”. Mot bakgrund av detta bedömde tingsrätten att ”ett inte obetydligt allmänt skadestånd” skulle utdömas.⁸⁸

⁸⁶ Bengtsson & Kahn (2002), s. 37 ff.

⁸⁷ Prop. 1987/88:155, s. 27 och 49 f.

⁸⁸ I slutänden blev beloppet ändå litet. Domstolen tog hänsyn till den låga graden av utnyttjande som förekommit, svarandens förhållandevis låga omsättning samt det

De omständigheter som kan komma att beaktas vid bedömningen av ersättningsnivåer hänför sig dels till parterna, dels till arten och graden av intrånget.⁸⁹ Faktorer som påverkar fastställande av allmänt skadestånd i praxis har, enligt Fahlbeck, varit:⁹⁰

- Skadelidandes intresse av att åtnjuta sekretess (*Boxholm, Brunnhages, Talarforum* (min anm.)) eller att intrång inte begås (*Formsprutarna* (min anm.));
- omfattningen av angreppet (*Brunnhages*);
- graden av oaktsamhet (*Lotsbåten Robina*); eller
- om angreppet skett uppsåtligt (*Brunnhages*).

Utöver ovan nämnda omständigheter har Karnell sammanställt ytterligare några faktorer som bör vara vägledande. Dessa har inte framkommit i rättspraxis.⁹¹ Han anger följande faktorer:

- Intrångsgörarens vinst bör beaktas fullt ut om skadelidanden haft svårt att påvisa utebliven vinst till följd av intrånget;
- förhållandet mellan rättighetshavaren och intrångsgöraren, där den ene är ekonomiskt överlägsen och har utnyttjat sitt överläge på ett otillbörligt sätt;
- intrångets varaktighet;
- om intrånget har skett vid en för rättighetshavaren ogynnsam tidpunkt, t.ex. när produktutvecklingsfasen avslutats och produkten skall lanseras; samt
- om rättighetshavarens goodwill skadas.⁹²

Oaktat svårigheterna att förutse vad domstolarna grundar skadeståndsberäkningen på, kan det sägas framstå som motiverat för käranden att inkomma med ett omfattande beräkningsunderlag. Domstolarna skulle inte utan dessa beräkningar, på eget initiativ med stöd av RB 35:5, ha kunnat döma ut skadestånd av den betydenhet som skett.⁹³

marginella värde som kärandens företagshemligheter rent faktiskt hade fått i svarandens nystartade konkurrerande verksamhet.

⁸⁹ Prop. 1987/88:155 s. 49.

⁹⁰ Jfr. Fahlbeck (2004), s. 347.

⁹¹ Karnell (1996), s. 263.

⁹² Huruvida goodwillskada skall betraktas som ideell skada och därigenom ersättas med hjälp av det allmänna skadeståndet är en fråga som har diskuterats, se *Levin (1990)*, s. 219 samt *Uggla (1988)*, s. 522 och 525 för motsatt uppfattning. Oavsett om goodwillskador betraktas som ekonomiska eller ideella skador verkar det inte troligt att de allmänna domstolarna skulle fästa någon större vikt vid det. Frågan är rent akademisk, då HD har betraktat det allmänna skadeståndet endast som en hjälpregel vid bestämmandet av den ekonomiska skadan, varför goodwillskada under sådana omständigheter skulle beaktas när det ekonomiska skadeståndet skall bestämmas. AD däremot har betraktat det allmänna skadeståndet som en självständig skadeståndsform. Dock får fråga om goodwill vid angrepp på företagshemligheter ingen betydelse.

⁹³ Fahlbeck (2004), s. 348. Jfr. Westlander som uttalat att: ”Det får inte bli så att en patenthavare underlåter att lägga ner arbete på att utreda den rent ekonomiska skadan i förlitan på att domstolen ändå kommer att kompensera honom tillräckligt genom den

4.1.3 Mot schablonbelopp?

Av praxis går inte att dra några närmare slutsatser om ersättningsnivåerna. Domstolarnas tillvägagångssätt vid bestämmande av skadestånd, ekonomiska såväl som allmänna, är av obestämbar karaktär. Karnell förutspådde att införandet av det allmänna skadeståndet skulle öppna för möjligheten att beakta så gott som vilka omständigheter som helst vid bestämmande av ersättningens storlek. Problemet med en sådan utveckling skulle locka parterna att dra in ovidkommande material i processen. Det skulle förstås komplicera processen ytterligare. Sådana initiala problem, menade Karnell, skulle domstolarna troligen komma tillrätta med sedan regeln tillämpats en tid och praxis utvecklats.⁹⁴ Med facit i hand – när regeln har varit gällande i tjugo års tid – ser Karnells prognos ut att, än så länge, vara oriktig.

4.2 Allmänna principer och ändamål i praxis

4.2.1 Tankarna bakom skyddet av immateriella rättigheter

Vid tillämpning av det allmänna skadeståndet måste immaterialrättsliga ändamål beaktas. Nedan följer en översiktlig redogörelse för tankarna bakom de största immaterialrättsliga skyddslagarna av intresse.

Inledningsvis kan sägas att immaterialrätten på senare år har influerats kraftigt av gemenskapsrätten med följderna att mer vikt läggs vid näringslivets krav. Skydd för kreativitet och skapande har förpassats ut i periferin till förmån för skydd av investeringar, nedlagd möda och upparbetad goodwill.⁹⁵

4.2.1.1 Patentsystemets syfte

Patentsystemet brukar sägas ha följande funktioner:

Patent utgör något värdefullt för innehavaren och kan sägas vara *resultatet av en allmän belöningsfunktion* – den som gjort en värdefull insats för samhället skall belönas för det. Värdet av denna belöning bestäms efter marknaden, dvs. det pris som potentiella licenstagare är villiga att betala. I och med att ett patent har utfärdats för en uppfinning, måste eventuella likvärdiga varor vara så långt ifrån den patentskyddade uppfinningen att de inte utgör immaterialrättsliga intrång. Därför kan en patentinnehavare ofta ta

allmänna skadeståndsdelen. Den som nonchalerar skadeutredningen skall inte – vid i övrigt identiska förhållanden – kunna påräkna ett lika högt skadestånd som den som lägger ner arbete för att ta fram sådan utredning.”, *Westlander (1995)*, s. 319.

⁹⁴ Karnell (1996), s. 263.

⁹⁵ Rosén (2002), s. 563.

ut ett pris för sin produkt som överstiger kostnaden för att producera och distribuera densamma. På det sättet får patentsystemet en *exploaterande funktion*. Licensavtalet innebär nämligen ofta en möjlighet för den enskilde uppfinnaren eller ett företag utan tekniska resurser att omsätta nya tekniska idéer på marknaden genom samarbete med ett större företag. Patentet innebär också ett av staten fastställt monopol på den patenterade uppfinningen. Det ligger i sakens natur att detta monopol inte skulle ha beviljats utan en tänkt samhällsnytta. Utöver dessa två funktioner är det vanligaste och kanske det viktigaste argumentet för patentsystemet dess *innovationsfrämjande funktion*. Den som satsar resurser i forskning och utveckling (FoU) vill uppnå en ökad ekonomisk avkastning. Detta mål kan uppnås genom ett patent. Patent innebär därför ett incitament till uppfinnande. Eftersom det är både riskfyllt och kostnadskrävande att satsa på FoU fungerar patentet som en form av investeringsskydd för innehavaren. Det faktum att patent beviljas mot offentlighet leder även till en ström av aktuella och väl systematiserande uppgifter som har stor betydelse för dagens tekniska utveckling. Patentet är en allmän handling, idag ofta kostnadsfritt tillgängligt i elektronisk form i databanker. Patentsystemet har följaktligen också en *informationsspredande funktion*.⁹⁶

Låt oss titta lite närmare på patentsystemets *exploaterande* och *innovationsfrämjande* funktion; det samhällsekonomiska syftet med patentsystemet. Det är här vi finner de svåra avvägningarna. Till att börja med kan en analys av patentsystemet inte göras utan att ta hänsyn till marknaden. Det är därför patent brukar ses från två ytterlighetspositioner – monopolsituationen och konkurrenssituationen. Argumentet att patent främjar innovation, bygger på att företag genom patent innehar ett monopol, vilket betalar de kostsamma satsningar på forskning och utveckling (FoU) som i förlängningen gynnar samhället i form av nya uppfinningar. Den marknadsstörning som därmed uppstår anses betala sig i längden. Således kan en monopolsituation uppstå med statens godkännande. Mot denna ståndpunkt står argumentet att den verkligt innovativa drivkraften är konkurrens. Tanken med detta är att, den marknadsfördel som monopolsituationen gett upphov till minskar det patentinnehavande företagets incitament att utveckla andra produkter. Monopolet leder därmed till att någon relativ marknadsfördel inte kommer att eftersträvas. Företaget kommer endast att sträva efter att ersätta den nuvarande patenterade produkten. Dessutom – till skillnad från då det råder konkurrens på den aktuella marknaden – kommer inte innehavaren av ett patent att straffas för dålig FoU. I själva verket tycks den innovationsfrämjande aspekten av patentsystemet vara begränsad.

Det har ibland hävdats att patent fungerar innovationsfrämjande bara upp till en viss punkt. Tidigare forskning har, i en modell av två företag sysselsatta med FoU för en ny produkt, visat att företag ökar utvecklingstakten när konkurrens råder. När det patentinnehavande företaget har en fördel av att det redan är närvarande på marknaden och således kan erövra mer av

⁹⁶ Koktvedgaard & Levin (2004), s. 30 ff.; Bernitz m.fl. (2004), s. 112 ff. Stycket bygger på valda delar om patentsystemets syfte.

4.2.1.3 Varumärkesrättens syfte

Skydd för varumärken är mycket viktigt idag. Företag blir allt oftare förknippade med ett särskilt märke, i form av en inarbetad *image*. Skydd för ensamrätt genom VML är ett sätt för samhället att hindra andra från att dra nytta av ett företags inarbetade goodwill.¹⁰¹ Varumärken åtnjuter rättsskydd i den mån de förmår särskilja varor efter deras kommersiella ursprung, inte deras faktiska. Tendensen går mot att alltmer värdera kännetecknet som sådant, som ett värdeobjekt i sig, således lösgjort från dess traditionella utpekande funktion avseende kommersiellt ursprung. Investeringar i kännetecknet skall belönas, dess upparbetade goodwillvärde skall premieras.¹⁰²

4.2.1.4 Mönsterrättens syfte¹⁰³

Design har blivit en del i företagens marknadsföring. När ML uppstod 1970 var det för att skyddet av brukskonst inte i tillräcklig grad skyddades genom URL. Numera har upphovsrätten utvecklats i sådan utsträckning att mönsterskydd till viss del är omotiverat. URL och ML överlappar varandra i stor utsträckning. Mönsterskydd avser en *produkts utseende* till skillnad från dess funktion, som skyddas genom patentlagstiftningen.

4.2.1.5 Skyddet av immateriella rättigheter i praxis

Framväxten i rättspraxis av ansvar för ren förmögenhetsskada vid rådgivningsansvar – för revisorer, advokater, banker och olika konsulter – men också ökat ansvar för styrelseledamöter och revisorer enligt ABL samt en ny konkurrenslagstiftning har bidragit till en *kommersialisering* av skadeståndsrätten.¹⁰⁴ Också skyddet för företagshemligheter och en övergripande förstärkning av det immaterialrättsliga sanktionssystemet får anses ha bidragit till denna kommersialisering. Vad beträffar det allmänna skadeståndet har förvisso skadeståndsnivåerna höjts efter införandet av regeln på hela immaterialrättsområdet 1994.¹⁰⁵ Hänsynen till immaterialrätternas, och i synnerhet, varumärkets ökade kommersialisering blev särskilt tydlig i *Absolut Rent*. Ändå är beloppen inte ens i närheten av de amerikanska skadeståndsbeloppen.¹⁰⁶ Utvecklingen av den kommersiella skadeståndsrätten torde följa den övergripande internationella utvecklingen mot stärkta ensamrätter. Sett till ändamålen med de immaterialrättsliga ensamrätterna och företagshemligheter handlar det om att skydda kreativitet, belöna innovation, och stärka konkurrensförmågan hos rättighetshavarna och bidra till en exploaterande funktion. Ensamrätterna innebär samtidigt att samhället legitimerar monopol. Detta får givetvis följder för konkurrenssituationen på marknaden. Det allmänna skadeståndet är ett led i

¹⁰¹ Koktvedgaard & Levin (2004), s. 339.

¹⁰² Rosén (2002), s. 554 f.

¹⁰³ Koktvedgaard & Levin (2004), s. 312 ff.

¹⁰⁴ A.a., s. 332.

¹⁰⁵ Koktvedgaard & Levin (2004), s. 504.

¹⁰⁶ A.a., s. 487. Exempelvis slutade patentprocessen *Litton vs. Honeywell* 1993 med ett skadestånd på 1200 miljoner dollar.

skyddet av ensamrätterna och företagshemligheterna. Det är i det sammanhanget en delikat uppgift att väga olika typer av incitament och marknadspåverkningar mot varandra, så att rättsordningen på bästa sätt kan främja samhällsekonomisk effektivitet.¹⁰⁷ Problemet med systemet med ensamrätter är att de ekonomiska effekterna som orsakas därav svårigen kan isoleras och värderas för sig. Det blir därför en fråga om hur långt ett sådant system skall försvaras. Frågan har diskuterats framförallt med anledning av patentsystemet. Det har sagts att en säker värdering av patentsystemet inte kan göras. Detta skulle förutsätta att den tekniska utvecklingen i ett industriland, som under en längre period var i avsaknad av patentsystem, kunde ställas mot utvecklingen i ett jämförbart land som under samma period haft ett patentsystem.¹⁰⁸ En sådan jämförelse har, naturligt nog, inte kunnat göras.¹⁰⁹ Den mest kända kritiken mot patentsystemet avser just svårigheten att bevisa dess ekonomiska effekt och har framförts av den kände ekonomen Fritz Machlup: ”Inget för oss tillgängligt empiriskt bevis och inget hittills framfört argument kan slutgiltigt bekräfta eller vederlägga åsikten att patentsystemet på ett avgörande sätt främjat teknikens framsteg och näringslivets produktivitet”.¹¹⁰ Ekonomiska uppskattningar av att ersätta immateriella intrång kan i många fall inte göras med större säkerhet än uppskattningen av den samhällsekonomiska vinsten av att försvara systemet med ensamrätter. Detta gör det värt att ifrågasätta lämpligheten av en utvidgad skadeståndsrätt.

4.2.2 Skadeståndets funktion

Skadestånd brukar sägas ha en dubbel funktion. För det första har skadeståndet en avskräckande och moralbildande funktion – en preventiv funktion – dvs. att avhålla medborgarna från handlingar som orsakar skada för andra medborgare. För det andra har skadestånd en reparativ funktion. Med detta menas att den skadelidande i det enskilda fallet skall beredas ekonomisk gottgörelse för den lidna skadan.¹¹¹ Utöver dessa två grundläggande funktioner kan skadeståndets funktion sägas vara att främja samhällsekonomisk effektivitet, social rättvisa och trygghet. Också förlustöverflyttande och pulvriserande funktioner brukar förknippas med skadeståndet.¹¹² Här kommer reparationen, preventionen och den samhällsekonomiska effektiviteten att sättas i förgrunden.

I ovan refererade rättsfall kan utläsas av domskälen, trots att de är fåordiga, att de nära ansluter till en del principer som är tämligen välbekanta för skadeståndsrättsjuristen. Vad har det för betydelse för analysen av det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång att domskälen nära ansluter till vissa skadeståndsrättsliga principer? Svaret är att fallen helt enkelt är så

¹⁰⁷ Dahlman m.fl. (2004), s. 173.

¹⁰⁸ Fahlbeck (2004), s. 89.

¹⁰⁹ Bernitz m.fl. (2004), s. 114.

¹¹⁰ Koktvedgaard & Levin (2004), s. 32 med däri gjorda hänvisningar.

¹¹¹ Prop. 1972:5 s. 75.

¹¹² Skogh (1977), s. 33.

svårbedömda att det inte är tillräckligt att se till lagens ordalydelse. Det är troligen tämligen okontroversiellt att säga att allmänna skadeståndsrättsliga principer är en del av gällande svensk rätt. Problemet är att det är skillnad på regler och principer. Dworkin, t.ex., menade att en regel har en ”allt eller inget”-karaktär. Om en regel är tillämplig och därtill giltig, måste fallet avgöras i enlighet med regeln ifråga. En princip däremot ger visserligen ett *skäl* till att avgöra fallet på ett visst sätt men är inte slutgiltigt avgörande. En princip kan vara en bindande rättsprincip, tillämplig i ett visst fall, utan att fallet fördensskull måste avgöras i enlighet med densamma. Olika principer strider mot varandra och måste därför vägas mot varandra.¹¹³ Immateriella intrång ställer denna insikt på sin spets. Här är det fråga om att ta hänsyn till olika allmänna skadeståndsrättsliga principer samt principerna bakom det rättsliga skyddet av immaterialrätter och företagshemligheter. För att förstå värderingskonflikterna som uppstår när rätten har att bestämma skadestånd vid ett immateriellt intrång krävs en presentation av de allmänna skadeståndsrättsliga principerna och tanken bakom immaterialrättsligt skydd. Presentationen kommer att kompletteras med en rättsekonomisk analys.

4.2.2.1 Samhällsekonomisk effektivitet

Samhällsekonomisk effektivitet avser ett idealtillstånd i samhället. Genom att använda samhällets resurser på ett sätt som främjar samhällsekonomisk effektivitet kommer människors välbefinnande att främjas. Enligt rättsekonomi är välbefinnande en instrumentell förutsättning för att skapa välfärd.¹¹⁴ *Välbefinnande* avser mer pengar för den enskilde, medan *välfärd* har att göra med den enskildes uppfattning om tillfredsställelse.¹¹⁵ Samhällsekonomisk effektivitet är en fråga om att eftersträva ett större samlat välbefinnande i samhället, dvs. att människor får mer pengar att använda för att söka efter det som gör dem lyckliga. Ytterst kan grunden till rättsekonomisk analys alltså hittas hos förespråkare för kapitalism.¹¹⁶ Vad begreppet *samhällsekonomisk effektivitet* ytterligare konnoterar skall dock inte vidare utredas här.

Att ta hänsyn till den samhällsekonomiska effektiviteten som ett ändamål innebär, kort och gott, att det allmänna skadeståndets effektivitet mäts i kronor och ören. Rättstillämparna måste inte bara värdera tillämpningen av det allmänna skadeståndet sett till allmänna bakomliggande principer, utan de måste också placera kostnadsansvaret så att individernas framtida beteende kan styras mot samhällsekonomisk effektivitet.¹¹⁷ På lagstiftningssidan handlar det om att utforma regler så att – redan i det ögonblicket då en potentiell skadevållare funderar på vad denne har att

¹¹³ Simmonds (2003), s. 104.

¹¹⁴ Dahlman m.fl. (2004), s. 205 f.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Att kapitalism var en förutsättning för politisk frihet konstaterade Milton Friedman redan 1962 i sin berömda ”Capitalism and freedom”, *Friedman (1962)*, s. 53.

¹¹⁷ Skogh (1977), s. 41.

vinna eller förlora på ett visst beteende – kostnaden för att bryta mot dem är större än kostnaden för att följa dem.

Av ovanstående följer att det allmänna skadeståndet i rättsekonomiska termer kan utvärderas sett till a) regelns utformning; eller b) regelns tillämpning. Som konstaterades inledningsvis i avsnitt 1 är det *tillämpningen* av det allmänna skadeståndet som skall utvärderas. Skadeståndets funktion kan således analyseras med hjälp av rättsekonomiska formler.

4.2.2.2 Reparation

Skadeståndets reparativa funktion betyder att skadelidanden erhåller ett belopp i pengar, som skall ersätta den inträffade förlusten. Meningen är att situationen skall återställas i ursprungligt skick. Oftast är det inte möjligt. Istället blir det fråga om en omfördelning av kostnaden för skadan från den skadelidande till den skadevällande. I fallet med immateriella intrång upprätthålls äganderätten, när skadestånd utdöms. Äganderätten blir därför starkare om den inbegriper en rätt till skadestånd.¹¹⁸ Skadeståndets reparativa funktion bidrar till en ökad känsla av säkerhet i samhället. Om skada skulle inträffa, så kan vi därför förlita oss på att ersättning utgår.¹¹⁹

Det allmänna skadeståndet har uppenbarligen förstärkt den reparativa funktionen. I synnerhet har det varit tydligt i fall av angrepp på företagshemligheter där allmänt skadestånd har utdömts, utan att ekonomisk skada har kunnat bevisas. HD och AD skiljer sig åt i synen på regeln som självständig eller osjälvständig skadestandsform. HD har aldrig dömt ut endast allmänt skadestånd och förefaller betrakta regeln som enbart en hjälpregel för det ekonomiska skadeståndets bestämmande. Förarbetena till såväl de immaterialrättsliga lagarna som FHL överensstämmer i allt väsentligt i sin syn på det allmänna skadeståndets funktion. Av den anledningen är det svårt att förstå varför tillämpningen ser annorlunda ut.

Ur ett rättsekonomiskt perspektiv är det ett problem om reparation inte medges fullt ut. Det följer helt naturligt av resonemanget i avsnitt 2.2.2 att vissa skador då förblir externa, vilket inte är samhällsekonomiskt motiverat. Att det allmänna skadeståndet brottas med problemet med externa kostnader är kanske därför inte så överraskande. Men det allmänna skadeståndet medger ersättning för ideell skada och inte bara för ekonomisk skada. Hänsyn skall enligt regeln tas till skadelidandens intresse av att intrång inte begås. Det är fråga om en preventiv funktion. Hur kan en sådan funktion utvärderas med rättsekonomins hjälp? Har de låga skadestandsbeloppen lett till att preventionseffekten uteblir?

¹¹⁸ Skogh (1977), s. 50.

¹¹⁹ A.a., s. 37 f.

4.2.2.3 Prevention

Redan i förarbetena till 1972 års skadeståndslag uttalades att det skadeståndsrättsliga regelsystemet måste leda till det mest rationella utnyttjandet av samhällets och enskildas ekonomiska resurser. ”En given utgångspunkt för [arbetet med en ny skadeståndslag] måste emellertid också vara att ersättningssystem utformas så, att de främjar strävandena att förebygga skador och att nedbringa antalet skadefall – här återkommer frågan om skadeståndsrättens preventiva funktion.”¹²⁰ Under tiden som arbetet med en ny skadeståndslag pågick byggdes också försäkringssystemet ut. Traditionella preventionstankar sattes då åt sidan till förmån för reparationen.¹²¹ Inställningen till skadeståndets preventiva funktion har varit skeptisk. Det beror på att det är svårt att säga om hot om skadestånd överhuvudtaget skulle kunna förhindra sådana skador som skulle kunna ge upphov till ersättningskrav. Det finns andra medel som kan fungera lika bra för att skapa prevention och som istället kan utnyttjas. Eller, som det mera träffande har uttryckts: ”Man behöver inte begagna elektriska glödlampor för uppvärmning därför att man finner att de förutom ljus också avger värme och man prioriterar värme framför ljus.”¹²² Såsom framkommit i avsnitt 3.2.2 innebär hursomhelst det allmänna skadeståndet en förstärkning av den preventiva funktionen. Kanske kan det ha att göra med att ekonomiska sanktioner är mer effektiva än straffrättsliga sanktioner på immaterialrättens område. Den förhärskande uppfattningen på immaterialrättens område är att det i första hand är näringslivet självt som bör ingripa mot dessa intrång medan de straffrättsliga åtgärderna är tänkta att tillämpas mer sällan. I praktiken sker också det stora flertalet ingripanden mot intrång i immaterialrätter genom civilrättsliga åtgärder och inte genom straffrättsliga.¹²³ Allmänt åtal väcks sällan; därtill finns varken resurser eller intresse.¹²⁴ Detta medför att bestämmelserna om skadestånd har en mycket central betydelse både för att motverka intrång och tillförsäkra rättighetshavaren full kompensation för intrånget. Mycket talar för att den preventiva effekten faktiskt är starkare vid ideell skada och ren förmögenhetsskada än vid ekonomisk skada.¹²⁵ På arbetsrättens område har syftet med det allmänna skadeståndet företrädesvis ansetts vara att ”inskräpa respekt för gällande normer”.¹²⁶ Det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång måste ändå sägas vara till lika delar präglad av den preventiva såväl som den reparativa funktionen.

¹²⁰ Prop. 1972:5 s. 83.

¹²¹ Kleineman (2003), s. 322.

¹²² Hellner (1998), s. 333.

¹²³ Prop. 1998/99:11 s. 45; SOU 2001:26 s. 349. Se också *Koktvedgaard & Levin (2004)*, s. 494 f.: På det industriella rättsskyddets område är det framförallt företag som processar. De önskar få rättsläget fastställt, intrånget stoppat och eventuell ersättning för liden skada. Det stora flertalet immaterialrättsfall framstår som rent civilrättsliga angelägenheter, och straffbestämmelserna är normalt utan större intresse för rättshavarna. Därför spelar det inte heller så stor roll i praktiken att kraven för allmänt åtal är strängare än i upphovsrätten; det krävs att ”målsäganden anger brottet till åtal och åtal av särskilda skäl är påkallat från allmän synpunkt”, se 37 § 3 st. VML, 35 § 3 st. ML, 57 § 3 st. PL.

¹²⁴ Bengtsson & Kahn (2002), s. 44. Se också *Bengtsson & Lyxell (2006)*, s. 67, 69 ff.

¹²⁵ Hellner (1998), s. 376.

¹²⁶ Hellner & Johansson (2002), s. 62 med däri gjorda hänvisningar.

Det allmänna skadeståndets preventiva effekt har rimligen inte varit hög. I *JAHAB* t.ex. hade visserligen den lille entreprenören framgång mot det större bolaget, men skadeståndet var alltså otillfredsställande lågt. Det ligger i sakens natur att det är svårt att säga i vilken grad det allmänna skadeståndet i det fallet hade någon preventiv effekt. Ingen bestrider att skadeståndsrätten kan ha preventiv effekt; svårigheten är att bevisa det. Det är här rättsekonomin kan komma till nytta.

Sambandet mellan högre skadestånd och den preventiva effekten kan *illustreras* i rättsekonomiska termer; låt vara att vi inte kan fullt ut bevisa den preventiva effekten i det enskilda fallet.¹²⁷ Vi tittar igen på exemplet som anfördes i avsnitt 2.2.2. Ett företag hade där möjligheten att välja mellan att utnyttja en företagshemlighet olagligt och att betala för att utnyttja den lagligt. Om det förra alternativet väljs kommer det angripande företaget att ge upphov till externa kostnader. Externa kostnader uppstår trots hot om skadestånd; företaget kan räkna med att bli skadeståndsskyldigt och ändå tjäna på angrepp. Prevention handlar vid fall av immateriella intrång alltså om frågan om en potentiell intrångsgörare tycker att han eller hon tjänar mer på att begå intrång än att inte göra det. Om svaret är jakande är den preventiva effekten för låg. Vi behöver inte använda fler än tre variabler för att förklara intrångsgörarens situation, nämligen: 1) kostnaden för att begå intrång (vinst), ställt mot 2) kostnaden för att bli dömd för intrång, sett till 3) risken för att bli upptäckt.

Problemet med att upprätthålla en regels preventiva effekt har bemötts av den amerikanske rättsekonomen och nobelpristagaren Gary S. Becker. I en banbrytande artikel från 1968 har han förklarat hur straff skall fungera preventivt, eller närmare bestämt hur den optimala avskräckningsnivån på straff skall kunna beräknas rättsekonomiskt.¹²⁸

Becker berättade i sin Nobelföreläsning 1992 att idén föddes när han någon gång under 60-talet hade varit sen till en muntlig examination med en av sina studenter och inte kunde hitta någon parkeringsplats. Becker tvingades snabbt att besluta sig för om han helt enkelt skulle ställa bilen på första bästa plats och riskera böter. Han kom fram till sitt beslut genom att räkna ut sannolikheten för upptäckt, kostnaden för att bli upptäckt samt kostnaden för att betala parkeringsavgift. Studenten som skulle examineras fick sedan i uppgift att räkna ut optimalt beteende för såväl brottsling som brottsbekämpare; något som Becker själv dittills inte hade gjort.¹²⁹ Becker

¹²⁷ För att bevisa det skulle vi behöva en helt annan insyn i den misstänkte intrångsgörarens eget material än vad som är fallet idag. Möjligheten att göra intrångsundersökning har förvisso ökat möjligheten till insyn, men effekten av en sådan undersökning är ändå starkt begränsad p.g.a. praktiska svårigheter, se *Bengtsson & Lyxell 2006*, s. 130 f., 148. I fallet med företagshemligheter är intrångsundersökning inte ens möjligt. En intrångsundersökning skulle riskera att tvinga den misstänkte intrångsgöraren att uppvisa *sina* företagshemligheter, vilket skulle medföra en hel del problem i processrättsligt hänseende, se t.ex. *Fahlbeck (2004)*, s. 209.

¹²⁸ Becker (1968).

¹²⁹ Becker (1993), s. 389.

byggde sedan vidare på denna tanke och kunde 1968 presentera en formel för optimal prevention. Principen är att människor kan få incitament att handla på ett visst sätt i framtiden om ett visst handlande medför ekonomiska sanktioner. Detta förutsätter att potentiella brottslingar har möjlighet att välja andra, lagliga, alternativa sätt att handla på än att begå brott.¹³⁰ Den slutgiltiga formeln är mer raffinerad än beräkningsmodellen Becker använde sig av när han funderade på att ta chansen att felparkera. Formeln laborerar med flera aspekter av brottslings och brottsbekämpares handlingsbeteende. Som Skogh summerar blir det en fråga om att ”göra en bedömning av skadans storlek, risken att ertappas, kostnaderna att ändra ertappningsrisken och välfärdseffekterna för dem som ertappas, inklusive eventuella uppbörsproblem”.¹³¹ Becker driver tesen att kriminalisering av vissa aktiviteter sker för att dessa aktiviteter skapar externa kostnader. En ur samhällsekonomisk synvinkel optimal lösning på när och hur kriminalisering skall ske måste ta med i beräkningen att myndigheterna kan bestämma nivån på upptäcktsrisk (fler poliser t.ex.) och nivån på sanktion (storlek på böter eller fängelsestraff). Samhällskostnaderna för att genomdriva detta måste ställas i relation till brottslingens kostnader för ett straff, dennes utbyte av brottet samt antalet begångna brott.¹³²

Eftersom föremålet för vår analys är det allmänna skadeståndets preventiva effekt behöver vi inte använda oss av hela Beckers formel. Vi kan nöja oss med att använda oss av Beckers antagande om enkel avskräckning. Detta antagande beaktar enbart brottslingens – i vårt fall, den potentielle intrångsgörarens – upplevda nytta av att begå intrång ställd mot risken att bli upptäckt och kostnaderna för straff. Detta var precis vad Becker själv gjorde när han funderade på att felparkera.¹³³ Omvandlat till variabelform ger detta oss en enkel formel för att avgöra vilken nivå ett straff skall ha för att vara preventivt:

$$\text{Preventiv effekt} = N > P * S$$

N = upplevd nytta

P = sannolikhet för att bli upptäckt

S = storlek på straffet

Exempel:

Om vi återgår till Beckers parkeringssituation kan vi illustrera hur Becker måste ha tänkt:

Becker visste att den muntliga tentamen inte skulle ta särskilt lång tid, låt säga att den inte tog mer än två timmar. Låt oss anta att parkeringsavgiften var på \$ 5 per timme dygnet runt och att parkeringsvakten patrullerade

¹³⁰ Skogh (1977), s. 73 f.

¹³¹ A.a., s. 81.

¹³² Skogh (1973), s. 21.

¹³³ A.a., s. 81.

Beckers gata under två timmar varje dygn. Vilken nivå på parkeringsboten skulle ha avskräckt Becker?

Svar:

$$N = \$ 5 * 2 \text{ h}$$

$$P = 2 \text{ h} / 24 \text{ h} = 8,3 \%$$

S = okänt

Svaret är att Becker skulle ha blivit avskräckt från att felparkera om bötesbeloppet var \$ 120 eller högre ($10/0.083 = 120$).

Beckers formel tillämpat på det tidigare exemplet i avsnitt 2.2.2 skulle medföra ett avsevärt mycket större skadeståndsbelopp. Nyttan av att utnyttja företagshemligheten olovligen är 2 000 000 kr. Risken att bli upptäckt är 2/5. Onyttan av straffet är 1 000 000. Det ekonomiska väntevärdet av att bli upptäckt understiger nyttan med 1 600 000 ($2\,000\,000 - (1\,000\,000 * 2/5)$). För att ha preventiv effekt skulle skadeståndet behöva ligga på 5 000 000 ($2\,000\,000/(2/5)$).

Det anförda illustrerar varför den preventiva effekten uteblir om skadeståndsbeloppen är för låga.

4.2.3 Skadeståndsrättens gränser

4.2.3.1 Gränsen mot punitive damages

Av förarbetena till bestämmelsen i PL framgår, som visats i avsnitt 3.2, att avsikten inte var att ändra de grundläggande reglerna om skadestånd och den praxis som förelåg.¹³⁴ Utgångspunkten är alltså att den skadelidande skall ha full ersättning för sin skada, men inte mer.¹³⁵ Det allmänna skadeståndet skulle inte uppfattas som den typ av straffskadestånd som förekommer i amerikansk rätt.¹³⁶ Dessa motivuttalanden får i hög grad anses ha präglat domstolarnas tillämpning av det allmänna skadeståndet. Den försiktiga inställningen till ersättning för ideell skada är dock inte helt förenlig med det allmänna skadeståndets preventiva effekt.

Vad skiljer det allmänna skadeståndet från amerikanska straffskadestånd? Om vi utgår ifrån Beckers formel finns det skäl att anta att risken att bli skadeståndsskyldig inte avhåller eventuella intrångsgörare från att begå intrång. Ett sätt att komma tillrätta med skadevållares beteende är att utdöma skadestånd långt utöver uppkommen skada. Denna form av skadestånd kallas *punitive damages*, s.k. straffskadestånd.¹³⁷ *Punitive damages* innebär att skadeståndet skall uppgå till kostnaden för uppkommen skada multiplicerat med den inverterade sannolikheten för att bli dömd skyldig.

¹³⁴ Prop. 1985/86:86 s. 44.

¹³⁵ Prop. 1993/94:122 s. 53.

¹³⁶ Se not 45 och 47.

¹³⁷ Kaplow & Shavell (1999), s. 9.

Således, om skadan är 100 000 kr och sannolikheten för att bli dömd är 25 %, kommer det totala skadeståndet, ifall skadevållaren anses skyldig, att bli 400 000 kr (100 000 * 1/0,25). Eftersom skadevållaren kommer att tvingas att betala 400 000 kr var fjärde gång han åsamkar skada, kommer det genomsnittliga skadeståndet att bli 100 000 kr.¹³⁸ Svensk rätt har inte godtagit denna form av skadestånd. Det finns flera skäl till varför det kan vara klokt. Den skadelidande som vinner ett mål om punitive damages kommer att tjäna stort på sin skada. Frånsett frågan hur det överensstämmer med svensk rätts syn på *obehörig vinst*, framstår det också som uppenbart att skadeståndsrätten på så skulle ges ett inslag av lotteri.¹³⁹ Många gånger torde skadevållaren inte kunna betala så höga skadestånd. Särskilt tydligt blir det, ifall skadeståndstalan utformas som en *grupptalan* med masskadeståndsanspråk. Inte ens mycket resursstarka företag skulle klara påfrestningen det skulle innebära att ådra sig skadeståndsansvar i sådant fall. Från samhällsekonomisk synpunkt är detta givetvis inte motiverat. Det kan inte heller motiveras från en rättviseaspekt. Med andra ord blir det fråga om hur långt preventionen bör drivas. Den svenska inställningen är att skadeståndsrätten inte bör tillåtas växa ut på det här viset. Följdenligt skall svensk rätt vara befriad från punitiva synpunkter när det gäller skadeståndsrättsliga bedömningar. Så är dock inte fallet. I rättsfallet NJA 1994 s. 637 yrkade ett antal kända svenskar betecknade som bl.a. Ingvar C, Birgitta D, Mona S och Carola S skadestånd i anledning av talan om ansvar för förtalsbrott. Vid fastställandet av skadeståndet uttalade HD bl.a. följande: ”Att med hänsyn till brottens karaktär och de ekonomiska överväganden som kan antas ha legat bakom publiceringen finns skäl att bestämma skadeståndet på en så hög nivå att det också kan förväntas verka preventivt och sålunda bidra till att förebygga fortsatt publicering av samma art i framtiden.”¹⁴⁰

Vi kan konstatera att det allmänna skadeståndet tänjer på gränserna för den traditionella skadeståndsrätten. Sanktionsformen är på immaterialrättsens område inte effektiv.

4.3 Rättsliga ideal i praxis

I detta avsnitt lämnar vi för en stund analysen av det allmänna skadeståndet, för att istället lyfta blicken en aning. Vi skall titta närmare på domarens roll. Tanken är, som tidigare anförts, att domstolarna i sin verksamhet påverkas av den rättsliga traditionen, vilket får implikationer för hur den rättsliga argumentationen utformas. I inledningsavsnittet konstaterades att syftet var att förklara hur avvägningen mellan olika värden kan byggas upp i en specifik juridisk kontext. Den specifika juridiska kontexten styrs av olika rättsliga ideal. Vi skall här titta närmare på vilka rättsliga ideal som vägleder

¹³⁸ Polinsky & Shavell (1998), s. 870.

¹³⁹ Dahlman m.fl. (2004), s. 125.

¹⁴⁰ Kleineman (2003), s. 329.

domstolarna i sin verksamhet. Precis som det konstaterades inledningsvis är tesen att domarna i rättskipningen påverkas av den rättsliga traditionen.

I en modern, demokratisk rättsstat har rättsordningen *legitimitet*. Beslut som innebär rättsskipning eller myndighetsutövning bör vara rimligt förutsebara med stöd av lagen och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.¹⁴¹ Närmare bestämt innebär detta att det krävs, för att den dömande verksamheten skall kunna anses legitim, att den kännetecknas av både formell och materiell rättssäkerhet. Med *formell* rättssäkerhet avses att lika fall skall behandlas lika, dvs. rättsliga avgöranden skall inte avgöras *in casu*, godtyckligt från fall till fall. Ramarna måste vara desamma. Att så är fallet bidrar till en viss förutsebarhet. En hög grad av förutsebarhet är naturligtvis en förutsättning för att allmänheten skall ha en möjlighet att veta vad som förväntas av den och för att regler överhuvudtaget skall ha en samhällsstyrande funktion.¹⁴² Att sedan domstolarnas avgöranden i olika fall blir olika följer logiskt av att sakomständigheterna inte är desamma. Kravet som kan ställas på domstolarna är att avvägningarna som görs i varje fall följer den rättsliga ramen. Här visar sig den andra sidan av myntet; legitimitet förutsätter också en *materiell* rättssäkerhet, vilket betyder att varje dom skall vara resultatet av en fullständig avvägning mellan rättsregler och även etiska värden. Den materiella rättssäkerheten förutsätter att domstolarnas verksamhet upplevs som *rättvis*. Därför måste hänsyn tas, inte bara till rättsreglerna, utan också till etiska värden. Med andra ord måste värderingar göras om vad som är önskvärt för människor i allmänhet.¹⁴³ Vi kan alltså konstatera att, fastän begreppen överlappar varandra, det är en skillnad mellan formell rättssäkerhet och vad som i slutändan upplevs vara materiell rättvisa.

För rättstillämparna måste den materiella rättvisan ständigt eftersträvas. Det förutsätter att domslut inte bara måste vara avfattade i enlighet med kraven på formell rättssäkerhet utan att de också måste kommunicera detta till den som domen berör. Detta gör rättskipningens legitimitet beroende av dem som uttolkar rätten – domarna – och hur de motiverar sina tolkningar. Dessutom handlar det om att såväl rättstillämparna som de som har efterleva en regel förstår skälen bakom densamma.

Det anförda sätter ramen för den rättsutövande verksamheten. Vad vi skall göra är att förklara två olika saker. För det första skall olika sätt att betrakta rättstillämparnas roll beaktas. För att kunna göra det krävs en kort inblick i, för den här framställningen relevanta, teorier om gällande rätt. För det andra skall det diskuteras vilka krav som kan ställas på den rättsliga argumentationen för att den skall upplevas som rättvis.

I första sektionen av det här avsnittet skall domarens roll avhandlas. Om rättskipningens legitimitet också är beroende av hur väl domaren motiverar sina ställningstaganden, krävs att domsmotiveringarna granskas närmare. I

¹⁴¹ Peczenik (1995a), s. 11.

¹⁴² A.a., s. 11.

¹⁴³ A.a., s. 12.

andra sektionen av detta avsnitt behandlas följaktligen domstolarnas argumentation i ovan refererade fall.

4.3.1 Domarroller

I rättsfallsanalysen ovan framkom att det finns en ovilja mot att i domstolarna döma ut höga skadestånd. Framförallt kan noteras en försiktig inställning till ideella skadestånd överlag. Detta gäller inte bara det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång. Möjligheterna att erhålla ersättning för ideell skada, utan samband med person- eller sakskada, och ren förmögenhetsskada har traditionellt varit små. Det hänger troligtvis samman med att det ligger i de ideella skadornas natur att de är svåra att ringa in, bevisa, samt värdera.¹⁴⁴ Detta är sannolikt inte hela svaret. Jan Kleineman har anfört att den kanske viktigaste förklaringen till inte bara den vedertagna inställningen till ideell skada och ren förmögenhetsskada utan också till den svenska skadeståndsrätten i allmänhet, kan sägas vara att domstolarna gärna ansett sig kunna uttolka hävdvunna principer men mer ogärna utveckla helt nya. Denna konservatism, menar Kleineman, beror på traditionen av den svenska rättspositivismen.¹⁴⁵ Är detta ett befogat påstående? Ett försök att besvara den frågan skall göras nedan.¹⁴⁶

Frågan om betydelsen av domarens roller är ständigt aktuell och har nyligen diskuterats flitigt i den svenska doktrinen.¹⁴⁷ Eftersom det finns olika roller, finns det likaså olika argumentationstyper.¹⁴⁸ Genom att titta på skilda idealtyper av domarens roll i det rättsliga systemet kan vi således spåra flera ideala typer av argument som kan förknippas med olika domarroller. Med andra ord kan varje idealtyp sägas ge uttryck för olika värden, som påverkar domaren i dennes dömande verksamhet.

Uppdelningen i domarroller som ett sätt att åskådliggöra ideala typer av argument har tidigare gjorts av Åke Frändberg. Frändberg utgick från rättskipningens funktion, för att fastställa domarens roll. Därigenom kunde han visa hur olika sätt att argumentera framförallt beror på, om domaren har en teleologisk eller auktoritativ syn på rättskipningens funktion.¹⁴⁹

Frändbergs fokus på rättskipningens funktion riskerar dock sammanblanda olika åsikter om gällande rätt med olika tolkningsmetoder. Detta gör att hans uppdelning blir svårtydd. Frändbergs framställning förklarar inte heller

¹⁴⁴ Jfr. Hellner & Johansson (2002), s. 372.

¹⁴⁵ Kleineman (2003), s. 320 f. Vad gäller den kommersiella skadeståndsrätten däremot – utomobligatorisk skadeståndsrätt såsom bolagsrätt, och [får förmodas] immaterialrätt – menar Kleineman att motståndet mot det ideella skadeståndet *inte* får anses bero på den traditionella rättspositivismen, utan snarare på en sund skepsis från praktikernas sida mot att pröva sådant som går att lösa på andra vägar eller att man rentav inte såg skadeståndsrättsliga lösningar som den bästa vägen för konfliktlösning, s. 332.

¹⁴⁶ Se avsnitt 4.3.1.5 och 4.3.3.

¹⁴⁷ Diskussionen följde i spåren av ett symposium på temat ”Rättsbildning i en ny miljö – hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats?”, *SvJT 2004 s. 205 ff.*

¹⁴⁸ Peczenik (1995a), s. 31; Frändberg (1989), s. 13.

¹⁴⁹ Frändberg (1989), s. 21.

domarens inverkan på utgången av olika rättsliga avgöranden. Ett bättre sätt att förklara domarens betydelse för den rättsliga utgången är att utgå ifrån olika etablerade rättsteorier. Jag kommer därför att utgå ifrån rättsformalismen, rättsrealismen, rättspositivismen samt rättspragmatismen.

4.3.1.1 Rättsformalisten

Rättsformalisten är en domare som kan sägas fatta beslut baserat på en regel, utan att andra faktorer tillåts påverka beslutet. Regeln åtlöds vanligen till sin ordalydelse. Detta betyder att inga tolkningar behöver göras.¹⁵⁰

Tillika förknippat med rättsformalisten är den extrema uppfattningen, att denne hävdar att rättsfrågor bara har ett riktigt svar, vilket kan hittas av domaren genom sedvanlig rättslig argumentation.¹⁵¹ Rättsformalisten hävdar således att lagtext har en bestämd innebörd som kan upptäckas förnuftsmässigt, och att objektiva, oföränderliga rättsliga principer samtidigt utmärker, präglar och föregår rättstillämpningen.¹⁵² En modern rättslig inställning till formalismen kan sägas vila på tron att rättslig legitimitet kan uppnås genom en rättskipning som står i kontrast mot synen på rätten som öppen och förutsättningslös. Formalismen grundar sig, med detta sätt att se på den, på att den juridiska metoden och rättskällorna *per se* ger uttryck åt sociala och ekonomiska överväganden, varför domaren inte behöver sysselsätta sig särskilt med den typen av överväganden.¹⁵³

4.3.1.2 Rättsrealisten

Rättsrealister argumenterar lite olika beroende på om de bekänner sig till den amerikanska eller till den skandinaviska versionen av rättsrealism. Låt oss börja med att titta på den amerikanska varianten.

De tidiga amerikanska realisterna hävdade att lagen var oviss (=indeterminate). De var i den meningen anti-fundamentister. Rätten ansågs inte ha en inneboende rationalitet eller vila på några fundamenta, som ytterst skulle kunna rättfärdiga ett domslut. Ett beslut grundat på rättsliga argument bedömdes därför inte vara mer legitimt än ett beslut grundat på andra skäl.¹⁵⁴ Detta ledde till själva kärnan i amerikansk realism, nämligen att ”domare enbart reagerar på stimuli av fakta i målet, snarare än på rättsliga regler och skäl”.¹⁵⁵ Idén var att domaren i själva verket avgjorde fall på en ”maggropskänsla” av vad som var rätt eller fel. Annorlunda uttryckt: Domaren avgjorde mål, genom att reagera på bakomliggande fakta, oavsett om de var rättsligt relevanta i ljuset av den tillämpliga regeln eller inte. Vad

¹⁵⁰ Schauer (1988), s. 509.

¹⁵¹ Posner (2004), s. 149.

¹⁵² Butler (2006).

¹⁵³ Lucy (1999), s. 328 f. Även Weinrib har gett erkännande åt Ungers nyanserade beskrivning av rättsformalismen, *Weinrib (1988)*, s. 953.

¹⁵⁴ Leiter (2002), s. 3 och 16.

¹⁵⁵ A.a., s. 6 f. Min översättning.

regeln egentligen sade spelade ingen roll för utgången.¹⁵⁶ Den ursprungliga rättsrealismen förgrenade sig i två skolor. Den sociologiska skolan utgick ifrån att domare, när de avgjorde fall, tenderade att falla in i förutsägbara mönster, vilka uppkom för att domaren var bunden av sociala fakta som kunde iakttas med viss regelbundenhet. Företrädare för den idiosynkratiska skolan däremot hävdade att vad som avgjorde hur en domare skulle avgöra ett fall var domarens psykologiska egenskaper och dennes personlighet.¹⁵⁷

Rättsrealismen så som den presenterades i Skandinavien var mera teoretisk, vilket följde av dess nära släktskap med det tidiga 1900-talets logiska positivism. Den logiska positivismen, liksom den skandinaviska rättsrealismen, utgick ifrån att begrepp och språkliga satser skulle kunna testas empiriskt mot verkligheten. Värden hade således ingen plats i rättssystemet, eftersom sådana inte kunde testas, verifieras eller falsifieras.¹⁵⁸ Detta ledde till en värdeskepticism som betydde att domaren aldrig behövde befatta sig med värderingar enligt en etisk rättvisemåttstock. Rätten följdes för att den hade imperativ karaktär; lagregler sågs som befallningar.¹⁵⁹ Rättsliga begrepp som ”lagstiftarens vilja” och uppfattningen om rättens bindande kraft var endast konstruktioner.¹⁶⁰ Släktskapet med den amerikanska rättsrealismen blev tydligare i senare versioner av den skandinaviska varianten. Medan anhängare av den sociologiska skolan hävdade att domstolarnas tillämpning av rätten styrdes av sociala fakta, gick Strömberg än längre och hävdade att rätten består av en samling sociala konventioner.¹⁶¹ Också Ross ansluter nära till den amerikanska varianten och tar avstamp i den sociologiska skolans försök att urskilja mönster i domstolarnas handlande, genom att hävda att rättsvetenskapliga påståenden om gällande rätt handlar om att ställa prognoser om domstolarnas beteende.¹⁶²

Hur kan vi då sammanfatta rättsrealismen? Som minsta gemensamma nämnare kan vi säga att rättsrealism är en deskriptiv teori om vad som händer när domare avgör fall.¹⁶³ Granskas den skandinaviska rättsrealismen med kritiska ögon upptäcks snart att gränserna mot rättspositivismen är svävande. Vad skiljer positivisten från realisten? Det traditionella svaret är att rättspositivismen har normativ karaktär medan rättsrealismen är deskriptiv. Rättspositivismen är en teori om vad som utgör gällande rätt, eller närmare bestämt vad som skiljer rättsliga regler från övriga sociala normer i ett samhälle och. Till skillnad från den gängse uppfattningen att rättsrealism står i kontrast till rättspositivismen har det påståtts att de två

¹⁵⁶ A.a., s. 7.

¹⁵⁷ A.a., s. 9.

¹⁵⁸ A.a., s. 1. Axel Hägerström förespråkade en sådan radikal föreställning av rätten, vilket lade grunden till den i Sverige inflytelserika *Uppsalaskolan*, med efterföljare som Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Tore Strömberg och Alf Ross, *Peczenik (1995a)*, s. 63.

¹⁵⁹ Peczenik, ”*Den skandinaviska rättsrealismen*”, i *Nergelius (2001)*, s. 120.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ A.a., s. 121.

¹⁶² A.a., s. 125.

¹⁶³ Uppsalaskolans normativa anspråk är omdebatterade och skall inte behandlas vidare här, se dock Peczenik, ”*Den skandinaviska rättsrealismen*”, i *Nergelius (2001)*, s. 122 f.

skolorna inte skall jämföras, utan istället ses som a) en teori om hur domare avgör fall; b) en teori om gällande rätt. Sett ur den synvinkeln torde rättsrealismen förutsätta en teori om gällande rätt, närmare bestämt en form av rättspositivism.¹⁶⁴

4.3.1.3 Rättspositivisten

Den svenska traditionen av rättspositivism, som Kleineman talar om, härstammar från Uppsalaskolans värdeskepticism. Som vi kunde se i föregående avsnitt är skillnaden mellan den skandinaviska rättsrealismen och rättspositivismen svår att upptäcka. Positivisten, liksom den skandinaviska rättsrealisten, utgår från att verkligheten är objektiv; det finns en verklighet ”därute”. Vidare brukar positivister traditionellt skilja mellan rätt och moral, dvs. värden anses inte höra till rätten.

Gemensamt för alla rättspositivister är att rätt är vad som har blivit postulerat (dvs. vad som har blivit beordrat, beslutat, verkställt, tolererat osv.).¹⁶⁵ Positivisterna betraktar rätten som given och instiftad, varför rättstillämparen enligt positivisterna endast har att tillämpa befintliga regler.¹⁶⁶ Mer specifikt kännetecknas rättspositivismen av tre centrala idéer: *den sociala tesen*, *separationstesen* samt *effektivitetstesen*. Den sociala tesen innebär att rätten ytterst är beroende av sociala fakta. Vad som är rätt och vad som inte är rätt beror på sociala fakta, inte på lagens förtjänster. Annorlunda uttryckt, vilka lagar som är i kraft beror på vilka sociala standarder som den politiska styrelsen betraktar som auktoritativa.¹⁶⁷ Separationstesen innebär att rättens innehåll inte skall bestämmas utifrån vad som är moraliskt riktigt. Effektivitetstesen innebär att för att en lag skall existera måste den åtlidas.¹⁶⁸

De tre teserna kan förstås utvecklas och diskuteras långt mera utförligt. Vad som är intressant är dock att se hur en rättspositivist skulle närma sig avgörandet av ett fall. För att kunna ta reda på det krävs att de tre teserna kan jämkas samman. I brittisk doktrin finns en klassisk sammanjämkning av de tre grundteserna i rättspositivismen som brukar benämnas *The Golden Rule*. Denna ”gyllene regel” säger följande:

Lagtext skall tillämpas enligt dess naturliga och vardagliga betydelse, utan utfyllnad eller inskränkning, såvida inte tolkningen medför orättvisa, orimligheter, anomalier eller motsägelser, för vilket fall betydelsen får ändras så att den undanröjer sådana orättvisor, orimligheter, anomalier eller motsägelser, men inte mer.¹⁶⁹

Denna något begränsande uppfattning om den rättskipande verksamheten betyder att den rättspositivistiske domarens främsta uppgift är att finna tillämplig lagstiftning och avgöra fall utifrån denna. Domaren skall inte

¹⁶⁴ Leiter (2001), s. 279.

¹⁶⁵ Green (2003).

¹⁶⁶ Simmonds (2003), s. 85.

¹⁶⁷ Green (2003).

¹⁶⁸ Spaak (2004), s. 257 f.

¹⁶⁹ Min översättning från Simon (1978) i *MacCormick* (1995), s. 478.

förklara rätt eller skapa ny rätt.¹⁷⁰ Denna inställning har förklarats på ett mer slagfärdigt sätt av Strahl:

För en svensk domare är det en självklar sak, att han skall döma efter svenska lagar och prejudikat, och han saknar anledning att överväga varför han skall göra det.¹⁷¹

Ungefär så här långt går det att tala om några överordnade drag som förenar alla varianter av rättspositivismen.

I det följande skall särskilt stort utrymme ägnas åt Neil MacCormick – en av de idag mest betydelsefulla rättsvetenskapsmännen på området – vars syn på rättspositivismen är mer mångfacetterad än de ursprungliga teorierna.¹⁷² För MacCormick är värderingar nödvändiga. Domaren måste alltid kunna visa hur tolkningen av en regel kan rättfärdigas enligt en sammanhängande uppsättning principer, ändamål eller värden som ligger till grund för densamma. Ett sådant tillvägagångssätt innebär att, för varje nytt fall, regeln i fråga måste tolkas på så sätt att den överensstämmer med den mest sammanhängande motiveringen som rättfärdigar den tidigare avgjorda tolkningen.¹⁷³

MacCormicks uppfattning om hur rätten skall utövas tar hänsyn till följderna av varje domslut. Det är en pragmatisk inställning som är nära besläktad med den sista domarrollen vi skall titta på. Denna domare skall kallas rättspragmatikern.

4.3.1.4 Rättspragmatikern

Rättspragmatikern betonar rättens eklektiska natur och dess skilda funktioner. Härigenom tas för givet att all rättslig verksamhet måste ta hänsyn till: 1) betydelsen av sammanhang och rättens instrumentella natur; 2) avsaknaden av fasta grundvalar; samt 3) den nödvändiga tillgången till alternativa perspektiv.¹⁷⁴ Följden av dessa antaganden är att rätten, enligt pragmatikern, skall ses som ett socialt verktyg. Lag och rätt bör, uttryckt annorlunda, sysselsätta sig med konsekvenserna av domslut. Pragmatikern

¹⁷⁰ Spaak (2004), s. 259.

¹⁷¹ Strahl (2003), s. 149.

¹⁷² Hans verk *Legal reasoning and Legal Theory* (1978) och *H. L. A. Hart* (1981) tar avstamp i Harts teori om *The Rule of Recognition*. MacCormick ägnar stort utrymme åt att försvara Harts teori med hänsyn till kritiken från Ronald Dworkins teori som sade att domaren måste rättfärdiga sina beslut utifrån både skäl – dvs. uttryckta i den positiva rätten i form av rättsregler – och principer, som omfattar moraliska överväganden. I *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (1986) tycks MacCormick, tillsammans med Ota Weinberger, ha nyanserat och raffinerat sin med Hart besläktade teori om rätten så mycket att det påminner mer om en syntes mellan Dworkins syn och Harts syn på rätten. Den stora skillnaden mot Harts uppfattning är att den klassiskt positiva rätten innefattande lagregler och prejudikat nu kompletteras med samhälleligt godkända ändamål och principer, se *Peczenik* (1995a), s. 21. Denna tanke fullföljs i boken *Rhetoric and the Rule of Law* (2005), där det sägs att rättslig argumentation bör ske i relation till de grundläggande värden som tillskrivs rättsordningen, se *MacCormick* (2005).

¹⁷³ MacCormick (1984), s. 6 ff.

¹⁷⁴ Butler (2006).

förutsätter också att lag och rätt är betingat av folkopinionen, det allmänna rättsmedvetandet.¹⁷⁵ Rättspragmatismen förespråkar ett alternativt perspektiv på rätten. Härigenom avses uppfattningen att sociala och ekonomiska fakta inverkar på domarens beslutsfattande och att domarens egen världsåskådning har betydelse.

Framväxten av en rättslig pragmatism har huvudsakligen varit en amerikansk historia, intimt förknippad med det amerikanska ”common law”-systemet. I linje med dels rättsekonomin växande inflytande också på svensk rätt, och dels betydelsen av att lyfta fram olika perspektiv på domarroller i denna framställning, skall ett par huvudlinjer i den rättsliga pragmatismen presenteras här.¹⁷⁶

Betydelsen av sammanhang och rättens instrumentella natur

Rättspragmatikern premierar fakta och konsekvenser framför begrepp och generaliteter. Härmed avses att den pragmatiska domaren beaktar konsekvenserna i det praktiska livet. Rätten ses således som ett instrument för socialt godtagbar konfliktlösning. Om en domare exempelvis, vid avgörande av en affärsrättslig tvist, bortser från ett rättsligt prejudikat, som marknaden har att förlita sig på, för att det inte är tillämpligt i det enskilda fallet, förbises systemkonsekvenserna. Domaren bör då ompröva sitt beslut och ta hänsyn till effekterna på det kommersiella klimatet.¹⁷⁷ Tanken är dock inte att rättspragmatikern skall verka som någon form av konsekvensutilitarist, som utvärderar varje domslut sett till värdet av alla de förväntade konsekvenserna. Snarare handlar det om att ta hänsyn till de uppenbart negativa konsekvenserna av att tillämpa en strikt formalism.¹⁷⁸ Pragmatikerns instrumentella perspektiv medför att en rättslig tvist inte kan lösas genom att lagen följs slaviskt i det enskilda fallet, men att tvisten inte heller kan lösas genom att *alla* konsekvenser av ett visst domslut beaktas. Pragmatikern försöker hitta en gyllene medelväg, där hänsyn tas till konsekvenser begränsade till ett specifikt och unikt sammanhang.¹⁷⁹ Beaktande av konsekvenser får till följd att den pragmatiska domaren anlägger ett *framtidsorienterat* perspektiv på rätten. Härigenom tillåts sociala och ekonomiska fakta att inverka på en domares beslut.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Posner (2004), s. 148.

¹⁷⁶ Eftersom utrymme i denna uppsats ges åt rättsekonomisk teori kan det vara intressant att veta att en av rättsekonomin främste förespråkare, Richard Posner, också förespråkar rättslig pragmatism, *Posner (2004)*.

¹⁷⁷ Posner (2004), s. 150.

¹⁷⁸ A.a., s. 151.

¹⁷⁹ Butler (2006).

¹⁸⁰ Det bör uppmärksammas att rättspragmatism framförallt är en reaktion mot amerikansk *case law*, där domaren tenderar att låsa sig vid tidigare praxis på ett sätt som kanske inte helt känns igen i det svenska rättsliga klimatet. Vidare måste väl förarbetena i svensk rätt anses kunna tjäna som goda indikatorer på vilka beslut som kan få rimliga konsekvenser för systemet som helhet, varför den svenske domaren inte behöver oroa sig lika mycket för att inte ta hänsyn till systemkonsekvenser. Problemet uppstår dock ändå när olika system står i konflikt med varandra; då måste även den svenske domaren vara pragmatisk.

Avsaknaden av fasta grundvalar

De flesta rättsvetenskapsmän idag bekänner sig till en mildare form av fundamentism. Det betyder att den juridiska metoden anses omfatta de verktyg som behövs för att rättfärdiga ett rättsligt beslut.¹⁸¹ Rättspragmatikern hävdar en anti-fundamentism, där intuition istället för deduktion, samt problemlösning betonas. Dessutom avvisar pragmatikern tanken att kunskap, eller i det här fallet domarens beslutsfattande, måste vila på några fasta grundvalar – fundamenta. Istället ses rättsliga skäl som öppna begrepp, vilka ständigt måste prövas och omprövas.¹⁸² Pragmatikern avvisar således tanken på att rättsliga skäl är fasta och oföränderliga och hävdar istället att de förändras i takt med samhället i övrigt.¹⁸³

4.3.1.5 Kommentarer

Låt oss återgå till Kleineman och dennes uttalande om den svenska rättspositivismen. Kan den skeptiska inställningen till ideella skadestånd förklaras utifrån olika domarroller? Ja och nej. Det är förmodligen inte orimligt att anta att den skandinaviska realismens värdeskepticism har haft stort inflytande på svenska domare. De normativa implikationerna av detta är att det sannolikt skulle framstå som främmande för en svensk domare att ta hänsyn till värden på ett mera uttryckligt sätt. Värdena som anges i förarbetena – tanken med det allmänna skadeståndet – skulle därmed inte tillåtas styra rättstillämpningen. Men att därifrån ta steget och säga att den njugga inställningen till allmänna skadestånd hänger ihop med att domaren är rättspositivist är kanske att förenkla lite för mycket. Rättspositivismen har, som framkommit ovan, flera dimensioner. Dessutom förklarar inte en hänvisning till en tradition av rättspositivism varför svenska domstolar har avstått från att beakta lagens ändamål i tillräcklig utsträckning. Rättspositivisten behöver ju inte vara främmande för att ta hänsyn till lagens ändamål eller för att göra värderingar vid avgörandet av fall.

Inte heller övriga domarroller förklarar fullt ut svenska domares inställning till det allmänna skadeståndet. Enligt rättsformalisten behöver domaren exempelvis inte sysselsätta sig med värderingar i någon större utsträckning. Rättsformalisten tenderar istället att döma efter lagens bokstav, vilket motiveras genom att lagen i sig är ett uttryck för sociala och moraliska överväganden. Möjligen säger oss rättsrealismen mer. Enligt amerikansk rättsrealism kan domaren gå huvudsakligen två olika vägar: 1) antingen betrakta lagen som enbart omfattande sin ordalydelse; eller 2) anta att lagen måste förstås utöver sin ordalydelse för att dess syfte skall uppnås. Det

¹⁸¹ Butler (2006).

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Implikationerna av pragmatikerns fundamentism är allvarligare än vad de är för realisten. Realisten försökte, som vi såg ovan, inte rättfärdiga rättsliga beslut, utan endast beskriva hur domare avgjorde fall. Pragmatikern som är intresserad av att kunna rättfärdiga beslut skulle, kan det tyckas, vara mer bunden av någon form av fundamenta som rätten ytterst skulle kunna vila på. Därför är det anmärkningsvärt att pragmatikern hävdar att rätten de facto saknar fasta grundvalar.

allmänna skadeståndet innebär att domaren ”skall [ta] hänsyn [...] till intresse[t] av att intrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse”, PL 58 §. Domaren kan givetvis anse sig följa lagen till sin ordalydelse, utan att för den skull faktiskt ge rättvisa åt dess syfte. Så har skett i vårt fall. Om vi då, enligt realisten, utgår ifrån att lagen också måste förstås utöver sin ordalydelse, vad är det då som beaktas? Om utgångspunkten är att skadestånden regelmässigt är för låga för att både ersätta skadelidanden fullt ut och avskräcka intrångsgörare, kan detta enligt realisten förklaras genom att domare tenderar att falla in i förutsägbara mönster. Försiktighet tycks ha varit ledordet och domaren beslutar således på ”maggropskänsla”, som säger denne att fortsätta vara försiktig. Försiktigheten och rädslan för att öppna för en amerikanisering av de svenska skadestånden, har utgjort de sociala fakta som kan ha begränsat svenske domaren. Denna inställning har tydligt framgått i praxis där regelmässiga hänvisningar har skett till motivuttalanden som säger att avsikten med införandet av det allmänna skadeståndet inte var att ändra de grundläggande reglerna om skadestånd.¹⁸⁴

För att sammanfatta: Olika domarroller ger oss olika förklaringar av problematiken. Att säga att en roll har inverkat mer på hur svenska domstolar har avgjort fall än en annan är svårt. Dock kan sägas att den svenska inställningen har varit mer formalistiskt betonad än ändamålsinriktad och det verkar som om de svenska domstolarna kunde vara betjänta av att anlägga ett mera pragmatiskt orienterat perspektiv. Vidare kan konstateras, som tidigare nämnts, att domarrollerna bara förklarar på ett generellt plan vad som händer när domare avgör fall. Ytterligare förklaringar bör sannolikt sökas också i den rättsliga argumentationen. Hur närmar sig domstolarna rättstillämpningen och rättstolkningen? I nästa avsnitt skall vi titta närmare på detta.

4.3.2 Rättslig argumentation

Vi har sett hur olika domarroller får olika betydelse för rättskipningen. Det är dock inte tillfredsställande att söka förklara de svenska domstolarnas ovilja att utdöma högre allmänna skadestånd genom att enbart titta på olika ideala domarroller. En domare är naturligtvis bunden av olika typer av rättstillämpning och olika tolkningsmetoder. Regler kan ha olika praktisk styrka, vilket betyder att – oavsett vilken rättsteori domaren omfattar – rättstillämpning kan se lite olika ut beroende på regeln i sig. Rättsteorierna styr således uppfattningen om hur rättstillämpningen sker, men rättstillämpningen styrs också av reglernas utformning. En analys av den rättsliga argumentationen tycks således kräva att vi tittar närmare på hur tillämpning och tolkning av regler går till. En sådan analys kommer förstås att vara präglad av vilken syn på rätten vi anlägger. Enligt Peczenik och Bergholtz lämpar sig svensk rätt för analys utifrån en positivistisk ram.¹⁸⁵ Det framstår därför som lämpligt att utgå ifrån en modern rättspositivists

¹⁸⁴ Jfr. avsnitt 3.2.2 samt 4.2.3.1.

¹⁸⁵ Peczenik & Bergholtz (1991), s. 356.

syn på tillämpning och tolkning. MacCormick, som vi i avsnitt 4.3.1.3 har konstaterat är rättspositivist, skiljer mellan tre typer av rättstillämpning:¹⁸⁶

1. Absolut
2. Strikt
3. Skönsmässig

Vad innebär detta? Låt oss anta att en regel formuleras enligt följande:

Om OF (operativa fakta), så NK (normativ konsekvens).

Vid en *absolut* tillämpning av regeln förutsätts att varje gång OF är vid handen, måste NK följa. NK får inte inträffa såvida inte OF råder, eller någon annan regel med samma NK oberoende av den första regeln är tillämplig. Absolut rättstillämpning torde höra till ovanligheterna inom juridiken. *Strikt* tillämpning innebär ett godtagande av att (vid närvaro av OF), andra omständigheter än OF, i speciella fall skulle kunna medföra en avsevärd inskränkning av de värden som skyddas genom regeln. I så fall kan NK åberopas enbart på grund av närvaron av OF. Situationen är alltså den att regeln enligt sin anda inte borde vara tillämplig men är det bokstavligen. Domaren har då vid en strikt tillämpning ett visst utrymme att, efter eget omdöme, göra undantag från regeln eller åsidosätta den i mycket speciella fall.¹⁸⁷ Vid en *skönsmässig* tillämpning däremot förutsätts domaren se varje fall i ljuset av alla faktorer som verkar vara relevanta, givet de värden och mål som den aktuella aktiviteten eller företaget ger uttryck för. Domslutet grundas vid en skönsmässig tillämpning således på en sammanvägning av alla relevanta omständigheter. I de fall då situationen är särskilt svårbedömd, får domaren vid avgörandet falla tillbaka på regelns ordalydelse.¹⁸⁸

Regler som skall tillämpas absolut eller strikt har en "allt eller inget"-karaktär. Den skönsmässiga tillämpningen däremot måste väga alla omständigheter mot varandra i ljuset av regelns syfte. När vi talar om att domstolarna måste beakta värden och göra olika värderingar i den rättskipande verksamheten är vi mest intresserade av den skönsmässiga tillämpningen. Skönsmässig tillämpning tar således större hänsyn till värden. Till skillnad från regler, som har en "allt eller inget"-karaktär, har värden en "prima facie"-karaktär. Värden förser oss med vad som inom en viss kulturkrets ses som ett rimligt skäl för att handla på ett visst sätt, förutsatt att vi vill betraktas som omdömesgilla samhällsmedborgare. Vidare betyder förekomsten av ett värde att det, under i övrigt oförändrade omständigheter, är principiellt rätt att handla i enlighet med detsamma. Sammanfattningsvis, avses med *prima facie* att värdesatser inte slutgiltigt bestämmer hur vi skall handla. Istället måste skäl och motskäl vägas mot

¹⁸⁶ MacCormick (1998), s. 316.

¹⁸⁷ A.a., s. 317.

¹⁸⁸ Ibid.

varandra. Det skäl som väger tyngst får avgöra hur vi skall handla.¹⁸⁹ Vi talar med andra om en praktisk form av argumentation.

Praktisk argumentation kan föras inom, och utanför, en institutionell miljö. Eftersom det här är en juridisk uppsats skall vi titta på hur argumentation kan se ut inom den rättsliga institutionen vid skönsmässig rättstillämpning.

Inoinstitutionell argumentation handlar oftast om auktoritetsskäl. Rättslig argumentation grundar sig oftast på någon form av argument från en auktoritet och tycks i regel utgå från auktoritetsskäl som uttrycks i givna auktoritetskällor, dvs. lag, förarbeten, praxis, doktrin och sedvänja. Det som har auktoritet måste åtlydas. Om auktoritet utövas legitimt, är ohörsamhet fel.¹⁹⁰ I vid mening förutsätter varje tillämpning av en regel att regeln tolkas. Rättslig tolkning betyder i sin tur att tveksamhet har uppstått kring betydelsen av, eller den rätta tillämpningen av, en viss mängd information. Tolkningen innebär att denna tveksamhet undanröjs i en dom, genom att domstolen avgör vilken betydelse som är rimligast i sammanhanget. Den rättsliga argumentationen handlar därför om att förse olika, rivaliserande tolkningar med skäl.¹⁹¹ Som verktyg använder domaren olika tolkningsmetoder.

4.3.2.1 Tolkningsmetoder

Vi fortsätter följdriktigt i MacCormicks spår. MacCormick skiljer mellan tre typer av tolkningar.¹⁹²

1. Språklig tolkning
2. Systemtolkning
3. Teleologisk (ändamålsinriktad) och deontologisk (pliktetisk) tolkning

1. Ord kan tolkas språkligt på två sätt. Tolkningen kan antingen utgå ifrån ordets vardagliga, lexikaliska betydelse eller ifrån ordets tekniska betydelse som används i lagtext. Detta förklarar förstås inte fullt ut vad som menas

¹⁸⁹ Peczenik (1995a), s. 77.

¹⁹⁰ Den som följer detta tankespår till sitt slut inser att rättslig argumentation ytterst måste rättfärdigas. Här skall diskussionen om hur det kan göras lämnas därhän. För vidare läsning se t.ex. *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*; *Lon Fuller, The Morality of Law*, *H. L. A. Hart, The concept of law*; *Ronald Dworkin, Taking rights seriously*; *Neil MacCormick, Legal reasoning and legal theory*; *Joseph Raz, The authority of law*; *Alf Ross, Om Ret og Retferdighed*; *Axel Hägerström, Moralfilosofins grundläggning*; *Karl Olivecrona, Rättsordningen*.

¹⁹¹ MacCormick (1995), s. 469 ff.

¹⁹² A.a., s. 472. Se även *MacCormick & Summers (1991)*, s. 512 f. Denna uppdelning får stöd i *Peczenik & Bergholtz (1991)*, s. 314 f. Det finns dock andra uppdelningar. Peczenik själv skiljer exempelvis mellan sju huvudsakliga tolkningsmetoder i *Peczenik (1995a)*, s. 50 f. Dessa metoder framstår i allt väsentligt ändå vara överensstämmande med MacCormicks tre metoder. Peczenik konstaterar dock att, oavsett tolkningsmetod, tolkning kan vara restriktiv, reducerande, extensiv eller radikal (en ny generell regel skapas), *Peczenik (1995a)*, s. 51. MacCormick gör inte den indelningen. Istället talar han, som vi såg i avsnitt 4.3.2, om att rättstillämpningen kan vara absolut, strikt eller skönsmässig.

med en språklig tolkning. En första anmärkning som kan göras i sammanhanget är att lagstiftaren har en demokratisk plikt att använda så vardagliga ord som möjligt i lagtexten. Alla medborgare måste kunna förstå innehållet i lagar som styr deras vardag; detta är ytterst en fråga om legitimitet. Lagstiftaren måste utan problem effektivt kunna kommunicera med medborgarna.¹⁹³ Därför måste utgångspunkten vara att samma ord och uttryck som förekommer på skilda ställen i en och samma lag normalt inte får tolkas på olika sätt. En språklig konsekvens förutsätts.¹⁹⁴ Sedan går det naturligtvis inte att undgå att en viss tolkning alltid kan ifrågasättas. För att minimera oklarheter måste rättstillämparen – uttolkaren – därför förses med hjälpinstrument. Peczenik nämner följande:

- lagdefinitioner
- ordböcker; språkvetenskap
- vardagsspråklig betydelse
- särskilda stilistiska egenskaper hos textens avsändare

2. Systemtolkning utgår ifrån att lagtexten måste förstås i sitt sammanhang, må detta utgöras av likartade bestämmelser i den aktuella lagen, den aktuella lagen i sin helhet, eller andra likartade lagregler eller likartade tidigare tolkningar. Av detta följer att en systemtolkning medger: a) beaktande av prejudikat; b) analogier; c) konsekventa bedömningar av lagtexten såsom tillhörande ett logiskt, motsägelsefritt system; d) beaktande av allmänna rättsprinciper; samt e) beaktande av de sakförhållanden och uppfattningar som präglat lagstiftningsarbetet (förarbetena).¹⁹⁵

Systemtolkning fäster uppmärksamheten på nödvändigheten av ett sammanhang i tolkning och rättstillämpning i största allmänhet. Vikten av sammanhängande domsmotiveringar skall utvecklas mer nedan.¹⁹⁶

3. Ett skäl för att handla eller inte handla på ett visst sätt kan grunda sig på vilka följderna kan bli. Det är detta som teleologisk tolkning handlar om; den förutsätter någon form av (ut)värdering. Teleologisk tolkning kan därför ses som en praktisk form av juridisk argumentation. Att konsekvensen, y, är ett gott skäl för att utföra handlingen, x, förutsätter att y i sig har ett positivt värde. I den mån värderingar kan ifrågasättas, följer ett visst utrymme för axiologisk argumentation, dvs. att skäl (axiom) presenteras för det värde som tillskrivs y. Men, om vi skall undvika en oändlig regress eller resonemang i stil med Harts *Rule of recognition* eller Kelsens *Grundnorm*, måste vi anta att vissa axiologiska argument ses som ultimata – vädjande till slutgiltiga värden – vilka inte kan rättfärdigas ytterligare. Tills slut måste all axiologisk och teleologisk argumentation stanna vid ett värde som tas för givet eller betraktas som självskrivet.¹⁹⁷ Vid teleologisk tolkning kan de ultimata värdena hittas dels genom att beakta lagstiftarens vilja – i svensk

¹⁹³ A.a., s. 473.

¹⁹⁴ Peczenik (1995a), s. 50.

¹⁹⁵ McCormick (1995), s. 474.

¹⁹⁶ Se avsnitt 4.3.2.3.

¹⁹⁷ McCormick (1995), s. 468.

rätt i förarbetena – dels genom en ”allsidig och förutsättningslös avvägning mellan olika juridiska skäl”.¹⁹⁸

Deontologisk tolkning handlar om att ta hänsyn till principer om rättvisa och redbarhet. Rättstillämparen måste ställd inför tolkningssvårigheter fråga sig: ”Vilken princip ramar på bästa möjliga sätt in, eller uttrycker den bakomliggande meningen?”.¹⁹⁹

Det bör betonas att varken teleologisk eller deontologisk tolkning avser att medföra att domaren i rättssalen går så långt att denna stiftar ny rätt. Inte heller får domaren göra politiska tolkningar efter eget godtycke. Eftersom teleologisk/deontologisk tolkning är en form av praktisk argumentation som är låst till en institutionell miljö, närmare bestämt till den rättsliga sfären, måste sådan tolkning hållas inom ramarna för den rättsliga systematiken.²⁰⁰

4.3.2.2 Kommentarer

Det allmänna skadeståndet utgör ett typexempel på ett ”hard case”. Ett ”hard case” kan inte lösas genom deduktion av logiska syllogismer, i stil med ”om OF, så NK”. Istället krävs, såsom anfördes i avsnitt 4.3.1.3, ett ”andra ordningens rättfärdigande”, dvs. att domstolen gör värderingar av den regel som skall tolkas.²⁰¹ Det krävs följaktligen en skönsmässig tillämpning, för att använda MacCormicks terminologi. Den främsta kritiken som här kan riktas mot de svenska domstolarna, när det gäller deras tillämpning av det allmänna skadeståndet, är att tolkningarna inte i tillräcklig utsträckning har tagit hänsyn till system- och sammanhangskonsekvenser. Särskilt har det handlat om en brist på hänsyn till allmänna rättsprinciper. Förvisso har det inte saknats en vilja att i bättre utsträckning tillgodose krav på reparation, prevention och en samhällsekonomiskt motiverad fördelning av ansvar. Domstolarna har de facto i flera fall konstaterat att syftet med det allmänna skadeståndet har varit att ta tillvara skadelidandens intresse av att kompenseras fullt ut samt att avskräcka från intrång. Problemet har varit att domstolarna tycks ha känt sig tvingade att koppla krav på allmänt skadestånd till uppkommen ekonomisk skada. De allmänna domstolarna har därför helt underkänt utdömande av allmänt skadestånd utan konstaterad ekonomisk skada. Arbetsdomstolen har förvisso medgett allmänt skadestånd utan konstaterad ekonomisk skada men har samtidigt misslyckats med att lägga skadestånden på en nivå som förmår uppfylla regelns skilda syften. Domstolarna har generellt förbisett mera ändamålspräglade, teleologiska lösningar, vilket i och för sig kan bero på att den typen av tolkning torde ställa för höga krav på domstolarna. Enligt vad som framkom i föregående avsnitt skulle en teleologisk tolkning förutsätta inte bara beaktande av förarbetena, utan också en fullständig avvägning mellan olika juridiska skäl. En sådan avvägning skulle kräva en mycket god förståelse för det allmänna

¹⁹⁸ Peczenik (1995a), s. 57. Peczenik benämner de två varianterna av teleologisk tolkning subjektiv (intentionalistisk) respektive objektiv ändamålstolkning.

¹⁹⁹ MacCormick (1995), s. 476 f.

²⁰⁰ A.a., s. 477.

²⁰¹ Ibid. På engelska: ”second-order justification”.

skadeståndets plats i det immaterialrättsliga systemet. Dock borde sannolikt inte en teleologisk tolkning kräva en så omfattande insats av rättstillämparna. Ändamålet – full reparation, prevention – är otvetydigt. Det framgår både av lagens ordalydelse och av förarbetena. Visserligen hade lagtexten kunnat beskriva exakt vilka bedömningsgrunder som skulle ligga till grund för skadeståndsbestämningen. Men att tolka regeln så att den medger högre skadestånd torde vara i linje med regelns utformning. En sådan tolkning framstår också som rimligare än varje annan tolkning som kan göras.

Låt oss nu titta närmare på vilka krav som kan ställas på den rättsliga argumentationen.

4.3.2.3 Sammanhang

Avgörande för att domstolarnas argumentation skall uppfattas som legitim är att domskälen är logiskt och sakligt sammanhängande. Vikten av sammanhang i domsmotiveringar har framhållits på flera håll och det tycks råda konsensus bland rättsvetenskapsmännen att sammanhang kräver mer än att uttalandena i domsmotiveringarna är inbördes logiskt konsekventa.²⁰²

Skälen för domsluten måste anges klart och tydligt. En dom bör i regel inte anses vara bättre än vad domskälen ger vid handen.²⁰³ Logisk, saklig och intellektuell rationalitet brukar kallas *debatrrationalitet*. Till kravet på debattrationalitet kan i fråga om en del juridiska frågor läggas vad Peczenik kallat för *sammanhangsrationalitet*, dvs. ”ett väl utvecklat nät av diverse juridiska argument” som kan etablera en stödstruktur, vilket möjliggör en logiskt förankrad värdeutsaga. Denna senare tanke kan användas för att analysera rättstillämpning vid förhållanden som ligger mitt emellan olika regelkomplex.²⁰⁴ Det framstår därmed som naturligt att titta på sammanhangsrationaliteten i de domar som har avhandlats i denna framställning.

De skäl som är nödvändiga för ett falls utgång kallas *ratio decidendi*. Ett anfört *ratio decidendi* brukar betraktas som pålitligare ju utförligare och generellare domsmotiveringen är.²⁰⁵ Sett till avgörandena rörande immateriella intrång är det svårt att se hur skadestånden, och framförallt det allmänna skadeståndet, motiveras. Det har anförts att den regelmässiga ”användningen av RB 35:5 skymmer sikten för vad domstolen egentligen grundar skadeståndets belopp på”, vilket är ett uttalande som det är lätt att instämma i.²⁰⁶ Värt att notera i detta sammanhang är att bristfälliga motiveringar i vissa rättsordningar faktiskt kan leda till att domar undanröjs

²⁰² Bland förespråkarna för sammanhangsrationalitet i domsmotiveringar har följande namn nämnts: Kress; MacCormick; Marmor; samt Alexy & Peczenik, se *Dickson (2005)* för denna uppräknings. Exakt vad som krävs utöver logisk konsekvens har diskuterats av Kress; Peczenik; samt Marmor, *Ibid*.

²⁰³ Peczenik (1995b), s. 562.

²⁰⁴ Agell (2002), s. 246.

²⁰⁵ Peczenik (1995a), s. 37 ff.

²⁰⁶ Alin & Larson (1998), s. 73.

i högre instans. Exempel på några sådana situationer av intresse i förevarande fall är.²⁰⁷

- Om motiveringen är sakligt innehållslös eller endast utgörs av tomma fraser, som t.ex. att ”invändningen om preskription är grundlös” eller ”invändningen lämnas utan avseende” eller till äventyrs endast återger den relevanta lagtexten;
- om bevisvärderingen inte alls redovisats; och
- om domstolens lagtolkning inte underbyggts av skäl.

4.3.2.4 Kommentarer

De uppräknade exemplen på bristfälliga motiveringar i avsnittet ovan känns igen. Domstolarnas argumentation i de ovan anförda fallen hade haft större möjlighet att legitimeras om de var bättre motiverade. Återkommande hänvisningar till bevislätnadsregeln i RB 35:5 och användande av samma passager i förarbetena – som markerar vikten av att ta hänsyn till skadelidandens intresse av att intrång inte begås, men att avsikten inte är att ändra på de grundläggande förutsättningarna för skadeståndsrätten – bidrar inte till klarhet. Tesen som drivs i denna framställning är att domstolarna medvetet eller omedvetet rättfärdigar större principer men undviker att motivera detta. Det framstår därför som angeläget att domstolarna i större utsträckning redovisade sina invändningar mot att utdöma högre belopp. På så vis hade avgörandena bättre kunnat begripas. Ett sådant förfarande hade skapat förutsebarhet för inblandade parter. Därtill hade det underlättat för underinstanserna att reproducera de högsta instansernas argumentation, vilket torde bidra till att minska antalet överklagade domar. Men, detta förutsätter en helt annan genomskinlighet i de högsta instansernas domskäl. *Ratio decidendi* är i nuläget svårt att utläsa.

4.3.3 Sammanfattning

Vi har i detta avsnitt kunnat skapa oss en bild av de olika värden som styr domaren i rättskipningen. För att ett rättsligt avgörande skall kunna betraktas som legitimt krävs således att innehållet i domen kan knytas till idealen för rättskipning. Domen skall ha tillkommit inom ramen för formell rättssäkerhet och den skall upplevas som materiellt rättvis. Som vi har sett kräver detta att domaren konsekvent följer gällande rätt och lyckas åstadkomma en sammanhängande rättslig argumentation. I fallet med immateriella intrång kan slutsatsen dras att det inte tycks vara domarens roll som är den avgörande faktorn för utgången i målet, även om vi kan konstatera att de svenska domarna är mer formalister än pragmatister eller positivister. Snarare tycks det här röra sig om olika sätt att förstå det allmänna skadeståndet. Vi har sett att det allmänna skadeståndet grundar sig på flera olika värden. Dessa värden måste tas med i bedömningen, för att göra regeln rättvisa. Detta påpekas också i förarbetena, låt vara att det inte framgår hur, eller mera precist vilka faktorer som skall avgöra

²⁰⁷ Peczenik (1995b), s. 564 f. Peczenik talar om den tyska rättsordningen.

skadeståndsbestämningen. Varför vållar detta sådana svårigheter? Om vi, liksom Bergholtz & Peczenik, utgår ifrån att svensk rätt kan analyseras utifrån en positivistisk ram, så kan vi sluta oss till att en svensk domare inte bör ha några svårigheter att rättfärdiga enkla beslut. Enkla beslut grundas ju enligt positivismen, genom en härledning ur rättskällorna. Sådana härledningar kan oftast omformuleras i logiska satser, dvs. ”om *p*, så *q*”. Svårare är det när reglerna är oklara, eller när det är svårt att säga vilka fakta som har störst betydelse samt när det är osäkert om ett rättsligt anspråk överhuvudtaget har stöd i lag. Hur gör rättspositivisten när reglerna inte räcker till för att utpeka en riktig tolkning? MacCormicks svar är att domaren – ställd inför ett ”hard case” – måste rättfärdiga alla val mellan rivaliserande tolkningar av den omstridda regeln i sitt sammanhang och sett till dess funktioner.²⁰⁸ Detta moment i rättskipningen kallar han ett ”andra ordningens rättfärdigande”. Denna form av rättslig argumentation bygger på ändamålsinriktade argument som handlar om värderingar. Därmed blir de i viss mån också subjektiva. Det är därför viktigt att varje värdering ske i linje med en konsekvent tolkning som hänger samman med gällande rättsuppfattning på området i fråga. Rättskipningen måste, med andra ord, vara konsekvent och sammanhängande samt garantera vissa övergripande ändamål i tillämplig lag.²⁰⁹ Domstolarnas uppgift blir att väga samman alla argument och finna en lösning som stämmer överens med det allmänna skadeståndets ändamål.

Ställda inför denna uppgift tycks domstolarna välja att ta en genväg. Domstolarna hänfaller ofta åt en strikt bokstavstolkning – domstolarna ”beaktar” omständigheter av annan än ekonomisk betydelse i den mån de presenteras inom ramen för bevisad skada och adekvat kausalitet (vilket iofs. inte är detsamma som att faktiskt göra regeln rättvisa) – som ger litet utrymme för självständiga värderingar av regelns olika ändamål. Dörren stängs nästan helt för ideella skadestånd. Vad som torde kunna krävas är att domstolarna i dylika fall använder sig av en skönsmässig och ändamålsenlig tolkning där mer utrymme lämnas åt avvägningar mellan det allmänna skadeståndets skilda ändamål. Detta medför möjligen också att svenska domare måste vara beredda att ge mer plats åt pragmatiska bedömningar där ändamålen bedöms på ett dynamiskt vis, mer i linje med immaterialrättens utveckling på området.

Den svenska rättsordningen torde inte hindra att fler pragmatiska bedömningar gjordes i domstolarna. I det juridiska systemet tycks det dock finnas en inneboende konservatism, vilket följer av kraven på formell och materiell rättssäkerhet. Därför skulle en fullständig pragmatism strida mot den svenska rättsordningen. Dels beror det på att vi i Sverige inte har ett ”common law”-system med domarskapad rätt. Dels beror det på att domstolarna har en skyldighet att hålla sig inom ramen för kraven på rättssäkerhet, vilket fordrar en regelbundenhet och förutsebarhet som inte kan garanteras genom en växande pragmatism. Förutsebarheten och att folk i gemen skall kunna lita på att rättssystemet kan garantera att lika fall

²⁰⁸ MacCormick (1978), s. 100 f.

²⁰⁹ A.a., s. 106 f.

bedöms lika ställer också krav på att domaren kan motivera sitt ställningstagande. Domsmotiveringen måste ge läsaren uppfattningen att lag och praxis överensstämmer. Vidare har domsmotiveringen som uppgift att säkra objektiviteten, genom att domaren själv och parterna kan kontrollera resonemangets hållbarhet.²¹⁰

Rättssäkerhet handlar med andra ord om krav på både stabilitet och flexibilitet. Stabiliteten utgörs av lagstiftningen och av en konsekvent och formell rättssäkerhet; lika fall behandlas lika. Flexibiliteten fungerar som en motvikt. Tillämpningen av en lag kan behöva anpassas efter samhällets krav, något domaren kan ta hänsyn till och som också har efterlysts här. Det är domaren som har den grannliga uppgiften att finna en balans mellan båda aspekter.²¹¹ Detta medför att ju mer dynamiskt ett samhälle är, desto större behov av flexibilitet måste krävas av rättssystemet. Vid immateriella intrång är detta särskilt tydligt. Patent, varumärken, mönster och företagshemligheter är alla beroende av samma förutsättning som gäller för affärslivet i övrigt: ständig förändring.

Kan då domaren hitta ett sätt att stabilt förankra sina domslut vid immateriella intrång? Det är svårt att säga. Tittar vi närmare på tolkningsfrågorna skulle formalisten hävda att bokstavstolkning bättre säkerställer rättssäkerheten än en friare tolkning. Därmed skulle lagtexten bli mindre mottaglig för förändringar. En friare tolkningsstil ger rättstillämparen större utrymme för flexibilitet. Problemet med detta är givet; domaren kan riskera att komma till olika resultat i samma fråga. Detta gagnar självklart inte rättssäkerheten. Emellertid är det sällan en fråga är likadan för varje nytt fall. Vad gäller det allmänna skadeståndets funktion torde dessutom den bristande flexibilitet som kännetecknar formalistens domslut leda till en materiell orättvisa som är långt större än den eventuella risk för godtycke och bristande homogenitet som en mer flexibel domare skulle orsaka. Det är därför grovt att påstå att en friare tolkningsstil skulle försvaga rättssäkerheten. Snarare finns det andra mer angelägna problem att ta itu med för anhängare av en friare tolkningsstil. Hur skall vi t.ex. rangordna våra olika tolkningsmetoder och när skall vi använda vilken metod? Torben Spaak har i sammanhanget föreslagit att olika tolkningsmetoder skall rangordnas efter de värden som varje metod ger uttryck för:²¹²

- En textnära eller språklig tolkning främjar *förutsebarhet*.
- Systemtolkning främjar *konsistens* och *sammanhang*.
- En teleologisk tolkning kan delas in i en subjektiv och en objektiv tolkning. Den subjektiva tolkningen går ut på att fastställa lagstiftarens intentioner och främjar *demokratiska värden*, eftersom lagarna får antas ha tillkommit med folkets godkännande. Den objektivt teleologiska tolkningen vädjar till vårt *förnuft*. Här handlar det om att en domare måste tolka och tillämpa en regel såsom ett

²¹⁰ Peczenik (1995b), s. 571.

²¹¹ Peczenik (1995b), s. 44.

²¹² Spaak (2004), s. 260 f.

medel att nå ett mål, vilket sammanfattar vad rationalitet står för. Objektiv teleologisk tolkning främjar då *lagens effektivitet*.

Detta sätt att rangordna förutsätter att domaren i varje fall har möjlighet att *motivera* sitt val av t.ex. sammanhang framför förutsebarhet.²¹³ Alla tolkningsval motiveras således i förhållande till de värden de ger uttryck för. Men det går inte alltid att skilja ut ett värde framför ett annat. Ofta ställs rättsliga argument upp i kumulativ form, vilket innebär att olika tolkningsmetoder hjälper till att belägga en och samma tolkning. Andra gånger, som i fallet med det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång, står flera värden i konflikt med varandra. Då måste domaren sortera bland argumenten och försöka diskriminera mellan olika argument. Domaren måste därför undersöka varje tolkning för sig och sätta den i förhållande till andra rivaliserande tolkningar. MacCormick och Summers räknar upp några tumregler när domaren ställs inför en regel med flera tänkbara tolkningar: Till en början, är alla nödvändiga villkor för en viss tolkning uppfyllda? Om inte, så kan den tolkningen motbevisas. Nästa steg är att konstatera ifall en riktig tolkning riskerar att neutraliseras av en annan med denna oförenlig tolkning. Om så är fallet kan domaren avfärda den första tolkningen. Domaren måste sedan fråga sig om det finns en annan tolkning än den givna som står högre i normhierarkin. Då åsidosätts den givna tolkningen. Slutligen, måste domaren fråga sig om det finns en tolkning som i kraft av sammanhanget och omständigheterna i det enskilda fallet väger tyngre än andra. I så fall får andra tolkningar vika.²¹⁴

Sammanfattningsvis kan anmärkas att den som läser en dom som rör tillämpningen av det allmänna skadeståndet och ser att domstolarna hänvisar till regelns ändamål – ökad reparation och prevention – inte ges några förklaringar till varför dessa i slutändan inte beaktas. Fakta i målen låter läsaren ana tolknings- och tillämpningssvårigheter men detta framgår inte alls i domskälen. Domarna på området är överlag fåordiga i detta avseende och förefaller inte spegla de svåra avvägningar som måste göras. Läsaren får låta sig nöja med korta hänvisningar till bristande bevisning och adekvat kausalitet, vilket är något undfallande.

²¹³ A.a., s. 261.

²¹⁴ MacCormick & Summers (1991), s. 527 f.

5 Sammanfattande analys

Det framgår inte av domarna på området hur domstolarna har gjort sina värderingar. Domarna är därtill alltför fåordiga. Det står hursomhelst klart att värderingarna som måste göras är många och att de mer än sällan krockar. Om vilka värderingar som de facto har varit avgörande för fallens utgång kan endast spekuleras. Av intresse är dock att det allmänna skadeståndets karaktär av antingen hjälpregel eller självständig skadestandsform är olika beroende på om HD eller AD tillfrågas. Mot bakgrund av Göta hovrätts avgörande i *Boxholm* – där allmänt skadestånd utdömdes men inte ekonomiskt – är det svårt att förstå varför HD inte meddelade prövningstillstånd. En prejudicerande dom hade varit önskvärd. Bristen på utförligare domskäl gör rättsfallen på området svårtolkade. Att som domstolarna i flera av de ovan refererade fallen hänvisa till ”skadelidandes intresse av att intrång inte begås” och att ”kompensera rättighetshavaren fullt ut”, utan att sedan följa sina egna anvisningar framstår som märkligt. Genom att göra så ger motivuttalandena intrycket av att vara bara tomma fraser. Såsom framförts tidigare bidrar bristen på genomskinlighet i domskälen till att minska domslutens legitimitet. Dessutom är avgörandena så slumpmässiga att det blir närapå omöjligt att skapa förutsebarhet. Såsom visats i avsnitt 4.1.3 (se särskilt not 92) och 4.3.3 bör inte hela ansvaret för avgörandenas till synes slumpmässiga karaktär läggas på domstolarna. Kärandens utredning om skadan i fallet måste vara utförlig. En utförlig utredning om skadan i det enskilda fallet underlättar domstolens bedömning, vilket i sin tur gör det lättare för båda parter att utforma talan i nästa instans. En sådan fördelning skulle troligen bidra till större genomskinlighet, och domstolarna skulle med större tydlighet kunna dela upp skadeståndet i en ekonomisk och en allmän del. I förlängningen torde detta medföra att standardiserade påslag av allmänt skadestånd utvecklades för likartade intrångssituationer.²¹⁵ Huruvida det är *rättvist* att lägga denna tyngre börda på käranden, att prestera utredning om bevisning, är en annan sak. Detta gäller särskilt vid fall av angrepp på företagshemligheter, då det är mycket svårt för käranden att säkra bevisning.²¹⁶

Det är självfallet inte möjligt att få reda på hur diskussionerna har gått i domstolarna, men vi kan ana att domarna är fullt medvetna om de många kolliderande intressen som gör sig gällande vid tillämpningen av det allmänna skadeståndet.

²¹⁵ Westlander (1995), s. 319.

²¹⁶ Regler om intrångsundersökning ger förvisso domstol rätt att besluta om att bereda käranden tillgång till svarandens interna material. Sådan undersökning medges dock endast i begränsad utsträckning. Risken är annars att undersökningen blottlägger företagshemligheter hos den näringsidkare som utsätts för undersökning. Se mer härom i *Fahlbeck (2004)*, s. 210 ff., samt i *Bengtsson & Kahn (2002)*, s. 44.

Hur gör då domaren för att väga samman alla dessa intressen vid bestämmande av skadestånd? Det är inte orimligt att tänka sig att domaren, fullt medveten om svårigheterna, utgår ifrån lagens bokstav och vad förarbetena säger. I avsnitt 4.3 diskuterades de olika roller som domaren möjligen kan inta. Vi kunde då slå fast att domarna, ställda inför komplicerade avvägningar som de nyssnämnda, drar åt det mer formalistiska hållet. Därtill är det lätt att, som redan de amerikanska rättsrealisterna lade märke till, misstänka att svenska domare gärna faller in i gamla beprövade mönster. Den ideella skadan, och då särskilt det allmänna skadeståndet, förefaller ses an med skepsis. När domstolarna har försökt ringa in betydelsen och omfattningen av det allmänna skadeståndet har de funnit sig stå utan karta eller kompass. Det finns varken mall eller hjälptariffer som pekar ut rimliga skadeståndsnivåer. Som vi såg i avsnitt 4.1.2 har domstolarna till sin hjälp endast haft några hållpunkter som angetts i förarbetena:

- Skadelidandes intresse av att åtnjuta sekretess eller av att intrång inte begås;
- omfattningen av angreppet;
- graden av oaktsamhet; eller
- om angreppet skett uppsåtligt.
- Intrångsgörarens vinst bör beaktas fullt ut om skadelidanden haft svårt att påvisa utebliven vinst till följd av intrånget;
- förhållandet mellan rättighetshavaren och intrångsgöraren, där den ene är ekonomiskt överlägsen och har utnyttjat sitt överläge på ett otillbörligt sätt;
- intrångets varaktighet;
- om intrånget har skett vid en för rättighetshavaren ogynnsam tidpunkt, t.ex. när produktutvecklingsfasen avslutats och produkten skall lanseras; samt
- om rättighetshavarens goodwill skadas.

Dessa faktorer ger ingen tillräcklig vägledning om vilken nivå skadeståndsbeloppen bör ligga på. Här har domstolarna en svår uppgift. Möjligen är det tendensen att falla in i gamla mönster och vanor, möjligen är det rädslan för att öppna för skadestånd av amerikanska mått; domstolarna förblir i vilket fall ovilliga att medge belopp som överhuvudtaget är i närheten av yrkade belopp. I fallet med FHL blir det särskilt tydligt att den ensamme entreprenören lämnas oskyddad och ouppmuntrad att driva en rättslig process för att skydda sin företagshemlighet.

I denna uppsats har tanken varit att närma sig en förklaring av hur domstolarna kan motivera denna rådande ordning. En del av svaret kan vi förvisso hitta i de olika domarrollernas syn på rättskipningsverksamheten. Resten av svaret kan troligtvis förklaras med hur domstolarna har tolkat regeln om det allmänna skadeståndet. Utgår vi ifrån att det finns tre huvudsakliga tolkningsmetoder – språklig, system- och teleologisk/deontologisk tolkning – ligger det nära till hands att säga att vi

har att göra med en i huvudsak språklig tolkning, där domstolarna har valt att tolka regeln mycket restriktivt, eller snarare, reducerande.²¹⁷ Denna inställning tycks ha motiverats med ett selektivt urval av motivuttalanden. Domstolarna verkar ha tagit fasta på att lagstiftaren har betonat att avsikten med det allmänna skadeståndet inte var att ändra de grundläggande förutsättningarna för skadestånd. Samtidigt har domstolarna inte tillmätt tanken att det allmänna skadeståndet införts just för att garantera full reparation och prevention samma vikt.

I denna framställning har vi diskuterat olika omständigheter som kan förklara den njudda inställningen till det allmänna skadeståndet. Förklaringarna har inte fokuserat på processrättsliga hänsyn. Dock kan det inte bortses från att domstolarnas värderingar starkt präglas av bevissvårigheter. I själva verket är det svårigheterna att bevisa uppkommen skada som gör värderingarna så svåra. Full *reparation* av skada förutsätter att domstolarna gör en skälighetsuppskattning. Av praxis att döma förefaller det ligga i kärandens intresse att inkomma med omfattande beräkningsunderlag för uppkommen skada. Vid varumärkesintrång framstår det som mycket svårt att uppskatta omfattningen av goodwillskador m.m., även om domstolarna kanske börjar vidgå större ersättningar för just varumärkesintrång.²¹⁸ Vid angrepp på företagshemligheter kan beviskraven närapå uppfattas som orättvisa. Utdömda skadestånd i dessa fall har genomgående kraftigt understigit yrkade belopp.

Varför det allmänna skadeståndets ändamål i stort har förbisetts är svårt att utläsa av de domar som finns tillgängliga. Den rättsliga argumentationen avseende det allmänna skadeståndet i praxis lämnar övrigt att önska. Större ansträngningar har gjorts för att konstatera uppkommen skada och om intrång har skett, än för att konstatera eller argumentera för rimliga skadeståndsnivåer. Som det har visats i avsnitt 4.2.2.3 är det lätt att konstatera att skadestånden hade behövt ligga på en helt annan nivå, för att vara optimalt preventiva. Regeln om det allmänna skadeståndet är därmed inte samhällsekonomiskt effektiv. Problemet är att bedömningen av det allmänna skadeståndet förefaller vara så beroende av förhärskande värderingar att det är tveksamt om huruvida överväganden om ekonomisk effektivitet kan ge någon ledning. Vad gäller företagshemligheter har visserligen den uppfattningen framförts att svensk rätt inte borde vara främmande för att utdöma *punitive damages* för att bättre tillgodose skadeståndets preventiva effekt.²¹⁹ I nuläget skulle den som angriper företagshemligheter kunna kalkylera med skadeståndsansvar gentemot en angripen konkurrent och ändå tjäna på ett angrepp eftersom bevisproblemen är stora och de utdömda skadeståndsbeloppen låga.²²⁰ I detta hänseende blir det mycket svårt att försvara fortsatt låga skadeståndsbelopp i praxis.

²¹⁷ Jfr. Peczenik (1995a), s. 51.

²¹⁸ Jfr. *Absolut Rent*.

²¹⁹ Bengtsson & Kahn (2002), s. 44 f.

²²⁰ *Ibid.*

Även om vi inte kan förvänta oss av domstolarna att de lägger skadestånden på en nivå som är i linje med *punitive damages*, torde en markant höjning vara motiverad. I sammanhanget framstår rädslan för att öppna för en amerikanisering av skadeståndsbeloppen som, i det närmaste, obefogad. Som det visades i avsnitt 4.2.3 med fallet NJA 1994 s. 637 har svensk rätt tidigare inte upprätthållit gränserna mot *punitive damages* så strikt som det verkar tas för givet. Rättsekonomiska skäl talar också för att gränserna inte nödvändigtvis måste vara så strikta. Av Beckers formel kan vi dra slutsatsen att det allmänna skadeståndet skulle tjäna på att utformas som en regel om *punitive damages*. En sådan väg är snårig. Rent lagstiftningstekniskt framstår en sådan regel som en mardröm. På tillämpningssidan ställer det orimliga krav på domstolarnas kompetens. Dessutom kvarstår bevisproblematiken. Inte heller framstår det alla gånger som särskilt lämpligt att utvidga den kommersiella skadeståndsrätten, såsom framgått av resonemanget i avsnitt 4.2.1.5 Ytterligare ett problem med att basera utformningen av det allmänna skadeståndet på rättsekonomiska beräkningar är att det alltid är svårt att säga hur, och i vilken omfattning, individers drivkraft och handlande påverkas av en regel. I viss mån är det en empirisk fråga, vilken effekt ekonomiska sanktioner har.²²¹

Problemet med rättsekonomi är att den till största delen är framtidsinriktad, eller, kanske hellre, konsekvensinriktad. Konsekvenserna av ett domslut förväntas styra individers *framtida* beteende mot samhällsekonomisk effektivitet. Godtyckligheten är given. Som vi har kunnat se i den här framställningen har parten i ett fall av immateriellt intrång mycket svårt att förutse effekten av sitt eget eller motpartens handlande. Dessutom är det besvärligt att uppskatta i vilken omfattning domstolarna de facto påverkar allmänheten.²²² Domstolarna har, enligt rättsekonomi, den grannliga uppgiften att förutse eller uppskatta alla konsekvenser av ett domslut för att således kunna komma fram till det beslut som garanterar ett kollektivt önskvärt resultat. Det är naturligtvis inte möjligt. Istället får domstolarna falla tillbaka på omständigheter som erfarenhetsmässigt leder till godtagbara resultat.

Som vi har sett i ovan refererade domar har osäkerhet rått om när det allmänna skadeståndet skall utdömas, och med vilket belopp. Det allmänna skadeståndet har som särskilt syfte att garantera fullständig reparation men även en starkare prevention. I avsaknad av rättsekonomiska formler, empiriskt underlag eller tabeller för rekommenderade schablonbelopp har domstolarna tvingats se till omständigheter som i det enskilda fallet ger skäl för att utdöma allmänt skadestånd.²²³ Problemet här är att förekomsten av sådana omständigheter inte ger ledning för vilket skadeståndsbelopp som är rimligt att utdöma. Den ideella skadan kan inte som den ekonomiska skadan åsättas ett visst belopp. Utlämnade till sitt eget godtycke tycks domstolarna ändå vilja ta avstamp i en fastställd ekonomisk skada. Ofta saknas tillräcklig bevisning. Särskilda regler för hur t.ex. goodwillskador skall beräknas lyser

²²¹ Skogh (1977), s. 73.

²²² Skogh (1977), s. 41.

²²³ Se avsnitt 4.1.2.

med sin frånvaro. I de fall bevisning om uppkommen ekonomisk skada faktiskt har kunnat förebringas faller många gånger resonemanget på avsaknad av adekvat kausalitet. När, som i *Boxholm*, den uteblivna vinsten inte kunde hänföras till angreppet i fråga, försvinner möjligheten att välja mellan olika omständigheter som kan motivera ett ekonomiskt skadestånd. Det allmänna skadeståndet har då fungerat som ett slags symbolisk eftergift till käranden.

Något som tydligt framkommit av ovan refererade domar är att skadelidanden har mycket större chans att bli ordentligt kompenserade om denne presenterar ett omfattande beräkningsbelopp. Det är en tung börda för kärandeparten. Tyngande är också att käranden riskerar göra en stor förlust genom att föra en tvist till domstol. Diga ombudskostnader, för att kunna presentera ett gott beräkningsunderlag, tillsammans med, till det yrkade beloppet sett, låga skadestånd, samt dålig förutsebarhet, gör att en process kan komma att "kosta mer än den smakar".²²⁴

När vi talar om det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång måste hänsyn tas till de regler som styr spelet med ensamrätter. På immaterialrättens och företagshemligheters område är det nämligen marknadens spelregler som styr. Ensamrätterna har internationellt sett förstärkts. Detta innebär inte endast en framgång för rättighetshavarna, utan medför ibland också en del problem. Patentsystemet t.ex. kan gynna det stora företaget på det lilla företags, eller den enskilde uppfinnarens bekostnad. Det stora företaget har alltid större möjligheter än det lilla företaget, när det gäller att försvara ett eget patent eller ta strid om en annans patent. Det är ingen nyhet. Problemet ligger i att det i patentsystemet finns en inneboende konflikt mellan att, å ena sidan, stödja den "första" uppfinningen och, å andra sidan, stödja fortsatt innovation på området.²²⁵ Ofta finns det några få stora företag som var och en äger ett antal relevanta teknologier, på ett produktområde. En patenterad produkt kräver ofta tillgång till tidigare patenterad teknologi, s.k. delteknologi, för att kunna användas utan att göra intrång i redan existerande rättigheter. Den nye patenthavaren behöver alltså tillgång till sådan delteknologi. I vissa branscher samarbetar företag i patentpools eller andra arrangemang, där de efter vissa regler byter patent och andra teknologier med varandra. Men där finns regelmässigt också ett antal små, mindre och medelstora företag, kanske också enstaka privatpersoner, som söker tillgång till relevant teknologi för att själva kunna erhålla patent. Dessa grupper måste lyckas i en förhandling med ett ledarföretag, undantagslöst ett stort företag. Det lilla företaget sitter på understol i en sådan förhandling. Antingen accepteras de villkor som erbjuds, eller också accepteras de inte. I förra fallet kommer teknologin att komma till användning, men på det större företags villkor. I det senare fallet kommer det lilla företags patent inte till användning, eftersom rättigheterna till relevant delteknologi saknas.²²⁶

²²⁴ Ingvarsson (2004), s. 34.

²²⁵ Glader (2004), s. 51.

²²⁶ Pettersson (2004), s. 10 f.

Exemplet visar på svårigheterna att göra rimliga avvägningar av ensamrätternas räckvidd vid bestämmande av allmänt skadestånd. Det finns många intressen att ta hänsyn till: t.ex. måste intresse tas till enskilda näringsidkare, innovatörer och uppfinnare, näringslivet, arbetstagare, medborgarna som konsumenter, samt det mera allmänna samhällsintresset av att immateriella intrång inte sker. Med många kolliderande intressen kan lagstiftaren inte på förhand förutse eller rättvist reglera alla de fall som i praktiken kan komma att inträffa. Ansvar för avvägning av alla olika intressen faller därmed på domstolarna. Av domstolarna torde därför kunna förväntas att hänsyn tas till tankarna bakom skyddet av de immateriella rättigheterna. Immaterialrätten är stadd i ständig utveckling, vilket kräver att rätten är anpassningsbar. Om rätten inte anpassas till förändrade förhållanden, riskerar den att bli en utvecklingens hämsko. Ju mer dynamisk samhällsutvecklingen är, desto större flexibilitet krävs av rättssystemet.²²⁷ Men, lika litet som lagstiftaren kan förutse alla fall som kan komma att inträffa, kan domstolarna inte förväntas förutspå effekten av varje domslut. Detta leder till en stor osäkerhet.

Osäkerheten i rättstillämpningen bör ändå bemötas framförallt i domstolarna. Uppfattningen som förfäktas i denna uppsats är att värderingar av slikt slag måste göras i domstolarna. Fördelarna med att redovisa vilka värderingar som ligger bakom det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång är att värderande ställningstaganden kan ske öppet och avsiktligt. Särskilt viktigt är det att värderingar görs i svåra fall.²²⁸ Det är min åsikt att det redan görs men maskerat som tomma fraser och rutinmässiga hänvisningar till samma passager i förarbetena. Det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång kan således sägas tvinga rättstillämparna att tydligare markera i vilken riktning skadeståndsrätten, men också skyddet för immateriella rättigheter och företagshemligheter, bör utvecklas. Detta är en uppgift som troligen är domstolarna övermäktiga. Resurser finns inte inom ramen för dagens rättssystem att garantera en sådan expertkompetens i de allmänna domstolarna.²²⁹ Detta är något som kanske talar för att immaterialrätten skulle, som det har framförts i doktrinen, vara betjänt av en särskild domstolsordning, inom ramen för en bredare lösning med konkurrensrätt, marknadsrätt och immaterialrätt.²³⁰

²²⁷ Peczenik (1995a), s. 13.

²²⁸ Flera röster har höjts för att värderingar bör ske, och att de bör ske öppet, se *Påhlsson, (2006)*.

²²⁹ Jfr. Kellgren (2003), s. 524.

²³⁰ Koktvedgaard & Levin (2004), s. 486; SOU 2000:33 Patentprocessutredningens förslag.

6 Avslutande synpunkter

I inledningsavsnittet beskrevs det grundläggande problem, som tillämpningen av det allmänna skadeståndet ger upphov till. Lagstiftaren ville införa en regel för att komma tillrätta med problemet med för låga skadestånd på immaterialrättens och företagshemligheternas område. Regeln infördes och problemet kvarstod. Varför? Bevisvårigheter, lyder förstås det vanligaste svaret. Detta förklarar dock bara en liten del av problematiken. Självfallet är det svårt att bevisa immateriella skador; en immateriell skada kan inte på samma sätt som en förstörd sakenegendom visas upp och värderas. Istället krävs en viss frihet från domstolarnas sida. Denna frihet tycks i sin tur förutsätta avvägningar mellan flera kolliderande värden i regelsystemet. Det kan konstateras att den frihet som tycks krävas vid tillämpningen av det allmänna skadeståndet har förvaltats på ett synnerligen dogmatiskt sätt. Rättssystemet har uppvisat betydande tröghet, något som är lika svårt att sätta fingret på som att förklara. Vi har förhoppningsvis fått en bättre förståelse för denna ”tröghet” efter genomgången av synen på domarens roll och de krav som kan ställas på den rättsliga argumentationen. Denna granskning visade att, den rättsliga traditionen, så att säga, styr domarens uppfattning om vad som är ”tillåtet”; den uppställer ”spelets regler”. De ideella skadestånden verkar falla utanför spelets ramar. Vidare står det klart att den rättsliga argumentationen hade behövt vara tydligare. Vid en läsning av domskälen framgår varken vilka värden som har inverkat på domstolarnas bedömning eller hur värderingarna skett.

Det är centralt att vi i större utsträckning talar om värderingar och är öppna med dem. Vid rättsutövande verksamhet är värderingar nödvändiga. Det allmänna skadeståndet ställer denna insikt på sin spets. Vi har kunnat se att det allmänna skadeståndet vid immateriella intrång ställer mycket höga krav på domstolarna och fordrar särskilt svåra värderingar av konkurrensrättslig, immaterialrättslig, arbetsrättslig, processrättslig och skadeståndsrättslig art. Svårigheterna att göra det allmänna skadeståndet rättvisa beror på att regeln utgör ett klassiskt exempel på ett ”hard case”, där domslutet inte enbart kan rättfärdigas genom en enkel härledning från lagens bokstav. Istället krävs att ett ”hard case” avgörs sett till rättsfrågans kontext, vilket innebär en avvägning av olika kolliderande värden. Härtill krävs att ett val görs mellan vilka värden som skall tillåtas väga tyngst. För detta ändamål tycks krävas en utvärdering sett till lagens ändamål ställt mot de praktiska konsekvenserna av ett visst domslut. Tumregeln är då att, av de värderingar domstolen har att göra, den tolkning måste väljas, vars resultat bäst tillgodoser det eller de ändamål som tillskrivs rättsreglerna på området. Som Ivar Strahl har uttryckt det: ”Att helt blunda för det konkreta praktiska resultatet av rättstillämpningen skulle innebära att man blint hyllar satsen: Fiat justitia, pereat mundus (=Må rättvisan ha sin gång, om än jorden skulle förgås).”²³¹

²³¹ Strahl (2003), s. 159.

De praktiska konsekvenserna handlar till stor del om hur vi skall betrakta skadeståndets funktion och skadeståndets gränser. Ur den synvinkeln kan det allmänna skadeståndet ses som ett sätt för rättsväsendet att svara mot de ökade krav utifrån som ställs på rättsväsendet. Rättsväsendet måste vara så flexibelt att det följer samhällets utveckling på de sociala, tekniska och ekonomiska områdena. Ändå tycks de svenska domstolarna närmast opåverkade av den samhällsliga utvecklingen. Sett till de fall som har avgjorts på området är det i varje fall svårt att se på vilket sätt de allmänna principer och ändamål som präglar det allmänna skadeståndet har beaktats. Kanske mest iögonfallande är oförmågan att tillgodose regelns preventiva funktion, vilket illustrerades i avsnittet om Beckers formel.²³² I nuläget ligger skadestånden inte på acceptabla nivåer. Varken den reparativa eller den preventiva funktionen har tillgodosetts fullt ut. Följden är att de grundläggande skadeståndsrättsliga principerna alltjämt är bestämmande vid tillämpningen av det allmänna skadeståndet, dvs. skadeståndsbeloppen är fortsatt försiktiga.²³³ Det har visats i den här uppsatsen att denna ordning inte är önskvärd ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Nyare angreppssätt förefaller angelägna, åtminstone om det allmänna skadeståndet skall kunna uppfylla sitt ändamål bättre.

²³² Problemet med den slutsatsen är att den är skenbar. Jag kan inte utifrån materialet som presenterats hävda bevisat orsakssamband. Jag vet inte hur intrångsgöraren väger vinster och förluster av begångna intrång. Tillämpningen av Beckers formel har blott *illustrerat* vikten av högre skadestånd. Utifrån rättspraxis kan vi dock anta att siffrorna som angavs i exemplet var försiktigt satta. Varför det allmänna skadeståndet inte har fått något genomslag i praxis kan naturligtvis inte besvaras inom ramen för en uppsats av det här slaget. För att få veta vad domarna har tänkt i de enskilda fallen skulle vi behöva intervjua dem. Att domare skulle motivera sina domskäl går dock inte i linje med svensk rätt. Likväl hade det varit intressant att be ett antal domare läsa den här uppsatsen och se om de känner igen sig i någon av tidigare nämnda domarroller.

²³³ Hellner & Johansson (2002), s. 77.

Rättsfallsförteckning

AD 2006 nr. 49 *Lernia*
AD 2003 nr. 61 *Malakiten* (fallet ej refererat)
AD 2002 nr. 38 *ALKAB*
AD 1998 nr. 80 *Vitalitet*
NJA 2005 s. 180 *Formsprutarna*
NJA 1988 s. 633 *JAHAB*
RH 2002:61 *Vi i Villa*
RH 2002:11 *Lotsbåten Robina*
T 81/96 Svea Hovrätt *Brunnhages*
T 427/95, DT 4025/96 Göta Hovrätt *Boxholm*
DT 32, T-78-97, Svea Hovrätt, *Absolut Rent*.
T 19853-01 Stockholms tingsrätt *Talarforum*
DT 393/92, T-306-91, Stockholms tingsrätt, *CODAN*.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckt material

Agell, Anders, "Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen", SvJT 2002 s. 243 ff.

Alin, Josephine; Larson, Helena, *Skadestånd vid varumärkesintrång*, Jure 1998 (citeras Alin & Larson 1998)).

Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans*, Iustus Förlag 1993.

Becker, Gary S., "Crime and Punishment: An economic approach", Journal of Political Economy 1968, Vol. 76, s. 169 ff.

Becker, Gary S., "Nobel lecture: The economic way of looking at behavior", Journal of Political Economy 1993, Vol. 101, Nr. 3, s. 385 ff.

Bengtsson, Bertil, "Litteratur", SvJT 1994 s. 194 ff.

Bengtsson, Henrik, Kahn, Johan, "Företagshemligheter i domstolarnas praxis", Ny Juridik 4:02 s. 29 ff (citeras Bengtsson & Kahn (2002)).

Bengtsson, Henrik; Lyxell, Ralf, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Norstedts Juridik 2006 (citeras Bengtsson & Lyxell (2006)).

Bernitz, Ulf; Karnell, Gunnar; Pehrson, Lars; Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 8 u, Jure 2004 (citeras Bernitz m.fl. (2004)).

Bix, Brian H., *A dictionary of legal theory*, Oxford University Press 2004, England/USA.

Borgenhäll, Håkan, "Reparation vid varumärkesintrång", NIR 2000 s. 153 ff.

Butler, Brian Edgar, "Legal pragmatism", The internet encyklopedia of philosophy (citeras Butler (2006)). <http://www.iep.utm.edu/l/leglprag.htm> Tillgänglig 2007-03-06.

Cooter, Robert; Ulen, Thomas, *Law & Economics*, 3 u, Addison Wesley 2000, USA.

Dahlman, Christian; Glader, Marcus; Reidhav, David, *Rättsekonomi – en introduktion*, Studentlitteratur 2004 (citeras Dahlman m.fl. (2004)).

- Dickson, Julie, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", Stanford encyclopedia of philosophy 2005. <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/> Tillgänglig 2007-03-06.
- Fahlbeck, Reinhold, *FHL – en kommentar och rättsöversikter*, 2u, Norstedts Juridik 2004, s. 340.
- Friedman, Milton, *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press 1962, Chicago.
- Frändberg, Åke, "Några synpunkter på den rättsfilosofiska analysen av juridisk argumentation", TfR 1989 s. 13.
- Förnell, Petra, *Skadestånd vid patentintrång*, Jure 1997.
- Glader, Marcus, *Innovation markets and competition analysis: EU competition law and US antitrust law*, Faculty of Law, Lund University 2004.
- Green, Leslie, "Legal Positivism", Stanford encyclopedia of philosophy 2003. <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> Tillgänglig 2007-03-06.
- von Heidenstam, Peter, "Immaterialrättsliga skadestånd", NIR 2000 s. 132 ff.
- Hellner, Jan, "Värderingar i skadeståndsrätten", i *Festskrift till Per Olof Ekelöf*, Norstedts 1972.
- Hellner, Jan; Johansson, Svante, *Skadeståndsrätt*, 6 u, Norstedts Juridik 2002 (citeras Hellner & Johansson (2002)).
- Hellner, Jan, "Skadeståndsrätt och rättsekonomi", TfR 1998 s. 357 ff.
- Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap", SvJT 2004 s. 1 ff.
- Jareborg, Nils, *Värderingar*, P. A. Norstedt & Söners Förlag 1975.
- Kahneman, Daniel; Tversky, Amos, "Prospect theory: an analysis of decision under risk", *Econometrica* 1979, Vol. 47, Nr. 2, s. 263-292.
- Kaplow, Louis; Shavell, Steven, *Economic analysis of law*, Working Paper Series 6960, Cambridge Mass. 1999 (citeras Kaplow & Shavell (1999)).
- Karlsson, Eva, "Skadestånd vid intrång i industriella rättigheter", NIR 1990 s. 369 ff.
- Karnell, Gunnar, "Skadeståndsbestämning vid patentintrång", NIR 1996 s. 249 ff.

Kellgren, Jan, "Något om normativa resonamang i rättsdogmatisk forskning", SvJT 2002 s. 514 ff.

Kleineman, Jan, "Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga?", SvJT 2003 s. 319 ff.

Koktvedgaard, Mogens; Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 8 u, Norstedts Juridik 2004 (citeras Koktvedgaard & Levin (2004)).

Korubkin, Russel, "Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability", *The University of Chicago Law Review* 2003, Vol. 70, Nr. 4, s. 1203 ff.

Leiter, Brian, "Legal formalism and legal positivism reconsidered", *Ethics* 2001, Vol. 111, Nr. 2, s. 278 ff.

Leiter, Brian, "American legal realism", Public law and legal theory research paper, No. 042, 2002, The University of Texas Law School. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562 Tillgänglig 2007-03-06.

Levin, Marianne, *Noveller i varumärkesrätt*, Juristförlaget 1990.

Lucy, William, *Understanding and explaining adjudication*, Oxford University Press 1999, England /USA.

MacCormick, D. Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press 1978, England.

MacCormick, D. Neil, "Coherence in Legal Justification" i Peczenik, Aleksander (red.); Lindahl, Lars (red.), *Theory of legal science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*, Reidel Publishing 1984, Dordrecht (citeras MacCormick (1984)).

MacCormick, D. Neil (red.); Summers, Robert S. (red.), *Interpreting Statutes*, Dartmouth Publishing Company 1991, England/USA.

MacCormick, D. Neil; Summers, Robert S., "Interpretation and Justification" i MacCormick, D. Neil (red.); Summers, Robert S. (red.), *Interpreting Statutes*, Dartmouth Publishing Company 1991, England/USA.

MacCormick, D. Neil, "Argumentation and interpretation in law", *Argumentation* 1995, Vol. 9, Nr. 3, s. 467 ff.

MacCormick, D. Neil, "Norms, institutions and institutional facts", *Law and Philosophy* 1998, Vol. 17, Nr. 3, s. 301 ff.

MacCormick, D. Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford and New York 2005.

March, James G., Simon, Herbert A., *Organizations*, Wiley, New York 1958.

Mellqvist, Mikael, "Myter och dygder inom juridiken - tio noveller om rättslig kommunikation i anledning av en avhandling", SvJT 2004 s. 818.

Nergelius, Joakim (red.), *Rättsfilosofi – Samhälle och moral genom tiderna*, Studentlitteratur 2001.

Nordh, Robert, "35:5 rättegångsbalken. En rättsfråga om vad?", SvJT 1994 s. 81 ff.

Peczenik, Aleksander; Bergholtz, Gunnar, "Statutory interpretation" i MacCormick, D. Neil (red.); Summers, Robert S. (red.), *Interpreting Statutes*, Dartmouth Publishing Company 1991, England/USA.

Peczenik, Aleksander; Shött, Roland, "Juridisk konservatism", SvJT 1993 s. 709 ff.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Fritzes Förlag 1995 (citeras Peczenik (1995a)).

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes Förlag 1995 (citeras Peczenik (1995b)).

Pettersson, Karl-Henrik, *Patent och copyright – behövs det?*, SNS Förlag 2004.

Polinsky, A. Mitchell; Shavell, Steven, "Punitive damages: an economic analysis", *Harvard Law Review* 1998, Vol. 111: 870 ff (citeras Polinsky & Shavell (1998)).

Posner, Richard, "Legal pragmatism", *Metaphilosophy* 2004, Vol. 35, Nr. 1.

Påhlsson, Robert, *Om värderingars roll i rättstillämpningen*, SvJT 2006 s. 257.

Rosén, Jan, "Immaterialrätten i omvandling - uppgift, anseende och investering som underlag för rättsskydd", SvJT 2002 s. 553 ff.

Schauer, Frederick, "Formalism", *Yale Law Journal* 1988, Vol. 97, Nr. 4, s. 509 ff.

Schmidt, Folke, *Facklig arbetsrätt*, Norstedts Juridik 1997.

Simmonds, Nigel E., *Juridiska principfrågor – rättvisa, gällande rätt och rättigheter*, Norstedts Juridik 2003.

Skogh, Göran, *Priser, skadestånd och straff*, LiberLäromedel Lund 1977 (citeras Skogh (1977)).

Skogh, Göran, *Straffrätt och samhällsekonomi*, Studentlitteratur 1973 (citeras Skogh (1973)).

Spaak, Torben, "Legal Positivism and the Objectivity of Law", *Analisi e Diritto* 2004 s. 256 ff.
http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/18spaak.pdf Tillgänglig 2007-03-06.

Strahl, Ivar, *Makt och rätt*, 11 u, Iustus Förlag 2003.

Uggla, Claes, "Några tankar om beräkningen av skadestånd i varumärkesmål", *NIR* 1988 s. 521 ff.

Ward, Hugh, "Rational choice", i Marsh, David, Stoker, Gerry, *Theory and methods in political science*, 2 u, Palgrave MacMillan 2002, USA/England (citeras Ward (2002)).

Weinrib, Ernest J., "Legal formalism: on the immanent rationality of law", *Yale Law Journal* 1988, Vol. 97, Nr. 6, s. 949 ff.

Westlander, Olle, *Patent – allmänna domstolars praxis åren 1983-1991*, Juristförlaget 1995.

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 Med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop 1985/86:86 Om ändringar i patentlagen.

Prop 1987/88:155 Om skydd för företagshemligheter.

Prop. 1993/94:122 Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång.

SOU 1958:10 Förslag till varumärkeslag.

SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.

Otryckta källor

Ingvarsson, Anders, *Bevislättnad i skadeståndsmål – något om RB 35:5 1p.*, Examensarbete, Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet, VT 04.