



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Caroline Ström

Goodwillskada vid intrång i
immateriella rättigheter

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Per Jonas Nordell

Ämnesområde: Immaterialrätt

Termin: HT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1. INLEDNING	5
1.1 Ämnespresentation	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Material och metod	8
1.5 Disposition	8
2. IMMATERIALRÄTTSLIGA SKADESTÅND	10
2.1 Skadeståndets reparativa och preventiva funktion	10
2.2 Förutsättningar för ansvar	12
2.3 Bevisbörda och beviskrav	14
2.4 Vilka skador uppstår?	15
1. Ekonomiska skador	16
2. Marknadsskador	16
2.5 Vilken ersättning utgår?	17
2.5.1 Skälig ersättning	17
2.5.2 Ersättning för ytterligare skada/annan förlust	18
2.6 Jämkning av skadestånd	19
3. GOODWILL	20
3.1 Definition	20
3.1.1 Ekonomisk definition	20
3.1.2 Juridisk definition	20
3.2 Hur uppkommer goodwill	23
3.3 Goodwill hos varumärken och firma	24
3.4 Goodwill hos upphovsrättsliga verk	27

3.5 Goodwill hos mönster	29
3.6 Rättsliga skyddet för goodwill	30
3.6.1 <i>Det immaterialrättsliga skyddet</i>	30
3.6.2 <i>Det marknadsrättsliga skyddet</i>	31
3.6.3 <i>Internationella konventioner</i>	34
4. OLIKA TYPER AV GOODWILLUTNYTTJANDEN	36
4.1 Piratkopiering	36
4.2 Snyltning	39
5. GOODWILLSKADOR	41
5.1 Olika typer av goodwillskador	41
5.1.1 <i>Försämrat anseende</i>	41
5.1.2 <i>Urvattning och degeneration</i>	42
5.2 Krävs det att skada kan konstateras för att ersättning skall utgå?	43
5.3 Goodwillskador vid intrång i varumärke och firma	45
5.4 Goodwillskador vid intrång i upphovsrätt	50
5.5 Goodwillskador vid intrång i mönsterrätt	54
6. VILKA FAKTORER PÅVERKAR GOODWILLSKADANS STORLEK?	56
6.1 Faktorer som har tillmätts betydelse vid uppskattning av goodwillskada i rättspraxis	56
6.2 Kan varuslaget ha betydelse för goodwillskadans storlek?	61
7. OLIKA MODELLER FÖR BERÄKNING AV GOODWILLSKADOR	67
8. FRAMÅTBlick	73
8.1 EG-kommissionens förslag till direktiv om åtgärder mot varumärkesförfalskning och piratkopiering	73
8.2 Förslag till ny varumärkeslag	74
8.3 Förslag till ny formskyddslag	76
9. AVSLUTANDE KOMMENTARER	78
LITTERATURFÖRTECKNING	82

Sammanfattning

Avsikten med min uppsats är att utreda vad en goodwillskada på immateriella tillgångar innebär. Att utreda denna fråga har blivit mycket aktuellt då intrång i immateriella tillgångar under senare år har ökat markant och goodwillskadan i flera fall utgör innehavarens huvudsakliga skada vid en kränkning av en immateriell rättighet. Jag har kommit fram till att begreppet goodwill, trots att någon allmän accepterad definition därav inte existerar, innefattar det anseende och den särskiljningsförmåga som en immateriell tillgång åtnjuter hos dess omsättningskrets. Goodwill som byggs upp runt ett kännetecken eller en annan immateriell tillgång innebär ett mervärde för produkten utöver innehållet i varan och kan ses som en garant för framtida affärer. I regel uppkommer ett goodwillvärde genom att produkterna är funktionsdugliga och av god, eller i vilket fall konstant kvalitet kombinerat med tilltalade design samt service och garantiåtaganden gentemot kunderna. Av störst vikt för skapandet av goodwill torde marknadsföringen vara. Härigenom kan företagaren förmedla de associationer han vill att omsättningskretsen skall koppla till vararna. Goodwill har tidigare haft sin mest framträdande roll inom känneteckensrättens område. Både varumärken och firma besitter ett antal olika funktioner, närmare bestämt en särskiljnings-, garanti-, ursprungs-, och reklamfunktion, vilka samtliga har stor betydelse för uppbyggandet av goodwill. Det är dock inte bara varumärken och företag som kan vara innehavare av ett gott anseende och ett gott renommé. Även upphovsrättsliga alster och mönster kan förvärva ett goodwillvärde. Särskilt stor goodwill torde byggas upp runt upphovsrättsliga verk och mönster som blir något av ett kännetecken. Genom att inneha en sådan särskiljande funktion kan dessa tillgångar erhålla liknande funktioner som ett varumärke.

Det rättsliga skyddet för goodwill inom immaterialrätten återfinns i den ensamrätt som innehavaren har till sin immateriella rättighet. Ensamrätten innebär att ingen annan har rätt att använda rättighetshavarens tillgång och därmed dra nytta av den goodwill som tillkommer kännetecknet eller produkten. Inom upphovsrätten existerar ytterligare ett skydd för goodwill genom den ideella rätt som tillkommer skaparen av verket och som innebär ett skydd för upphovsmannens egen goodwill. Vid ett upphovsrättsintrång utgör den skada som uppstår i regel en kränkning av både av den ekonomiska och den ideella rätten och det är normalt sett svårt att dra en skarp linje mellan dessa två former av goodwillskada.

Det finns olika sätt att komma i åtnjutande av goodwill som tillkommer andra näringsidkares immateriella tillgångar. Sådant utnyttjande kan ske genom dels snyltning och dels piratkopiering. Snyltning innebär att intrångsgöraren använder sig av en firma eller ett varumärke som är snarlikt annan näringsidkares märke eller att annans kännetecken

utnyttjas vid marknadsföring för att dra extra uppmärksamhet till den egna varan. Piratkopiering går ut på att reproduktioner olovligen framställs av andra näringsidkares produkter eller att intrångsgörarens förser sina produkter med en annan näringsidkares varumärke.

Följden av ett otillbörligt goodwillutnyttjande är att det kan uppstå en skada på rättighetshavarens upparbetade goodwill. En goodwillskada skulle kunna uppdelas i två olika former av skada, försämrat anseende och urvattning eller degeneration. Med anledning av att dessa skador inte behöver visa sig förrän efter en längre tid efter intrånget och att de är svåra att på förhand uppskatta, krävs det inte att rättighetshavaren kan visa att en sådan skada faktiskt har uppstått för att ersättning skall kunna utgå. Det räcker med att det föreligger en risk för att anseendet försämrats eller att urvattning sker. Vad gäller storleken på skadan, kan både sakomständigheter och beräkningsmodeller läggas till grund för uppskattningen av en goodwillskada. Bland de sakomständigheter som tillmätts betydelse i praxis kan nämnas de förhållanden under vilka utbudande och försäljning skett samt huruvida kunderna blivit vilseledda. Enligt min mening har även varuslaget betydelse för goodwillskadans storlek. I de fall där intrång skett i rättigheter till produkter där varans egenskaper är det viktiga för köparen och man kan anta att kunden inte hade köpt varan om han visste att det var en kopia, torde en större goodwillskada uppstå än i fall där varans märke är viktigare för kunden än dess egenskaper och där det kan antas att kunden hade köpt varan trots att han visste att det rörde sig om en kopia. I vissa fall läggs en beräkningsmodell till grund för uppskattningen av goodwillskadan. Min mening är att den modell där ersättningen för goodwillskadan bestäms efter kostnaderna att föra en reklamkampanj för att återställa förlorad goodwill är den metod som bäst speglar den skada som uppstår vid otillbörligt utnyttjande av annans goodwill. Med hänsyn till att goodwillskadans natur är sådan att den svårigen kan uppskattas och repareras i pengar kommer det dock oavsett vilket tillvägagångssätt som används, alltid att bli fråga om relativt grova uppskattningar av en goodwillskadas storlek.

I dag är det mycket vanligt att ersättning utgår för goodwillskador vid intrång i immateriella rättigheter. Så sker fortfarande i varumärkesrättsliga mål men blir allt mer vanligt förekommande vid intrång i upphavs- och mönsterrättigheter. Enligt min mening är det av stor betydelse att ersättning utgår för förlorad goodwill vid kränkning av främst immateriella tillgångar. Idag när intrången i dessa rättigheter har ökat väsentligt har skadeståndet fått stor betydelse för att kompensera rättighetshavaren samt att avskräcka presumtiva skadevällare från att begå ett intrång. Att ersättning utgår för goodwillskada spelar en avgörande roll för att skadeståndet skall kunna fylla sin reparativa och preventiva funktion.

Förord

Jag vill i första hand tacka min handledare professor Per Jonas Nordell för all hjälp och goda råd som han bidragit med. Det var Jonas som tipsade mig om detta mycket intressanta uppsatsämne och han har även varit behjälplig med material till arbetet.

Ett stort tack är jag skyldig advokat Ann-Charlotte Söderlund på Advokatfirman Grundén & Gozzo. Ann-Charlotte har inte bara hjälpt mig med vägledning, rättsfall och övrigt material utan har även tagit sig tid att svara på otaliga frågor och läsa igenom mina texter. Ann-Charlotte har inte bara varit en stor tillgång för skrivandet av denna uppsats utan har även bistått mig med vägledning under tidigare terminer på juristlinjen.

Jag vill även rikta ett tack till advokat Henrik Bengtsson på Advokatfirman Delphi som bidragit med goda råd och varit vänlig nog att hjälpa mig med att samla in ett stort antal rättsfall som varit av intresse för mitt arbete.

Sist men inte minst vill jag tacka min mamma, pappa och Trolle som varit ett stort stöd och en verklig tillgång under hela min studietid. Ett extra stort tack är jag skyldig min pappa som under mina juriststudier fått öppna en form av privat juridisk konsultbyrå för att kunna besvara alla mina frågor och funderingar. Uppsatsen tillägnas dig.

Lund den 20/12 -03

Caroline Ström

Förkortningar

BK	Bernkonventionen för skydd för litterära och konstnärliga verk
EU	Europeiska unionen
FL	Firmalagen (1974:156)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ML	Mönsterskyddslagen (1970:485)
MFL	Marknadsföringslagen (1975:1418)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, Högsta domstolens domar
PK	Pariskonventionen för industriellt rättsskydd
Prop.	Regeringens proposition
PRV	Patent- och Registreringsverket
RB	Rättegångsbalken (18 juni 1942)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SFIR	Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydd
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Propertyrights/ Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter
TR	Tingsrätt
VmL	Varumärkeslagen (1960:644)
URL	Upphovsrättslagen (1960:729)

1. Inledning

1.1 Ämnespresentation

Immaterialrätten är den del av civilrätten som behandlar det rättsliga skyddet för intellektuella prestationer och kännetecken. Gemensamt för samtliga immaterialrättsliga lagar är ensamrättskonstruktionen. Lagarna är uppbyggda så att en närmare angiven person, som har gett upphov till en viss prestation, får en ensamrätt till det kommersiella utnyttjandet av denna. De immaterialrättsliga lagarna ger således ett skydd mot olika slag av eftergörande eller efterbildning utan rättighetshavarens samtycke och mot annat obehörigt utnyttjande.¹

Under senare år har intrång i de industriella rättigheterna och i upphovsrätterna² ökat markant runt om i världen. Intrång i immateriella rättigheter har alltid förekommit, men har tidigare inte nödvändigtvis varit resultatet av ett avsiktligt eftergörande av andras produkter på kommersiell basis. I dag är kränkningarna av immateriella rättigheter i de allra flesta fall en del av en mer professionell verksamhet där intrången baserar sig på affärsmässiga överväganden. I synnerhet har pirat- eller counterfeitverksamheten ökat explosionartat på senare tid och har vuxit till att bli en ”världsindustri”. Enligt statistik från EG kommissionen beslagtogs tullen vid EU:s externa gränskontroller ca 95 miljoner piratkopior till ett värde över 2 miljarder Euro under år 2001. Detta är en ökning av beslagtagna varor med 900 procent från 1988 till 2001.³ De främsta orsakerna till denna ökande kopieringsverksamhet är den utveckling som skett inom teknologin för reproduktion samt att tillverkningen idag styrs av större professionella organisationer med vida förgreningar. Idag är det heller inte såsom tidigare endast lyxartiklar som kopieras utan kopieringsverksamheten omfattar numera alla typer av varor som används i det dagliga livet, t.ex. matvaror, reservdelar till bilar och flygplan, läkemedel, elektriska utrustningar och audiovisuella produkter.⁴

Anledningen till att intrång begås i immateriella rättigheter är att andra personer istället för att lansera en egen vara, vill dra nytta av varumärken och produkter som redan visat sig vara framgångsrika på marknaden. I den allt mer hårdnande konkurrensen mellan företag och det ständigt ökade utbudet av varor är det mycket svårt att slå sig in på marknaden

¹ Kockvedgaard/Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 22.

² En uppdelning brukar göras av immaterialrätten i upphovsrätt och industriellt rättsskydd. Till upphovsrätten hänförs upphovsrättslagen medan övriga lagar hänförs till det industriella rättsskyddet (Prop 1998/99:11, s. 38).

³ Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy, s. 16.

⁴ KOM (2003) 46, s. 9-11.

och nå ekonomisk lönsamhet. Det krävs inte bara stora investeringar för att utveckla en ny produkt utan stora kostnader måste också läggas på marknadsföring och reklam. Istället för att självständigt ta fram en vara väljer därför många att istället göra intrång i de immateriella rättigheterna till andra näringsidkares kännetecken eller varor och därmed dra nytta av de investeringar som rättighetshavaren lagt ner på sin tillgång. Ett sådant intrång kan förövas genom exempelvis piratkopiering eller genom att annans kännetecken används i reklam för att dra uppmärksamhet åt den egna varan. Syftet med en sådan kränkning av en immateriell rättighet är att få kunderna att köpa intrångsgörarens fabrikat genom att dra nytta av det anseende, renommé och goda rykte, s.k. *goodwill*, som rättighetsinnehavarens kännetecken eller produkt åtnjuter. När ett intrång sker i en immateriell rättighet uppkommer skador för innevararen av denna tillgång. Skadorna kan uppstå dels i form av förlorade marknadsandelar genom att konsumenterna väljer att köpa intrångsgörarens varor och dels interna kostnader som uppstår i rättighetsinnehavarens verksamhet p.g.a. intrånget. Därutöver kan det uppstå en skada på den *goodwill* som den äkta varan uppbär. Det är dessa goodwillskador som jag avser att studera närmare i denna uppsats.

Begreppet *goodwill* har använts inom immaterialrätten under en relativt lång tidsperiod och har haft sin största betydelse inom varumärkesrätten. På senare tid har dock goodwill fått en ökad betydelse inom hela det immaterialrättsliga området. Skälen till detta är främst det faktum att betydelsen av icke-materiella tillgångar med tiden har blivit allt större inom näringslivet. Dessa tillgångar är ofta bärare av stora ekonomiska värden och har stor betydelse för att åstadkomma konkurrenskraftiga företag. Som en konsekvens härav har immateriella tillgångar blivit mycket känsliga för kränkningar samtidigt som det blivit allt mer intressant för andra att göra intrång dessa rättigheter. Goodwill har i och med de ökade kränkningarna av immaterialrättigheter, fått en mycket betydelsefull roll. För att motverka intrång krävs det att det finns ett effektivt sätt skydda de immateriella rättigheterna. En mycket viktig del i detta skydd är att rättighetsinnehavaren skall kunna erhålla full ersättning för den skada som han lider p.g.a. intrånget. För att sådan kompensation skall kunna ske, krävs det också att den skada som uppstår på en produkts anseende erkänns och kompenseras.

Ursprungligen synes syftet med det skydd som finns för goodwill inom immaterialrätten ha varit att bidra till att förstärka och upprätthålla själva ensamrätten till den immateriella tillgången.⁵ Idag när goodwill fått en allt större ekonomisk betydelse och löper stor risk att skadas genom otillbörliga utnyttjanden, har goodwill fått ett skyddsvärde i sig. Goodwillskadorna har därför blivit en viktig fråga att utreda för att rättighetshavaren skall kunna erhålla kompensation för den skada som han verkligen lider.

⁵ Nordell, Marknadsrättens goodwillskydd (cit. Nordell), s. 20.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att förklara vad som avses med en goodwillskada vid intrång i immateriella rättigheter. För att kunna uppnå detta syfte måste ett antal relevanta frågeställningar behandlas:

- Hur definieras goodwill?
- Kan alla immaterialrättigheter vara bärare av goodwill?
- Hur utnyttjas annans goodwill?
- Vilka effekter följer av ett goodwillutnyttjande?
- Hur beräknas goodwillskador?

Mot bakgrund av att goodwill traditionellt har haft sin största betydelse på varumärkesrättens område, men numera har en mycket stor betydelse även inom upphovsrätten kommer störst utrymme att ägnas åt goodwillskador vid intrång varumärke, firma och upphovsrätt. Goodwillskador är inte lika vanligt förekommande inom mönsterrätten och därför kommer detta område inte att behandlas i lika stor utsträckning.

1.3 Avgränsningar

Jag har valt att begränsa min uppsats till att behandla goodwillskador vid intrång i varumärkes-, firma-, upphovs- och mönsterrätt. Goodwillskador vid patentintrång kommer således att utelämnas. Skälet till detta är att skadorna vid intrång i patenträtt ser något annorlunda ut än skadorna vid intrång i övriga immaterialrättigheter och att skadestånd för goodwillskador är relativt ovanligt vid patentintrång. Fram till 1997 fanns det inget patentmål där ersättning för goodwillskada utdömts.⁶

Uppsatsen avser huvudsakligen att behandla goodwillskador ur immaterialrättslig synvinkel. I kap 3 görs dock en kortare redogörelse för vilket skydd som goodwill kan åtnjuta enligt MFL.

Av utrymmesskäl har jag valt att inte behandla de goodwillskador som kan uppstå på upphovsrättens område till följd av en kränkning av upphovsmannens ideella rätt. Till skillnad från övriga immaterialrättsliga lagar finns det på upphovsrättens område ett skydd som går utöver vanliga ekonomiska intressen. Denna s.k. ideella rätt avser att värna om det personliga bandet mellan skaparen och hans verk och bereda ett skydd för upphovsmannens egen ”goodwill”, dvs. anseende och egenart. Denna framställning syftar således till att behandla

⁶ Ett mål har inslag av sådan ersättning, se Stockholms TR DT 745/94, T-586-92 och T-1133-93 (Bruceankaret), se von Heidenstam, Immaterialrättsliga skadestånd, s. 135.

endast det som skulle kunna kallas för ett ekonomiskt skydd för goodwill som existerar på samtliga immaterialrättsliga områden. Jag kommer därför endast att beröra sambandet mellan det ekonomiska och det ”ideella”⁷ skyddet för goodwill men kommer i övrigt att bortse från den ideella rätt som tillkommer upphovsmannen enligt URL.

1.4 Material och metod

Jag har vid skrivandet av denna uppsats använt mig av en rättsdogmatisk metod då jag utgår från gällande lagstiftning på området samt relevant doktrin och praxis. Litteraturen om goodwillskador är mycket begränsad. Jag har använt mig främst av artiklar i NIR samt litteratur som behandlar immaterialrätten och dess skadestandsregler i allmänhet. Vad gäller urvalet av rättspraxis, avser uppsatsen inte att ge en fullständig genomgång.⁸ Jag har istället gjort ett urval av rättsfall som jag anser ger en bred bild av de goodwillskador som kan uppstå vid intrång i immateriella rättigheter. De refererade fallen som behandlar goodwillskador är mycket få. Jag har därför i stor utsträckning även studerat orefererade mål från både Hovrätter och Tingsrätter runt om i Sverige.

Med anledning av den knappa tillgången till utförliga domstolsavgöranden och den begränsade litteraturen inom området, har jag själv sökt utvärdera och dra egna slutsatser av de frågeställningar som är förknippade med ämnet. Uppsatsen är därför till stor del analytisk.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en allmän redogörelse för skadeståndssanktionen inom immaterialrätten. Här behandlas vissa allmänna skadeståndsrättsliga principer som även är tillämpliga på skadestånd inom immaterialrätten. I kapitel tre definieras begreppet goodwill och en beskrivning görs av goodwill hos de olika immateriella rättigheterna. Det fjärde kapitlet skildrar de olika metoder genom vilka en näringsidkare kan tillgodogöra sig annan näringsidkares goodwill. Här efter följer ett kapitel om den goodwillskada som kan uppstå till följd av ett otillbörligt utnyttjande. Kapitlet innehåller en beskrivning av hur en goodwillskada kan yttra sig samt en redogörelse mot bakgrund av rättspraxis för goodwillskador hos skilda immateriella rättigheter. I kapitel sex görs en utredning om vilka faktorer som påverkar storleken av skadan och i det sjunde kapitlet återfinns en redogörelse för olika beräkningsmetoder som kan användas för att skadeståndsbeloppet som skall utgå för förlorad

⁷ Se vidare under 3.4.

⁸ En sådan hade fört arbetet lång utöver uppgiftens ramar.

goodwill. I åttonde kapitlet resoneras om hur skyddet för goodwill eventuellt kommer att förändras med anledning av ett antal förslag till ändringar i svensk och europeisk lag. Eftersom de analyser som jag företar har införts löpande i texten, och inte sammanställts i ett särskilt kapitel, avslutas uppsatsen med ett kapitel där jag ger egna kommentarer och drar egna slutsatser.

2. Immaterialrättsliga skadestånd

2.1 Skadeståndets reparativa och preventiva funktion

Immateriella rättigheter är ofta bärare av stora ekonomiska värden. En mycket central del av det immaterialrättsliga systemet är därför att effektivt kunna hindra intrång i dessa rättigheter och garantera ersättning för de skador som ett intrång för med sig. Under senare år har angrepp på immateriella rättigheter ökat märkbart. Till följd av denna utveckling har länder världen över infört nya skyddsregler och skärpt sanktionssystemen för att så långt som möjligt söka hindra kränkningar av immateriella rättigheter.⁹

I Sverige är sanktionssystemet, efter en lagändring 1994, i stort sett enhetligt i de olika immaterialrättsliga lagarna. De sanktioner som står till buds i svensk immaterialrätt är i första hand förbud, straff och skadestånd.¹⁰ Förbud är ett effektivt medel för att få ett intrång att snabbt upphöra och straffet har en viktig preventiv funktion. P.g.a. av de immateriella rättigheternas ekonomiska värde så spelar dock skadeståndet en mycket betydelsefull roll på immaterialrättens område. Den existerande uppfattningen inom immaterialrätten 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. Detta medför att bestämmelserna om skadestånd har en mycket central betydelse både för att motverka intrång och tillförsäkra rättighetshavaren full kompensation för intrånget.¹¹

Skadeståndet är avsett att både ha en preventiv och en reparativ funktion. Den *reparativa* funktionen innebär att den skadelidande skall försättas i samma ekonomiska situation som om den skadegörande handlingen inte hade företagits. Den skadelidande har således rätt till full kompensation för de åsamkade skadorna vilket innebär att rättsägarens ekonomiska situation, såsom den ser ut efter den skadegörande handlingen, skall jämföras med den situation som han skulle ha befunnit sig i om skadan inte hade inträffat. Skadeersättningar skall då utgå med ett belopp som täcker skillnaden mellan dessa två situationer.¹²

⁹ Kockvedgaard/Levin, s. 441.

¹⁰ Ibid, s. 442.

¹¹ Prop. 1998/99:11, s. 45, SOU 2001:26, s. 349.

¹² Hellner, Skadeståndsrätt, s. 37, 41.

Skadeståndets *preventiva* funktion avser att få presumtiva skadevällare från att avstå att orsaka skada som medför skadeståndsskyldighet. Det skall inte vara lönsamt för skadevällaren att kalkylera med skadestånd. Skadeståndet måste därför uppgå till ett sådant belopp att kostnaden för att göra ett intrång inte blir lägre än den vinst som skadevällaren kan göra på intrånget.¹³

Både den reparativa och den preventiva funktionen förutsätter emellertid att domstolarna i immaterialrättsliga mål dömer ut ersättningar som verkligen motsvarar den lidna skadan och förlusten som orsakats av intrånget. Mot bakgrund av den allt mer vanligt förekommande piratverksamheten, framfördes i början av 1990-talet hård kritik mot det immaterialrättsliga sanktionssystemet och de låga skadeståndsbelopp som utdömdes. Önskemål framfördes om en översyn av skadeståndsreglerna för att åstadkomma en förstärkning av skadeståndets reparativa funktion samt en förstärkning av straffbestämmelserna.¹⁴ Kritiken medförde att det 1994 skedde en modernisering och harmonisering av det immaterial-rättsliga sanktionssystemet. Ändringarna innebar bl.a. att sanktionerna skärptes samt att rättighetsinnehavaren gavs rätt att alltid som minimum erhålla en ersättning motsvarande en skälig licensavgift.¹⁵ Även efter lagändringen har dock kritik riktats mot domstolarna för att de skadeståndsbelopp som döms ut är allt för låga i förhållande till de skador som uppstår. Anledningen till de låga skadeståndsbeloppen torde främst vara att ersättningen i intrångsmål i praktiken uppskattas skönsmässigt.¹⁶ I regel är det förknippat med stora bevisproblem för rättighetsinnehavaren att värdera och styrka de skador som uppstår på en immaterialrätt. När full bevisning om en skadas storlek inte kan föras, får domstolen med stöd av den bevislätnadsregel som återfinns i 5 § 35 kap RB själv uppskatta skadan till ett skäligt belopp.¹⁷ Domstolarna har vid flera tillfällen anklagats för att vara alltför restriktiva i denna bedömning och döma ut allt för låga skadestånd.¹⁸ Som exempel på fall där domstolarna varit mycket återhållsamma i sin skadeståndsberäkning kan nämnas HovR för Över Norrland 3.4 1984¹⁹ där intrång skett i McDonalds rättigheter till varumärket Big Mac där endast 1000 kr av de yrkade 10 000 kronorna som ersättning för förlorad goodwill. I takt med att de immaterialrättsliga tillgångarnas betydelse ökar synes dock också de skadeståndsbelopp som utdöms bli högre. I Svea HovR:s dom från 1998 i det s.k. Absolut Rent-målet²⁰ dömde domstolen ut ett skadestånd om två miljoner kr, varav en

¹³ Hellner, Skadeståndsrätt, s. 37, 41, 357 f.

¹⁴ Prop. 1993/94:122, s. 42.

¹⁵ Nordell, 1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem, NIR 1994 s. 309 ff.

¹⁶ Koktvedgaard/Levin, s. 454.

¹⁷ Se vidare ang. regeln i 35 kap 5 § RB under 2.3.

¹⁸ Koktvedgaard/Levin, s. 454.

¹⁹ NIR 1985 s. 479.

²⁰ Svea HovR den 22.12.1998 i mål T 78-97, DT 32.

miljon kronor avsåg goodwillskada. Käranden hade visserligen yrkat på fyra miljoner kr i skadestånd men lade inte fram någon särskild bevisning om skadans omfattning i målet. Trots den svaga bevisningen, dömde domstolen ut ett relativt högt skadestånd och fallet måste därför anses som något av ett genombrott på immaterialrättens område. I dag förefaller det vara ett mer allmänt tankesätt att de värden som de immateriella tillgångarna representerar i allt större utsträckning skall komma till uttryck när intrång i dessa tillgångar sker.²¹

2.2 Förutsättningar för ansvar

Skadeståndsbestämmelser finns i samtliga lagar som berör de immateriella ensamrätterna. I stort sett följer de immaterialrättsliga skadestånden samma principer som gäller för utomobligatoriska skadestånd inom den allmänna skadeståndsrätten.

Reglerna om skadestånd vid intrång i de industriella rättigheterna återfinns i 58 § patentlagen (PatL), 36 § mönsterskyddslagen (ML), 38 § varumärkeslagen (VmL), 19 § fimalagen (FL). Lagrummen är i stort sett identiska och kan illustreras på följande sätt:

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör [patent/mönster/varumärkes/firma]-intrång skall betala skälig ersättning för utnyttjandet av [upptrinngen/mönstret/varu-/näringskännetecknet] samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Vid bestämmande av ersättningens storlek skall hänsyn tas även till [patent/mönster/rättighets]-havarens intresse av att [patent/mönster/varumärkes/firma]-intrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.

Den som utan uppsåt eller oaktsamhet gör [patent/mönster/varumärkes/firma]-intrång skall betala ersättning för utnyttjandet av [upptrinngen/mönstret/varu-/näringskännetecknet], om och i den mån det är skäligt.

I URL regleras skadeståndssanktionen i 54 §. Detta stadgande ser något annorlunda ut än skadeståndsbestämmelserna i övriga immaterialrättslagar.

²¹ Koktvedgaard/Levin, s. 454 f.

Den som i strid mot denna lag eller mot föreskrift enligt 41 § andra stycket utnyttjar ett verk skall till upphovsmannen eller hans rättsinnehavare gälda ersättning, utgörande skäligt vederlag för utnyttjandet.

Sker det uppsåtligen eller av oaktsamhet, skall ersättning jämväl utgå för annan förlust än uteblivet vederlag, så ock för lidande eller annat förfång.

Den som eljest uppsåtligen eller av oaktsamhet vidtager åtgärd, som innebär intrång eller överträdelse varom i 53 § sägs, skall ersätta upphovsmannen eller hans rättsinnehavare förlust, lidande eller annat förfång av åtgärden.

Ansvarsgrunden vid intrång i immateriella rättigheter motsvarar den allmänna culpa-regeln inom skadeståndsrätten vilken innebär att skadeståndsskyldighet inträder om skadan vållats uppsåtligen eller av oaktsamhet.²² Enligt samtliga immaterialrättsliga lagar skall dock efter lagändringen 1994, kompensation utgå även vid intrång som begås i god tro och det krävs därför endast att ett agerande objektivt kan klassas som intrång för att visst vederlag skall utdömas. Enligt URL skall sådan kompensation alltid utgå men enligt övriga lagar utgår ersättning vid intrång i god tro endast om och i den mån det bedöms skäligt.

Oaktsamhetsbedömningen vid intrång i industriella rättigheter går i huvudsak ut på att utreda huruvida svaranden borde ha ägt kännedom om den aktuella rättigheten. Oaktsamhet föreligger normalt om någon börjar använda ett varumärke, firma eller mönster utan att kontrollera att det inte redan är registrerat av annan. Vad gäller inarbetade varumärken och firma räcker det att styrka att märket är inarbetat för att kunna konstatera att svaranden borde ha haft kännedom om varumärket.²³ I upphovsrättsliga mål är oaktsamhetsbedömningen mer komplicerad. På detta område finns inga register som kan kontrolleras utan istället har det fastslagits en viss undersökningsplikt för utnyttjaren. Hur omfattande denna undersökningsplikt är får avgöras i det enskilda fallet med hänsyn tagen till vilken bransch det gäller, risken för intrång, näringsidkarens erfarenhet i branschen och hans resurser för att utföra en undersökning samt omständigheterna kring inköpet av varorna.²⁴

Uppsåtsbedömningen utförs på samma sätt som i straffrättsliga mål, vilket medför att svarande måste ha eftersträvat att orsaka skada eller i vilket fall insett att skadan var en nödvändig eller möjlig följd av hans handlande. Precis som i straffrätten räknas även eventuellt uppsåt som uppsåtligt handlande. Den handlande har i detta fall insett att gärningen kan medföra en viss skadlig effekt samt att omständigheterna är sådana att domstolen med säkerhet kan säga att skadevällaren skulle ha handlat

²² Levin/Wessman, Varumärkesrättens grunder, s. 220 ff.

²³ Prop. 1974:4, s. 110.

²⁴ Karlsson, Skadestånd vid intrång i industriella rättigheter, NIR 1990, s. 369 ff, s 374, Förnell/Jilmstad, Immaterialrättsliga skadestånd, s. 28 ff. Se även NJA 1995 s. 164 (Tunika), NJA 1984 s. 34 (Bootlegskivorna), RH 1997:13 (Krissjackan), RH 1998:89 (Krokusmattan).

på samma sätt om han var säker att effekten skulle inträda.²⁵ I praktiken har frågan om uppsåt inte så stor betydelse eftersom ersättning utgår redan vid oaktsamhet men skadeståndsbeloppet kan dock i vissa fall höjas om intrånget begåtts uppsåtligt.²⁶

Att en intrångsgörare inte kände till den immaterialrättsliga ensamrättens existens eller lagens innehåll, s.k. rättsvillfarelse, fritar honom inte från ansvar.²⁷ Det kan dock tänkas att det finns vissa situationer där den bristande vetskapen om en enskild skyddad rättighet kan anses ursäktlig. Vill skadevällaren åberopa sådana omständigheter, är det emellertid han som har bevisbördan för dem.²⁸

För att ersättningsskyldighet skall uppkomma för intrång i en immateriell rättighet krävs – såsom annars inom skadeståndsrätten – att det råder s.k. *adekvat kausalitet* mellan intrånget och skadan, dvs. att handlingen skall ha orsakat skadan. Kravet på orsakssammanhang kan sägas vara uppfyllt i varje fall då det är betydligt mindre sannolikt att skadan skulle ha uppstått om handlingen inte utförts. Ett vanligt sätt att formulera kravet på adekvans är att en skada, för att vara ersättningsgill, skall ligga ”i farans riktning”, med vilket avses att det föreligger ett samband mellan vållandet och skadan på så sätt att företagandet av handlingen medför att risken ökar för att skadan skall inträffa. Det krävs dock inte att vållandet varit den enda eller starkast verkande faktorn till att skadan uppkommit, utan det räcker att det aktuella handlandet varit en av flera bidragande orsaker.²⁹

2.3 Bevisbörda och beviskrav

En fråga som är av stor praktisk betydelse är vem av parterna som har bevisbördan för visst rättsfaktum. Huvudregel inom skadeståndsrätten är att det är den skadelidande som har bevisbördan för de olika moment som tillsammans grundar skadeståndsskyldighet. Den skadelidande har således bevisbördan för den av svarande företagna handlingen, dennes vållande, orsakssammanbandet och skadans omfattning.³⁰

Frågan om bevisbördan har nära samband med frågan om vilket beviskrav som skall riktas mot den part som har bevisbördan. I tvistemål brukar det beviskrav som normalt uppställs vara att relevanta rättsfakta

²⁵ Karlsson, s. 372.

²⁶ Möjligheten att höja skadeståndet vid uppsåtligt handlande finns genom den rätt som domstolarna har att ta hänsyn även till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse vid skadeståndets bestämmande, 58 § PatL, 36 § ML, 38 § VmL, 19 § FL (Levin/Wessman, s. 223).

²⁷ Karlsson, s. 373.

²⁸ Hellner, s. 146.

²⁹ Ibid, s. 195 ff, 203 f.

³⁰ Ekelöf, Rättegång – fjärde häftet, s. 107.

skall styrkas.³¹ Flera av de omständigheter som skall styrkas i mål om skadestånd är dock av naturen sådana att de är mycket svåra att bevisa. För att kunna upprätthålla skadeståndets reparativa och preventiva funktion, kan det därför i vissa fall vara påkallat att sänka beviskravet. Vid skadeståndstalan p.g.a. intrång i immateriella rättigheter kan bevis-svårigheter göra sig gällande både i fråga om skadegörarens culpa och orsakssammanbandet. Enligt Ekelöf är det ej uteslutet att bevislättnader kan medges i dessa fall.³²

I regel är det dock bevisningen om skadans storlek som vållar störst problem i mål om skadeståndsskyldighet. I Rättegångsbalken (RB) har en hjälpregel intagits i 35 kap 5 § som stadgar att om bevisning beträffande en skadas storlek inte alls eller endast med svårighet kan föras kan rätten uppskatta skadan till ett skäligt belopp. Innebörden av bestämmelsen är således att även en svag bevisning om skadans omfattning och värde kan vara tillräcklig. Regeln är tillkommen för att rätten inte skall behöva ogilla ett skadeståndsyrcande på den grunden att skadans storlek inte kan visas.³³ Bestämmelsen innebär dock inte att käranden är helt befriad från att förebringa bevisning. Den skadelidande är enligt motiven skyldig att förebringa den bevisning som skäligen kan åstadkommas.³⁴

2.4 Vilka skador uppstår?

Den skada som kan åsamkas rättighetsinnehavaren vid intrång i en immateriellrättighet är en s.k. ren förmögenhetskada enligt 1 kap. 2 § skadeståndslagen (SkL). Härmed avses en ekonomisk skada³⁵ som uppkommer utan samband med person- eller sakskada. Huvudregeln i SkL är att sådan skada ersätts endast om den vållas genom brott (2 kap 4 §) eller om det finns särskilt lagstöd för att ersättning skall utgå.³⁶ Sådant lagstöd finns i 38 § VmL, 36 § ML, 19 § FL och 54 § URL.

³¹ Ibid, s. 87.

³² Ibid, s. 109.

³³ Ekelöf, s. 108.

³⁴ Fitger, Rättegångsbalken II, 35:60.

³⁵ P.g.a. att goodwillskadan är av sådan natur att den svårigen varken kan beräknas eller repareras med pengar, betraktas goodwillskador ofta i grunden som ideella, dvs. icke-ekonomiska skador (Levin, Noveller i varumärkesrätt (cit. Levin), s. 219). Skadorna utgår dock enligt samtliga immaterialrättsliga lagar så som ersättning för ekonomisk skada. Enligt URL kan sådan skada även utgå som ideellt skadestånd, 54 § 2 st 2 p URL. Att beteckna goodwillskadan som en ideell skada torde därför vara missvisande, eftersom en sådan skada endast ersätts i ett begränsat antal situationer i svensk rätt. Goodwillvärdet måste, trots att det knappast låter sig uppskatta i pengar, anses utgöra ett ekonomiskt värde som representerar en garanti för framtida affärer (Uggla, Några tankar om beräkningen av skadestånd i varumärkesmål, s. 522, 525). Även om skadorna på detta värde *svårigen* kan uppskattas i ekonomiska termer, måste de i grund och botten anses som ekonomiska, och inte ideella skador.

³⁶ Hellner, s. 66-71.

Skadorna vid immaterialrättsintrång kan delas in i ekonomiska skador och marknadsskador.

1. Ekonomiska skador

Till ekonomiska skador hänförs *förlorad försäljning* till följd av att konsumenterna köper intrångsgörarens produkt istället för rättighetsinnehavarens vara. För att kompensation skall utgå för denna typ av skada krävs att rättighetsinnehavaren har planlagt eller påbörjat en produktion som inte kan avsättas som planerat. Det fordras också att adekvat kausalitet kan sägas föreligga mellan intrånget och försäljningsförlusten på så sätt att den minskade försäljningen kan återföras på intrångsgöraren och dennas konkurrerande försäljning. Ersättning för förlorad försäljning bedöms endast efter den faktiska förlust som rättshavaren lider och inte den vinst som intrångsgöraren i förekommande fall har gjort. Intrångsgörarens vinst kan dock tjäna som underlag för att vid beräkningen av rättighetsinnehavarens förlust.³⁷

Yrkanden om ersättning för förlorad handelsvinst är inte lika vanligt förekommande vid intrång i varumärke som vid intrång i övriga immaterialrätter. En av anledningarna till detta torde vara att intrångsgörarens varor vid t.ex. mönster- och upphovsrättsintrång i större utsträckning direkt konkurrerar med rättighetsinnehavarens produkter. Vidare synes det generellt vara svårare att styrka förlorad handelsvinst vid varumärkesintrång. Vid piratkopiering händer det många gånger att ersättning för förlorad handelsvinst inte döms ut, eftersom domstolarna verkar vara av den uppfattningen att piratkopior och originalvaror har olika kundkretsar och att piratkopieringen därför inte påverkar försäljningen av originalen. Istället hänförs de skador som uppstår till marknadsskadorna.³⁸

Under ekonomiska skador inordnas också *interna förluster* som rättighetshavaren haft p.g.a. intrånget. Det kan handla om kostnader för att kunna slå fast att ett intrång verkligen förekommit eller för att motverka eller informera allmänheten om intrånget. Dessa typer av utgifter ersätts om de varit befogade och inte täcks via försäljningskostnaderna.³⁹ Under denna post kan dessutom ersättning för outnyttjade produktions-medel utgå.⁴⁰

2. Marknadsskador

Marknadsskador är skador som drabbar rättighetsinnehavarens produkt genom att dess rykte försämras eller att namnet urvattnas, s.k.

³⁷ von Heidenstam, NIR 2000/2 s. 132 ff, s. 134.

³⁸ Ibid. Se även RH 1990:68 (La Copie) och RH 1991:31 (Dior).

³⁹ von Heidenstam, s. 458.

⁴⁰ Karlsson, s. 378.

*goodwill*skador.⁴¹ Dessa typer av skador kan uppkomma till följd av att intrångsgörarens produkter är av sämre eller rent av undermålig kvalitet eller marknadsförs på ett för originalet främmande sätt.⁴² Marknadsskador kan generellt sett sägas innebära att varan mister sitt kommersiella värde, helt eller delvis. Ofta blir skadorna ihålliga, om inte permanenta, p.g.a. att det tar lång tid att bygga upp ett gott anseende hos konsumenterna och det kräver stora resurser bl.a. för marknadsföring. Värdet av marknadsskador kan därför uppgå till mycket stora summor. Samtidigt är de svåra att uppskatta vilket har resulterat i att förhållandevis låga ersättningar har utdömts för marknadsskador.⁴³

Ersättning för marknadsskador yrkas främst i mål om intrång i varumärke och som regel utgör de då huvuddelen av rättighetsinnehavarens totala skada. I mönster- och upphovsrättsliga mål brukar det dock inte vara marknadsskadorna som utgör den huvudsakliga förlusten utan ekonomiska skador i form av förlorad försäljning.⁴⁴

2.5 Vilken ersättning utgår?

2.5.1 Skälig ersättning

Enligt samtliga immaterialrättsliga lagar har rättighetsinnehavaren vid ett intrång i första hand rätt att få *skälig ersättning* för utnyttjandet. Bestämmelsen fungerar som en minimiregel vid beräkning av ersättningen och utgår från en grundläggande uppfattning om att varje utnyttjande av en immateriell tillgång skall kompenseras. Sådant vederlag skall betalas även om rättighetsinnehavaren faktiskt inte har lidit någon förlust till följd av intrånget och är därför mer att anse som ett vederlag än ett skadestånd. Ersättningen grundar sig på den licensavgift som borde ha betalats om licens hade upplåtits. Storleken av licensavgiften avgörs med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och efter grunder som vanligen tillämpas inom den aktuella branschen vid överenskommelser om licensavgift.⁴⁵

Som ovan nämnts skall viss kompensation till rättighetsinnehavaren även utgå när intrång sker i god tro. Detta vederlag bestäms på samma sätt som den skäliga ersättningen, dvs. närmast som licensavgift. I vissa fall kan det vara rimligt att ingen ersättning alls betalas och i andra fall kan det finnas skäl att jämka ersättningen. Någon rätt till ersättning för annan skada föreligger inte i ett godtrosfall.⁴⁶

⁴¹ Definition på goodwill, se 3.1.

⁴² von Heidenstam, s. 135.

⁴³ Koktvedgaard/Levin, s. 457.

⁴⁴ Koktvedgaard/Levin, s. 456 f.

⁴⁵ Prop. 1960:17, s. 291, prop. 1993/94:122, s 50 f.

⁴⁶ Prop. 1993/94:122, specialmotiveringen till 38 § 2 st. VmL.

2.5.2 Ersättning för ytterligare skada/annan förlust

I de fall intrånget begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet har rättighetsinnehavaren rätt till ersättning utöver den skäliga ersättningen om han kan visa att han lidit *ytterligare skada/annan förlust*. I VmL, FL och ML hänförs under posten ytterligare skada både de ekonomiska skadorna, förlorad handelsvinst och interna kostnader, samt marknads-/goodwillskadorna. Det är således under denna punkt som det egentliga skadeståndet döms ut.⁴⁷ Med uttrycket ytterligare skada vill lagstiftaren markera att den skadelidande inte skall kunna erhålla dubbel ersättning för sin skada. Endast om den totala skadan överstiger den ersättning som utgår för själva utnyttjandet, kan ytterligare ersättning bli aktuell.⁴⁸

Konstruktionen ser något annorlunda ut i URL. Enligt 54 § 2 st. URL skall ersättning utgå *för annan förlust än uteblivet vederlag samt för lidande eller annat förfång*, s.k. allmänt skadestånd. Med ”annan förlust än uteblivet vederlag” avses skada av ekonomisk natur såsom marknadsstörningar i form av förlorad försäljning, samt interna kostnader och förlust av goodwill. Med ”lidande eller annat förfång” åsyftas personligt obehag eller olägenheter för den enskilde upphovsmannen, s.k. ideell skadestånd.⁴⁹ Dessa bestämmelser om ersättning för icke-ekonomisk skada har haft sin störta användning vid kränkning av upphovsmannens ideella rätt enligt 3 § URL.⁵⁰

I såväl VmL:s som ML:s och FL:s skadestandsregler finns en bestämmelse som ger domstolen möjlighet att när den bestämmer skadeståndets storlek ta hänsyn till rättighetshavarens intresse av att varumärkesintrång inte begås och övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Syftet med regeln är att domstolen skall kunna beakta andra faktorer än rent ekonomiska och på så sätt kunna döma ut en högre ersättning för intrånget. De omständigheter som kan komma i fråga vid bedömningen hänför sig både till parternas över- eller underläge, intrångsgörarens vinst, arten och graden av intrånget, dvs. om intrånget begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet samt till rättighetsinnehavarens eventuella goodwillförluster.⁵¹ Denna typ av ersättning är ej detsamma som det ideella skadeståndet i upphovsrättslagen vilket kan sägas bygga på det känslomässiga band som finns mellan upphovsmannen och hans verk.⁵²

⁴⁷ von Heidenstam, s. 134.

⁴⁸ Koktvedgaard/Levin, s. 458.

⁴⁹ Olsson, Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar, s. 374. Se även Hovrätten över Blekinge och Skåne mål B 99-98 (Kopiering av datorprogram), s. 6. Se vidare ang. uppdelningen av skadorna inom upphovsrätten under 3.4.

⁵⁰ Koktvedgaard/Levin, s. 461. Se vidare om upphovsmannens ideella rätt och det skydd för goodwill som detta innebär under 3.4.

⁵¹ Prop. 1985/86:86, s. 44.

⁵² Koktvedgaard/Levin, s. 138, 460 f.

2.6 Jämkning av skadestånd

Enligt den allmänna jämningsregeln i SkL 6:2, som är tillämplig även på skadeståndsregler i speciallagar, kan domstolen i vissa fall jämka skadeståndsbeloppet. Jämkning kan ske efter en skälighetsbedömning där hänsyn tas både till att skyldigheten att utge skadestånd skulle vara oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden och till den skadelidandes behov av skadestånd. Normalt krävs det mycket starka skäl för att jämkning skall få ske med stöd av SkL 6:2. Huvudregeln är att jämkning ej skall kunna ske vid uppsåtliga brott men om starka skäl talar för det i övrigt kan jämkning likväl ske.⁵³ En möjlighet finns också att jämka enligt 2 § 4 kap. SkL om intrångsgöraren är under 18 år. Skadegöraren skall då ersätta skadan i den mån det är skäligt med hänsyn till bl.a. hans ålder, handlingens beskaffenhet och hans ekonomiska förhållanden. I ett mål från Huddinge TR från år 2000⁵⁴ som gällde intrång i upphovsrätt till datorprogram av en då 16 årig pojke uttalade TR att möjlighet att jämka fanns enligt både 2:4 och 6:2 SkL. Svarande hade uppgivit att han skulle ha svårt att betala det belopp som han medgivit om 35 000 kr. Han ålades nu en skadeståndsskyldighet om 123 272 kr. TR framhöll dock att svarande hade fällts till ansvar för uppsåtliga brott mot URL. Svaranden hade begått intrång i stor omfattning trots att han måste ha känt till att piratkopiering av dataspel är ett växande problem som kan leda till stora ekonomiska skador för rättighetsinnehavaren. Sett i ett större sammanhang ansåg TR att det var av stor vikt att enskilda upphovsrättsinnehavares skador i varje enskilt fall ersattes så lång som möjligt av den skadevällande. TR fann därför inte skäl att jämka.

Tidigare fanns i både VmL och ML en möjlighet till jämkning vid fall av ringa oaktsamhet. I förarbetena till de lagändringar som skedde 1994 påpekades att den bakomliggande orsaken till förändringarna var en strävan efter att markera intresset av att kompensera rättighetshavaren fullt ut för varje intrång. Möjligheten till jämkning vid ringa oaktsamhet stämde ej överens med denna strävan och reglerna togs därför bort.⁵⁵

⁵³ Hellner, s. 160.

⁵⁴ Huddinge TR T 1989-00.

⁵⁵ Prop. 1993/94, s. 50.

3. Goodwill

3.1 Definition

3.1.1 Ekonomisk definition

Begreppet goodwill utvecklades ursprungligen i den ekonomiska litteraturen. Inom företagsekonomi används goodwillbegreppet vid företagsvärdering och företagsförvärv. Ett företags goodwill kan sägas vara lika med skillnaden mellan värdet av hela företaget och det marknadsmässiga värdet av de enskilda tillgångarna minskat med skulderna. Det värde som då framkommer ger uttryck för företagets marknadsställning, personalens kompetens, produktutveckling osv. Vid företagsförvärv definieras goodwill ofta såsom framtida ekonomiska fördelar. De kan bestå av fördelar som uppkommer vid samordning av identifierbara tillgångar eller tillgångar som inte var för sig uppfyller kriterierna för att redovisas i balansräkningen men som företaget har betalat för vid förvärvet. En sådan tillgång är exempelvis värdet av varumärken. Internt upparbetad goodwill redovisas inte som en tillgång i balansräkningen. Skälen till det är att anskaffningsvärdet inte kan beräknas på ett tillförlitligt sätt och att det inte är en identifierbar tillgång som företaget har kontroll över.⁵⁶

3.1.2 Juridisk definition

Det juridiska goodwillbegreppet skiljer sig från det företagsekonomiska och är inte heller lika bestämt formulerat som detta. Det finns ingen juridisk definition av goodwill som fått allmän acceptans världen över. I litteraturen går det att återfinna flera beskrivningar av goodwillens olika karaktäristiska drag men det finns ännu ingen bestämd definition.⁵⁷

Även inom juridiken kan goodwill sägas bestå av en rörelses värde utöver värdet på materiella och finansiella tillgångar. Det juridiska begreppet är dock snävare än det ekonomiska. I den ekonomiska definitionen innefattas organisations- och humankapital, något som juristen ej inbegriper i goodwillbegreppet. Inom juridiken anses goodwill traditionellt bestå av:

- Anseende och renommé
- Särskiljningsförmåga⁵⁸

⁵⁶ FAR 2001, s. 742 ff, Modern Economics dictionary.

⁵⁷ Pretnar, What is goodwill in IP law.

⁵⁸ Borgenhall, Reparation vid varumärkesintrång, NIR 2000/2 s. 153 ff, s. 154.

Ett anseende byggs normalt upp genom att företag och varumärken tillhandahåller produkter av kvalitet och att det även i övrigt uppträder på ett trovärdigt sätt. Genom att agera på ett sådant sätt kombinerat med god marknadsföring och fördelaktig publicitet kan ett företag skapa ett gott anseende för sin firma. Allmänheten bildar sig en välvillig inställning till företaget och kopplar samman denna positiva bild med företagets varumärke och produkter och väljer hellre dessa framför konkurrenternas. Detta anseende som företaget skapar bygger således normalt på ett gott rykte och visar sig genom en bestående eller växande kundkrets.⁵⁹

Trots att det saknas en klar och enhetlig definition, torde det vara en tämligen allmänt accepterad uppfattning att anseende och särskiljningsförmåga utgör de två mest centrala delarna av goodwill. Flertalet definitioner av goodwill tar också sin utgångspunkt i dessa begrepp. I svenska ordböcker definieras goodwill som:

Svenska Akademiens Ordlista: *”det goda anseende som ett företag åtnjuter”*

Bonniers ordbok: *”det rykte eller välvilja samt den fasta kundkrets som ett företag åtnjuter”*.

En sådan definition som i de svenska ordböckerna synes i stor utsträckning även vara internationellt godtagen. I amerikanska lexika beskrivs goodwill på följande sätt:

Barron's Dictionary of Legal Terms: *“an intangible but recognized business asset which is the result of such features of an ongoing enterprise as the production or sale of reputable brand name products, a good relationship with customers and suppliers and the standing of the business in its community.”*

Webster's dictionary: *“the favour or prestige that a business has acquired beyond the mere value of what it sells.”*

Flera författare har formulerat sina definitioner av goodwill med utgångspunkt i anseende och särskiljningsförmåga. Den amerikanske författaren Richard Stim har definierat goodwill som:

*“the tendency or likelihood of a consumer to repurchase goods or services based upon the name or source of the goods or service”*⁶⁰

Enär det centrala i goodwill är anseende och förmåga att utmärka sig bland övriga produkter, skulle man kunna se goodwill som ett *egenvärde*. Produkten erhåller ett mervärde utöver själva innehållet i varan som gör att konsumenten lägger vikt vid att produkten härstammar från ett visst

⁵⁹ Bieniaszewski-Sandberg, Goodwillskyddet enligt svensk immaterialrätt och marknadsrätt, s. 8.

⁶⁰ Richard Stim, Intellectual Property, s. 273.

företag, varumärke eller upphovsman.⁶¹ Genom att ett egenvärde skapas för produkterna kan en märkeslojalitet skapas hos konsumenterna. Ett annat sätt att förklara goodwill skulle därför på samma sätt som inom ekonomin, kunna vara ”en garanti för framtida affärer”⁶². Goodwill utgör alltså ett ekonomiskt värde, en kapitaltillgång, som tryggar rättighets-havarens avsättning. Det faktum att en firma eller produkt har ett stort goodwillvärde torde därför vara ett av företagets starkaste konkurrens-medel.

Goodwill behöver dock inte nödvändigtvis sammankopplas med produkter av god kvalitet, utan kan även skapas runt produkter av lägre kvalitet. Anseendet kan då härstamma från faktorer som jämn kvalitet eller god service. Delade meningar råder dock om huruvida goodwill alltid måste bestå i *gott* anseende eller *gott* renommé. I Svenska Akademiens ordlista talas om gott anseende men i övriga definitioner nämns bara anseende eller renommé utan att någon att det läggs någon värdering i begreppen. Pehrson menar att goodwill är ett värderande begrepp motsvarande den definition som finns i Svenska Akademiens ordlista.⁶³ I SOU 1958:10 menar dock Varumärkes- och firmautredningen att goodwill skall anses som ett värdeneutralt begrepp.⁶⁴ Löfgren ansluter sig till denna uppfattning och menar att det inte bara är varor med gott renommé som kan särskilja sig från andra och vara bärare av ett visst goodwillvärde. Att goodwill skall anses som ett värdeneutralt begrepp innebär att goodwill är en beteckning på en viss nivå av inverkan som produkten har på kundkretsen. Alla produkter som har en viss lägsta nivå av individualisering- och särskiljningsfunktion skulle därför kunna vara bärare av ett goodwillvärde. Det är en annan sak att produkter med gott anseende förmodligen har ett högre goodwillvärde än de produkter med sämre renommé.⁶⁵

I denna framställning kommer jag att utgå från en värdeneutral definition av goodwill som i överensstämmelse med ovanstående definitioner utgår ifrån objektets anseende och förmåga att särskilja sig från andra varor. En beskrivning av goodwill som jag personligen anser ger en mycket god och lättförståelig bild av begreppet återfinns i ett amerikanskt rättsfall från 1901 där domstolen beskriver goodwill på följande sätt:

⁶¹ Nordell, s. 18. Inom marknadsrätten används numera ofta termen *uppmärksamhetsvärde*. Härmed avses de värden som uppstår i form av anseende eller renommé, dvs. goodwill. Huruvida det föreligger någon skillnad mellan uppmärksamhetsvärde och goodwill är något oklart (Nordell, s. 22 ff). Ett egenvärde kan också uttryckas med termen *metavärde* som betecknar det som gör att konsumenten väljer en produkt före en annan, så som t.ex. god kundvård, rykte om god kvalitet (www.prv.se).

⁶² Ugglå, Några tankar om beräkningen av skadestånd i varumärkesmål, NIR 1988 s. 521 ff, s. 522, von Heidenstam s. 135.

⁶³ Pehrson, Varumärken från konsument synpunkt s 158 ff.

⁶⁴ SOU 1958:10 s. 222 f, 258.

⁶⁵ Löfgren, Värdering av varumärken utifrån juridiska och ekonomiska aspekter, s. 14 ff.

”Goodwill is a thing very easy to describe, very difficult to define. It is the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business. It is the attractive force which brings in custom. It is the one thing which distinguishes an old established business from a new at its first start.”⁶⁶

3.2 Hur uppkommer goodwill

Som framgått ovan kan flera olika omständigheter leda till att det byggs upp ett goodwillvärde runt en produkt eller ett företag. Det finns dock ett antal åtgärder som traditionellt sett brukar användas för att åstadkomma goodwill.

Det första som företagaren måste göra för att skapa ett anseende är att skapa något slags utmärkande kännetecken så att allmänheten kan särskilja företaget från dess konkurrenter. Sådan särskiljningsförmåga åstadkoms i första hand genom företagets firma och dess varumärke. Också utformningen av en vara kan bidra till att särskilja näringsidkarens varor. Formgivningen av varan och dess förpackning utgör ett viktigt medel för att attrahera kunder och kan ge signaler om att varan kommer från ett väl ansett företag. Även design och förpackningens utformning utgör således en del i skapandet av goodwill.

En mycket viktig förutsättning för att ett goodwillvärde skall byggas upp är att produkterna är funktionsdugliga. Därutöver är varans kvalitet mycket viktig. Kvaliteten bör företrädesvis vara hög men mest betydelsefullt är att kvaliteten är konstant. Också service och garantiåtaganden gentemot kunderna är mycket betydelsefulla. Dessa faktorer kan ytterligare förstärka det goodwillvärde som byggs upp runt väl ansedda märken av god kvalitet men för produkter av sämre kvalitet kan de utgöra en av de viktigaste beståndsdelarna vid uppbyggande av goodwill. Av störst vikt torde dock marknadsföringen av produkterna vara. Genom reklamkampanjer och andra marknadsföringsåtgärder kan företagaren förmedla de associationer som han vill att omsättningskretsen skall koppla till varorna såsom viss klass eller image.⁶⁷

Genom att vidta åtgärder av det slag som beskrivits ovan, kan ett mervärde för produkterna skapas. Detta kan i sin tur leda till att en märkeslojalitet etableras. Ett goodwillvärde är sålunda skapat med en garanti för framtida affärer. Att åstadkomma goodwill sker dock inte över en natt, utan det tar normalt lång tid att bygga upp ett sådant anseende hos konsumenterna.

⁶⁶ Marchall v. Sidebotham (1901) 18 R.P.C. 43, citat från Knoph, Åndsretten, s. 365.

⁶⁷ Melin/Urde, Märkespyramiden - varumärket som strategisk tillgång, NIR 1990 s. 398 ff, s. 400.

3.3 Goodwill hos varumärken och firma

Varumärket och firman har i stort sett samma ändamål, trots att de formellt sett har olika funktioner. Båda syftar de till att vara ett individualiseringsmedel och ett kännetecken - varumärket för produkter och firman för en verksamhet. Ett varumärke eller en firmas roll som kännetecken avser att fylla två funktioner. Det avser dels att ge en grund för vägledning av konsumenter men det utgör dessutom en bas för känneteckenshavaren för att bygga upp sin goodwill. För att bygga upp ett företags goodwill spelar varumärket en mycket viktig roll. Varumärket utgör en länk mellan företaget och dess kunder, vilket medför att varu-märket kan bidra till att öka företagets goodwill. Kundernas igenkännande och positiva uppfattning om ett varumärke är en av de starkast bidragande faktorerna till ett företags uppbyggande av goodwill. Ett goodwillvärde kan dock skapas även runt själva märket skilt från det bakomliggande företaget. Nu för tiden är det svårt att dra en skarp linje mellan firma och varumärke. Många företag registrerar nämligen sin firma som varumärke, såsom t.ex. Astra, Findus, Nokia och Volvo⁶⁸ och samlar därigenom sin goodwill under ett och samma kännetecken.⁶⁹ Med tanke på likheterna mellan firma- och varumärkesrätten kommer det som i fortsättningen sägs om varumärken i stort sett att kunna tillämpas även på en firma.

Ett varumärke besitter ett antal funktioner vilka från rättighetsinnehavarens perspektiv samtliga spelar en viktig roll i uppbyggande av varumärkets goodwill.

1. Individualiseringsfunktionen

Den mest grundläggande funktionen hos varumärket är individualiserings-funktionen. Ett varumärkes främsta uppgift kan sägas vara att särskilja varor som en näringsidkare tillhandahåller från varor som tillhandahålls av andra näringsidkare.⁷⁰ Särskiljningsförmågan är viktig av flera skäl. Enligt 13 § VmL kan ett varumärke som inte kan skiljas från övriga näringsidkares ej registreras. Funktionen är dessutom av grundläggande vikt för att varumärket skall kunna konkurrera med andra näringsidkares varor av samma eller liknande slag. Särskiljningsförmåga kan åstadkommas dels genom användning av speciellt utmärkande utformning av olika visuella kännetecken, såsom typsnitt eller förpackning eller genom att använda mindre utmärkande kännetecken men omfattande marknadsföring av varumärket.⁷¹ Individualiseringsfunktionen är tveklöst den viktigaste funktionen hos ett

⁶⁸ www.prv.se/vmi/.

⁶⁹ Koktvedgaard/Levin, s. 397.

⁷⁰ Individualiseringsfunktionen kommer till uttryck i 1 § VmL som definierar varumärkets funktion ”såsom särskilt kännetecken för att från andra varor skilja sådana varor, som han tillhandahåller i sin rörelse”.

⁷¹ Melin/Urde, s. 403.

varumärke och är den som utgör grunden för de övriga funktioner som märket innehar.

2. Ursprungsangivelsefunktion

Ett varumärke har också till uppgift att upplysa kunderna om var ifrån produkterna kommer. Denna ursprungsangivelsefunktion innebär att ett varumärke ger information om att alla varor som är försedda med detta märke har samma kommersiella ursprung.⁷² Ursprungsangivelsefunktionen är av mycket stor betydelse för att kunna bygga upp ett goodwillvärde. Att kunderna kan sluta sig till att en produkt märkt med ett visst varumärke har samma kvalitet och egenskaper som andra produkter med samma varumärke är grundläggande för att bygga upp ett anseende hos konsumenterna. Är varumärket välkänt, lägger kunderna inte bara märke till, utan eventuellt också vikt vid, att produkten är av det aktuella märket.⁷³

Det kommersiella ursprunget behöver inte nödvändigtvis hänvisa till ett visst företag. Varumärken kan fritt överlätas och licenseras ut, och kan då eventuellt även användas för andra typer av varor.⁷⁴ Varumärkets uppgift är egentligen inte att ange vem som faktiskt tillverkat varan utan att särskilja innehavarens varor från andra näringsidkares varor. Ursprungs-funktionen kan därför sägas endast hänvisa till en bestämd men anonym varumärkesinnehavare.⁷⁵ I de fall där innehavaren av varumärket är densamme som tillverkaren av varan eller då varumärket är identiskt med innehavarens firma, som t.ex. Volvo, kan den goodwill som skapas runt varumärket även bidra till att firmans goodwill stiger.⁷⁶ I de fall där varumärket inte ger någon information om innehavarens firma, måste den goodwill som alstras anses tillkomma endast själva märket.

3. Garantifunktion

Ett varumärke har också funktionen som en garanti för kunden att varan svarar mot de förväntningar som kunden har på produkten. Kunderna skall kunna lita på att en produkt med ett visst märke är av samma kvalitet och har samma egenskaper som andra produkter märkta med det aktuella varumärket. Oavsett om varumärket står för låg eller hög kvalitet så vet kunden vad han kan förvänta sig av produkten.⁷⁷ Även garantifunktionen är av betydande vikt för att bygga upp goodwill. Det goda anseende som byggs upp runt ett varumärke på grund av dess egenskaper och kvalitet skulle sjunka väsentligt om kvaliteten på produkten försämras. För att bygga upp och bevara goodwill är det därför av grundläggande vikt att näringsidkaren, om inte höjer, så i vilket fall bibehåller kvaliteten och egenskaperna hos märkta varor. Genom att värna om varumärkets funktion som garant för produktens kvaliteter, kan

⁷² Tiili, Om varumärkets funktioner, NIR 1970, s. 240 ff, s. 241.

⁷³ Löfgren, s. 24, Koktvedgaard/Levin, s. 335.

⁷⁴ 32 och 34 §§ VmL.

⁷⁵ Pehrson, s. 34.

⁷⁶ Koktvedgaard/Levin, s. 397.

⁷⁷ Tiili, s. 242 f.

näringsidkaren upprätthålla en värdefull märkestrohet från kundernas sida.⁷⁸

4. Reklamfunktion

Från det informativa reklamvärde som garantifunktionen kan sägas äga särskiljs varumärkets s.k. reklamfunktion. Med reklamfunktion avses den förmåga med vilken ett varumärke i sig självt kan attrahera köpare. Ett reklamvärde kan uppkomma på olika sätt, t.ex. genom konsumenternas egna upplevelser av varan eller genom att varumärkets utseende, i fråga om form och färg, är sådant att det väcker uppmärksamhet. Det mest effektiva sättet att skapa ett reklamvärde på är dock genom marknadsföringsåtgärder. Med hjälp av väl genomtänkta reklamkampanjer och annan typ av publicitet kan rättighetshavaren skapa associationer kring varumärket hos kundkretsen vilket kan leda till att det skapas ett visst anseende, image, eller m.a.o. goodwill, hos märket. De associationer som näringsidkaren vill att märket skall förknippas med kan vara värden som t.ex. status, prestige, elegans eller "tuff" utstrålning. Syftet med att söka skapa ett reklamvärde för sitt märke är att få kunden att identifiera sig med den image som skapas runt märket och därigenom påverka deras köpbeslut.⁷⁹

Produkter runt vilka det bildas ett starkt reklamvärde och därigenom en stark goodwill kan erhålla ett egenvärde. Varumärket har då blivit så väl ansett på marknaden att det inte längre ses som en symbol för en specifik vara utan som en symbol för exempelvis kvalitet och klass som kan användas även inom andra områden än produktens ursprungliga marknad.⁸⁰ Den omständigheten att ett varumärke har ett stort reklamvärde torde många gånger vara en näringsidkares mest värdefulla tillgång, samtidigt som det är en av de främsta anledningarna till att andra personer lockas att göra intrång i varumärke.⁸¹

Sammanfattningsvis kan konstateras att varumärkets alla funktioner har stor betydelse för uppbyggandet av goodwill. Genom varumärkets funktioner kan de faktorer som leder till att ett goodwillvärde skapas (se ovan kap. 3.2) förmedlas till konsumenterna. Genom garantifunktionen garanteras en beständig kvalitet, ursprungsfunktionen gör att kunden vet vad som kan förväntas av varor märkta med samma varumärke, i form av exempelvis vissa egenskaper eller service gentemot kunden, och reklamfunktionen kan förmedla den önskade image som rättighetshavaren vill skall associeras med märket. Ju fler funktioner som varumärket fyller desto större goodwill kan det följaktligen generera. När det gäller frågan om ett visst varumärke kan anses vara i besittning av ett goodwillvärde, brukar sägas att om intrång görs i ett varukännetecken,

⁷⁸ Löfgren, s. 28.

⁷⁹ Tiili, s. 244, Bieniaszewski-Sandberg, s. 11.

⁸⁰ Koktvedgaard/Levin, s. 336.

⁸¹ Tiili, s. 245 f.

kan man i de flesta fall utgå ifrån att kännetecknet har ett goodwillvärde; annars skulle det olovliga utnyttjandet av det inte komma i fråga.⁸²

3.4 Goodwill hos upphovsrättsliga verk

Goodwill kan inte bara alstras hos ett företags firma eller varumärke, utan även hos andra typer av immateriella tillgångar. Under upphovsrätten skyddas litterära och konstnärliga verk såsom, t.ex. datorprogram, musikaliska verk, filmverk och fotografiska verk. Även runt sådana produkter kan det skapas ett anseende eller image som resulterar i ett goodwillvärde för produkten. Goodwill hos upphovsrättsliga verk kan uppkomma dels genom att själva verket bygger upp ett gott anseende på marknaden och dels genom att upphovsmannen till skapelsen har ett gott renommé vilket smittar av sig på hans verk.⁸³ Som exempel på verk som relativt lätt kommer i åtnjutande av goodwill kan nämnas seriefigurer och reklamalster, dvs. bilder och slogans osv. som används i reklam.⁸⁴ Sådana alster får i regel en stor spridning och kommer ofta i åtnjutande av en välvilja hos allmänheten. P.g.a. av den igenkänningsfunktion som dessa verk bygger upp, skulle en jämförelse kunna göras med varumärken och dess funktioner. Om verket blir ett kännetecken med en särskiljande funktion, kan det tänkas att verket även kommer i besittning av en ursprungsangivelsefunktion som informerar var verket kommer ifrån, en garantifunktion som signalerar att varan är av viss kvalitet samt en reklamfunktion som gör att verket självt kan attrahera köpare. Att seriefigurer och reklamalster kan komma att uppnå en kännetecknande funktion är inte svårt att sluta sig till, men även andra typer av verk, såsom datorspel och jackorna i det s.k. Kriss-fallet⁸⁵ kan erhålla en mycket särskiljande funktion. I sammanhanget kan även observeras att flera figurer och reklamverk p.g.a. deras förmåga att fungera som kommersiella kännetecken, även registreras som varumärken. Som exempel härpå kan nämnas Tom & Jerry, Musse Pigg, Kalle Anka och Långben samt Åbro Bryggeriers slogan ”livet har sina ljusa stunder” och Nokias ”connecting people”.⁸⁶ Eftersom upphovsrätten är tidsbegränsad och inte skyddar mot andras senare självständiga prestationer så kan fördelen härmed vara att rättighetshavaren kan känna sig helt säker på att han har ett rättsligt skydd för sitt verk.

I jämförelse med varumärken förefaller det dock inte betraktas som lika självklart att ett upphovsrättsligt verk kan vara innehavare av goodwill. Ett tecken på detta är att det generellt sett inte är lika vanligt att krav på ersättning för goodwillskador framförs i mål om intrång i upphovsrätt

⁸² Prop. 1993/94:122, s. 66.

⁸³ Nordell, Rätten till det visuella, s. 419, 423.

⁸⁴ Ibid, s. 79 f, 87 f.

⁸⁵ RH 1997:13.

⁸⁶ <http://www.prv.se/vmi/>.

som i varumärkesrättsliga mål. Anledningen härtill är troligtvis att det är svårare att bevisa att det aktuella verket är innehavare av ett goodwillvärde vilket kommit till skada i och med intrånget.⁸⁷

Upphovsrättens ekonomiska och ideella skydd för goodwill

På upphovsrättens område existerar det två former av skydd för goodwill. Det ena avser precis som inom övrig immaterialrätt, att bereda skydda åt de ekonomiska intressena i det föremål som är utsatt för intrånget, dvs. själva kännetecknet, mönstret eller verket. Upphovsrätten är dock speciell så till vida att det i regel finns en stark koppling mellan upphovsmannen och det verk som han har skapat. För att värna om detta personliga och känslomässiga band har upphovsmannen enligt 3 § URL även en ideell rätt till sitt verk som består av en rätt att bli namngiven i samband med att verket utnyttjas samt rätt att motsätta sig kränkande behandling av verket.⁸⁸ Den ideella rätten innefattar således ett skydd för *upphovsmannens* goodwill genom att tvinga användare att ange skaparens namn, vilket har stor betydelse för uppbyggandet och bevarandet av goodwill, och genom att motverka att ett verk offentliggörs på ett sätt som kan vara kränkande för upphovsmannens renommé.⁸⁹ Av störst betydelse för bevarandet av goodwill torde skyddet mot kränkande behandling av verket vara. För att en kränkning av denna ideella rättighet skall vara för handen krävs att *handlingen är kränkande för upphovsmannens anseende eller egenart som upphovsman*.⁹⁰ Ersättning för sådan skada ersätts ofta enligt 54 § 2 st. URL så som ersättning för lidande eller annat förfång. Denna form av kränkning kan dock även utlösa ersättningskrav för skäligen vederlag för utnyttjandet och ersättning för annan förlust än uteblivet vederlag.⁹¹

Vid intrång i upphovsrätt kan således två former av goodwillskada uppkomma. Den ena är att hänföra till den ekonomiska rätten till verket och den andra till upphovsmannens ideella rätt.⁹² Huruvida det går att göra en uppdelning av om en skada anses innebära en kränkning av den ideella eller den ekonomiska rätten förefaller enligt min mening vara mycket beroende av vilken typ av alster som är föremål för intrånget. Vissa verk såsom musik- och konstverk har en väldigt stark koppling till upphovsmannen bakom skapelsen. En goodwillskada på själva verket, exempelvis p.g.a. att en kopia är av dålig kvalitet, går i större utsträckning direkt ut över upphovsmannen och kan helt och hållet sägas innebära en kränkning av hans ideella rätt. Vid kopiering av t.ex. spel och datorprogram, vilka i regel inte har en lika stark koppling till den bakomliggande upphovsmannen (även om upphovsrätten tillkommer det tillverkande företaget), stannar enligt min mening den goodwillskada

⁸⁷ Tingsfiskalen Adrian Engman, Stockholms TR, avd 7.

⁸⁸ Olsson, s. 75 f.

⁸⁹ Förmell/Jilmstrand, s. 11.

⁹⁰ Olsson, s. 77.

⁹¹ Koktvedgaard/Levin, s. 461.

⁹² Svea HovR DT 45 T372-01, Hovrätten över Skåne och Blekinge B 99-98.

som uppstår i större utsträckning hos själva produkten. Min uppfattning är att den bristfälliga kvaliteten hos en kopia av ett verk som inte har ett starkt band till sin upphovsman inte på samma sätt som vid t.ex. musikaliska verk kan sägas innebära en kränkning av upphovsmannens anseende. I denna uppsats har jag av utrymmesskäl valt att avgränsa mig till att endast behandla de goodwillskador som innebär skada på rättighetshavarens ekonomiska rätt. P.g.a. att det många gånger är svårt, och dessutom föga meningsfullt, att försöka göra en skarp gränsdragning mellan goodwillskador som innebär en skada på den ekonomiska rätten och de som innebär en skada på den ideella rätten kommer jag även att behandla fall där en sådan uppdelning av skadan svårligen kan göras och där goodwillutnyttjandet både skulle kunna ses som en kränkning av den ekonomiska- så väl som en ideell rätt.⁹³ Jag har dock valt att avstå från att behandla fall med klar ideell karaktär såsom fall där respekträtten kränkts genom publicering av verken i kränkande sammanhang.

3.5 Goodwill hos mönster

Mönsterrätt är en skyddsform inom industriellt rättskydd, för skydd av produkters utseende eller del av det så som linjer, färger, former, ytstrukturer eller material.⁹⁴ Ett mönster kan inbegripa allt från utseendet på en bil, en form på en förpackning till en annorlunda tandborste eller blommorna på en tapet.⁹⁵ En viss överlappning föreligger mellan upphovsrätt och mönsterrätt, eftersom båda områdena kan skydda en produkts utseende och design. I mönsterrätten finns dock inget krav på konstnärlighet, vilket innebär att även utseendet hos rent tekniska och funktionella produkter kan skyddas. Krav uppställs dock på att formen inte uteslutande är beroende av den tekniska funktionen eftersom det inte är själva funktionen som sådan, frigjord från formen, som skall skyddas enligt ML.⁹⁶

Också ett mönster kan vara besittare av ett goodwillvärde.⁹⁷ Designen på en produkt kan vara särskilt utmärkande och utgöra ett viktigt marknadsföringsinstrument för en vara. När mönstret har en sådan utmärkande design, skulle mönstret kunna jämföras med varumärket. Genom att det får en särskiljande funktion och blir karaktäristiskt för en viss näringsidkare skulle mönstret även kunna bli besittare av en ursprungsangivelse- garanti- och eventuella också en reklamfunktion. Som exempel på registrerade mönster som har en mycket särskiljande funktion kan nämnas Birkenstocks klassiska sandal. Vidare har de välkända varumärkena TOD's och Cartier registrerat utmärkande

⁹³ Exempel på ett sådant fall är NJA 1984 s. 34 (Bootlegskivor).

⁹⁴ 1 § ML.

⁹⁵ www.prv.se/guiden/monsterguiden/index.html.

⁹⁶ 4 a § 1 st nr 1 ML.

⁹⁷ SOU 2001:68, s 136, Stockholms TR T 18899-02.

ornament på deras skor och väskor.⁹⁸ Vissa rättighetshavare väljer dock istället att registrera sina produkters utseenden så som varumärken. Ett exempel härpå är Coca Colas välkända flaska.⁹⁹ Fördelen härmed kan vara att mönsterskyddet är begränsat till max 25 år medan varumärkes skyddet kan vara för evigt (jfr 24 § ML, 23 § VmL).

3.6 Rättsliga skyddet för goodwill

Traditionellt förknippas skyddet för goodwill i Sverige med de immaterialrättsliga lagarna, i synnerhet VmL. Det är dock inte bara immaterialrätten som erbjuder skydd för goodwill enligt svensk rätt utan sådant skydd påträffas även på marknadsrättens områden samt i internationella konventioner som Sverige anslutit sig till.

3.6.1 Det immaterialrättsliga skyddet

Det immaterialrättsliga skyddet för goodwill kommer till uttryck genom den *ensamrätt* som innehavaren har till sin immateriella tillgång genom 4 § VmL, 2 § URL, 5 § ML och 3 § FL. Ensamrätten till en immaterialrätt innebär att ingen annan än rättighetsinnehavaren får förfoga över den immateriella tillgången utan att innehavaren samtyckt till detta. Ensamrätten omfattar inte bara just det aktuella märket eller produkten utan innebär också ett förbud mot att någon annan näringsidkare använder ett kännetecken eller produkt som är förväxlingsbart med innehavarens rättighet. För upphovs- och mönsterrätten är detta ett skydd för att hindra efterbildning av alstren. Därför krävs att det föreligger en betydande likhet mellan alstren för att det nyare verket skall anses vara en efterapning och därmed omfattas av det äldre alstrets skyddsomfång.¹⁰⁰ Vad gäller varumärkes- och firmarätten gäller skyddet mot användning av förväxlingsbara kännetecken bara om båda märkena avser varor eller verksamhet av samma eller liknande slag, vilket exempelvis innebär att ett varumärke skulle kunna stjälas för att användas för varor av andra slag. För att motverka sådana situationer finns i 6 § VmL och 6 § FL ett utökat skydd för väl ansedda varumärken och firmor innebärande att förväxlingsbarhet kan åberopas för ett kännetecken som är väl ansett här i landet, om användningen av ett annat liknande kännetecken drar otillbörlig fördel av eller är till förfång för det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. Kraven på kändedom hos allmänheten ställs inte särskilt högt, utan det krävs endast att kännetecknet skall vara känt hos en betydande andel av dem som berörs av varorna eller verksamheten. För att användningen skall anses innebära risk för skada för rättighetsinnehavaren torde dock krävas

⁹⁸ www.prv.se/DesignregisterWeb/.

⁹⁹ www.prv.se/vmi/.

¹⁰⁰ Se RH 1997:13 (Kriss jackan) och NJA 1995:164 (Tunika), Kocktvedgaard/Levin, s 158.

att varumärket är relativt känt på marknaden samt att det finns en stor likhet mellan det gamla och det nyare märket.^{101 102}

Som ovan nämnts, existerar ytterligare ett skydd för goodwill inom upphovsrätten i och med den ideella rätt som upphovsmannen har till sitt verk.

Ett omfattande regelsystem på det immaterialrättsliga området har också tagits fram inom EU för att främja den gemensamma marknaden inom Europa. Genom Sveriges medlemskap i unionen gäller dessa regler som lag här i landet. Ett flertal direktiv har lett till att Sverige fått anpassa de immaterialrättsliga lagarna för att de skall harmoniera med övriga medlemstaters immaterialrätt.¹⁰³ Förutom harmonisering av medlemmarnas lagar har åtgärder vidtagits för att skapa en EG-immaterialrätt. Så har framför allt skett på varumärkes- och mönsterrettens områden. Genom förordningen (EEG) 40/94 om gemenskapsvarumärken har en EG-varumärkesrätt inrättats. Tanken bakom förordningen är att skapa ett EG-varumärke som genom endast ett registreringsförfarande skall vara giltigt i hela EU. Reglerna i förordningen bygger på samma ensamrättskonstruktion som i svenska VmL.¹⁰⁴ Vad gäller sanktionerna stadgas dock att det är nationell rätt som skall tillämpas.¹⁰⁵ Vid intrång i ett gemenskapsvarumärke åtnjuter goodwill således samma skydd som enligt VmL. Samma principer som gäller enligt förordningen (EG) 6/2002 om gemenskapsformgivning.¹⁰⁶

3.6.2. Det marknadsrättsliga skyddet

Även om immaterialrätten och marknadsrätten har olika skyddsintressen - immaterialrätten syftar till att rättsligt skydda intellektuella prestationer och kännetecken medan marknadsrättens till att motverka otillbörlig

¹⁰¹ I NJA 1995 s. 635 uttalade HD att 6 § 2 st VmL förutsätter att de båda kännetecknen är identiska eller i vart fall i hög grad överensstämmande. I detta fall ansågs inte varumärkena Galliano och Gaetano ha en så hög grad av likhet att det utökade skyddet för välansedda varumärken var tillämpligt. HD:s domskäl s. 643 f. Se även Kottvedgaard/Levin, s. 383 f.

¹⁰² Beträffande upphovsrätten kan det noteras att det är tillåtet att göra *parodier* på ett verk. Grunden till detta är att syftet härmed inte är att dra ekonomisk nytta av verket. Parodier på varumärken torde dock åtminstone till viss del syfta till att dra ekonomisk nytta av det märke man gör narr av. Avsikten måste ju vara att genom parodin dra extra uppmärksamhet till den egna varan. Även när det gäller varumärken är dock parodier tillåtna. En förutsättning härför är emellertid att det inte föreligger någon risk för förväxling mellan märkena enligt 4 eller 6 §§ VmL. Se t.ex. Svea HovR 24.6.1986 (Blend) och NJA 1992 s. 633 (Friskis & Svettis), (Levin, Varumärkesparodier och annan lek med andras kännetecken i ljuset av den nya Kodakregeln, s. 710 f).

¹⁰³ Ändringar skedde exempelvis 1993 i VmL med anledning av direktivet 89/104/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas immaterialrättslagar och i 2002 ML med anledning av mönsterskyddsdirektivet 98/71/EG. URL har under senare år varit föremål för ett flertal förändringar för att anpassas till EG-rätten.

¹⁰⁴ Se art 9-12 (EEG) 40/94.

¹⁰⁵ Art 14 (EEG) 40/94.

¹⁰⁶ Art 19, 29 och 89 d (EG) 6/2002.

marknadsföring - så sker det en viss överlappning mellan dessa två områden. Så sker främst på varumärkesrättens område.

Marknadsföringslagen (MFL) är tillämplig på all marknadsföring i näringsverksamhet som helt eller delvis är inriktad på den svenska marknaden. Med marknadsföring avses reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av produkter, oavsett i vilket medium eller i vilken form marknadsföringen uppträder.¹⁰⁷ MFL:s syfte är inte, såsom immaterialrättens, att förhindra att produkter eller varumärken efterbildas eller kopieras. Lagen avser istället att motverka att näringsidkare marknadsför sina varor genom att använda sig av efterbildningar av kännetecken och produkter, vilka på något sätt kan vilseleda konsumenterna. I 4 § MFL återfinns en generalklausul om otillbörlig marknadsföring enligt vilken marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenterna och näringsidkare. I uttrycket god marknadsföringssed ligger en hänvisning till de utomrättsliga normer för marknadsföring som har utvecklats inom näringslivet, såsom Internationella Handelskammarens Grundregler för reklam, normer som Marknadsdomstolen har skapat genom sin praxis samt andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenternas och näringsidkarnas intressen vid marknadsföring.¹⁰⁸ Att marknadsföringen skall vara tillbörlig innebär bl.a. att åtgärderna ej får vara ägnade att vilseleda konsumenterna, vare sig beträffande näringsidkarens egna eller konkurrenternas varor.

Genom generalklausulen i 4 § erbjuder MFL skydd mot både renommésnyltning och misskreditering. Med renommésnyltning avses situationer då en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan företagares verksamhet, produkter, kännetecken eller liknande. Det otillbörliga ligger enligt MD i att näringsidkaren genom att olovligt använda annans kännetecken drar nytta av det goda anseende och renommé som rättighetsinnehavaren genom insatser skapat för sitt kännetecken. Det är således inte tillåtet att utforma reklam och andra marknadsföringsåtgärder på så sätt att den goodwill som förknippas med annan näringsidkares företagsnamn, varumärke eller annat kännetecken utnyttjas.¹⁰⁹ Reklam får heller inte utformas så att ett annat företags namn, produkt eller verksamhet direkt eller indirekt nedvärderas. Sådan misskreditering kan ske genom en föraktfull, förlöjligande eller på något annat sätt vilseledande framställning av annan näringsidkares produkter

¹⁰⁷ Prop. 1999/2000:40 vol. 1, s. 12.

¹⁰⁸ Prop. 1994/95:123 vol. 1, s. 42.

¹⁰⁹ Nordell, s. 32. Av äldre praxis på marknadsrättens område framgår att marknadsföring ansågs innefatta otillbörlig renommésnyltning främst i fall där det varit fråga om anspelningar på eller anknytningar till mycket välrenommerade kännetecken. På senare år synes dock förhållningssättet till renommésnyltning ha ändrats i och med det s.k. Robinson-avgörandet (MD 1999:21) där marknadsföringen ansågs innefatta otillbörlig renommésnyltning trots att det inte rörde sig om ett mycket välkänt kännetecken (Nordell, s. 38).

eller verksamhet. Ett sådant förfarande innebär inte ett renodlat goodwillutnyttjande men effekterna av handlandet blir detsamma som vid en goodwillskada.¹¹⁰ Förbudet mot misskrediterande marknadsföring kan därför sägas innebära ett skydd för goodwill genom att förhindra all form av nedsmutsning av ett kännetecknens anseende.¹¹¹

Vid sidan av de allmänna kraven på marknadsföring i 4 § finns ett antal särskilda regler med konkreta förbud mot och krav på vissa marknadsföringsåtgärder. I 6 § ges regler om förbud mot vilseledande marknadsföring där det stadgas att en näringsidkare vid marknadsföringen inte får använda påståenden eller framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller annan näringsidkares verksamhet, såsom t.ex. i fråga om egna eller andras kvalifikationer, ställning på marknaden, kännetecken och andra rättigheter. I situationer som dessa utnyttjas således annans goodwill genom att en näringsidkare söker efterlikna någon annans kännetecken och därigenom vilseleda allmänheten att produkterna har samma kommersiella ursprung eller egenskaper. Ytterligare en regel som syftar till att skydda goodwill är stadgandet om förbud mot vilseledande efterbildningar i 8 §. Bestämmelsen innebär att näringsidkare vid marknadsföringen inte får använda efterbildningar - såvida de inte huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell - vilka är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Också regeln i 8 a § som anger under vilka förutsättningar jämförande reklam är tillåten innefattar ett skydd för goodwill. Jämförande reklam är i sig tillåten, men får inte ske på ett sådant sätt att det för konsumenterna framstår som om det finns ett kommersiellt samband mellan produkterna. Jämförande reklam som inte klart utpekar att det rör sig om jämförelser med annans varor, kan anses som vilseledande och därmed stridande mot MFL.¹¹²

Den som marknadsför sina varor på ett sätt som strider mot generalklausulen i 4 § kan åläggas förbud förenat med vite att fortsätta med marknadsföringen eller att vidta någon annan liknande åtgärd. Hörsammas inte ett sådant beslut kan skadeståndskyldighet bli aktuell (se 14, 19, 21 §§ samt 29 § MFL). Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot någon av de specifika förbudsbestämmelserna kan åläggas en marknadsstörningsavgift samtidigt som en sådan överträdelse är direkt skadeståndsgrundande (se 22 och 29 §§ MFL).

Genom ovanstående regler i MFL existerar det alltså ett rättsligt skydd för goodwill även inom marknadsrätten. Till skillnad från de immaterialrättsliga reglerna som syftar till att skydda själva varumärket och den ensamrätt som rättighetshavaren besitter till märket så riktar sig marknadsrätten mot själva förfarandet där ett varumärkes goodwill

¹¹⁰ Bieniaszewski-Sandberg, s. 8.

¹¹¹ Ibid, s. 32 f och 44 f.

¹¹² Nordell, s. 75 ff.

otillbörligt utnyttjas. Detta innebär att ett och samma förfarande kan utgöra intrång i varumärke samtidigt som det kan sanktioneras enligt MFL. MFL har under senare tid fått allt större betydelse som instrument för att förhindra otillbörliga marknadsföringsåtgärder och den illojala konkurrens som dessa innebär. Anledningen till detta kan vara dels en ökad konkurrens på marknaden dels en ökad medvetenhet om vikten av att marknadsföra sig. En ytterligare anledning kan vara att anseende och goodwill idag tillmätts stora ekonomiska värden vilket näringsidkarna fått klarare insikt i och därför gör större ansträngningar för att skydda sina immateriella tillgångar. Av ovanstående framgår att MFL erbjuder ett relativt effektivt skydd mot otillbörlig efterbildning och lagen har därför kommit att utgöra ett viktigt komplement till immaterialrätten.

3.6.3. Internationella konventioner

För att ensamrätten till immateriella prestationer skall kunna tillförsäkras rättighetsinnehavaren, krävs det att skyddet inte bara är nationellt, utan även kan ha verkan internationellt. Sverige har därför anslutit sig till ett antal konventioner som avser att skydda immateriella prestationer internationellt.

Pariskonventionen och Bernkonventionen

Pariskonventionen för industriellt rättsskydd (PK), vilken Sverige tillträdde år 1885, har idag ratificerats av ca 160 länder däribland EU, Kina, Ryssland och USA. Grundtanken i konventionen är att innehavaren av en immateriell tillgång skall tillförsäkras möjlighet att registrera sitt varumärke, mönster eller patent i samtliga de länder som tillträtt konventionen och länderna är skyldiga att ge samma skydd åt dessa rättigheter som man erbjuder sina egna immateriella tillgångar från det egna landet.¹¹³ Möjligheten till internationell registrering innebär dock inte att en ”världsregistrering” kan erhållas utan registreringen måste sökas i varje land för sig.¹¹⁴

Vad gäller varumärken är konventionsländerna skyldiga enligt art 6^{bis} att vägra registrering eller användning av ett varumärke som är förväxlingsbart med ett märke som anses som väl ansett i ett annat medlemsland. Bestämmelsen syftar till att motverka att kända märken ”stjäls” för att användas i andra länder och regeln innebär således ett skydd mot att den goodwill som etablerats kring varumärket otillbörligt utnyttjas och förstörs i något annat land. Betydelsen av artikeln är dock begränsad eftersom den endast är tillämplig när det välkända och det förväxlingsbara varumärket står för varor av samma eller liknande slag. I dag finns dock ett kompletterande skydd i TRIPs-avtalet (se nedan) som täcker in fall där ett välkänt märke används för varor av annat slag.

¹¹³ Prop. 1999/2000:93 vol. 1, s. 8.

¹¹⁴ Koktvedgaard/Levin, s. 43.

Ett skydd för goodwill finns även i art 10^{bis} PK om illojal konkurrens. Enligt detta stadgande förbjuds alla handlingar av beskaffenhet att, genom vilket medel det må vara, framkalla förväxling med den konkurrents företag, varor eller verksamhet. Det är vidare förbjudet att använda oriktiga påståenden i näringsverksamhet för att misskreditera andra näringsidkares varor eller verksamhet.

I Bernkonventionen för skydd för litterära och konstnärliga verk (BK) finns regler som tillförsäkrar en upphovsman samma skydd i konventionsländerna som de inhemska upphovsrättsliga verken åtnjuter.¹¹⁵ I övrigt finns det dock inga regler i denna konvention som kan ge skydd för det verkets eller upphovsmannens anseende, utan detta blir beroende av de skilda ländernas nationella lagstiftning.

TRIPs-avtalet

1994 ratificerade Sverige avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätten (TRIPs-avtalet) vilket upprättats av Världshandelsorganisationen, WTO. Avtalet har idag tillträtts av ca 140 länder, inklusive EU, USA och Kina. TRIPs-avtalet består, precis som PK och BK, av för alla medlemsländer bindande minimiregler. TRIPs-avtalet täcker dock in samtliga immaterialrättsliga områden och omfattar således både upphovsrätt, varumärken, geografiska ursprungsbeteckningar, mönster, patent och företagshemligheter. Fördraget baserar sig i grunden på PK och BK men i jämförelse med dessa tidigare fördrag så innehåller TRIPs detaljerade regler om exempelvis hur immaterialrättsliga tvister skall slitas mellan medlemsstaterna.

För varumärkesrättens del finns det även i TRIPs-avtalet ett skydd för goodwill. Skyddet består i en ensamrätt till ett varumärke motsvarande den som finns i 6 § VmL.¹¹⁶ Det stadgas också att art 6^{bis} i PK skall gälla i fråga om väl kända varumärken, men enligt TRIPs-avtalet gäller förbud mot registrering och användning av varumärken som kan förväxlas med kända märken även när det ej rör sig om samma eller liknade varor om det finns risk för att det väl kända märket kommer till skada. Genom TRIPs-avtalet har således skyddet för goodwill utökats ytterligare genom att det inte längre är möjligt att använda sig av ett redan välkänt varumärke för att få uppmärksamhet åt sina egna varor av annat slag än som märket ursprungligen använts för.

¹¹⁵ 5 art. Bernkonventionen.

¹¹⁶ 16 art. TRIPs-avtalet.

4. Olika typer av goodwillutnyttjanden

Som framgått ovan, krävs det flera olika åtgärder för att bygga upp goodwill. Goodwill tar normalt lång tid att åstadkomma och är ofta mycket kostsamt. Det krävs stora satsningar på reklamkampanjer och annan marknadsföring. Det kan därför vara lockande för näringsidkare som snabbt vill komma in på marknaden eller som ej är villiga att lägga ner stora summor på lansering av sina varor, att på ett eller annat sätt dra nytta av den det anseende och renommé som byggts upp hos någon annan näringsidkares varor. Det finns flera olika förfaranden genom vilka en näringsidkare kan tillgodogöra sig någon annans goodwill. De vanligaste tillvägagångssätten är piratkopiering och snyltning.

4.1 Piratkopiering

Piratkopiering eller counterfeiting, innebär att någon olovligen framställer reproduktioner av andra näringsidkares produkter.¹¹⁷ Det är till största delen upphovsrättsligt skyddade verk som är föremål för piratverksamhet, men kopiering av mönster och patenträtter förekommer också i stor omfattning. Traditionellt har främst exklusiva märkesvaror, såsom kläder, väskor och solglasögon, varit utsatta för plagiering. Idag är det inte bara lyxartiklar som kopieras, utan denna illegala verksamhet omfattar numera i princip alla slags varor som går att sälja. Nästan hälften av de produkter som piratkopieras utgörs av dagligvaror såsom t.ex. schampo, hudkrämer, tvättmedel, deodoranter, läkemedel, hushållsapparater, lastpallar samt reservdelar till bilar och flygplan. En ny trend är kopiering av matvaror. Beslag har skett bl.a. av piratkopierad barnmat, choklad, kaffe och läskedrycker samt olika vin- och spritsorter.¹¹⁸ Efter dagligvarorna utgörs den näst största gruppen av plagierade varor av datorprogram, CD-skivor, DVD och videofilmer.

¹¹⁷ Oftast används begreppen piratverksamhet och counterfeiting synonymt. Det finns dock delade meningar om vad ordet counterfeiting innebär. I vissa fall används counterfeiting som beteckning för endast varumärkesförfalskning och i andra fall för situationer där en varus form och varumärke eller andra särskiljande kännetecken efterbildats i syfte att kopian skall kunna tas eller uppfattas som originalet. Den senare definitionen synes vara den dominerande i Norden. Ordet piratverksamhet synes vara av mer övergripande begrepp som täcker in de flesta definitionerna av counterfeiting samtidigt som begreppet pekar på ett klart uppsåtligt beteende i eget vinningssyfte. Levin menar att counterfeiting är ett allt för diffust begrepp som är svårt att använda utan att det i varje enskilt fall förklaras vad som avses. För att undvika missförstånd förordar Levin därför att det mer allmänna ordet piratverksamhet används (Levin, Vad är counterfeiting, NIR 1986 s. 33 ff, s. 33 f, 38-47).

¹¹⁸ Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy, s. 10, 38.

Statistik från Europaparlamentet visar att pirattillverkningen av CD-skivor har ökat med 15 300 procent sedan 1999 och idag uppskattas 40 procent av alla musikinspelningar på CD eller kassetter vara piratkopior.¹¹⁹ Enligt många bedömning utgör piratkopiering av datorprogram för närvarande det största problemet när det gäller intrång i immateriella rättigheter.¹²⁰ Här sker inte bara organiserad försäljning och kopiering, utan det har blivit allt mer vanligt förekommande att kopiering av datorprogrammen i stor skala sker för slutligt bruk inom t.ex. ett företag eller en organisation. Det hävdas att de kopierade datorprogram uppgår till ca hälften av det totala antalet datorprogram som är i bruk i Sverige.¹²¹

En form av piratverksamhet existerar också på varumärkesrättens område i form av *varumärkesförfalskning*. Intrångsgöraren märker i dessa fall sina produkter med en annan näringsidkares varumärke utan att han kopierar den vara som märks.¹²² Även vid piratkopiering av en produkt använder sig skadevällaren i regel direkt av någon företagares varumärke genom att förse de olovligt framställda varor med detta märke. Normalt innebär därför piratkopiering både ett intrång i rättighetshavarens mönster, patent eller upphovsrätt samt i hans varumärke.

Piratkopiering skadar självfallet producenten av den äkta varan, både i form av uteblivna försäljningsintäkter och förlorade marknadsandelar. Därutöver innebär otillåten kopiering ett omfattande utnyttjande av den goodwill som rättighetsinnehavaren av den äkta varan har. Att ett sådant utnyttjande sker behöver inte ifrågasättas. Det är ju just den goodwill som originalvaran åtnjuter som gör den värd att kopiera. Eftersom skadevällaren i piratkopieringfallen i regel gör direkta avbildningar av rättighetsinnehavarens produkt och dessutom använder sig av dennes varumärke, torde det kunna hävdas att dessa fall är att anse som de grövsta fallen av goodwillutnyttjande eftersom det omfattar ett totalt utnyttjande av den goodwill som byggts upp runt produkten. I fall där det finns risk för att kunderna inte inser att produkterna inte kommer från originaltillverkaren kan det ses som att det rör sig om en omedelbar goodwillöverföring från den äkta varan till de falska.

Den olovliga kopieringsverksamheten är inte skadlig bara för näringsidkarna, utan är också till nackdel för konsumenterna, trots att det är kunderna som genom efterfrågan främjar verksamheten. Piratkopiering går mer eller mindre ut på att vilseleda konsumenterna med avseende på kvalitet och andra egenskaper. De piratkopierade varorna är i de flesta fall av sämre kvalitet än originalprodukten och kan i vissa fall vara så bristfällig att den inte uppfyller de säkerhetskrav som man förknippar

¹¹⁹ Arbetsdokument till KOM (2003) 46, DT495099, s. 2.

¹²⁰ Prop. 1998/99:11, s. 44.

¹²¹ Prop. 1998/99:11 vol. 1 s. 45, Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy, s. 16.

¹²² Koktvedgaard/Levin, s. 452.

med den äkta varan.¹²³ Även om konsumenten är medveten om att det inte rör sig om en originalvara är det inte ovanligt att varan är av sämre kvalitet än vad kunden kunnat förvänta sig. Vid köp av en piratkopia får kunden inte heller några garantier, service eller möjlighet att klaga vid skador. Vid köp av kopierade produkter, såsom mediciner, matvaror och reservdelar, kan det dessutom innebära en stor hälsorisk för konsumenterna att bruka varan.¹²⁴ Många gånger är det svårt, eller omöjligt, för kunden att inse att det är en kopierad vara som han köper p.g.a. att varan säljs i etablerade butiker och ser till utseendet identisk ut med originalvaran. Idag är det dessutom mer vanligt förekommande att piratkopiatörerna tar ut ett pris som ligger nära priser för originalvaran vilket tidigare varit ett sätt att särskilja en kopia från den äkta varan.¹²⁵

Omfattningen av den illegala piratverksamheten har under senare tid ökat explosionsartat. Orsaken till detta är främst den utveckling som skett inom produktionstekniken. Med användning av dagens reproduktionsteknik är det tämligen enkelt att kopiera en vara, dess förpackning eller dess varumärke, att producera en piratupplaga av en bok, en CD, DVD eller att kopiera ett datorprogram. Ytterligare en bidragande faktor till den växande marknaden är det faktum att piratkopiatörerna blivit allt duktigare på att gömma de falska varorna vid frakt till ett annat land genom att t.ex. använda sig av dubbelbottnade containrar eller att sammanblanda falska varor med stora kvantiteter av originalvaran, vilket gör det svårare för tullen att upptäcka.¹²⁶ Vidare synes piratkopieringen i större utsträckning ha professionaliserats och styrs i flera fall av större organisationer med vida förgreningar, vilka i många fall är organiserade på samma sätt som organisationer som sysslar med narkotika och vapenhandel. Man räknar med att den organiserade brottsligheten är inblandad i 65-70 procent av all pirattillverkning.¹²⁷ Det är dessutom mer lönsamt och mindre riskfyllt för piratkopiatörerna att handla med falska varor än med t.ex. droger. Försäljning av ett kilo hasch beräknas inbringa ca 2000 euro i Europa medan försäljning av 1 kg kopierade CD skivor kan inbringa ca 3000 euro.¹²⁸ Försäljning av hasch resulterar dessutom normalt i ett högre fängelsestraff än försäljning av piratkopior.

¹²³ Prop. 1998/99:11 vol. 1 s. 45.

¹²⁴ KOM (2003) 46, s. 10.

¹²⁵ Föredrag av Ann-Charlotte Söderlund vid Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydds (SFIR) konferens om Goodwillskyddets värde och omfattning den 27 november år 2002.

¹²⁶ Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy, s. 12.

¹²⁷ Arbetsdokument till KOM (2003) 46, DT/495099 s. 2.

¹²⁸ Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy, s. 15.

4.2 Snyltning

Det finns flera olika metoder för en näringsidkare att åka snålskjuts på annan näringsidkares goodwill utan att direkt kopiera dennes produkt eller varumärke. Ett av de vanligaste tillvägagångssätten för att snylta på annans anseende är att använda sig av en firma eller ett varumärke som är snarlikt det kända märket. Syftet med denna metod är att ge kunderna att en uppfattning om att det föreligger ett kommersiellt samband mellan dessa produkter eller få kunden att köpa varan i tron att det rör sig om en originalvara. I samma syfte förekommer även s.k. ”look-alikes” dvs. efterbildningar av en produkt eller förpacknings utseende samt av kända produkters reklamalster.¹²⁹ Produkterna utger sig således inte för att vara något annat än vad de är, men lägger sig så nära en annan produkt eller annat varumärke som möjligt för att få kunden att tro att det finns en samhörighet mellan produkterna eller att helt enkelt plocka fel vara från hyllan.

Ett annat sätt att dra nytta av annans goodwill är genom det förfarande som kallas för renommésnyltning. Här används en annan näringsidkares varumärke eller annat kännetecken i marknadsföring, t.ex. i bakgrunden av reklamannonser eller dylikt, för att dra ytterligare uppmärksamhet och överföra de associationer som konsumenterna förknippar med den välkända produkten till den egna varan. Som exempel på ett fall av snyltning, som dock inte ledde till några rättsliga åtgärder, kan nämnas den i massmedia nyligen omskrivna konflikten mellan Volvo och en kvinnlig deltagare från TV-serien Big Brother. Kvinnan hade på sin hemsida där hon bl.a. visar mycket lättklädda bilder, tillsammans med Volvos logotyp uppgivit Volvo som sponsor. Klickade man på logotypen kom man till Volvo AB:s officiella hemsida. Volvo hotade att stämma och menade att förfarandet innebar ett otillbörligt utnyttjande av Volvos goodwill. Volvos logotyp avlägsnades dock snabbt och inga rättsliga åtgärder vidtogs.¹³⁰

Det är inte ovanligt att en näringsidkare använder sig av annan näringsidkares kännetecken i marknadsföring av reservdelar och tillbehör samt av parallellimporterade varor. Sådan användning av annans kännetecken är tillåtet enligt VmL för att upplysa om att företaget tillhandahåller vissa varor under förutsättning att kännetecknet inte åberopas på sådant sätt, att det kan ge sken av att det som tillhandahålls kommer från känneteckensinnehavaren eller av att denne medgett kännetecknets användning (4 § 2 st VmL).

Även snyltning innefattar således ett omfattande i anspråkstagande av den goodwill som tillkommer innehavaren av immateriell rättighet. Även vid denna form av kränkning är det just den goodwill som kännetecknet

¹²⁹ Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy, s. 9, Bieniaszewski-Sandberg, s. 13.

¹³⁰ Aftonbladet den 11 november 2003.

eller verket åtnjuter som gör det attraktivt att begå intrång i rättigheterna till den immateriella tillgången. Ju närmare intrångsgöraren lägger sig i fråga om utformning och namnlighet och ju större risk det föreligger för att det skall uppfattas föreligga ett kommersiellt samband mellan näringsidkarna, desto större är det utnyttjande av goodwill som sker.

Många gånger väljer käranden istället för att stämma för intrång i en immateriell tillgång, att angripa fall av snyltning med hjälp av marknadsrätten. Som exempel på ett klart fall av snyltning som angripits genom MFL kan nämnas MD 1987:11 där Kapp Ahl genom att i en reklamkampanj anspela på och använda sig av Armanis varumärke gjorde sig skyldiga till renommésnyltning. Fallet, såsom flera andra marknadsrättsliga mål¹³¹, hade sannolikt med framgång kunnat föras som ett varumärkesrättsligt mål och gett ersättning för det otillbörliga utnyttjande av goodwill som handlingen innefattar.¹³²

¹³¹ Se t.ex. MD 1993: 9 (Boss) och MD 1987:10 (Pre-Glandin). Även MD 2000:25 som gällde renommésnyltning av sängtillverkaren Hästens ruttmönster hade kunnat föras som varumärkes-rättsligt mål då detta ruttmönster är varumärkes registrerat.

¹³² Nordell, s. 36.

5. Goodwillskador

Effekten av att någon annan använder sig av den goodwill som byggts upp runt viss produkt är i första hand att intrångsgöraren gör en otillbörlig vinst på utnyttjandet genom att han drar nytta av de satsningar som rättighetshavaren lagt ner på att lansera sin vara. Ett goodwillutnyttjande kan därför sägas innebära att någon annan skördar det som rättighetshavaren har sått.¹³³ Ytterligare en effekt av otillbörligt goodwillutnyttjande är att det kan uppstå en skada på rättighetshavarens upparbetade goodwill. En sådan skada kan generellt sett sägas innebära att kännetecknet eller varan mister sin attraktivitet och förmåga att bevara och öka sin kundkrets. I och med att goodwill skulle kunna förklaras som en garant för framtida inkomster, kan den skada som uppkommer sägas innebära en förlust av framtida inkomster. I slutänden är det alltså rättighetshavarens försäljningsresultat som kommer att påverkas av att en goodwillskada uppstår.¹³⁴ I detta kapitel skall närmare redogöras för vad en goodwillskada innebär och hur skadan har behandlats i praxis på både varumärkes-, upphavs- och mönsterrättens område.

5.1 Olika typer av goodwillskador

En goodwillskada kan manifesteras sig på olika sätt. I huvudsak skulle skadan kunna uppdelas i två typer: försämrat anseende och urvattning eller degeneration.

5.1.1 Försämrat anseende

Den vanligaste formen av skada p.g.a. ett otillbörligt goodwillutnyttjande är att kännetecknets eller produktens anseende försämras. Denna typ av skada kan orsakas bl.a. av att intrångsgörarens produkter är av sämre kvalitet, eller i vart fall annorlunda än varumärkeshavarens. Detta kan i sin tur leda till att konsumenterna inte längre litar på det aktuella kännetecknet eller produkten som en garanti för dess kvalitet och egenskaper. Det uppstår med andra ord en skada på produktens garantifunktion (jmf ovan).¹³⁵ Goodwillskador i form av försämrat anseende är inte ovanliga vid piratkopiering. När intrångsgöraren tillhandahåller kopierade varor av sämre kvalitet än originalet, kan konsumenten förknippa den bristfälliga kvaliteten med den äkta varan vilket gör att kunden inte längre kan förlita sig till varans kännetecken som en garant för dess kvaliteter.

¹³³ Ugglå, s. 522.

¹³⁴ Kom (2003) 46, s. 8.

¹³⁵ Ugglå, s. 523.

Ett försämrat anseende kan också uppstå om intrångsgöraren tillhandahåller välgjorda men billiga kopior av en vara. I Dior-målet påpekade HovR: n att kunder för vilka exklusiviteten är viktig kan tänkas bli mindre intresserade av att köpa märkesvaror om billiga kopior blev allmänt förekommande på marknaden. En skada på märkets eller produktens anseende kan då uppstå genom att dess exklusivitet och attraktionsförmåga försämras. Här är det alltså produktens reklamfunktion som kommer till skada (jmf ovan).

Skada i form av försämrat anseende kan vidare uppkomma om rättighetshavarens varor eller kopior av dessa, säljs på ett för varorna främmande sätt. För vissa typer av varor är det viktigt för deras image att de t.ex. säljs i vissa butiker eller under andra särskilda former. Som exempel på fall där ett varumärkes anseende försämrats väsentligt kan nämnas det amerikanska klädmärket Tommy Hilfiger. P.g.a. omfattande piratkopiering av märkets varor samt försäljning av dessa varor på sätt som inte stämde överens med den image som märket avsågs förmedla, försämrades varumärkets anseende väsentligt världen över. Märket förlorade sin exklusivitet och den image som märket ville förmedla samtidigt som den snabbt fick en ”billighetsstämpel” på sig. Genom stora satsningar på marknadsföring har märket idag så gott som återuppbyggt sitt anseende men deras stämpel av lågprismärke sitter nog till viss del fortfarande kvar.

5.1.2. Urvattning och degeneration

En annan typ av goodwillskada är skador på produktens distinktivitet, dvs. på kännetecknets särskiljningsförmåga. Orsaken till att ett varumärkes distinktivitet försvagas är att andra näringsidkare börjar använda kännetecknet, eller förväxlingsbara kännetecken, för sina produkter. Detta kan medföra att rättighetshavarens kännetecken eller produkter, som från början kanske har varit unika och haft en hög särskiljningsförmåga, riskerar att urvattnas och följaktligen förlora sin särskiljande förmåga.¹³⁶ Urvattning skulle därför kunna förklaras som en subtil process där goodwill överförs genom att konsumenterna omedvetet överför associationer och erfarenheter från ett äldre märke till ett yngre.

Vid ett helt okontrollerat utnyttjande kan en definitiv urvattning av kännetecknet ske, s.k. degeneration. Med degeneration avses att kännetecknet har övergått till att bli en allmän generisk beteckning för vissa typer av produkter. En sådan utveckling gör att varumärket inte längre kan användas som varumärke utan rättighetshavaren förlorar sin ensamrätt. Har varumärket degenererats kan registreringen hävas enligt 25 § 2 st VmL och det blir därmed tillåtet för var och en att använda uttrycket. Att ett utnyttjande går så långt att kännetecknet degenereras är

¹³⁶ Ugglå, s. 524.

ovanligt och har lett till relativt få fall i svensk rättspraxis.¹³⁷ Som exempel kan dock nämnas Jeep-fallet¹³⁸ från 1947 där Jeep vägrades registrering p.g.a. bristande särskiljningsförmåga. När ett kännetecken degenererats är skadan i regel irreparabel och kännetecknet måste normalt överges. Det finns dock exempel på att rättighetsinnehavaren lyckats återerövra kännetecknet, vilket till viss del skett för Jeep, men detta tar i anspråk stora summor för reklamkampanjer och andra marknadsföringsåtgärder. Skador i form av urvattning och degeneration kan inte bara ske vid intrång i varumärke utan kan även vid kränkning av rättigheterna till upphovsrättsliga verk och mönster genom att dessa tillgångar olovligen utnyttjas av andra och därmed förlorar sin distinktivitet och eventuellt degenereras.¹³⁹

Som en följd av skadans natur blir goodwillskador ofta långvariga eller t.o.m. bestående. Det tar lång tid att ändra konsumenternas inställning till en produkt och återvinna deras tillit. Av den anledningen torde goodwillförluster ofta uppgå till avsevärt större belopp än försäljningsförluster, eftersom dessa skador normalt är begränsade i tiden medan goodwillförluster sträcker sig under en mer obestämd tid. För att reparera goodwillförluster och återfå kundernas förtroende eller ta tillbaka ett urvattnat kännetecken, krävs i regel stora marknadsföringsinsatser vilket blir mycket kostsamt för rättighetshavaren.¹⁴⁰ Den långa skadepreioden tillsammans med de höga kostnaderna för att reparera skadan innebär att goodwillskador vanligtvis uppgår till mycket stora summor.

5.2 Krävs det att skada kan konstateras för att ersättning skall utgå?

Enligt 35:5 RB har domstolen rätt att uppskatta skadans storlek även om det inte föreligger full bevisning härom. Innan frågan kommer till skadans storlek, kan dock frågeställningen uppkomma om det för att skadestånd skall kunna utdömas krävs att det kan konstateras att en goodwillskada verkligen har uppstått.

Som ovan framgått kan effekterna av ett goodwillutnyttjande vara dels ett försämrat anseende och dels urvattning eller degeneration. Av praxis på området kan dock utläsas att det inte krävs att dessa skador faktiskt har uppstått för att ersättning för utnyttjande av goodwill skall utgå. Frågan som kan ställas är således med andra ord om det krävs att rättighetshavaren kan visa att hans anseende verkligen har försämrats i omsättningskretsen eller att särskiljningsförmågan har försvagats efter

¹³⁷ Kockvedgaard/Levin, s. 394 f.

¹³⁸ RÅ 1947 H 51, NIR 1946 s. 216.

¹³⁹ Stockholms TR T 18899-02 (Nokia mobiltelefonskal), se om faller under 5.5 , Kockvedgaard/Levin, s 395.

¹⁴⁰ Ugglå, s. 523.

intrånget? I exempelvis Cartier-fallet från Svea HovR¹⁴¹ utdömde domstolen ersättning endast på den grunden det förelegat *risk* för urvattning av kännetecknet. Vad gäller skada i form av försämrat anseende har jag inte stött på något fall där det direkt uttalas att ersättning utdöms p.g.a. risk för att anseendet skall försämrats. Det är dock inte ovanligt att ersättning utdöms för förlorad goodwill trots att det inte lagts fram någon närmare bevisning om vad denna skada skulle bestå i. I det s.k. Rolls-Royce-fallet från Uppsala TR¹⁴² utdömde domstolen de yrkade 50 000 kronorna för goodwillskada, trots att ingen bevisning härom lagts fram. Även i fall av urvattning har domstolarna utdömt skadestånd utan att det på något sätt visats att särskiljningsförmågan verkligen har påverkats av intrånget.¹⁴³ Domstolarna synes i större utsträckning än vad som gäller försäljningsförluster godta mindre eller ingen bevisning när det gäller goodwillskadans existens.¹⁴⁴ Genom att domstolarna är villiga att döma ut ersättning för goodwillskada, utan någon närmare bevisning om vad denna skada består i, skulle detta kunna tolkas som att det inte krävs att skadans effekter kan visas, utan det räcker med att intrånget objektivt sett *kan* anses ge upphov till en sådan skada. Ersättning skulle därför sägas utgå redan vid risk för skada. Ett annat sätt att se saken är att redan risken för att skada skall uppkomma på kännetecknets eller produktens anseende eller särskiljningsförmåga konstituerar en goodwillskada. Goodwillvärdet kan anses ha försämrats genom att fara för skada uppkommer genom intrånget. Att ersättning kan utdömas utan att en skada verkligen har konstaterats hos rättighetshavaren är dock en ganska logisk följd av goodwillskadans natur. Det handlar om skador som är mycket svåra att precisera och som inte behöver visa sig till fullo förrän efter en längre tid efter intrånget. För att ersättning skall kunna utgå i rimlig tid efter intrånget, synes det vara nödvändigt att kunna utdöma ett skadestånd utan att det måste visas att anseendet försämrats hos omsättningskretsen eller att kännetecknets eller varans distinktivitet försvagats.

Nedan företas en beskrivning av de goodwillskador som uppstår vid intrång i de olika rättigheterna tillsammans med en redogörelse för ett antal rättsfall inom såväl varumärkes- och upphovs- som mönsterrättens område vilka behandlar goodwillförluster. I de allra flesta avgöranden på området är rättens uttalanden om goodwillskador vaga. Ofta konstateras

¹⁴¹ Svea HovR DFT 34, FT 1431/90.

¹⁴² Uppsala TR 11.12.1980, NIR 1981 s. 421. Se även NJA 1985 s. 194, NIR 1985 s. 624 (EF) där domstolen, utan att någon utredning om existensen av goodwillskadan eller dess storlek lagts fram, konstaterade att intrång begåtts och att rättighetshavaren därför var berättigad till ersättning för förlorad goodwill. Även i NJA 1988 s.183 (Levis) konstaterats goodwillskada på grundval av mycket knapp bevisning. Se vidare om Rolls Royce- och Levis-fällen under 5.3.

¹⁴³ Se t.ex. Stockholms TR T 18899-02. Se vidare om fallet under 5.5.

¹⁴⁴ I RH 1991:31 (Dior) ansåg domstolen inte att kändes utredning vad gällde det försämrade försäljningsresultatet utgjorde tillräcklig bevisning för skadans storlek men konstaterade att goodwillskada uppstått trots att ingen bevisning förts om denna skadas existens.

endast att goodwillskada uppstått eller att risk förelegat för att sådan skada skulle uppstå men normalt ges ingen närmare beskrivning av vad denna skada skulle bestå i. Den följande redogörelsen utgör inte på något sätt en fullständig genomgång av praxis, utan jag har valt att lyfta fram fall som jag anser ger en god bild av goodwillskador i svensk rätt.

5.3 Goodwillskador vid intrång i varumärke och firma

Att krav på ersättning för skada på upparbetad goodwill framställs är vanligast förekommande vid varumärkesintrång. Goodwillskada och försämrat försäljningsresultat utgör normalt de två huvudsakliga skadeposterna i varumärkesmål. Att utnyttja ett varumärkes anseende synes generellt sett vara den vanligaste formen av användning av annans goodwill. Eftersom varumärket är avsett att fungera som ett kännetecken som signalerar att produkterna har ett visst ursprung och vissa kvalifikationer så förefaller det vara en ganska effektiv metod att använda ett välkänt märke för att dra uppmärksamhet till sina egna varor. Sådant utnyttjande är vanligt förekommande både i form av snyltning och piratkopiering.

NJA 1995 s. 635 - Galliano

Ett av de mest omtalade fallen av snyltning är Galliano-målet där svarande genom sin marknadsföring av likörextraktet Gaetano, påstods göra intrång i Gallianos varumärkesrättigheter. Intrånget bestod dels i att svaranden använde sig av ett kännetecken som låg nära Galliano och dessutom använde sig av etiketter som var mycket lika de på Gallianos flaska. Käranden menade att svarandes agerande syftade till att skapa förväxling på marknaden och vilseleda konsumenterna angående den egna varans kommersiella ursprung. Till följd av detta intrång förringades värdet på varumärket genom försämrad goodwill och urvattning av kärandes varumärke. I HD:s domskäl konstaterades att både namnen och etiketterna hade viss likhet men att det också fanns skillnader som fick anses vara ägnade att särskilja varorna. Därutöver hade varorna skilda distributionsformer, Galliano såldes på Systembolaget och Gaetano i livsmedelshandeln, vilket också hade en särskiljande verkan. Det torde inte heller föreligga någon större risk för att köparna uppfattade att varorna har kommersiellt samband eftersom en likörtillverkare knappast väljer att på samma marknad sälja det billigare surrogat som ett likörextrakt utgör. Däremot kunde antas att köparen i sitt köpbeslut påverkas av att svarande givit likörextrakt ett namn och en etikett som starkt påminner om namnet Gallianos. HD konstaterade därmed att svaranden genom sitt agerande otillbörligt utnyttjade Gallianos renommé. För att ersättning för utnyttjande av annans goodwill skall utgå, krävs dock att förfarandet konstituerar ett varumärkesintrång. Här påpekade HD att det vid bedömningen av om det föreligger risk för

förväxling inte är betydelsefullt om ett varumärke kan sägas snylta på ett annat varumärkes renommé. Sådan snyltning kan mycket väl förekomma utan att det finns någon som helst risk för förväxling. I detta fall ansågs att varorna var av olika varuslag och varumärkena ansågs inte vara i så hög grad överensstämmande att regeln om väl ansedda varumärken kunde tillämpas. Svarandes agerande ansågs följaktligen inte utgöra varumärkes-intrång.

NJA 1998:474 - Volvo

Praxis på området firmarätt och goodwillskador är inte omfattande. Ett fall som gällde intrång i både varumärke och firma är NJA 1998:474. I detta fall hade en bilverkstad på skyltar och vid besvarande av telefonsamtal använt sig av orden "Volvo-service" utan att Volvo AB medgivit sådan användning. Käranden påpekade att Volvo hade ett mycket stort goodwillvärde och menade att det genom verkstadens användning av kännetecknet förelegat stor risk att kunder felaktigt gavs uppfattningen att verkstaden har ett kommersiellt samband med Volvo AB. Utåt sett framstod Volvo AB som garant för de tjänster som verkstaden tillhandahöll, vilket innebar att verkstaden tillgodogjorde sig den goodwill som är förknippad med kännetecknet Volvo. HD ansåg att verkstadens användning innefattat risk för att det uppfattats som om det förelåg ett samband mellan verksamheterna och verkstaden ansågs därför ha gjort intrång i Volvo AB:s varumärkes- och firmarättigheter och otillbörligt utnyttjat den goodwill som tillkommer kännetecknet. Domstolen utdömde de 5000 kr som käranden yrkat som ersättning för goodwillskadan.

Hovrätten för Övre Norrland 3.4 1984, NIR 1985 s. 479 - Big Mac

Även det s.k. Big Mac-avgörandet gällde en form av snyltning av annans goodwill. McDonalds stämde hamburgerkedjan Max under påstående att Max genom användningen av namnet Big Max för hamburgare gjorde intrång i McDonalds ensamrätt till varumärket Bic Mac. På grund härav hade käranden åsamkats en skada bestående i att goodwillvärdet för Big Mac minskat. Skadan uppskattades till 10 000 kr. Svaranden vitsordade endast 1000 kr såsom skäligt i och för sig. HovR:n fann att Max genom användning av ett så snarlikt namn gjort intrång i McDonald's varumärkesrätt. Käranden hade uppgivit att skadan endast bestått i minskning av goodwillvärdet men hade inte lagt fram någon mer utförlig bevisning om vad denna skada skulle bestå i. Med hänsyn därtill och att bolagen endast konkurrerat inom samma marknad under en kort tid, ansåg HovR:n inte att skadeståndet borde sättas högre än vad svarande vitsordat.

Uppsala TR 11.12.1980, NIR 1981 s 421 - Rolls Royce

I det s.k. Rolls Royce avgörandet hade biltillverkaren Mazda i en omfattande reklamkampanj begagnat sig av uttrycket "Mazda 929 Legato. Familjens nya Rolls". Användningen ansågs utgöra intrång i varumärkes-rättigheterna till Rolls Royce. Käranden menade att kunderna p.g.a. intrånget kunde ha fått intryck av att det förelåg ett

kommersiellt samband mellan företagen, vilket medfört en skada på varumärkets goodwillvärde samtidigt som en risk för urvattning eller degeneration uppkommit. TR:n uttalade att användningen av varumärket skett i syfte att åstadkomma en statushöjande effekt för det egna märket. Denna användning har medfört risk för att Rolls Royce skall förlora sin särskiljningsförmåga och bli en allmän beteckning för en högklassig bil. TR:n ålade svaranden att utge de yrkade 50 000 kronorna som ersättning för denna skada. Vid uppskattningen av skadan beaktades reklamkampanjens omfattning, varumärkets höga renommé och stora känslighet för angrepp.

Kommentar: De goodwillskador som uppstår vid snyltning kan utgöras både av försämrat anseende och risk för urvattning. Ett försämrat anseende kan uppstå om rättighetshavarens varumärke hopkopplas med varor eller tjänster av sämre eller annorlunda kvalitet. Utöver de fall som redovisats för i detta kapitel, förelåg risk för sådan skada även i de ovan nämnda Levis- och Polycolor-målen¹⁴⁵ genom att kunderna kunde uppfatta att det förelåg ett kommersiellt samband mellan rättighetshavaren och parallellimportören vars verksamhet och kvalitet rättighetshavarna inte kunde svara för. Risken finns också att varumärket urvattnas eftersom märket genom att användas vid marknadsföring av andras varor förlorar sin särskiljningsförmåga kan övergå till bli en generisk beteckning för en viss typ av varor. Som exempel på fall där goodwillskadan består i risk för urvattning kan även nämnas det under 2.1 refererade Absolut Rent-målet¹⁴⁶, där ett företag genom att använda sig av namnet Absolut Rent ansågs göra intrång i rätten till varumärket Absolut Vodka. Domstolen hänvisade till att goodwillskadan hade uppkommit genom att varumärket hade urvattnats.

RH 1991:31 - Dior

Det finns ett relativt stort antal fall av intrång i varumärke genom piratkopiering. Ett välkänt fall är RH 1991:31 som gällde i varumärkesintrång genom försäljning av kopierade Dior-produkter. Rättighetshavaren yrkade på ersättning med 83 000 kr, varav 15 000 avsåg ersättning för förlorad goodwill. Goodwillskadan skulle enligt Dior motsvara ca 0,15 promille av varumärkets värde. HovR:n ansåg att den skada som åsamkats Dior genom försäljningsbortfall inte kunde antas vara stor eftersom försäljningen av de kopierade väskorna skett i tämligen liten skala. Det hade dock skett en relativt omfattande marknadsföring av de falska väskorna och domstolen ansåg därför att Dior i huvudsak åsamkats en goodwillskada. Den totala skadan uppskattades av HovR:n till 15 000 kr, huvudsakligen att hänföra till den goodwillskada som uppkommit.

RH 1990:68 - La Copie

¹⁴⁵ NJA 1998:474 (Volvo), NJA 1988 s. 543 (Levi's I), NJA 1967 s 458 (Polycolor).

¹⁴⁶ Svea HovR DT 32, T 78-97.

Företaget La Copie AB hade sålt piratkopior av välkända märkesvaror, däribland Cartier, Dior, Gucci och Louis Vuitton, i butiker i Stockholm och Malmö. I detta fall bestred svaranden ansvar bl.a. av den anledningen att allmänheten inte blivit vilseledd vid försäljningen eftersom bolaget märkt varje vara med en lapp som informerade om att det handlade om kopior av originalvaran. I TR:ns dom, som sedan fastställdes av HovR:n, uttalades att ensamrätten till varumärke innebar att annan än innehavaren inte får använda kännetecknet eller ett förväxlingsbart kännetecken för sina varor - inte ens på varor som härrörde från innehavaren och än mindre på varor som inte kom från innehavaren utan som utgjorde kopior av sådana varor. Detta skydd för varumärken kunde sägas tillgodose två ändamål. Dels kunde allmänheten lita på att produkter av visst märke är just den önskade varan och inte någon sämre efterbildning, dels bevarades den goodwill som en företagare hade byggt upp för varan. Skulle andra näringsidkare ha rätt att använda märket på sina varor om kunderna informerades om att det rörde sig om kopior skulle ensamrätten urholkas. Domstolen konstaterade att anledningen till att en näringsidkare väljer att begagna någon annans varumärke på sina varor generellt sett berodde på en vilja att dra nytta av märkets goodwill. Även om allmänheten inte blir vilseledd vid köpet så innebär förfarandet ett otillbörligt utnyttjande av varumärkets goodwill. Ifråga om den skada som orsakats rättighets-havarna uttalade TR:n att det handlade om välkända varumärken som åtnjöt stor goodwill såsom kännetecken för varor av hög kvalitet och exklusivitet. Med hänsyn dels till att försäljningen varit av liten omfattning och dels till att domstolen menade att kunder som köper de äkta varorna inte kan antas vara benägna att köpa kopior, befanns inte rättighets-havarna ha lidit någon större skada i form av försäljningsförlust. Även om försäljning varit begränsad, måste antas att svarandens användning av varumärkena medfört en viss minskning av varumärkenas goodwill och särskiljningsförmåga. Denna skada uppskattades av TR till 5000 kr per kärandebolag.¹⁴⁷

Svea HovR DFT 34, FT 1431/90 - Cartier

Cartier har vid ett flertal tillfällen varit utsatt för intrång i deras varumärkesrättigheter genom försäljning av plagierade klockor i Sverige.¹⁴⁸ I Svea HovR DFT 34, FT 1431/90 hade en mindre omfattande försäljning av falska Cartier klockor ägt rum. Käranden menade att goodwillskadan bestod i risken för att varumärket förlorade sin särskiljningsförmåga när piratkopior förekom på marknaden. Varumärket stod inte längre för exklusiva produkter av hög kvalitet, utan kunde numera förekomma på billiga kopior av låg kvalitet. Om Cartier inte bekämpade denna verksamhet riskerades varumärket att till slut degenereras och övergå till att bli en produktbeteckning för t.ex. armbandsur. Beträffande goodwillskadans storlek åberopade käranden bl.a. kostnaderna, som

¹⁴⁷ Av de rättighetshavare som yrkade på skadestånd kan nämnas Dior och Gucci som yrkade på ersättning med totalt 200 000 kr respektive 24 000 kr. Hur stor del av dessa summor som var att hänföra till goodwillskadan angavs ej.

¹⁴⁸ Se RH 1994:111 och Stockholms TR DT 411, T 7-405-93.

Cartier hade lagt ned på reklam och andra marknadsföringsåtgärder beträffande varumärket. Ersättning yrkades på totalt 6000 kr men det angavs ej hur stor del av denna summa som vara att hänföra till goodwillskadan. HovR:n uttryckte att när det gällde välkända märken som Cartier är det uppenbart att försäljning av piratkopior medförde en betydande skada på varumärkets goodwill. Det är naturligt att en sådan skada i förlängningen påverkar rättighetshavarens försäljningsresultat. Förekomsten av plagierade Cartier-klockor på marknaden har till följd att presumtiva kunder istället väljer ett annat märke som inte är föremål för piratkopiering för att undvika att folk tror att deras klocka är ett billigt plagiat. Avgörande för goodwillskadans storlek måste enligt HovR:ns mening vara under vilka omständigheter som utbudande och försäljning av de kopierade varorna sker. Exempelvis ger annonsering i regel upphov till större goodwillskador än gatuförsäljning och försäljning på platser där mycket folk passerar är allvarligare än om försäljningen sker undanskymt. HovR:n utdömde de yrkade 6000 kronorna för den totala skadan men påpekade samtidigt att endast den goodwillskada som Cartier åsamkats i vart fall uppgick till det av Cartier yrkade beloppet.

Svea HovR, DT 49, T 416/95 – Callaway golfklubbor

I Callaway-avgörandet hade försäljning skett av kopierade golfklubbor märkta med kändes varumärke. Käranden yrkade på 83 525 kr i skadestånd, varav 75 000 kr avsåg ersättning för förlorad goodwill. Käranden menade att dess varumärke var mycket välkänt bland golfare och utgjorde en garanti för varans kommersiella ursprung, dess kvalitet och egenskaper. Att uppnå denna status hade för Callaway varit förenat med stora kostnader. Käranden värderade denna skada till 75 000 kr. I TR:ns dom, vilken fastställdes av HovR:n i denna del, framhölls att varumärket måste anses åtnjuta stor goodwill såsom kännetecken för golfklubbor av hög kvalitet och exklusivitet. Genom försäljningen av falska klubbor kunde tänkas att kunder blivit vilseledda att köpa plagiat och att de äkta varorna blir mindre exklusiva i kundernas ögon. TR ansåg att skadans omfattning motsvarade det belopp som käranden yrkat. HovR:n ändrade dock, utan någon närmare motivering än en hänvisning till RB 35:5, TR:ns dom på så sätt att ersättningen bestämdes till 50 000 kr.

Kommentar: Den skada som normalt uppstår vid piratkopiering är att varumärkets anseende försämras. Detta kan ske antingen genom att varorna är av sämre kvalitet eller genom att varorna förlorar sin stämpel av exklusivitet och lyx. Men som vi sett i Cartier-fallet uppenbarar sig skadorna dessutom i form av risk för urvattning och degeneration av kännetecknet.

5.4 Goodwillskador vid intrång i upphovsrätt

Generellt sett är det mindre vanligt förekommande att krav på ersättning för goodwillskada framställs vid intrång i upphovsrätt än i varumärkesrättsliga mål. I min studie av praxis har jag endast träffat på ett tämligen litet antal fall där sådan ersättning yrkats. En stor del av de intrång i upphovsrättigheter som begås idag rör dock kopiering av datorprogram.¹⁴⁹ Som kommer att framgå nedan är krav på kompensation för förlorad goodwill mycket vanliga i dessa mål.

Det vanligaste tillvägagångssättet att tillgodogöra sig den goodwill som byggts upp runt ett upphovsrättsligt verk synes vara piratkopiering. Det förekommer dock även snyltning på upphovsrättsliga alster, såsom exempelvis seriefigurer¹⁵⁰ och kläder genom att snarlika efterbildningar av verken framställs.

NJA 1985 s 34 - Bootlegskivor

Det s.k. Bootleg-fallet¹⁵¹ gällde skadestånd p.g.a. intrång i upphovsrätt till musikverk och texter genom import och försäljning av olovligt inspelade och utgivna grammofonskivor, s.k. bootlegkopior. Käranden, Nordisk Copyright Bureau (NCB), som företrädde upphovsmännen till de kopierade verken, yrkade skadestånd om 25 000 kr som ersättning för den ytterligare skada som upphovsmännen orsakats. Detta allmänna skadestånd avsåg både ekonomisk och ideell skada men käranden ansåg inte att det gick att göra någon åtskillnad mellan dessa båda typer av skada. De skivor som varit föremål för intrånget bestod främst av modern popmusik. NCB menade att utmärkande för upphovsmännen till sådana verk är att deras karriär ofta är kortvarig och det därför är ytterst viktigt att de erhåller rätt marknadsföring. Artister är generellt sett utsatta för ”förslitning”. Om falska skivor kommer ut på marknaden, påverkar detta ”förslitningsgraden”. Bootlegprodukter är dessutom regelmässigt av sämre kvalitet än ordinarie skivinspelningar vilket också innebär en skada för artisten. Någon närmare utredning om skadans omfattning lades inte fram. HD slog till en början fast att allmänt sett måste försäljning av obehörigen framställda grammofonskivor anses medföra störningar av marknadsföringen av legalt framställda skivor. Utöver detta måste beaktas att den illegala försäljning utsätter de inspelade verken för ”förslitning” som går ut över försäljningen av legalt framställda skivor och även kan gå ut över försäljningen av andra verk från samme upphovsman. Bootleg-skivor är ofta av sämre, och i vissa fall undermålig, kvalitet i jämförelse med legala inspelningar. Detta medför

¹⁴⁹ Prop. 1998/99:11 vol. 1 s. 44.

¹⁵⁰ Bland avgöranden som gällt snyltning på seriefigurer kan nämnas Stockholms TR:s dom den 6 mars 1990 (Dennis & Bosse Bus), Stockholms TR T7741-99 (Harry boy) och Stockholms TR T14607-01 (Alfons Åberg). I inget av dessa fall yrkades på ersättning för förlorad goodwill.

¹⁵¹ NJA 1985 s. 34, NIR 1985 s. 473. Med bootlegging avses olovlig inspelning av en utövande konstnärns "levande" framförande (prop. 1998/99:11 vol. 1, s. 54).

negativa verkningar på marknadsföringen av upphovsmännens verk. Bootleg-inspelningar medför även negativa verkningar för de artister som framfört de inspelade verken och detta förhållande ledde till skadeverkningar även för upphovsmännen. Med hänsyn härtill måste antas att utbudande till försäljning av olagligen framställda grammofonskivor liksom försäljning av sådana skivor – åtminstone när utbudandet eller försäljningen inte varit av obetydlig omfattning – normalt medför ekonomisk skada för upphovsmännen, utöver uteblivet vederlag. Den omständigheten att de upphovsrättsligt skyddade verken har utnyttjats obehörigen får även anses medföra skada för upphovsmännen i ideellt hänseende. Sådan skada uppstår genom att skivorna är av dålig kvalitet. Med hänsyn till det anförda, kom HD fram till att svarandes förfarande medfört skada i både ekonomiskt såväl som ideellt avseende för de upphovsmän som NCB företrädde. Eftersom någon närmare utredning om skadans storlek inte hade förebragts (något som enligt HD inte heller rimligen kunde påfordras) uppskattades skadan enligt 35:5 RB till 15 000 kr.

I Bootleg-fallet används inte ordet goodwillskador. Enligt min tolkning måste det vara en sådan skada som avses med den ”förlitning” vilken kan påverka försäljningen av de legala skivorna och andra verk samt den skada som uppstår till följd av att de kopierade skivorna är av sämre kvalitet än originalen. Det synes även vara en goodwillskada som uppstår för de artister som framför musiken, vilket i sin tur resulterar i en liknande skada för upphovsmännen bakom verken. HD menar dessutom att en skada uppstått för upphovsmännen i ideellt hänseende till följd av kopiornas dåliga kvalitet. Vad HD då måste ha avsett är att den dåliga kvaliteten medfört en kränkning av upphovsmännens anseende. Min tolkning av fallet är således att två typer av goodwillskada anses har uppstått: en som är att hänföra till själva verket och den ekonomiska rätten och en som är att hänföra till den bakomliggande upphovsmannen ideella rätt.

RH 1997:13 - Krissjackan

Som exempel på fall där goodwillutnyttjande skett genom snyltning på annans verk kan nämnas RH 1997:13. I detta fall hade efterbildningar olovligen framställts av jackor som ansågs åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Intrångsgörarens jackor var så lika originaljackan att de inte kunde antas vara framtagna genom ett självständigt skapande. De kopierade jackorna hade bjudits ut till försäljning på ett sätt som närmast liknade lagerutförsäljning. Rättighetshavaren, Kriss, menade att marknaden härav kunde ha fått intrycket att Kriss fört en lågprislinje vid sidan av den ordinarie kollektionen. Detta hade medfört att Kriss åsamkats marknadsskador i form av minskad goodwill. HovR:n instämde med kändandes bedömning av goodwillskadan och utdömde de yrkade 50 000 kronorna som ersättning för denna skada.

Goodwillskador vid piratkopiering av datorprogram

Krav på ersättning för förlorad goodwill framställs ofta i mål om intrång i upphovsrätt till datorprogram. Sådant intrång kan ske genom olovligt kopiering, import eller försäljning av spel och datorprogram. De goodwill-skador som åsamkas rättighetsinnehavaren till följd av ett sådant intrång består främst i att konsumenten inte uppmärksammar att det rör sig om en piratkopierad vara och att de kopierade programmen och spelen alltid är av sämre kvalitet än originalen. I vissa fall kan programmen till och med vara ”stympade” eller innehålla datorvirus. Vidare kan goodwill-skador ha uppkommit genom att varorna inte har varit försedda med manualer eller förpackningar samt att tillgång till support saknas. Kunderna kan därför många gånger inte använda programvaran som det är tänkt och uppfattar dessa svårigheter som kvalitetsbrister hänförliga till själva programvaran.¹⁵² Goodwillförluster kan dessutom åsamkas genom att produkterna förs ut på marknaden utan att vara märkta med varumärken, copyrightnotiser eller liknande information om vilket företag som innehar upphovsrätten. I ett mål från Varbergs TR¹⁵³ framhöll käranden att konkurrensen inom marknaden för spel är mycket hård och att det därför är av stor vikt för företagets renommé att kunderna är medvetna från vilket företag som ett visst spel kommer.

I en dom från Göta HovR från år 2000¹⁵⁴ hade svaranden olovligen framställt och försålt ca 400 CD-romskivor med datorspel och programvara. De piratkopierade skivorna hade sålts på marknader och genom utskick vilka nått ca 1000 personer, utbudits till försäljning via postförskott. Varorna hade sålts till ett pris som väsentligen understeg originalets. Enligt HovR:ns uppfattning hade skivorna sålts under sådana omständigheter att köparna inte gärna kunde ha undgått att inse att det inte rörde sig om originalvaror. HovR:n menade att rättighetshavaren av denna anledning inte kunde anses ha åsamkats några mer beaktansvärda goodwillförluster. Ersättningen för skadan uppskattades till 30 % av vad käranden hade yrkat.

Goodwillskador p.g.a. intrång i upphovsrätt till datorprogram var också uppe till prövning i en dom från Svea HovR från år 2002.¹⁵⁵ I detta fall hade ett stort antal datorspel och musikaliska verk av flera olika upphovsmän, kopierats och försålt. Käranden hävdade att de goodwillskador som uppstått främst bestod i att vissa av de kopierade datorprogrammen varit stympade och att inga instruktionsböcker eller liknande handlingar följt med de försålda programmen. Enligt TR:ns mening var det dock en förutsättning för att dessa skador skulle utgöra goodwillskador att köparna trott att det handlat om spel som framställts av och sålts med rättighetsinnehavarens samtycke. Med hänsyn till att de

¹⁵² Se Svea HovR DT 45 T 372-01, Svea HovR B 2946-01, B 3953-02, Skövde TR B 1184-00, Halmstad TR B2317-01, Solna TR B1885-98, Norrtälje TR B 254-01.

¹⁵³ Varbergs TR B 1669-00. TR:n instämde med kärandes uppfattning om goodwillskadan.

¹⁵⁴ Göta HovR B 660-97 B710-99.

¹⁵⁵ Svea HovR B 2946-01 B 3953-02.

kopierade programmen sålts via en e-postadress och en hemsida, ansåg rätten det osannolikt att mer än ett fåtal köpare hade haft en sådan uppfattning. TR:n fann därför att det inte visats att rättighetshavaren hade orsakats någon mer omfattande goodwillförlust. HovR:n var dock av en annan åsikt och menade att det med hänsyn till upphovsrättsintrångets stora omfattning var självklart att goodwillförluster av väsentlig betydelse hade uppstått för rättighetshavaren. Någon särskild utredning om skadans storlek krävdes därför inte av kändan. Vid bestämningen av ersättningens storlek tog HovR:n hänsyn till att programmen utbjudits till en stor kundkrets över Internet och att spridningen av de kopierade programmen varit av stor omfattning. P.g.a. att TR:ns dom - där ersättningen för goodwillskada hade utdöms med 1 miljon kr av de yrkade 12 574 780 kronorna - endast hade överklagats av den tilltalade i denna del kunde HovR:n dock inte höja ersättningen.

I samtliga fall av piratkopiering av datorprogram som jag har studerat har domstolarna utdömt ersättning för förlorad goodwill. Vad avser storleken av skadan har både HovR:n i fallet från 1999 och TR:n i fallet från 2000 lagt stor vikt vid huruvida kunderna har förstått att den köpta varan var kopierad. I det sistnämnda fallet intar dock HovR:n en annan ställning och menar att när försäljningen av de kopierade verken skett i en mer betydande omfattning måste det tas för givet att goodwillskador har uppstått hos rättighetshavaren. Slutsatsen som skulle kunna dras av detta är att i de fall spridningen av de kopierade varorna varit stor kan det just av denna anledning tas för givet att goodwillskada uppstått. I de fall där omsättningen och marknadsföringen av de falska varorna inte varit så stor anses det dock inte lika självklart att goodwillskador av någon större betydelse har uppstått. I dessa fall får istället omständigheter som om konsumenterna insett att det rörde sig om piratkopior betydelse.

Med dagens teknik har det även blivit enklare att olovligen framställa exemplar av filmer, både på videokassetter och på elektroniska bärare. De goodwillskador som då uppstår synes främst vara att hänföra till de kopierade exemplarens bristande kvalitet. Goodwillskadorna kan dock uppstå även om det står klart för kunderna att det handlar om piratkopierade filmer och att de därför inte direkt hänför brister såsom dålig bildkvalitet, på rättighetsinnehavaren.¹⁵⁶

Kommentar: Av praxis på området framstår det som att goodwillskador vid intrång i upphovsrätt i de allra flesta fall består i försämrat anseende. Med tanke på att upphovsrättsliga alster inte har samma starka funktion av ett kännetecken så synes risken inte vara lika stor för att urvattning sker av verket. Det finns dock vissa typer av upphovsrättsliga verk som har samma särskiljande funktion som ett varumärke. Detta gäller främst seriefigurer och reklamalster. Vid intrång i dessa rättigheter uppstår på samma sätt som på varumärken skador i form av urvattning av verkets särskiljningsfunktion. Skador i form av urvattning synes dock kunna

¹⁵⁶ Skövde TR B 1184-00.

uppkomma även på upphovsrättsliga verk som inte har en sådan särskiljande funktion. Bland de fall som jag har studerat har jag inte funnit något upphovsrättsligt fall där sådan skada ansetts föreligga. En jämförelse kan dock göras med fall inom mönsterrättens område där sådan skada ansetts uppkomma.

Anledningen till att det är mindre vanligt förekommande att krav på kompensation för förlorad goodwill framställs i upphovsrättsliga mål torde vara främst att det är förknippat med större bevisvårigheter att visa att det uppstått en goodwillskada när det gäller upphovsrättsliga verk. I jämförelse med varumärken är det inte alltid lika lätt att sluta sig till att ett visst verk har ett uppbyggt goodwillvärde. Även om domstolarna i flera fall har utdömt ersättning på mycket knapp bevisning om skadans existens så anses det inte alltid motiverat, med hänsyn till de höga rättegångskostnaderna samt de relativt låga ersättningar som normalt döms ut, att genomföra någon större utredning om uppkomsten av en goodwillskada.¹⁵⁷ Vid vissa intrång kan det vidare vara av stor vikt för rättighetshavaren att få ett snabbt slut på intrånget. Det huvudsakliga syftet med domen är då att utverka ett vitesförbud och det anses därför inte vara värt att dra ut på processen för att utreda en eventuell goodwillskada.

5.5 Goodwillskador vid intrång i mönsterrätt

Fallen där ersättning utdöms för ersättning av goodwillskada vid intrång i mönsterrätt är få. I Göta HovR:s dom från den 19.11.1986¹⁵⁸ om intrång i mönster till en värmefläkt utdömdes ersättning för information för tillrättaläggande åtgärder, vilket kan ses som en form av ersättning för åtgärder för att återställa förlorad goodwill. I och med att användningen av mobiltelefoner idag är så utbredd, har det blivit en stor marknad att sälja lösa skal till telefonerna. Utformningen av dessa skal är normalt skyddade som mönster och kopiering av dem innebär således ett mönsterrättsintrång. I Svea HovR T 10057-02 hade svaranden importerat kopierade mobiltelefonskal. Mönstren till dessa telefoner var mönsterregistrerade för mobiltefontillverkaren Nokia. Vidare var skalerna försedda med Nokias varumärke. Nokia menade att svaranden genom att använda sig av förväxlingsbara varumärken och mönster otillbörligt dragit fördel av Nokias goodwill. Härigenom urvattnades mönstrens och varumärkenas särskiljningsförmåga och degeneration av dessa ensamrätter påskyndades. Goodwillskadan ansågs av käranden vara begränsad till grossist- och tillverkarledet. I TR:ns dom, vilken fastställdes av HovR:n, konstaterade domstolen att svarandens förfarande tveklöst innebar ett otillbörligt utnyttjande av goodwill. Åtgärderna måste anses ha påverkat både varumärkets och mönstret goodwill

¹⁵⁷ Tingsfiskalen Adrian Engman Stockholms TR, avd. 7.

¹⁵⁸ NIR 1987 s. 271.

negativt. TR:n ansåg sig behöva beräkna skadan med hjälp av 35:5 RB. Vid uppskattningen av skadan tog domstolen hänsyn till att Nokia var ett väletablerat och välkänt företag och att bolaget därför hade ett starkt intresse av att intrång inte begicks. Det yrkade beloppet om 10 000 kr utdömdes. Också Stockholms TR:s dom T 18899-02 gällde import av piratkopierade Nokia-skal till Sverige. I detta fall uttryckte TR:n tydligt att svarandes förfarande medförde en goodwillskada i form av urvattning av mönstrets särskiljningsförmåga och påskyndande av degeneration av denna ensamrätt.

Dessa fall visar att även ett mönster kan vara bärare av goodwill, vilken riskerar att skadas genom urvattning och degeneration. Här synes det i första hand vara fråga om skada i form av urvattning och degeneration av rättigheterna, men även skada i form av ett slags försämrat anseende torde kunna uppkomma när produkten är av bristfällig kvalitet.

6. Vilka faktorer påverkar goodwillskadans storlek?

Av tidigare redovisade rättsfall framgår att rättighetshavaren har åberopat ett flertal olika omständigheter för att bevisa goodwillskadans storlek. I vissa fall åberopas konkreta beräkningsmodeller för att visa den skada för vilken ersättning yrkas. I andra fall hänvisar käranden till olika sakförhållanden för att visa att skada av viss storlek måste anses ha följt av intrånget. I kapitel 7 kommer att redogöras för de olika beräkningsmodeller som kan användas som hjälpmedel för att uppskatta storleken av den ersättning som skall utgå för goodwillskada. I detta kapitel skall en analys göras av vilka olika sakomständigheter som kan påverka goodwillskadans storlek.

Varken de immaterialrättsliga skadestandsreglerna eller RB 35:5 erbjuder någon större vägledning när det gäller skadestandsberäkningen. Istället får man vända sig till praxis för att få en bild av gällande rätt på området. Som tidigare påpekats och som framgått av ovan redovisad rättspraxis, är emellertid domstolarnas uttalanden om goodwillskador i regel mycket vaga. Det är därför svårt att av praxis dra några egentliga slutsatser av vilka omständigheter som påverkar en goodwillskadas storlek. I min analys av vilka faktorer som inverkar på skadans omfattning kommer jag att beröra både de förhållanden som i praxis tillmätts betydelse och sådana omständigheter som skulle kunna inverka på uppskattningen av skadans storlek. De förhållanden som i första hand har tillmätts betydelse i rättspraxis är hur välkänt varumärket är, omständigheterna under vilka utbudande och försäljning har skett, omfattningen av utbudande och försäljning samt om konsumenterna blivit vilseledda vid köpet. De omständigheter som enligt min mening därutöver skulle kunna tillerkännas betydelse för goodwillskadans storlek är vilken typ av vara som är föremål för intrånget.

6.1 Faktorer som har tillmätts betydelse vid uppskattning av goodwillskada i rättspraxis

1. Välkänt varumärke

I Svea HovR:s dom i Cartier-fallet ges en relativt utförlig motivering beträffande goodwillskadans storlek. Inledningsvis framhåller HovR:n att när det gäller välkända märken som Cartier är det uppenbart att försäljning av piratkopior medför en betydande skada på varumärkets goodwill. Samma uttalande görs i Svea HovR DT 14, T 419/92 som gällde intrång i varumärket Rolex. Domstolen synes således inte bara utgå ifrån att det uppstår en goodwillskada när intrång sker i välkända varumärken utan, förutsätter dessutom att den skada som uppstår är av

betydande storlek. Även i Rolls Royce-fallet beaktades vid uppskattningen av skadan varumärkets höga renommé och stora känslighet för angrepp. Att skadan blir större när intrånget sker i ett välkänt varumärke påpekas också i Förslaget till ny varumärkeslag, SOU 2001:26, där det nämns att intrång i ensamrätten till väl ansedda varumärken typiskt sett föranleder större ersättning för goodwillskada än i andra fall.¹⁵⁹

Det förefaller enligt min mening vara ganska logiskt att det vid intrång i välkända märken inte bara kan förutsättas att en goodwillskada uppstår, utan även att denna skada är av något större storlek än vid intrång i rättigheterna till mindre kända märken. När ett intrång sker i ett välkänt varumärke borde risken vara större att många människor uppmärksammar kränkningen. Fler personer borde rimligtvis uppmärksamma reklam som talar om Rolls Royce än när ett mer okänt märke, så som t.ex. Nordfisk, omnämns.¹⁶⁰ Välkända märken har ofta ett stort reklamvärde, dvs. har i sig en förmåga att attrahera köpare. Vid intrång i dessa varor torde många köpare falla för frestelsen att köpa den intrångsgörande varan just för att varan är försedd med det välkända varumärket. Ju fler personer som köper intrångsgörarens varor, desto större torde goodwillskadan bli (se nedan under punkt 3). I Rolls Royce-fallet påpekar domstolen också varumärkets känslighet för intrång. Välkända märken löper större risk att få sina rättigheter kränkta än okända. Av denna anledning är det möjligt, även om jag inte stött på något mer konkret uttalande härom, att domstolarna i preventivt syfte inte väljer att sätta ersättningen alltför lågt vid intrång i kända varumärken.

Såsom Marianne Levin framhåller i *Noveller i Varumärkesrätt* är det dock viktigt att hålla i åtanke att också ett ”vanligt” varumärke kan lida stor skada av ett intrång. Även ett varumärke som ej betraktas som välkänt kan vara en av de värdefullaste tillgångarna som ett företag har.¹⁶¹ Att lägga allt för stor vikt vid hur välkänt ett varumärke är kan därför vara farligt, speciellt avseende frågan om goodwillskada överhuvudtaget skall anses har uppkommit.

2. *Omständigheterna under vilka utbudande och försäljningen har skett*
I Cartier-fallet¹⁶² uttalade HovR:n att den avgörande faktorn för goodwillskadans storlek måste vara under vilka omständigheter utbudande och försäljning av de kopierade varorna sker. Domstolen framhöll exempelvis att annonsering i regel ger upphov till större goodwillskador än gatuförsäljning och försäljning på platser där folk där mycket folk passerar är allvarligare än om försäljningen sker

¹⁵⁹ SOU 2001:26, s. 350.

¹⁶⁰ I det s.k. Nordfisk II-avgörandet (NIR 1983 s. 165) ansågs ingen goodwillskada alls ha uppstått.

¹⁶¹ Levin, s. 205.

¹⁶² Svea HovR DFT 34, FT 1431/90.

undanskymt. Dessutom bör den tidsrymd under vilken utbudandet pågår beaktas. Storleken på skadan blir alltså större ju fler personer som har möjlighet att uppfatta att piratkopierade varor av ett visst märke utbjuds till försäljning. Liknande resonemang kan föras i de fall där intrånget sker genom snyltning. I Göta HovR:s dom, T 319/98 ansågs en parallellimportör av Levi's jeans göra sig skyldig till varumärkesintrång genom att vid försäljningen använda sig av skyltar med Levi's varumärken. Käranden lade inte fram någon bevisning om skadans storlek. HovR:n uppskattade skadan med hjälp av 35:5 RB och tog då hänsyn till att intrånget hade pågått under en relativt lång tid, och att ett stort antal personer hade haft möjlighet att beskåda skyltarna. Ju fler personer som kan uppmärksamma de varor eller den marknadsföring som på något sätt snyltar på annans goodwill, desto fler personer kan få uppfattningen att det föreligger ett kommersiellt samband mellan produkterna, vilket följaktligen måste öka risken för att produktens anseende försämras eller att urvattning sker.

Att den avgörande faktorn för goodwillskadans omfattning är de omständigheter under vilka utbudande och försäljning av intrångsgörarens produkter säljs framhölls även i Svea HovR DT 14 T 419/92 där försäljning skett av piratkopierade Rolex-klockor. Käranden påstod att det faktum att den olovliga försäljningen hade ägt rum vid ett etablerat försäljningsställe (en marknad), och att det var fråga om upprepade försäljningar borde inverka på goodwillskadans storlek. På samma sätt som i Cartier-fallet betonade domstolen de omständigheter som var bestämmande för goodwillskadans storlek, hur försäljningen gick till och hur länge den pågick. HovR:n synes ha beaktat endast kärandes påstående om att skadans storlek skulle ha påverkats av att försäljningen skedde på ett etablerat försäljningsställe på så sätt att vikt lades vid att svaranden hade saluhållit klockorna på en plats där mycket folk passerade. Trots detta utdömde HovR:n, med hänsyn till att antalet otillåtet märkta Rolex-klockor inte var exceptionellt stort och att käranden inte gjort gällande att saluhållandet pågått under en längre tid, endast 3 000 av de yrkade 20 000 kronorna i skadestånd för förlorad goodwill.

I ett fall från Stockholms TR¹⁶³, som också detta gällde intrång i Cartiers varumärkesrättigheter, hävdade käranden att goodwillskadans storlek hade påverkats av det faktum att kopiorna saluhållits i en seriös butik. När ett seriöst företag tillhandahåller piratkopierade varor skulle skadan bli större än om försäljningen hade ägt rum t.ex. på en gata, eftersom även köpare av äkta Cartier-klockor kunde tänkas handla hos svarande. Någon ytterligare bevisning om skadans storlek åberopades inte av käranden. Domstolen godtog inte kärandens påstående att goodwillskadans storlek skulle ha ökat p.g.a. varorna sålts i en seriös butik. Av de yrkade 75 000 kronorna utdömde domstolen 40 000 kr med hänvisning till 35:5 RB. Inte heller i La Copie-fallet lade domstolen

¹⁶³ Stockholms TR DT 411, T 7-405-93.

någon vikt vid att försäljningen skett i etablerade butiker, bl.a. i Gallerian i Stockholm där ett stort antal människor måste ha uppmärksammat kopiorna. Med hänsyn till att omsättningen varit liten ansågs endast en mindre goodwillskada ha uppkommit. Enligt min mening förefaller det märkligt att större vikt inte tillmäts det förhållande att försäljningen sker i en mer seriös butik. Risker måste ju då vara större att konsumenterna får uppfattningen att det rör sig om äkta varor eller att försäljningen på något sätt sker med rättighetsinnehavarens samtycke.

3. Omfattningen av utbudande och försäljning

Vid fastställande av skadans storlek är även omfattningen av utbudande och försäljning av viss betydelse. I det ovan återgivna fallet från Svea HovR från 2002¹⁶⁴ avseende piratkopiering av datorprogram, uttalade HovR:n att när försäljningen av kopierade varor skett i en mera betydande omfattning, måste det tas för givet att goodwillskador av väsentlig storlek har uppstått hos rättighetsinnehavaren. Av detta fall har jag dragit slutsatsen att om spridningen av de kopierade varorna varit stor, kan det tas för givet att en icke obetydlig goodwillskada uppstått. I fall där omsättningen och marknadsföringen av de falska varorna inte varit så stor, är det dock inte lika självklart att goodwillskador av någon större betydelse har uppstått. I dessa fall får istället andra omständigheter såsom t.ex. om konsumenterna insett att det rörde sig om piratkopior, betydelse. Vid den närmare uppskattningen av skadan beaktade HovR:n att programmen bjudits ut över Internet, till en stor kundkrets, och att spridningen av de kopierade programmen varit av stor omfattning. Även i Bootleg-fallet uttalade HD att när utbudandet eller försäljningen av olagligen framställda grammofonskivor inte är av obetydlig omfattning det måste antas att ekonomisk skada för upphovsmännen, utöver uteblivet vederlag.

Försäljningen eller marknadsföringens storlek har legat till grund för skadans uppskattning i ett flertal fall. I Dior- och La Copie-målet använde domstolen dessa omständigheter för att visa att goodwillskadan inte kunde antas vara av någon större omfattning. Även i NJA 1988 s. 543 (Levi's I) motiverades det utdömda skadeståndet på 15 000 kr, av de yrkade 75 000 kronorna för förlorad goodwill, med att den marknadsföring som innebar ett intrång i Levis varumärkesrättigheter, endast skett i begränsad omfattning. Att en liten omfattning av intrångsgörarens varor och marknadsföring används som argument för att goodwillskadan skulle vara av mindre storlek överensstämmer med tolkningen att det vid mer omfattande försäljning och marknadsföring av varorna kan förutsättas att en större goodwillskada uppstått.

I Cartier-fallet menade kändanden att ju fler personer som köper och bär falska Cartierur, desto större blir skadan på märkets upparbetade goodwill. Av domskälen framgår inte huruvida domstolen instämde i detta resonemang. Enligt min mening borde dessa omständigheter som

¹⁶⁴ Svea HovR B 2946-01, B3953-02, se ovan under 5.4.

Cartier framhåller vara av stor betydelse vid uppskattningen av goodwillskadan. Ju fler kunder som köper och använder intrångsgörarens varor, desto fler personer, utöver dem som uppmärksammat försäljningen av varorna, blir medvetna om att det förekommer efterapningar av originalvaran på marknaden, vilket minskar varans särskiljningsförmåga och exklusivitet. Som exempel härpå kan nämnas den goodwillskada som Gucci måste ha lidit genom den stora tillverkningen och försäljningen som nu sker av piratkopierade Gucci- väskor. P.g.a. av att så många kvinnor har införskaffat falska Gucci-väskor tar man nu i princip för givet när man ser en Gucci-väska att det är en kopia. När en så pass omfattande försäljning av falska varor ägt rum, så som måste vara fallet med t.ex. falska Gucci-väskor, anser jag att extra stor vikt bör läggas vid den stora försäljningen vid uppskattningen av goodwillskadan.

I Rolex-fallet påpekade HovR:n att antalet kopierade varor som intrångsgöraren hade i lager inte har någon avgörande inverkan på goodwillskadans storlek eftersom skadans omfattning inte direkt sammanhänger med en sådan faktor. Däremot skulle ett osedvanligt stort lager kunna indikera ett omfattande utbud och därmed ha betydelse vid bedömningen.

4. Har kunden blivit vilseledd?

I åtskilliga fall lägger domstolen vid uppskattningen av goodwillskadans storlek vikt vid huruvida köparen förstått att det inte rör sig om originalvaror. Av de fall jag har studerat har sådan hänsyn särskilt tagits i mål om piratkopiering av datorprogram. Både HovR:n i Göta HovR B660-97 B710-99 och TR:n i Svea HovR B 2946-01 B 3953-02¹⁶⁵, ansåg att rättighetshavaren inte kunde anses ha åsamkats några mer beaktansvärda goodwillförluster eftersom kunderna inte hade kunnat undgå att inse att den köpta varan var kopierad. I flera andra mål om kopiering av datorprogram har domstolarna vid uppskattningen av skadan utgått ifrån den beräkning som gjordes i fallet från Göta HovR, vilket innebär att det även i dessa mål tagits hänsyn till att kunderna inte blivit vilseledda.¹⁶⁶ I fallet från Svea HovR menade TR:n till och med att det var en förutsättning för att goodwillskada skulle anses ha uppkommit att köparna trots att det handlat om originalvaror. HovR:n intog dock en annan ställning och menade att det med hänsyn till intrångets stora omfattning var självklart att goodwillförluster av väsentlig betydelse hade uppstått för rättighetshavaren. Det krävdes därför inte att kändan visade på att kunderna kunde ha blivit vilseledda. Även i det ovan nämnda fallet från Skövde TR¹⁶⁷ där piratkopiering skett av filmer, uttalade domstolen att även om det stått klart för köparna att det varit fråga om piratkopior och brister i kvalitet och andra egenskaper därför inte faller direkt tillbaka på upphovsrättsinnehavarna, så måste rättighetshavarna ha orsakats viss goodwillskada. Att köparen blivit

¹⁶⁵ Båda fallen har återgivits ovan, se under 5.4.

¹⁶⁶ Se t.ex. Landskrona TR B142-00 och Solna TR B 1801-98.

¹⁶⁷ Skövde TR B 1184-00, se ovan under 5.4.

vilseledd är således ingen förutsättning för att skada skall anses ha uppstått. Goodwillskadan måste dock bli större i de fall som konsumenterna inte upptäcker att det rör sig om piratkopior.¹⁶⁸ Skälet härtill är att det i synnerhet är i de fall som kunden inte märker att det som han köper är en piratkopia som han förknippar den bristfälliga kvaliteten och avsaknaden av andra egenskaper med originalvaran.

Risken för att kunden blir vilseledd torde normalt vara störst vid piratkopiering, eftersom kopiorna många gånger är identiska med originalvaran eller i vart fall mycket svåra att skilja från originalet. Ett vilseledande kan dock vara för handen även i fall av snyltning. Vid vissa former av snyltning där skadevållaren t.ex. använder sig av ett varumärke eller förpackning som är mycket likt en annan näringsidkares kännetecken, kan kunden luras att tro att det som han köper är en vara av originalmärket. I dessa fall torde den goodwillskada som uppstår vara något sänär jämförbar med den skada som uppstår vid piratkopiering. Skillnaden mellan piratkopieringsfallen och snyltning är enligt min mening att i många fall av snyltning torde kunden upptäcka när han kommer hem att varan som han har köpt faktiskt inte är en vara av det märke som han avsett att köpa. I andra fall, såsom när konsumenterna ges uppfattningen att det föreligger ett kommersiellt samband mellan rättighetsinnehavaren och intrångsgöraren, där det också sker ett vilseledande, måste risken dock vara stor att konsumenten inte tas ur sin villfarelse utan fortsätter att tro att t.ex. den verkstad där han lagade bilen var en auktoriserad Volvo-verkstad och förknippar således kvaliteten av tjänsten med Volvo. Risken för att kunden luras att tro att det som han köper är en vara av originalmärket förefaller emellertid vara större vid piratkopiering i jämförelse med fall av snyltning. Mot bakgrund härav drar jag slutsatsen att piratkopiering generellt sett måste anses ge upphov till större goodwillskador än övriga former av intrång i immateriella rättigheter.

6.2 Kan varuslaget ha betydelse för goodwillskadans storlek?¹⁶⁹

Ytterligare en omständighet som skulle kunna vara av betydelse för goodwillskadans storlek vid intrång i immateriella rättigheter är vilken typ av vara som är föremål för intrånget. I mina studier av rättspraxis har jag inte stött på något fall där domstolarna uttryckligen tagit hänsyn till vilken vara som intrånget rör, men det torde vara sannolikt att denna omständighet indirekt har beaktats eller att den skulle kunna komma att inverka på beräkningen av skadan. Frågan om varuslaget har inverkan på

¹⁶⁸ Solna TR B1885-98.

¹⁶⁹ Kapitlet baserar sig på ett föredrag av Ann-Charlotte Söderlund vid Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydds (SFIR) konferens om Goodwillskyddets värde och omfattning den 27 november år 2002.

goodwillskadans storlek synes ha särskild aktualitet vid piratkopiering, men kan också i vissa fall ha betydelse när intrånget sker i form av snyltning.

För att söka utreda denna fråga har Ann-Charlotte Söderlund gjort en indelning i tre grupper av olika typer av varor som är föremål för piratkopiering.

Grupp 1	Grupp 2	Grupp 3
Glasögon Kläder Smycken Skor Väskor Leksaker (vissa typer)	CD skivor Dataspel Datorprogram Video	Medicin Mat Sprit Batterier Hushållsapparater Reservdelar Leksaker Tvättmedel Schampo Tandkräm Cigaretter

I *grupp 1* finns produkter där varumärket kan tillföra varan i princip hur mycket som helst i förhållande till varans kvalitet och övriga egenskaper. Det handlar således om märken med stor reklamfunktion (jmf ovan) där det är själva märket som lockar kunden. Dessa produkter kan normalt inte utgöra en hälsorisk för konsumenterna. Kvaliteten på varan kan oftast avgöras genom en litet mer noggrann undersökning av konsumenten. Produkterna i denna grupp syftar mer till att skapa en image eller grupptillhörighet än att fylla en viss funktion - utöver att t.ex. skydda köparens ögon från solljus osv.

Produkterna i *grupp 2* är till största delen upphovsrättsligt skyddade produkter. Här är det inte själva varumärket som lockar kunderna utan det är innehållet som är det väsentliga. Det viktiga för konsumenten är sålunda att det är originalprodukten som han köper, dvs. att kassetten verkligen innehåller den film som anges eller att det verkligen är Rolling Stones som spelar på skivan. Varumärket eller upphovsmannens namn innebär alltså en viss garanti för att varan fyller kundens förväntningar på produktens egenskaper.

I *grupp 3* återfinns produkter som kunden förväntar sig skall fylla en viss funktion och åstadkomma visst resultat. Kännetecknande för gruppen är att samtliga varor kan, om de inte uppfyller de kvalitetskrav som ställs på produkten, påverka hälsan eller på annat sätt vara skadliga för omgivningen. Samtidigt är det mycket svårt för konsumenterna att vid en normal granskning av produkten bedöma dessa varors kvalitet och andra egenskaper. Vid inköp av varor i denna grupp spelar därför varumärket

en avgörande roll. Varumärket och dess garantifunktion (jmf ovan) syftar till att konsumenterna skall kunna lita på produkten och känna sig säkra på dess kvalitet och vilka funktioner som varan fyller.

För att utreda om det föreligger någon skillnad i goodwillskadorna mellan de olika grupperna kan en analys göras av huruvida det sker någon ändring i efterfrågan om konsumenterna skulle känna till att varorna är piratkopior. Vid inköp av varor i grupp 1 är det i regel själva varumärket som lockar kunderna. Flera kunder torde här vara villiga att acceptera att varan är av lägre kvalitet om priset är lägre, så länge varan är försedd med det eftertraktade varumärket. Många gånger kan därför antas att kunden hade köpt dessa varor trots att han hade vetat om att det rörde sig om piratkopior. Vad gäller varorna i grupp 2, där det centrala inte är varumärket utan produktens innehåll, så kan man ej med lika stor säkerhet säga att kunden skulle ha köpt produkten med vetskap om att det var en piratkopierad vara. Eventuellt skulle kunden ha köpt varan om han visste att den innehöll en direkt kopia av originalprodukten men han skulle med stor säkerhet inte ha köpt varan med vetskap om att det endast rörde sig om en efterlikning av visst datorprogram eller att det istället för originalbandet var en thailändsk covergrupp som sjöng på skivan. I fråga om produkter som faller in under grupp 3 är det varans funktion som är helt avgörande. Det torde därför helt kunna uteslutas att konsumenten skulle köpa en sådan vara om han visste att det inte rörde sig om originalprodukten utan endast en kopia av denna. Undantag skulle eventuellt kunna göras för vissa varor som faller inom gruppen såsom vissa former av leksaksdjur eller någon form av reservdelar. Utmärkande för grupp 3 är dock just att varorna, om de inte är tillverkade på rätt sätt, kan utgöra en säkerhetsrisk för konsumenterna och sannolikheten att konsumenten skulle våga köpa något som de vet endast är en kopia av exempelvis Astras läkemedel Losec eller Volvos reservdelar, är inte så stor.

Innebär då detta att det kan sägas att goodwillskadorna blir olika stora i de tre grupperna? Ser vi till grupp 3 kan det konstateras att det i regel sker ett vilseledande av konsumenten när piratkopior av dessa varor avyttras. Originallets varumärke är satt på kopian och det finns i många fall ingen som helst antydning att det rör sig om piratkopierade varor. Kunden luras alltså att tro att det verkligen är originalprodukten som han köper. I dessa fall sker det ett totalt utnyttjande av goodwill och den goodwillskada som uppstår blir därför i regel av betydande storlek. För produkter såsom läkemedel, matvaror, spritsorter och reservdelar, där garantifunktionen om varans effekt och egenskaper spelar en mycket stor roll, kan piratkopiering innebära att konsumenterna inte alls vågar lita på produkter av det varumärket längre. Blir det då allmänt känt att det förekommer kopior av produkten på marknaden, kan produktens anseende bli så försämrat att hela den framtida marknaden kan dö ut.

Vad gäller kopiering av varor i grupp 2 är det inte alltid som det sker totalt utnyttjande av goodwill. I de fall där det inte är direkta kopior av

originalvaran, utan efterbildningar som utges för att vara original, sker ett fullständigt goodwillutnyttjande. Lika stora goodwillskador som inom grupp 3 torde dock inte uppkomma eftersom, avsaknader i produktens egenskaper inte innebär någon större otrygghet för konsumenterna och det synes inte heller vara någon större risk för att hela marknaden för produkten kan komma att gå förlorad. I de fall där förpackningen verkligen innehåller en kopia av originalprodukten blir goodwillskadan inte lika stor, eftersom skillnaden i kvalitet och övriga egenskaper mellan kopian och originalet i sig inte är lika stor som t.ex. när ett helt annat band har spelat in en annan musikgrupps skiva. Många gånger framgår det dessutom vid försäljningstillfället för kunden att det rör sig om kopior t.ex. genom att priset är lägre eller att varan säljs under speciella omständigheter. I dessa fall torde goodwillskadorna inte bli lika stora som när konsumenten tror sig köpa en originalvara. Goodwillskadorna kan därför i regel sägas vara mindre vid kopiering av varor som faller inom grupp 2 än i grupp 3. Vid piratkopiering av CD-skivor, datorprogram osv. torde det istället vara minskningen av försäljningen som utgör den huvudsakliga förlusten.

De minst omfattande goodwillskadorna synes vanligtvis uppstå vid intrång i immaterialrättigheter till varor i grupp 1. För dessa typer av varor spelar det i regel inte lika stor roll för konsumenterna att det rör sig om kopior. Kunden luras normalt inte att tro att det som han köper är en originalprodukt, utan det framgår oftast av priset och omständigheterna runt försäljningen att det rör sig om kopior. Detta medför att rättighetsinnehavarens anseende hos konsumenterna inte får sig en lika stor törn när det förekommer försäljning av kopior av originalvaran.

Sammanfattningsvis skulle kunna sägas att det förefaller som om de största goodwillskadorna uppstår i de fall där varans beskaffenheter är mycket viktiga för kunden, där han måste förlita sig på produktens märke för att försäkra sig om varans kvalitet och där han normalt blir vilseledd om att det är originalprodukten. Ju större garantifunktion som ett varumärke, en upphovsrätt eller eventuellt ett mönster har för produktens egenskaper, desto större torde alltså goodwillskadan bli. Vid intrång i denna typ av varor borde således enligt min mening en hög ersättning utgå p.g.a. att kunderna ej längre kan lita på varan och att risk föreligger för att hela marknaden för varan dör ut eller att det i vart fall kommer att kosta rättighetshavaren stora summor att återvinna kundernas förtroende. Goodwillskador av något mindre storlek torde uppkomma när det handlar om produkter där det fortfarande är varans egenskaper som är det viktiga men effekterna av att det är en kopia är inte lika stor som vid varor som kan utgöra en hälsorisk för konsumenterna. När det handlar om reproduktioner av en vara och inte en regelrätt avspelning av t.ex. en skiva så blir skadan stor p.g.a. att det kan antas att kunden inte hade köpt varan om han visste att det rörde sig om en reproduktion eftersom skillnaden i kvalitet och övriga egenskaper då är stor. Efter egna besök på marknader i t.ex. Italien och Thailand där den huvudsakliga delen av varorna utgjorts av piratkopierade varor, framstår det för mig som om

piratkopiatörerna är medvetna om att kunderna inte är villiga att handla reproduktioner av en vara och försöker istället få kunden att tro att det handlar om en direkt kopia. När det handlar om verkliga kopior torde skadan inte bli riktigt lika stor. Visst föreligger det skillnader i kvalitet mellan original och kopia, men många gånger accepterar kunden dessa skillnader om priset är lägre. Kunderna köper i flera fall dessa varor med vetskap om att det är en kopia. Än mindre goodwillskador torde uppstå när det handlar om varor där varumärket är det viktiga. Eftersom det är varumärket som kunden vill åt så behöver säljaren inte lura kunden, utan det framgår ofta av det sätt som dessa varor försäljs på att det handlar om kopior. Effekterna av att det är en kopia torde inte heller vara så stora, eftersom det inte i första hand är varans kvalitet och egenskaper som kunden vill åt.

Huruvida goodwillskadans storlek påverkas av att det handlar om viss typ av vara som är föremål för intrånget synes ha samband med huruvida kunden blir vilseledd. Om det kan antas att kunden inte hade köpt varan om han visste att det rörde sig om en kopia, blir goodwillskadan större än om det kan antas att han hade köpt den ändå. Av detta drar jag slutsatsen att varuslaget kan inverka på skadans storlek inte bara när intrång skett genom piratkopiering, utan även vid vissa fall av snyltning. I de fall där en näringsidkare försökt efterlikna en annan näringsidkares varor för att få kunderna att ta fel vara, sker en typ av vilseledande. Handlar det då om varor som dem i grupp 3 såsom t.ex. matvaror eller de varor i grupp 2 så torde goodwillskadans storlek bli större eftersom det handlar om varor där produktens egenskaper är det väsentliga för kunden. När kunden blir vilseledd samtidigt som det är viktigt för honom att han får en vara med de kvaliteter som han förväntar sig kan avsaknaden av dessa egenskaper sammankopplas med den äkta varan och därmed försämra rättighetsinnehavarens anseende i än högre grad än när det inte är varans egenskaper som är det primära.

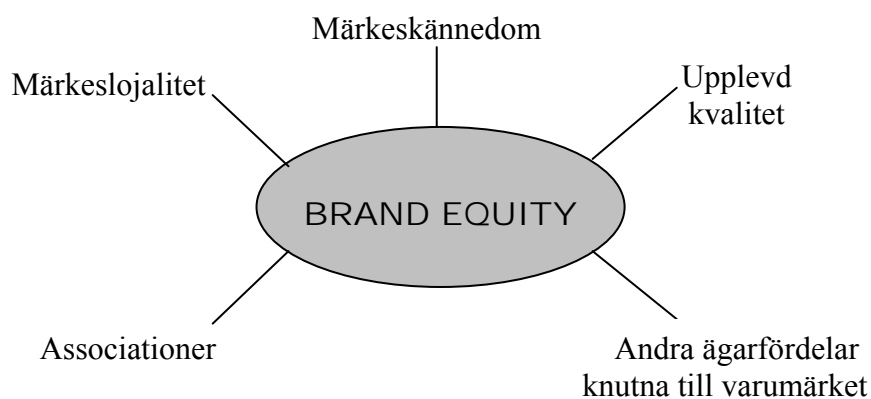
Eftersom frågan om varuslaget påverkar skadans storlek, sammanhänger med frågan om kunden blir vilseledd, kan domstolarna kanske i viss mån sägas ha tagit hänsyn till de omständigheter som behandlats i detta avsnitt, eftersom skadorna i flera fall ansetts ha blivit större p.g.a. att ett vilseledande skett. Inte i något fall har dock uttryckligen tagits hänsyn till varuslaget och hur kunden kan påverkas av att den köpta varan är kopierad. Jag har dock inte stött på något fall som har rört intrång i varor som faller inom grupp tre. I ett sådant fall skulle möjligen domstolarna uttryckligen betona vilken vikt varuslaget har på skadans storlek. Enligt min mening torde varuslaget vara av stor betydelse för goodwillskadans omfattning. Speciellt när det handlar om varor i grupp 3 eftersom ett intrång i dessa varor kan medföra att deras anseende försämras väsentligt och det kräver stora insatser för att återvinna förtroende. Skillnaden mellan skadorna i grupp 1 och 2 torde ej vara lika stora, men jag anser likväl att varuslaget kan vara värt att beakta då goodwillskadan borde vara större när det är kvalitet och egenskaper som är det primära, eftersom det i regel är avsaknaden av önskad kvalitet och egenskaper

som ger upphov till försämrat anseende. Det bör dock observeras att varuslaget främst synes påverka den skada som uppstår i form av försämrat anseende. Risk för urvattning och degeneration av rättigheterna synes uppkomma vid varje form av intrång och storleken på denna skada synes påverkas av andra omständigheter såsom omfattningen av intrånget osv.

7. Olika modeller för beräkning av goodwillskador

Som framgått ovan, är goodwillskadans natur sådan att det är mycket svårt, näst intill omöjligt, att göra en precis beräkning av skadans storlek. Det handlar om att försöka beräkna en skada som är svåra att definiera och är svår att på förhand precisera, eftersom den normalt inte visar sig till sin fulla omfattning förrän efter en längre tid. För att få vägledning i fastställandet av uppskattningen av en sådan skada finns ett antal modeller som kan läggas till grund för skadeståndets storlek. Ingen av dessa har dock blivit allmänt accepterade som beräkningsmodell för goodwillskador.

Genom regeln i 35:5 RB ankommer det inte endast på käranden att uppskatta skadan utan detta problem överlämnas till domstolen i de fall parterna inte kan föra full bevisning om skadans storlek. För att domstolen skall kunna göra en så realistisk värdering av skadan som möjligt så krävs det att den skadelidande förser rätten med någon form av beräkningsunderlag. Den mest grundläggande informationen som då behövs är fakta om det förmögenhetsobjekt som har angripits. Vid varumärkesintrång är ett tillvägagångssätt för att ge domstolen en allmän uppfattning om själva varumärket att redogöra för det som i den ekonomiska litteraturen kallas för *brand equity* eller *varumärkeskapital*. Vad som avses med begreppet varumärkeskapital kan illustreras med följande modell¹⁷⁰:



Med *märkeslojalitet* avses en ständigt återkommande kundkrets. Det kostar mindre för företaget att behålla sina kunder än att förvärva nya. *Märkeskännedom* visar hur välkänt märket är på marknaden. Ett välkänt varumärke anses ofta som ett tryggare val för konsumenterna och har därför större möjlighet att attrahera nya kunder. *Upplevd kvalitet* visar

¹⁷⁰ Borgehäll, s. 155. Borgehäll har hämtat modellen från David A. Aaker, *Managing Brand Equity* s. 17.

konsumenternas uppfattning om varumärkets kvalitet, vilket kan vara grunden för märkeslojaliteten och varumärkets användning på andra områden än dess normala. Positiva *associationer* hos konsumenterna bidrar starkt till att höja värdet på varumärket. Med *andra ägarfördelar knutna till varumärket* menas faktorer som det legala skyddet för varumärkets produkter. Är produkterna väl skyddade, har de en starkare ställning på marknaden och kan lättare hålla konkurrenter på avstånd. Genom att undersöka dessa parametrar, med hjälp av någon form av marknadsundersökning, framkommer inte ett monetärt värde av varumärket men dock en väl underbyggd allmän uppfattning om varumärkets värde. Utredningen om varumärkeskapitalet kan sammankopplas med en finansiell värdering. Hur en sådan ekonomisk kalkyl genomförs skall jag dock av utrymmesskäl inte gå in på i denna framställning.

En utredning av värdet av det förmögenhetsobjekt som blivit angripet torde vara relevant inte endast i varumärkesrättsliga mål, utan även vid intrång i upphavs- eller mönsterrätt. En utredning av liknande slag som beskrivits ovan, dvs. en undersökning av huruvida produkten har en ständigt återkommande kundkrets, hur välkänd den är på marknaden, konsumenternas positiva associationer och uppfattning om produktens kvalitet samt vissa övriga ägarfördelar knutna till produkten, synes ge en relativt god bild av vad en upphavs- eller mönsterrätt representerar för värde. Oavsett vilka parametrar som är lämpliga att mäta för att uppskatta värdet av mönster- och upphovsrätter är poängen att det torde vara av betydelse att domstolen upplyses om det värde som tillgången motsvarar.

När en utredning om varumärkeskapitalet genomförts föreligger en bas för att uppskatta värdet av den goodwillskada som tillfogats förmögenhetsobjektet. För att uppskatta skadeståndsbeloppet har i praxis och doktrin utvecklats ett antal metoder som kan användas som utgångspunkt vid beräkningen. För de metoder som fått störst erkännande skall nu göras en kort redogörelse.

1. Relation till försäljningsbortfallet

En metod för att beräkna en goodwillskada är att lägga rättighetshavarens försäljningsbortfall eller en viss procentsats av intrångsgörarens försäljning, till grund för bestämningen av ersättningens storlek. Metoden har tillämpats i ett avgörande från Stockholms TR.¹⁷¹ I detta mål lade käranden en sådan beräkningsmodell till grund för skadeståndsyrkandet, vilken också vitsordades av svarande. Det är osäkert huruvida det kan sägas vara en lämplig metod att basera ersättningens storlek vid goodwillskada på en procentsats av skadegörarens försäljning. En anmärkningsvärd reflexion, som Borgenhäll också gör, är om det är lämpligt att ställa goodwillskadan i relation till försäljningssiffror. Borgenhäll är av den åsikten att det är

¹⁷¹ Stockholms TR T 7-988-90 (Schmackos).

ologiskt att goodwillskadan bestäms med utgångspunkt ifrån försäljningsbortfall eftersom det handlar om två helt olika skadetyper.¹⁷²

2. Relation till egen omsättning och marknadsföringskostnader

En annan metod är att bestämma skadeståndets storlek efter skadelidandes omsättning och marknadsföringskostnader. Störst vikt skall då läggas vid marknadsföringskostnaderna. Metoden har visst samband med modellen där skadeståndet ställs i relation till den immateriella tillgångens värde(se punkt 5), eftersom det i båda fallen handlar om att basera skadeståndet på en slags värdering av tillgången. Metoden har använts i ett tingsrättsmål från 1992.¹⁷³ Käranden yrkade på ersättning med 100 000 kr baserat på de marknadsföringskostnader som han lagt ner på produkterna. Tingsrätten dömde ut det yrkade skadeståndet men uttalade sig inte närmare om omsättningens eller marknadsföringskostnadernas betydelse för skadans uppskattande.

3. Relation till eller i nivå med otillbörliga vinsten

En goodwillskada kan även uppskattas med utgångspunkt i den vinst som intrångsgöraren gjort. I Absolut Rent-målet från Svea HovR¹⁷⁴ återopade käranden en beräkning för den goodwillskada som uppstått som utgick ifrån den försäljningsvinst som svaranden hade gjort genom att använda det förväxlingsbara varumärket. HovR: n ansåg dock inte att kärandens beräkningsmetod kunde läggas till grund för skadeståndets storlek, utan uppskattade i stället goodwillskadan med hänvisning till RB 35:5. Enligt min mening är beräkningsmodellen som sådan jämförbar, och lika ologisk, som metoden att ställa goodwillskadan i relation med försäljnings-bortfallet, eftersom det inte behöver föreligga något samband med skadegörarens vinst och den goodwillskada som rättighetshavaren vållas. Att bestämma skadeståndet utifrån intrångsgörarens vinst kan i vissa fall dessutom ha en negativ inverkan på skadeståndets preventiva funktion. Om en skadevållare endast riskerar att få utge sin vinst i skadestånd, skulle det kunna betraktas som att det inte finns någonting att förlora på att begå ett intrång. Den obehöriga vinsten kan användas som hjälpfaktum för att uppskatta storleken av en goodwillskada, men synes inte vara lämplig att använda som underlag för skadeståndets storlek.¹⁷⁵

4. Relation till intrångsgörarens marknadsföringskostnader

Ytterligare en metod att bestämma ersättningens storlek är att sätta skadeståndet i relation till en procentsats av skadegörarens kostnader för att marknadsföra de intrångsgörande produkterna. Tanken bakom denna metod är att kostnaderna som intrångsgöraren lagt ner i viss mån svarar mot de kostnader som skadelidande får för att reparera skadan.¹⁷⁶ Att

¹⁷² Borgenhäll, s. 158.

¹⁷³ Stockholms TR T 7-988-90 (Schmackos).

¹⁷⁴ Svea HovR, DT 32, T 78-97.

¹⁷⁵ Borgenhäll, s 159.

¹⁷⁶ Levin, s. 216.

ställa goodwillskadan i relation till skadegörarens marknadsföringskostnader måste dock ge mycket missvisande resultat i flera fall. Många intrångsgörare väljer att inte lägga ner några som helst kostnader på marknadsföring av sina varor, dels för att hålla kostnaderna nere och dels, vid t.ex. piratkopiering, p.g.a. risken för att intrånget skall upptäckas. Skadegörarens nedlagda kostnader skulle istället kunna ses som en miniminivå för skadeståndet. Endast i de fall där mer betydande summor har lagts ner på reklamåtgärder, synes metoden kunna resultera i en mer realistisk uppskattning av skadan, men även i dessa fall förefaller det krävas större insatser från rättighetshavaren att återuppbygga goodwill än vad det krävts för intrångsgöraren att skada den.

5. Relation till den immateriella tillgångens värde

I RH 1991:31, som gällde intrång i varumärket Dior, yrkade rättighetshavaren att en beräkning skulle användas som gick ut på att goodwillskadan skulle motsvara en viss promillesats, i detta fall ca 0,15 promille, av varumärkets värde. Att grunda skadestandsberäkningen på en procentsats av den immateriella tillgångens värde skulle innebära att en finansiell värdering först görs av det ovan redovisade varumärkeskapitalet, eller motsvarande utredning beträffande mönster/upphovsrätt och att en procentsats av detta därefter fastställs som skall motsvara skadas storlek. Fördelen med modellen är att den i större utsträckning än ovanstående modeller relaterar till det objekt som blivit skadat. Nackdelen är dock att beräkningen förefaller bli relativt godtycklig. Själva värdet av ett varumärke är svårt att fastställa till ett visst penningbelopp och vilken procentsats kan egentligen sägas motsvara skadans storlek? I det aktuella rättsfallet synes HovR:n inte ha ansett att det var lämpligt att lägga denna modell till grund för skadans uppskattning. Domskälen är mycket vaga, men det förefaller som om domstolen istället uppskattade skadan med stöd av RB 35:5. Det totala skadestandsbelopp som utdömts var dock av samma storlek som det som skulle ha utgått enligt skadelidandes beräkningsmetod och domstolen menade att huvuddelen av detta skadestånd var att hänföra till goodwillskadan. Även om domstolen inte verkar ha accepterat denna modell som grund för skadans bestämmande, är det emellertid möjligt att rätten påverkats av de belopp som ingick i kärandens skadestandsberäkning. Den aktuella beräkningsmetoden förordades även i ett fall från Svea HovR angående intrång i ett artistnamn.¹⁷⁷ Käranden menade att goodwillskadan skulle uppskattas till ca en procent av varumärkets totala värde, vilket beräknats till fem miljoner kr. Inte heller i detta fall godtog domstolen ett sådant beräkningsunderlag, utan uppskattade istället goodwillskadan enligt RB 35:5 till 5 000 kr.

6. Kostnader för reklamkampanj

En tänkbar metod för att bestämma ersättningen för goodwillskada är att utgå ifrån de marknadsföringskostnader som skadelidande kommer att ha för att återställa sitt anseende på marknaden. Metoden förefaller vara

¹⁷⁷ Svea HovR DT 12, T 959/90.

logisk eftersom den ställer goodwillskadan i relation till de kostnader som det kommer att krävas för att reparera skadan. Marknadsföring är en av de mest betydelsefulla åtgärderna för skapandet av goodwill och kanske den absolut viktigaste för att återställa förlorad goodwill. Samtidigt är marknadsföring mycket kostsam och metoden synes därför ge en tämligen realistisk uppskattning av den skada som inträffat och som nu måste repareras. Priset för att genomföra olika former av reklamkampanjer är ofta mycket högt. Annonser i tidningar kostar mellan ca 15 000 för en tolfedels sida och 300 000 för en helsida i Dagens Nyheter¹⁷⁸ och en reklamfilm kan kosta flera miljoner kronor. Det krävs dessutom i regel ett antal annonser och att reklamfilmen visas flera gånger i TV för att återställa goodwillvärdet, vilket ytterligare ökar kostnaderna. Skadestånden torde med denna metod bli relativt stora och därmed i större utsträckning motsvara den uppkomna skadans värde.

Metoden att ställa skadeståndet i relation till kostnader för en reklamkampanj har använts år 1999 i en dom från Stockholms tingsrätt¹⁷⁹ där ett varumärkes goodwill skadats genom olovlig användning av ett förväxlingsbart kännetecken vid marknadsföring. Käranden baserade sin skadeståndsberäkning på vad det skulle kosta att reparera den goodwillskada som hade uppkommit p.g.a. intrånget och utgick då ifrån kostnaden att föra en motkampanj. Goodwillskadan skulle vara jämförbar med kostnaden för en tidningsannons i månaden under ett helt år vilket motsvarade ca 3 miljoner kr. Svaranden vitsordade inget belopp som skäligt beträffande ersättningen för någon ytterligare skada som intrånget hade medfört. TR ansåg dock inte att denna metod kunde läggas till grund för skadeståndsberäkningen men lämnade ingen motivering för detta beslut. Istället uppskattades domstolen skadan med stöd av 35:5 RB och bestämde skadeståndet till totalt 470 000 kr, varav 260 000 kr. var att hänföra till goodwillskador.

Både Borgenhäll och Levin är av den åsikten att skadelidandes kostnader för en reklamkampanj i syfte att återuppbygga förlorad goodwill är det bästa måttet för att uppskatta en goodwillskada.¹⁸⁰ Skadeståndet relateras till de åtgärder som behövts för att en gång bygga upp goodwillvärdet och som nu måste användas för att reparera det. Denna metod synes därför, även enligt min mening, vara den metod som speglar det mest logiska sambandet mellan uppkommen skada och ersättning. Problemet är dock, precis som med de övriga redovisade metoderna, att det även med tillämpning av denna metod blir fråga om relativt osäkra antaganden. Det är mycket svårt att med säkerhet kunna avgöra storleken av den reklamkampanj som behövs för att reparera en goodwillskada. Även här blir det alltså fråga om ganska grova uppskattningar av skadeståndets storlek.

¹⁷⁸ Siffrorna baserar sig på uppgifter från Dagens Nyheters hemsida, www.dn.se.

¹⁷⁹ Stockholms TR T 1435-99.

¹⁸⁰ Borgenhäll, s. 159 f, Levin s. 216.

Sammanfattningsvis är det min mening, vilken jag delar med Borgenhäll och Levin, att metoden där skadeståndet i relation till kostnader för reklamkampanj är den metod som bäst speglar den skada som uppstår vid otillbörligt utnyttjande av annans goodwill. Genom att presentera utredning om den immateriella tillgångens värde samt kostnader för en reklamkampanj för att återställa den förlorade goodwillen får domstolen ett omfattande faktaunderlag för att beräkna den uppkomna skadans storlek och den ersättning som skall utgå. Att det även med tillämpning av denna metod blir fråga om relativt inexakta uppskattningar, torde, med tanke på goodwillskadans natur, dock vara ofrånkomligt oavsett vilken beräkningsmetod som tillämpas.

8. Framåtblick

Mot bakgrund av den skrämmande ökningen av intrång i immaterialrättigheter, framför allt genom piratkopiering, har både i Sverige och i EG under senare år påbörjats ett arbete i steg mot att ytterligare skärpa åtgärderna mot immaterialrättsintrång. I detta arbete innefattas en del förändringar som innebär en förstärkning av det rättsliga skyddet för goodwill.

8.1 EG-kommissionens förslag till direktiv om åtgärder mot varumärkesförfalskning och piratkopiering

EG-kommissionen presenterade den 27 januari 2003 ett förslag till direktiv om åtgärder mot varumärkesförfalskning och piratkopiering som innefattar åtgärder i medlemsstaternas lagstiftning för att åstadkomma ett bättre skydd för immaterialrättigheter inom EU. Målet med förslaget är främst att åstadkomma att en harmonisering av påföljdssystemet. Idag föreskriver de äldre EG-direktiven på området samt TRIPs-avtalet, vilket EU är anslutet till, endast vissa minimikrav på medlemmarnas lagstiftning. Det föreligger således fortfarande stora olikheter mellan ländernas påföljdssystem. Skillnaderna utnyttjas på så sätt att det påverkar besluten om var den illegala verksamheten skall bedrivas vilket medför att handeln med de länder som har låga straff påverkas negativt. Dessa nationella skillnader är inte bara skadliga för den inre marknaden, utan gör det också svårt att effektivt bekämpa immaterialrättsliga intrång.

Förslaget till det nya direktivet innehåller regler både om civilrättsliga åtgärder, särskilt när det gäller skadeståndsberäkning, och om straffrättsliga åtgärder. I fråga om skadestånd vid immaterialrättsintrång vill kommissionen framhålla vikten av att ersättning tillförsäkras den som blir utsatt för en kränkning. Skadeståndberäkningen skall kunna utgå antingen som en fixerad summa motsvarande dubbla den licensavgift som skulle ha utgått eller utifrån den verkliga skada som rättighetshavaren lidit. Även andra än ekonomiska omständigheter skall kunna beaktas. Det föreslås även att de vinster som intrångsgöraren gjort och som inte intagits i beräkningen av skadan, skall kunna läggas till skadestånds-beloppet.¹⁸¹

Vad avser skadeståndsbestämmelserna i förslaget till direktiv, innebär de vissa nyheter i förhållande till de svenska reglerna. Reglerna om den dubbla licensavgiften har emellertid från flera håll ansetts vara mycket kontroversiella då de kan betraktas som en form av punitive damage. Det

¹⁸¹ Art 17 KOM(2003)46.

är därför idag väldigt osäkert om det slutliga direktivet verkligen kommer att innefatta en sådan reglering. Övriga bestämmelser om skadestånd i förslaget överensstämmer med de regler som tillämpas i Sverige i dag.¹⁸² Syftet med de ändringar som föreslås har dock i stort sett varit att framhäva skadeståndets betydelse vid immaterialrättsintrång på samma sätt som Varumärkeskommittén och Mönsterutredningen eftersträvat (se nedan). Oavsett om den kontroversiella schablonregeln kommer att intas i direktivet eller ej torde ett förtydligande av de svenska skadeståndsbestämmelserna på så sätt som förordas i förslagen till ny varumärkes- och formskyddslag, vara önskvärt - även om Sverige troligen skulle komma undan med att hävda att vi redan tillämpar dessa regler i praktiken. Eftersom direktivet avser att reglera hela det immaterialrättsliga området synes, oavsett i vilken form direktivet träder i kraft, även förändringar i URL bli aktuella.¹⁸³ Kommissionen hoppas att direktivet skall kunna antas i mitten av 2004. Detta anses dock vara väl optimistiskt räknat samtidigt som förslaget har mötts av hård kritik från flera håll.¹⁸⁴

8.2 Förslag till ny varumärkeslag

I Sverige har Varumärkeskommittén i SOU 2001:26 lagt fram ett förslag till ny VmL. Bakgrunden till förslaget är EG:s varumärkesdirektiv från år 1989 samt det arbete som fortlöpande pågår inom EU för att bekämpa immaterialrättsintrång. Därutöver föreligger en strävan efter att harmonisera de nordiska ländernas immaterialrättslagar. Förslaget innefattar en rad förändringar gällande bl.a. ett förenklat registrerings- och upphävningsförfarande. De förändringar som föreslås i VmL skall också införas i FL.¹⁸⁵

I fråga om skadeståndsanktionen anser Kommittén med hänsyn till den ökade omfattningen av immaterialrättsintrång och EU:s pågående arbete för att motverka denna verksamhet, att det för svensk del finns ett starkt

¹⁸² T.o.m. regeln om att intrångsgörarens vinst skall kunna adderas till ersättningen - trots att även denna regel skulle kunna betraktas som en form av punitive damage - har en motsvarighet i svensk rätt. I både förarbetena till nu gällande skadeståndsbestämmelser samt i förslagen till ny VmL och formskyddslag konstateras att den vinst som den som har begått intrånget har gjort genom att missbruka en ensamrätt skall kunna tillmätas betydelse vid skadeståndet bestämmande. I många fall torde det vara lättare att utreda omfattningen av denna vinst än att beräkna rättighetshavarens uteblivna vinst. I förarbetena till både gällande och föreslagna regler framhålls att denna bestämmelse inte syftar till utdömande av ersättning i straffande syfte på det sätt som sker i amerikansk rätt i form av punitive damages. Däremot möjliggör regeln att den vinst som uppstått hos intrångsgöraren vid ett uppsåtligt eller oaktsamt intrång utgör en del av ersättningen till rättighetshavaren (Prop. 1993/94:122 s. 51 f, SOU 2001:26, s. 350, SOU 2001:68, s. 136).

¹⁸³ Hovrättsassessorn Stefan Johanson, Justitiedepartementet.

¹⁸⁴ www.nir.nu. Ang kritiken mot förslaget se vidare NIR 2003 s. 359.

¹⁸⁵ SOU 2001:26, s. 17-31.

behov av att ytterligare understryka skadeståndets betydelse vid kränkning av immateriella rättigheter. Detta bör enligt kommitténs mening komma till uttryck genom ett tydliggörande av ersättningsbestämmelsen i 38 § VmL. Kommittén påpekar att de flesta ingripanden mot intrång i varumärkesrättigheter och andra immaterialrätter i praktiken sker genom civilrättsliga åtgärder och inte genom straffrättsliga. Detta medför att bestämmelserna om skadestånd har en mycket central betydelse både för att motverka intrång och för att tillförsäkra rättighetshavaren full kompensation för intrånget. Kommittén framhåller att ersättningsbestämmelsen syftar till att fylla både en reparativ och preventiv funktion. Skadestånden bör kompensera rättighetshavaren fullt ut samt ligga på en sådan nivå att det aldrig lönar sig att kalkylera med att göra sig skyldig till intrång. Kommittén anser inte att ordalydelsen i 38 § VmL i tillräcklig mån ger stöd för den rättstillämpning som åsyftas. Denna rättstillämpning skulle kunna uttryckas tydligare genom att vissa av de bedömningskriterier som nämns i tidigare förarbeten lyfts fram. Varumärkeskommittén anser att regeln om att skälig ersättning för utnyttjandet av varukännetecknet skall utgå bör kvarstå oförändrad. Vad avser ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört framhålls att ett av de huvudsakliga syftena med varumärkesrätten är att skydda varumärkens anseende och rättighetshavarnas investeringar som krävs för en kommersialisering av varumärkena. När ett intrång sker i en varumärkesrätt krävs det i de flesta fallen att ytterligare ersättning för att kompensera rättighetshavaren för skadad goodwill utgår. Att ersättning utgår för förlorad goodwill är en omständighet av stor ekonomisk betydelse för rättighetshavaren och den bör enligt kommitténs mening anges uttryckligen i lagen. Kommittén poängterar att för att fastställa denna ersättnings storlek kan exempelvis en uppskattning av varumärkets kommersiella värde samt för marknadsföringskostnaderna för att återställa märkets anseende användas. Att lägga en sådan beräkningsmodell till grund för skadans storlek innebär att intrångsgöraren kan bli skyldig att ersätta rättighetshavaren med betydande belopp. Ett sådant stort skadeståndsbelopp behöver inte bara utgå i fall där intrång skett i ensamrätten till väl ansedda varumärken, utan kan utgå även vid intrång i mindre kända märken.

Kommitténs överväganden leder fram till att bestämmelsen om ersättning bör ändras så att det i lagen anges vilka kriterier som skall läggas till grund för bedömningen om ersättnings storlek för den ytterligare skada som intrånget medför. De kriterier som då bör anges i lagen är den skada som hänför sig till 1. varumärkets goodwill, 2. rättighetshavarens uteblivna försäljning, 3. den vinst som intrångsgöraren har gjort till följd av intrånget och 4. rättighetshavarens intresse av att varumärkesintrång inte begås. Med en sådan lösning bör det enligt kommitténs mening inte längre vara behövligt att i lagen ange att hänsyn skall tas till ”övriga

omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse” som anges i 38 § 3 st. VmL.¹⁸⁶

Det kan ifrågasättas om de föreslagna ändringarna i 38 § kommer att medföra någon förändring av skadeståndsberäkningen i praktiken. Ändringen synes ju endast innebära en kodifiering av de kriterier som enligt tidigare förarbeten skall beaktas och vilka domstolarna redan följer i sin beräkning av skadans storlek. Enligt min uppfattning kan det dock vara en poäng med att dessa kriterier uttryckligen tas upp i lagtexten. Härigenom blir det extra tydligt för domstolarna vilka ersättningsposter som är avsedda att beaktas, vilket kan medföra att domstolarna blir än mer uppmärksamma på att ersättning också skall utgå härför.

I skrivande stund håller propositionen till förslaget på att arbetas fram och den nya lagen beräknas kunna träda i kraft under första halvan av 2005. I januari 2003 presenterades dock EG-kommissionens förslag till direktiv på immaterialrättens område för att bekämpa immaterialrättsintrång. Med anledning härav kommer förslaget till ny VmL eventuellt att läggas på is under en tid, eftersom det kan finnas skäl att invänta och se vilka förändringar som kommer att krävas i svensk rätt enligt direktivet.¹⁸⁷

8.3 Förslag till ny formskyddslag

Ytterligare förändringar som är på gång på inom immaterialrätten är SOU 2001:68 som föreslår att ML ersättas av en ny Formskyddslag. En av grundtankarna bakom detta förslag är att förbättra rättighetsinnehavarens möjligheter att få full ersättning för sina förluster vid ett intrång. I likhet med Varumärkeskommittén föreslår därför Mönsterutredningen att bestämmelserna om ersättning vid intrång i formskydd förtydligas. De omständigheter som bör anges i lagen är desamma som föreslås intas i VmL. Ett sådant förtydligande bör leda till att formrättshavarnas ställning stärks. Vad avser ersättning för förlorad goodwill anser dock utredningen att goodwillskadorna intar en mindre framskjuten plats när det gäller intrång i formskydd. Bestämmelsen härom föreslås därför inte få inleda uppräkningsen såsom i Varumärkeskommitténs förslag, utan att den i stället flyttas ned som en punkt 4 och att uppräkningsen istället inleds med rättighetshavarens uteblivna försäljning.¹⁸⁸

Enligt förslaget till ny formskyddslag förordas också en bevislättning för sambandet mellan intrånget och en utebliven försäljning. I fråga om goodwillskadorna konstateras dock att sådan skada mera sällan låter sig

¹⁸⁶ SOU 2001:26, s. 149-151.

¹⁸⁷ Kanslirådet Thomas Johansson, Justitiedepartementet.

¹⁸⁸ SOU 2001:68, s. 135 f.

uppskattas annat än enligt en ren skälighetsbedömning. Den föreslagna bevislätnadsregeln anses av denna anledning inte få någon självständig betydelse vid sidan om bestämmelsen i 35:5 RB och bevislätnadsregeln föreslås därför inte vara tillämplig vid uppskattning av goodwillskada.¹⁸⁹

Ett förtydligande av skadeståndsbestämmelsen i en ny formskyddslag tror jag kommer att ha större effekter på mönsterrättens område än vad förändringen kommer att innebära inom varumärkesrätten. Inom mönsterrätten idag synes det normala vara att ersättning utgår för förlorad försäljning. Genom att införa en uppräknig av de kriterier som skall läggas till grund för skadeståndsberäkningen torde domstolarna bli mer uppmärksamma på att fler omständigheter än försäljningsbortfallet kan beaktas vid uppskattningen av skadan. Goodwill som än så länge intar en relativt undanskymd ställning inom mönsterrätten, bör sannolikt enligt min mening få en allt mer betydelsefull roll genom att både domstolar och rättighetshavare uppmärksammas på att ersättning för förlorad goodwill kan utgå även vid intrång i mönster. Att den föreslagna uppräknigen intas i både VmL, FL och Formskyddslagen kan vidare ge upphov till att en liknande uppräknig tas in i URL. Ett sådant tydliggörande av skadeståndsbestämmelsen förefaller på samma sätt som i de övriga immaterialrättsliga lagarna, vara önskvärt även i URL.

¹⁸⁹ SOU 2001:68, s. 136 f, 139.

9. Avslutande kommentarer

Avsikten med min uppsats har varit att utreda vad som avses med en goodwillskada på immateriella tillgångar. Jag har kommit fram till att med goodwill avses det anseende och den särskiljningsförmåga som ett kännetecken, verk eller produkt uppbär hos omsättningskretsen. Normalt består goodwill av allmänhetens välvilliga inställning och positiva associationer till varan, vilket gör att kunderna väljer dessa framför konkurrenternas varor. Att vara i besittning av en sådan aktning och prestige på marknaden torde i regel utgöra innehavarens största konkurrensfördel och medföra en garanti för hans framtida affärer. Goodwill är en mycket ömtålig tillgång som många frestas att på ett eller annat sätt ta del av. En skada på denna tillgång innebär att kännetecknet eller produkten mister sitt renommé och kännetecknande funktion hos konsumenterna och därmed förlorar sin förmåga att vidmakthålla en viss omsättning. För rättighetshavaren är det därför av utomordentlig vikt att det finns ett effektivt skydd för den goodwill som - i regel med hjälp av betydande investeringar - skapats runt hans kännetecken eller produkt.

På senare år har de avsiktliga intrången i immateriella rättigheter ökat explosionsartat. Att det sker ett utnyttjande av goodwill vid sådana intrång behöver inte ifrågasättas. Det är ju just den goodwill som originalvaran åtnjuter som gör det attraktivt för en intrångsgörare att otillbörligt söka utnyttja den aktuella rättigheten. Det största problemet på immaterialrättens område idag är att komma till bukt med den allt växande piratverksamheten. Piratkopiering av andra rättighetshavares immateriella tillgångar innebär ett omfattande ianspråktagande av den goodwill som tillkommer dessa kännetecken och produkter. I flera fall skulle goodwillutnyttjandet kunna anses som totalt eftersom det finns risk för att kunderna inte inser att produkterna ej kommer från originaltillverkaren. I jämförelse med snyltning torde det därför generellt sett röra sig om ett mer omfattande goodwillutnyttjande vid piratkopiering, vilket också medför att de goodwillskador som uppstår blir av en mer betydande storlek.

I bekämpandet av dessa olovliga kommersiella utnyttjanden måste enligt min mening både *erkännandet* och *ersättandet* av goodwillskador inta en mycket viktig roll. För att komma tillrätta med intrång i immateriella rättigheter krävs att det finns effektiva regler för att ersätta den skada som uppkommer p.g.a. intrånget. Skadeståndsreglerna är inte bara viktiga ur reparativ, utan även ur preventiv synvinkel. I många fall är det goodwillskadan som utgör den huvudsakliga skadeposten för rättighetsinnehavaren. För att skadeståndet skall fullgöra sin reparativa funktion och erbjuda innehavaren den fulla compensation som han är berättigad till så fordras att goodwillskador erkänns och dessutom ersätts med belopp som i möjligaste mån motsvarar den skada som verkligen uppstått. Att goodwillskadan ersätts är dessutom av utomordentlig vikt

för att den preventiva funktionen skall fyllas. Eftersom goodwillskador normalt uppgår till mycket stora belopp, spelar de en avgörande roll för att avskräcka presumtiva skadevällare för att begå intrång i immateriella rättigheter.

I Sverige idag är goodwillskadan utan tvekan en erkänd skadeform vid intrång i immateriella rättigheter. Av praxis kan utläsas att goodwill över tid haft sin största vikt inom känneteckensrätten, men att den numera har fått en ökad betydelse även på upphovs- och mönsterrättens område. Att det i jämförelse med varumärkesrätten finns relativt få rättsfall där ersättning utgått för förlorad goodwill vid intrång i upphovsrätt och mönster beror inte på att domstolarna avslagit yrkanden om goodwillersättning, utan att sådan ersättning inte har yrkats av skadelidande. Med tanke på att betydelsen av goodwill överlag fått en mer framträdande roll inom immaterialrätten kommer sannolikt allt fler skadeståndsyrkanden på både upphovs- och mönsterrättens område att innefatta ersättningskrav för försämrat anseende och urvattning.

Utan att göra någon närmare sammanfattning av de skadeståndsbelopp som utdömts av domstolarna kan emellertid med beaktande av den praxis som redovisats, konstateras att de ersättningar som döms ut för goodwillskada är förhållandevis låga. I många av fallen är skadeståndsbeloppen så små att de närmast kan ses som en symbolisk ersättning för goodwillskada istället för en kompensation för den skada som rättighetshavaren åsamkats. I och med att domstolarnas uttalanden angående goodwillskadorna ofta är mycket vaga är det svårt att skaffa sig en klar uppfattning om hur de resonerar beträffande storleken på ersättningen. I de allra flesta fallen har domstolen, p.g.a. av att mycket knapphändig bevisning presenterats om skadans storlek, tvingats uppskatta skadan med hjälp av 35:5 RB. Också i fall där beräkningsmetoder för uppskattningen av goodwillskadan har presenterats av käranden har domstolarna avböjt att lägga dessa till grund för beräkningen och har istället använt sig av 35:5 RB. Avvisandet har skett med hänvisning till att de förordade metoderna byggts på alldeles för osäkra och lösa premisser. Ytterligare en förklaring skulle dock möjligtvis kunna vara att domstolarna därtill har känt att det varit ett för stort steg att godkänna en av käranden framlagd beräkningsmodell och därför känt sig säkrare om skadan uppskattas med hjälp av 35:5 RB.

Att hjälpregeln i 35:5 finns intagen i RB är för goodwillskadans del en förutsättning för att ersättning skall utgå för denna typ av skada, eftersom det är näst intill omöjligt att lägga fram tillfredställande bevisning om en goodwillskadas omfattning. Den frekventa tillämpningen av 35:5 RB har dock inte endast haft positiva effekter utan måste också anses ha gett upphov till vissa av de problem som idag föreligger på immaterialrättens område. Följden av att 35:5 RB tillämpas mycket ofta i immaterialrättsliga mål, i kombination med att skälighetsbedömningen som skall göras enligt denna bestämmelse innebär ett stort mått av godtycke (eftersom det inte finns några fasta hjälpregler att gå efter), blir

att olika domstolar kan komma till vitt skilda resultat när det gäller uppskattningen av en skadas storlek. Det föreligger därför en stor rättsosäkerhet i detta avseende. Enär det inte utbildats några klara riktlinjer för uppskattningen av en goodwillskada, går det inte på förhand att avgöra vilken ersättning som kan förväntas för en sådan skada. När ett skadeståndsyrkande skall formuleras blir det därför svårt för käranden att avgöra på vilken nivå skadeståndsyrkandet skall läggas. Det föreligger härmed en risk för att det yrkas på ett för lågt skadestånd, vilket kombinerat med den processrättsliga dispositionsprincipen¹⁹⁰ innebär att rättighetshavaren inte får full kompensation för den som skada han lidit.

Det kan inte förnekas att domstolarna många gånger uppvisat stor restriktivitet i sin bedömning av ersättningen för förlorad goodwill. Att skadeståndsbeloppen är låga behöver dock inte alltid bero på domstolen utan kan även vara ett resultat av parternas processföring. I flera fall presenteras ingen som helst bevisning från kärandes sida för skadans storlek, vilket naturligtvis gör det svårt för domstolen att göra en verklighetstrogen uppskattning. Att endast knapphändig bevisning lägg fram beror i första hand på att bevissvårigheter generellt sett gör sig gällande beträffande skador på komponenter som anseende och särskiljningsförmåga. En annan orsak härtill kan vara att domstolarnas frekventa tillämpning av 35:5 RB samt de låga skadeståndsbelopp som normalt utdöms medför att käranden anser det vara lönlöst att lägga ner tid och pengar på att presentera en närmare utredning om goodwillskadans omfattning. Eftersom domstolen i regel använder sig av den möjlighet den har att självt uppskatta skadan till ett skäligt belopp, väljer många att begränsa sig till att hänvisa till 35:5 RB för skadans beräkning. För mig framstår det dock som om ytterligare en bidragande faktor till att mycket mager bevisning läggs fram beträffande skadans storlek är att det föreligger en viss ”okunskap” beträffande vilka faktorer som skulle kunna presenteras för att underbygga ett skadeståndsyrkande för förlorad goodwill. Det som käranden i grund och botten behöver göra är att söka förse domstolen med så mycket fakta som möjligt kring det intrång som skett. Eftersom domstolen normalt inte besitter den branschkunskap som behövs, är det viktigaste att skadelidande presenterar ett faktaunderlag för domstolen så att uppskattning av skadan kan bli så realistisk som möjligt. Genom att åberopa en mängd sakomständigheter kring intrånget, och sedan hoppas på att rätten tar så många av dessa omständigheter som möjligt i beaktande, ger den skadelidande domstolen relativt goda chanser att komma fram till ett verklighetstroget resultat.

Jag har full förståelse för de skadelidande som mot bakgrund av de låga ersättningsbeloppen inte anser det vara värt mödan och kostnaderna att göra någon närmare utredning om goodwillskadans storlek. Eftersom goodwillskador dock kan bli väldigt omfattande och inte låta sig repareras utan avsevärda insatser, torde det ofta vara värt att anstränga

¹⁹⁰ Ekelöf, Rättegång – första häftet, s. 52.

sig för att kunna förse domstolen med någon form av bevisning om den skada som rättighetshavaren åsamkats. Så kan dels ske genom att redogöra för sakomständigheterna kring intrånget eller genom att presentera en modell för beräkningen av skadan. Av de modeller som redogjorts för ovan förordar jag själv den där en beskrivning görs av den immateriella rättighetens värde kombinerat med kostnaderna för att föra en reklamkampanj för att reparera den förlorade goodwillen. Från min synvinkel torde dessa faktorer ej ta så mycket tid och kostnader i anspråk att utreda så att det inte kan anses motiverat med hänsyn till det skadeståndsbelopp som kan komma att utgå. Även om det primära i fråga om skadeståndsbeloppen på immaterialrättens område måste vara att söka ändra domstolarnas attityd till goodwillskador och få dem att i större utsträckning hålla både skadeståndets reparativa och preventiva funktion för ögonen vid beräkningen av skadeståndsbeloppen, så torde det dessutom krävas att de skadelidande anstränger sig för att presentera ett visst underlag för skadans storlek i det aktuella fallet. Om så inte sker kommer domstolarnas skadeberäkning alltid att vara mer eller mindre godtycklig och sakna förankring i ekonomiska realiteter. Mot bakgrund av samtliga de problem som uppkommer vid uppskattningen av goodwillskador ur både domstolarnas och parternas perspektiv, blir behov av en etablerad metod för att beräkna ersättningen för förlorad goodwill mycket tydligt.

Avslutningsvis kan sägas att det för att trygga både skadeståndets reparativa och preventiva funktion vid intrång i immateriella rättigheter är av avgörande vikt att skador på tillgångens anseende och särskiljningsförmåga blir kompenserade. För att skadan verkligen skall bli reparerad skulle kanske även andra sanktioner än skadestånd kunna vara tänkbara. Eftersom en goodwillskada innebär en kränkning av anseende, prestige och exklusivitet, skulle en effektiv väg kunna vara att införa skyldighet att publicera en fällande dom för intrång i en immateriell rättighet.¹⁹¹ En sådan sanktion skulle inte bara ha en stor betydelse för återställandet av den förlorade goodwillen utan även ha en betydelsefull inverkan för att avhålla utomstående att söka tillgodogöra sig och skada den värdefulla goodwill som skapats kring andra rättighetshavares immateriella tillgångar.

¹⁹¹ Levin, s. 217.

Litteraturförteckning

Lagsamlingar

FAR 2001

Offentligt tryck

- | | |
|--------------------|--|
| SOU 1958:10 | Förslag till varumärkeslag |
| SOU 2001:21 | Förslag till ny varumärkeslag |
| SOU 2001:68 | Förslag till ny formskyddslag |
| | |
| Ds 1997:51 | Rapport från Internationella ekobrottsgruppen |
| | |
| Prop. 1960: 17 | Med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk mm. |
| Prop. 1960:167 | Förslag till varumärkeslag |
| Prop. 1974:4 | Förslag till ny firmalag |
| Prop. 1993/94:122 | Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång |
| Prop. 1994/95:123 | Förslag till ny marknadsföringslag |
| Prop. 1998/99:11 | Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång |
| Prop. 1999/2000:93 | Ändringar i varumärkeslagen |
| Prop. 1999/2000:40 | Obeställd reklam m.m. |

Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy, 1999.

Litteratur

- | | |
|--------------------------------|--|
| Borgenhäll, Håkan | <i>Reparation vid varumärkesintrång</i> , NIR 2000/2 s. 153 ff. |
| | |
| Bieniaszewski-Sandberg, Anna | <i>Goodwillskyddet enligt svensk immaterialrätt och marknadsrätt</i> , Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Juristförlaget, Stockholm, 1994. |
| | |
| Ekelöf Per Olof, Boman, Robert | <i>Rättegång – första häftet</i> , femte upplagan Nordstedts juridik, Göteborg, 1995. |
| | |
| Ekelöf, Per Olof Boman, Robert | <i>Rättegång – fjärde häftet</i> , femte upplagan, Nordstedts juridik, Göteborg, 1995. |

- Fitger, Peter *Rättegångsbalken II*, tredje upplagan, Nordstedts laghandböcker, Stockholm 2000.
- Förnell, Petra,
Jilmstad, Jenny *Immaterialrättsliga skadestånd*, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Jurist förlaget, Stockholm, 1997.
- von Heidenstam, Peter *Immaterialrättsliga skadestånd*, NIR 2000/2, s. 132 ff.
- Hellner, Jan *Skadeståndsrätt*, sjätte upplagan, Stockholm 1995.
- Karlsson, Eva *Skadestånd vid intrång i industriella rättigheter*, NIR 1990, s. 369 ff.
- Knoph, R. *Åndsretten*, Oslo, 1936.
- Koktvedgaard Mogens,
Levin, Marianne *Lärobok i immaterialrätt*, sjunde upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2002.
- Levin, Marianne *Noveller i varumärkesrätt*, Stockholm 1990 (Cit. Levin).
- Levin, Marianne *Vad är counterfeiting*, NIR 1986 s. 33 ff.
- Levin, Marianne *Varumärkesparodier och annan lek med andras kännetecken i ljuset av den nya Kodakregeln*, SvJT 10/1992 s. 705 ff.
- Levin, Marianne,
Wessman, Richard *Varumärkesrättens grunder*, Juristförlaget, Stockholm, 1996.
- Löfgren, Christer *Värdering av varumärken utifrån juridiska och ekonomiska aspekter*, Institutet för och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Jurist förlaget, Stockholm 1991.
- Melin, Frans,
strategisk
Urde, Mats *Märkespyramiden - varumärket som tillgång*, NIR 1990 s. 398 ff.
- Nordell, Per Jonas *Marknadsrättens goodwillskydd*, MercurIUS Förlagsaktiebolag, Stockholm 2003 (Cit. Nordell).
- Nordell, Per Jonas *1994 års revision av den svenska*

immaterialrättens sanktionssystem,
NIR 1994, s. 309 ff.

- Nordell, Per Jonas *Rätten till det visuella*, Skrifter utgivna av
Juridiska fakulteten vid Stockholms
universitet, Stockholm 1997.
- Olsson, Henry *Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar*,
Nordstedts Juridik, Stockholm, 1996.
- Pehrsson, Lars *Varumärken från konsument synpunkt*, Liber
Förlag, Stockholm, 1981.
- Pretnar, Bojan *What is goodwill in IP law*, WIPO.
- Stim, Richard *Intellectual Property*, West Publishing,
Albany, 1994.
- Tiili, Virpi Om varumärkets funktioner, NIR 1970 s. 240
ff.
- Uggla, Claës *Några tankar om beräkningen av
skadestånd i varumärkesmål*,
NIR 1988 s. 521 ff.

Hemsidor

Dagens Nyheter www.dn.se

PRV www.prv.se

Övriga källor

Samtal med Kanslirådet Thomas Johansson, Justitiedepartementet, den 1 december 2003.

Samtal med Hovrättsassessorn Stefan Johansson, Justitiedepartementet, den 1 december 2003.

Samtal med Fiskalen Adrian Engman, Stockholms Tingsrätt avd 7, den 13 och 14 november 2003

Föredrag av Advokaten Ann-Charlotte Söderlund vid Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydds (SFIR) konferens om Goodwillskyddets värde och omfattning, den 27 november 2002.

Aftonbladet den 11 november 2003.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Högsta Domstolen

NJA 1967 s 458 (Polycolor)
NJA 1984 s. 34 (Bootlegskivorna)
NJA 1985 s 34, NIR 1985 s 473
NJA 1985 s. 194, NIR 1985 s. 624 (EF)
NJA 1988 s.183 (Levis)
NJA 1992 s. 633 (Friskis & Svettis)
NJA 1995 s. 164 (Tunika)
NJA 1995 s. 635 (Galliano)
NJA 1998 s. 474 (Volvo)

Rättsfall från Hovrätterna

RH 1990:68 (La Copie)
RH 1991:31 (Dior)
RH 1994:111 (Cartier III)
RH 1997:13 (Krissjackan)
RH 1998:89 (Krokusmattan)
Göta HovR den 19.11.1986, NIR 1987 s. 271 (Fläkt)
Göta HovR B660-97 B710-99 (Kopiering av datorprogram)
Göta HovR T 319/98 (Levi's III)
HovR över Blekinge och Skåne B 99-98 (Kopiering av datorprogram)
HovR för Övre Norrland 3.4 1984, NIR 1985 s. 479 (Big Mac)
Svea HovR 24.6.1986 (Blend)
Svea HovR DT 12, T 959/90 (Artistnamn)
Svea HovR DFT 34, FT 1431/90 (Cartier I)
Svea HovR DT 14, T 419/92 (Rolex)
Svea HovR, DT 49, T 416/95 (Callaway golfklubbor)
Svea HovR, DT 32, T 78-97 (Absolut rent)
Svea HovR den 22.12.1998, DT 32 T 78-97 (Levi's II)
Svea HovR DT 45, T372-01 (Kopiering av datorprogram)
Svea HovR 2946-01, B 3953-02 (Kopiering av datorprogram)
Svea HovR T 10057-02 (Nokia mobiltelefonskal)

Rättsfall från tingsrätterna

Halmstad TR B2317-01(Kopiering av datorprogram)
Huddinge TR T 1989-00 (Kopiering av datorprogram)
Landskrona TR B142-00 (Kopiering av datorprogram)
Norrtälje TR B254-01 (Kopiering av datorprogram)
Skövde TR B 1184-00 (Kopiering av datorprogram)
Solna TR B 1801-98 (Kopiering av datorprogram)

Solna TR B1885-98 (Kopiering av datorprogram)
Stockholms TR 6 mars 1990 (Dennis & Bosse Bus)
Stockholms TR T 7-988-90 (Schmackos)
Stockholms TR DT 411, T 7-405-93 (Cartier II)
Stockholms TR DT 745/94, T-586-92 och T-1133-93 (Bruceankaret)
Stockholms TR T 1435-99 (Håll Sverige Rent)
Stockholms TR T7741-99 (Harry boy)
Stockholms TR T14607-01 (Alfons Åberg).
Stockholms TR T 18899-02 (Nokia mobiltelefonskal)
Uppsala TR ,11.12.1980, NIR 1981 s 421 (Rolls Royce)
Varbergs TR, B 1669-00 (Kopiering av datorprogram)
RÅ 1947 H 51, NIR 1946 s. 216 (Jeep)

MD

MD 1987:10 (Pre-Glandin)
MD 1987:11 (Kapp Ahl)
MD 1993: 9 (Boss)
MD 1999:21 (Robinson)
MD 2000:25 (Hästen)