



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Adrienne Bonde

Upphovsrättrinång  
- hur skall ersättningen fastställas?

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Ulf Maunsbach

Immaterialrätt

Termin 9

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Syfte	5
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition	7
<b>2 VEM HAR RÄTT ATT BEGÄRA ERSÄTTNING</b>	<b>8</b>
2.1 Efterlevande	8
2.2 Juridiska personer	9
<b>3 PÅFÖLJDER FÖR BROTT MOT UPPHOVSRÄTT</b>	<b>11</b>
3.1 Tillåtet nyttjande	11
3.2 Upphovsrätt inom kontraktsförhållande	12
<b>4 ERSÄTTNING INOM ARBETSRÄTTEN</b>	<b>13</b>
<b>5 SKÄRPSTA ÅTGÄRDER VID IMMATERIALRÄTTSLIGA INTRÅNG</b>	<b>15</b>
5.1 Sanktionsdirektivet	15
5.2 Den ”nya” 54 § URL	16
<b>6 BERÄKNING AV ERSÄTTNING</b>	<b>18</b>
6.1 Skäligt vederlag	18
6.1.1 Beräkning av skäligt vederlag	19
6.2 Skadestånd	19
6.2.1 Ideell skada	21

6.2.2	Skadeståndsberäkning	23
6.2.3	Skadeståndets reparativa funktion	24
6.2.4	Skadeståndets prevenetiva funktion	24
<b>6.3</b>	<b>Jämkning av ersättningen</b>	<b>25</b>
<b>6.4</b>	<b>Förebringande av bevisning</b>	<b>25</b>
<b>7</b>	<b>PRAXIS</b>	<b>26</b>
7.1	Bootleg	26
7.2	Madrass-målet	27
7.3	Krukväxt-målet	27
7.4	Journalistavtalet	28
7.5	Jas-målet	28
7.6	JAHAB	29
7.7	Tunikamålet	30
7.8	Formsprutarna	31
7.9	ComHem	31
7.10	Hotell du Nord	32
7.11	The Pirate bay	32
7.11.1	De svenska skivbolagen	33
7.11.2	De nordiska filmbolagen	33
7.11.3	De amerikanska filmbolagen	34
7.11.4	Tingsrättens bedömning	34
7.12	Slutsats	35
<b>8</b>	<b>NORDISK DOKTRIN</b>	<b>37</b>
8.1	Beräkning av ersättning enligt dansk praxis	37
8.2	Beräkning av ersättning enligt finsk praxis	38
8.3	Slutsats	39
<b>9</b>	<b>ANALYS</b>	<b>40</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>47</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>49</b>

# Summary

Copyright is the set of exclusive rights granted to the creator of an original work and it arises without any formality. These exclusive rights can be licensed, transferred or assigned. Copyright protects a creator's economic rights as well as his moral rights, which are not transferable. When someone uses an original work in violation to the Swedish Copyright Act, the rights owner has the right to a reasonable fee. Regardless if the interference was committed in *dolus* or *culpa*. The reasonable fee is the hypothetical sum of what should *at least* have been paid, if there had been a legal settlement beforehand. An intruder shall never be able to benefit from not respecting copyright.

Another possible remedy is money damages, if *culpa* or *dolus* is proven. The Swedish legal system statutes that the rights holder shall recover the full amount of his actual damage. The primary measure of recovery of actual damage is based upon loss of sales, lost profits and the extent to which the market value of the copyrighted work has been injured or destroyed by the infringement. As the copyright holder you may also be entitled to moral damages, because of the personal discomfort the infringement may have caused you. Very often though, proof of actual damage is very difficult. Acknowledging this reality the Swedish Copyright Act allows the court to make a reasonable assessment.

Copyrights can be economically very valuable, and it's important that the illegal infringements are effectively prevented and that the rights holder receives full compensation for the damage resulting from them. Even though there has been a trend towards higher damages, they have not yet reached a satisfactory level. The implementation of *The directive of civil enforcement*<sup>1</sup> has, among other things, enabled the courts to impose higher damages. Nevertheless judges still seem to cling to old and proven principles. The court's lack of elaborate court findings, makes it hard to analyze and interpret their criteria's of compensation. But one thing is certain, today's damages don't fulfill their role as a preventive and restorative sanction.

---

<sup>1</sup> Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights

# Sammanfattning

Upphovsrätt är en ensamrätt som uppkommer formlöst. Till denna rätt finns det knutet såväl ekonomiska rättigheter, vilka kan överlåtas, och ideella rättigheter, vilka inte kan överlåtas fullt ut. Då någon utnyttjar ett verk i strid med bestämmelserna i lag (1960:729) om upphovsrätt till konstnärliga och litterära verk, URL, har rättighetshavaren *alltid* rätt till skäligt vederlag, oavsett om intrånget sker i ond eller god tro. Det skäliga vederlaget kan likställas med vad som skulle ha betalats, om det rört sig om ett lovligt nyttjande. Storleken på vederlaget skall bestämmas med hänsyn till omständigheter i det enskilda fallet. Så länge det finns fastställda tariffer eller en etablerad branschpraxis, så brukar inte beräkningen av det skäliga vederlaget orsaka några problem.

Begås intrånget uppsåtligt eller av oaktsamhet föreligger även en rätt till ersättning i form av skadestånd. Dessa skador kan bestå i förluster som försäljningsbortfall, utebliven vinst och marknadsskador. Som upphovsman kan man även vara berättigad till ideellt skadestånd för det personliga obehag intrånget orsakat. Av lagmotiven till URL framgår att det till fullo bör beaktas vad intrånget betytt för den skadelidande. För att en rättighetshavare skall bli berättigad till skadestånd måste han bevisa att intrång skett och omfattningen av skadan som drabbat honom. Då det kan vara mycket svårt att bevisa skadans omfattning får domstolarna, med stöd av bevislätnadsregeln i 35:5 Rättegångsbalken (1942:740), RB, uppskatta skadan till ett skäligt belopp.

Upphovsrätter kan vara ekonomiskt mycket värdefulla och det är viktigt att olovliga utnyttjanden effektivt förhindras och att de skador som uppstår vid intrång ersätts. Även om man i praxis kan se att det skett en utveckling mot att högre skadestånd utdöms, så har de ännu inte nått en tillfredsställande nivå. Implementeringen av Sanktionsdirektivet<sup>2</sup> har bland annat resulterat i förtydliganden av 54 § URL, som öppnar upp möjligheter för utdömande av högre skadestånd. Men domstolarna tycks fortfarande falla tillbaka på äldre och beprövade principer. Bristen på utförliga domskäl gör även att rättsfallen inom området blir svårtolkade. Något som däremot är tydligt är att dagens domslut, i allt för stor utsträckning, får resultatet att skadestånden varken fyller sin reparativa eller preventiva funktion.

---

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter

# Förord

När jag läste immaterialrättskursen Mediarätt blev jag medveten om den osäkerhet som rådde när ersättningen vid upphovsrättsintrång skulle fastställas. Det var tydligt att detta var ett rättsläge som behövde utredas och det är min förhoppning att denna uppsats kan ge viss förståelse och skänka klarhet i detta problem.

För korrekturläsning och skarpsynta kommentarer vill jag tacka min handledare Ulf Maunsbach.

Ett stort tack också till min familj för allt stöd och uppmuntran, inte bara under författandet av denna uppsats utan under hela min utbildning.

Slutligen vill jag tacka min studentstad Lund för alla vänner, alla skratt och alla ovärderliga minnen.

Stockholm, maj 2010

Adrienne Bonde

# Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
BrB	Brottsbalk (1962:700)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
IPRED	Intellectual Property Rights Enforcement Directiv
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
ML	Mönsterskyddslagen (1970:485)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SAMI	Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation
Sanktionsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SFS	Svensk Författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TRIPS- avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till konstnärliga och litterära verk

# 1 Inledning

Upphovsrätt innebär att den som skapat ett verk också skall ha ensamrätt till verket. Denna ensamrätt innebär att det är upphovsmannen själv som bestämmer om hans verk skall få framställas, spridas, och om verket skall få framföras offentligt. Förutsättningarna för skapande och möjligheterna till kopiering har däremot ändrats drastiskt med digitala system och globala nätverk. Nu för tiden sker upphovsrättsintrång dagligen genom exempelvis otillåten kopiering och spridning av andras verk, vilket har resulterat i att upphovsrättsliga tvister är vanligt förekommande. I all korthet kan sanktionssystemet vid upphovsrättsintrång sägas vara uppbyggt kring sanktionerna beslag, förbud, straff och ersättningsskyldighet. Varav just ersättningskyldigheten är den sanktion som här kommer att behandlas. Utredningen är nödvändig då det finns många som vittnar om att reglerna inom detta område är komplicerade och svårtillämpade, det är exempelvis ofta oklart hur skadan skall fastställas och hur skadeståndet samt det skäliga vederlaget skall beräknas. En anledning härtill är att skadeståndsproblematiken endast i begränsad omfattning behandlas i URL. Av 54 § 2 st. URL framgår att då ett verk utnyttjats utan tillstånd och detta skett uppsåtligt eller av oaktsamhet, då ska skälig ersättning utgå för utnyttjandet och även för den ytterligare skada som intrånget medfört. Det kan bli aktuellt då intrånget resulterat i en nedgång i försäljningen av lagliga exemplar på grund av uteblivna beställningar, exempelvis då en film olovligen sänts i TV och det därför kommer saknas intresse för kabelnäten i landet att köpa den. Man kan även bli ersättningskyldig för det personliga obehag den skadelidande kan uppleva på grund av den obehöriga åtgärden.<sup>3</sup> Men det ges inga tariffer för ersättningar eller generella anvisningar för bestämmande av skadestånd och skälig ersättning.

Sedan implementeringen av Sanktionsdirektivet<sup>4</sup> har nya upphovsrättsliga regler trätt ikraft, reglerna föranleddes av den snabba tekniska utvecklingen som medförde behov av starkare rättigheter för upphovsmännen. Införande av de nya reglerna kommer troligtvis att medföra ett ökat antal åtgärder mot upphovsrättsintrång inom branscher som musik-, film- och dataspelsbranschen.<sup>5</sup>

## 1.1 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda vilka omständigheter som måste vara uppfyllda för att skadestånd och skäligt vederlag skall kunna utdömas vid ett utnyttjande av verk. Som utgångspunkt kommer ersättningsreglernas olika delmoment presenteras ur ett allmänt perspektiv, utifrån 54 § URL. Målet är

---

<sup>3</sup> Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar*, s. 479

<sup>4</sup> Direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter

<sup>5</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s.225



även att analysera hur domstolarna resonerar samt brister i nuvarande ersättningsberäkning. Huvudfokus kommer att ligga på skadeståndet, då det typiskt sett är fastställandet av skada och skadeståndsberäkningen som orsakar de största svårigheterna. Vidare kommer jag att undersöka vad domstolen tar i beaktande i sin utredning om huruvida oaktsamhet föreligger, vilket är en minimiförutsättning för att skadeståndsansvar skall kunna bli aktuellt. Jag kommer även att visa vilka förändringar implementeringen av Sanktionsdirektivet har medfört i 54 § URL, såväl språkliga som faktiska.

Följande frågor kommer besvaras i uppsatsen:

1. Hur skall skadeståndet respektive det skäliga vederlaget beräknas vid upphovsrättsintrång?
2. Uppfyller skadeståndet vid upphovsrättsintrång den reparatoriska och preventiva funktion som lagstiftaren åsyftat med sanktionen?

## 1.2 Avgränsningar

Det är ett uppenbart problem att många idag förlorat respekten för upphovsrätt. Vilket bland annat får resultatet att verk aktivt laddas ner från internet utan att någon betalning erläggs. Debatten om avsaknaden av respekt för upphovsrätt är omfattande och även fast det är ett aktuellt ämne, så är det inte något som kommer diskuteras närmare inom ramarna för denna uppsats. Framställningen kommer istället koncentreras på hur upphovsmännen skall ersättas när intrång sker. Jag kommer endast kortfattat att behandla grundläggande juridiska kunskaper, såsom vem som är skadeståndsberättigad och vad som krävs för att ett verk skall uppnå verkshöjd. Vid fastställande av all form av skadestånd så spelar den adekvata kausaliteten en betydande roll, men av utrymmesskäl fokuseras denna framställning på de delar av skadeståndsbedömningen som är speciella för upphovsrätten.

## 1.3 Metod och material

Uppsatsen är baserad på en juridisk metod vilket innebär att jag studerat och analyserat lagar, förarbeten, praxis och doktrin. Stor del av min utredning har baserats på att studera praxis, för att på så sett få en bild av vad domstolen tar med i beräkningen vid fastställande av ersättning. Svårigheterna med att fastställa skadan vid ett upphovsrättsintrång uppmärksammas i både förarbeten och doktrin, men det är framförallt i NIR det presenterats förslag på beräkningsmetoder, varför detta varit en viktig källa. I likhet med artiklarna i NIR så kommer jag tillämpa ett rättighetsinnehavarperspektiv.

## 1.4 Disposition

Uppsatsen inleds med en utredning om vem som är ersättningsberättigad följt av en redovisning av de påföljder som kan bli aktuella vid ett upphovsrättsintrång. Därefter följer en kortfattad redogörelse av arbetsrättens allmänna skadestånd. Jag kommer vidare beskriva de skärpande åtgärder som vidtagits mot immaterialrättsintrång, Sanktionsdirektivet och 54 § URL som den ser ut idag. I nästföljande kapitel presenteras beräkningsreglerna för skäligt vederlag och skadestånd. Vidare följer en granskning av praxis och hur domstolarna resonerar vid ersättningsberäkningen. Som sista kapitel innan analysen görs en mycket kortfattad komparation mellan Danmark, Finlands och Sveriges upphovsrättsliga lagstiftning.

Analysen sker till viss del löpande men det är i det sista kapitlet som den sammanfattande analysen görs.

## 2 Vem har rätt att begära ersättning

Vid otillåtna förfogande över verk är upphovsmannen berättigad till ersättningen enligt gällande skadeståndsregler i URL. Denna rätt tillfaller förstås även den som, efter överlåtelse eller upplåtelse, förvärvat upphovsrätten från upphovsrättsmannen. Detta skydd kan även åberopas mot själva upphovsmannen om denne skulle begå intrång efter överlåtelsen. Rättsinnehavarens ersättningsrätt framgår av 54 § URL. Även då en upphovsman har överlåtit rätten till någon annan kan han fortfarande ha rätt till ersättning för ideell skada. Något som blir aktuellt vid kränkning av den ideella rätten.<sup>6</sup>

En förvärvare av rätt kan vara målsägande i ett intrångsmål och därmed vara skadeståndsberättigad på grund av intrång i den rätt han förvärvat. En förvärvare kan däremot inte sägas vara absolut berättigad att ange ett intrång till åtal, det krävs nämligen att rätten åtkommit med någon form av exklusivitet. Det räcker exempelvis inte med en enkel licens att utnyttja ett verk, utan man måste ha ensamrätt till verket för att kunna vara målsägande. Det är dock svårt att fastställa exakt var gränsen går, eftersom skalan mellan ett rättsförvärv av alltifrån en fullständig ensamrätt till ett enkelt tillstånd medger ett flertal olikartade rättspositioner. En person som inte tillförsäkrats ett konkurrensfritt utnyttjande av förvärvade rättigheter, får troligtvis inget gensvar vare sig för en målsägandetalan eller för ett ersättningsanspråk då någon utan tillstånd disponerar samma rätt. Däremot kan en rättsförvärvare väcka åtal mot var och en som direkt hindrar honom i hans eget utnyttjande av rätten, även fast han enbart förvärvat en enkel licens.<sup>7</sup>

### 2.1 Efterlevande

Rätt till ersättning för ideell skada kan även tillkomma den som är rättsinnehavare efter upphovsmannens död, då upphovsrätten är giltig 70 år efter dennes dödsår. Av detta kan utläsas att det anses råda en form av identifikation mellan den ersättningsrätt som tillkommer upphovsmannen under hans levnadstid och hans dödsbodelägare.<sup>8</sup> Denna övergång av ersättningsrätten följer gängse nationella arvsrättsliga regler, så rätten kan därmed övertas av såväl legala arvingar som efter förordnande i testamente. Upphovsmannen är berättigad till att lämna instruktioner samt reglera och inskränka arvingarnas förfoganderätt över de verk de ärvt.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> NIR 2006 s. 219, Tonell, M., Karlsson, N. Ersättning för lidande och annat förfång vid upphovsrätt, s. 227

<sup>7</sup> Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, 308 ff

<sup>8</sup> Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, s. 187

<sup>9</sup> 41 § 1 st URL

Som konstaterats har rättighetsinnehavaren efter avliden upphovsman rätt till ersättning, men en fråga som då uppstår är vems skada som skall beaktas då ersättning för ideell skada skall utgå. Är det den skada som rent hypotetiskt skulle ha drabbat upphovsmannen, om han fortfarande varit i livet eller den skada som drabbar rättighetsinnehavaren efter det familjerättsliga förvärvet? När ett intrång skett i förfoganderätten bör inte upphovsmannens hypotetiska skada beaktas men vid kränkning av den ideella rätten råder motsatt förhållande. Detta framgår bland annat av rättsfallet *NJA 1993 s. 263*, där domstolen vid skadebedömningen fann att hänsyn ska tas till huruvida en återgivning kan anses kränkande för en avliden upphovsmans egenart. I detta fall hade upphovsmannen själv stämt byggbolaget inför tingsrätten där käromålet ogillades. Då upphovsmannen därefter avled var det dödsboet efter honom som fullföljde talan och i Högsta domstolen berättigades till ersättning för både upphovsmannens uteblivna vederlag och uppkommen ideell skada. I nämnda fall hade visserligen den ideella skadan uppkommit under upphovsmannens levnadstid, varför ersättningen kan ses som ersättning för det faktiska lidandet som upphovsmannen hann lida före sin död. Detta stämmer väl överens med SkL där rätten till ersättning för ideell skada kan övergå till arvingar, om krav på ersättning framställts innan den avlidnes död<sup>10</sup>. Vid upphovsrättsintrång skall däremot en efterlevande ha rätt till ersättning för ideell skada även då ersättningsanspråk inte fastställts innan den avlidnes död. Detta framgår av hovrättsavgörandet RH 95:59 i fallet ansågs det att dödsboet till konstnären Matisse var berättigad till ersättning för kränkning av dennes ideella rätt. Detta efter att Bonniers Månadstidningar AB publicerat en bild av en byrå, vars framsida dekorerats med en beskuren affisch, som återgav ett konstverk av konstnären. Matisse konstnärliga anseende och egenart ansågs ha blivit kränkt och Bonniers blev skyldiga att utge ersättning till dödsboet efter Matisse enligt 54 § 3 st.

Troligtvis krävs det att det finns ett nära känslomässigt band mellan upphovsmannen och den efterlevande för att ersättning för ideell skada ska kunna utgå. Det framgår av 5 kap. 4 § brottsbalken att vid förtal av avliden skall det beaktas om uttalandet var sårande för de efterlevande, framförallt skall hänsyn tas till make och barn men i undantagsfall även till senare generationer. Även fast ett analogislut inte på något sätt kan göras, så kan bestämmelsen troligtvis ses som en lämplig referensram, gällande vilken relation de efterlevande bör ha till den avlidna för att ersättning för ideell skada skall utgå.<sup>11</sup>

## 2.2 Juridiska personer

Även juridiska personer har rätt att uppbära ersättning för ideell skada i dessa fall beaktas upphovsmannens lidande. Som exempel kan nämnas

---

<sup>10</sup> Prop. 2000/01:68 s. 60

<sup>11</sup> NIR 2006 s. 219, Tonell, M., Karlsson, N., *Ersättning för lidande och annat förfång vid upphovsrättsintrång*, s. 227f

förvaltningsorganisationer vilka ansetts ha rätt till sådan ersättning. Däremot uppkommer frågan om vad som gäller för företag, såsom ett aktiebolag. Har detta rätt till ersättning och vems skada skall i sådana fall beaktas? I rättsfallet, NJA 1996 s. 712 *JAS-kraschen*, tillerkändes Dagens Nyheter även ersättning för den ideella skada som tidningen haft, detta utdömande av ersättning skedde utan någon hänvisning till skribentens eventuella lidande.<sup>12</sup> Dagens Nyheter tillerkändes ersättning på 28 000 kr, varav endast 3 000 kr fastställdes som skälig ersättning för det otillåtna utnyttjandet.<sup>13</sup> Av detta domslut framgår alltså att juridiska personer kan bli berättigade till ideellt skadestånd även då detta inte baseras på upphovsmannens skada. Det skall däremot understrykas att ett ideellt skadestånd inte har utdömts direkt till ett företag på motsvarande sätt, varken före eller efter denna dom.

---

<sup>12</sup> Före implementeringen av Sanktionsdirektivet kallades en ideell skada för ”lidande och annat förfång”.

<sup>13</sup> NJA 1996 s. 712, *JAS-kraschen*, s. 714

## 3 Påföljder för brott mot upphovsrätt

Ett upphovsrättsligt intrång är straffbart då gärningsmannen varit grovt oaktsam vilket framgår av 53 § 1 st. URL. Påföljder vid brott mot upphovsrätten kan som straffmaximum bli två års fängelse men normalt utdöms endast böter. Då ansvarsreglerna i 23 kap. BrB är tillämpliga så kan ansvar utkrävas även för anstiftan, medhjälp och medverkan. På senare tid har just möjligheten att kunna döma någon för medverkansbrott blivit avgörande, vid utdömande av straffrättsligt ansvar vid fildelning på Internet.<sup>14</sup>

Om någon vidtar åtgärd som innebär intrång eller överträdelse finns även möjligheten att utfärda förbud vid vite att fortsätta åtgärden, 53 a § 1 st. URL. Till skillnad från vid straff- eller skadeståndsansvar, har vitessanktionen den stora fördelen för upphovsmannen att det inte behöver föras någon bevisning om skadeverkningar vid intrånget.<sup>15</sup>

Vad gäller sanktionerna skadestånd och skälig ersättning återkommer jag till dessa mer ingående nedan, se kap. 6.

De ovan nämnda bestämmelserna om sanktioner kan tillämpas även på intrång i de rättigheter som tillkommer utövande konstnärer.

### 3.1 Tillåtet nyttjande

Ensamrätten som sådan, dess utformning och innehåll är förstås skapad för att en upphovsman skall kunna tillvarata sin rätt till vederlag. Det kan därför ses som märkligt, att det endast i några få fall förekommer lagstöd om rätt till ersättning vid *tillåtet* utnyttjande av verk. Denna ersättningsrätt blir enbart aktuell vid lagreglerade inskränkningar, som medger avvikelser från tillämpningen av ensamrätten eller dispositioner som ligger helt vid sidan av ensamrätten. Detta gäller vid tillämpning av tvångslicenser, framställning av samlingsverk för bruk vid undervisning och vid återgivning av alster av bildkonst, musikaliska verk eller diktverk som ingår i allmänna handlingar. Annars finns det enbart regler om en upphovsmans rätt till ersättning vid intrång och inga regler för ersättning vid tillåtna utnyttjande. Det finns däremot, som nämnts ovan, inga regler för hur ersättningen vid otillåtet utnyttjande skall fastställas. I Sverige blir det allmän domstol som får avgöra dessa tvister och fastställa ersättningen vid utnyttjande av

---

<sup>14</sup> Bernitz, U., Gunnar, K., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 10 uppl., s. 111

<sup>15</sup> Bernitz, U., Gunnar, K., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 10 uppl., s. 112

upphovsrättigheter och närstående rättigheter.<sup>16</sup>

## 3.2 Upphovsrätt inom kontraktsförhållande

Upphovsrätten kan i vissa fall sägas vara relationsbunden, detta eftersom det är avtalsparterna sinsemellan som reglerar villkoren och omfattningen av den upphovsrätt som avtalet reglerar. Dessa avtal måste dock anpassas så att de håller sig inom ramen för vad som är lagstiftat om ensamrätten. En rättsförvärvares avvikelse från avtalade villkor om hur rätten får utövas, kan alltså utgöra såväl kontraktsbrott, som brott mot upphovsrättslagen. Inom kontraktsförhållanden är det den allmänna avtalsrätten som blir tillämplig och därmed reglerar påföljderna vid kontraktsbrott. Det upphovsrättsliga sanktionssystemet kan träda in, då en part avviker från det immaterialrättsliga avtalets bestämmelser och detta avvikande innefattar ett otillåtet utnyttjande av den berörda rätten.<sup>17</sup>

Om ett immaterialrättsligt intrång sker genom en brottslig handling, i ett utomkontraktuellt förhållande, skall den rent förmögenhetsrättsliga skadan ersättas enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Det krävs särskilt lagstöd för att en ren förmögenhetsskada skall kunna ersättas då ett brott inte begåtts. Inom bl. a upphovsrätten stadgas att skadeståndsansvaret kan bli aktuellt även vid god tro, vilket innebär att skadeståndsansvaret är betydligt mer utvidgat än straffansvaret.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Rosén Jan, *Upphovsrättens avtal*, s. 315 f

<sup>17</sup> Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, s. 24 f

<sup>18</sup> Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, s. 317ff

## 4 Ersättning inom arbetsrätten

Regler om ekonomiskt och allmänt skadestånd finns i ett flertal arbetsrättsliga lagar, vilken gör en jämförelse med detta område intressant. Lag (1982:80) om anställningsskydd, LAS, grundläggande ersättningsregler stadgar att en arbetstagare skall ha rätt till lön och andra anställningsförmåner under uppsägningstiden, utöver detta har en arbetstagare även rätt till ersättning för den ekonomiska skada denna lider på grund av att arbetsgivaren bryter mot lagen. Det ekonomiska skadeståndet innefattar ersättning såväl för inträffad skada som för framtida förlust. Om en arbetsgivares handling innebär en kränkning för arbetstagaren har denna även rätt till så kallat allmänt skadestånd, vilket kan likställas med det ideella skadeståndet inom immaterialrättsliga lagarna.<sup>19</sup> Denna kränkingsersättning kan bli aktuell vid obefogade uppsägningar eller avskedanden och exempelvis då formella förfaranden som turordningsreglerna inte iakttas. För ett allmänt skadestånd krävs att det funnits uppsåt från arbetsgivarens sida. Även en fackförening kan få skadestånd om en arbetsgivare kränkt organisationens möjligheter att företräda sina medlemmar.<sup>20</sup>

Vid överträdelser från arbetsgivarens sida är det många gånger det allmänna skadeståndet, som kommit att framstå som den huvudsakliga sanktionen. Vad gäller det ekonomiska skadeståndet, kan detta närmast jämföras med en utbetalning av utebliven lön för arbetsgivaren. Vidare måste även den skadelidande försöka begränsa skadans storlek, annars kan det ekonomiska skadeståndet komma att jämkas. Detta resulterar i att det framförallt är det allmänna skadeståndet som står för den preventiva funktionen, eftersom storleken på dessa har en mer avskräckande effekt.<sup>21</sup>

Huvudsyftet med allmänna skadestånd inom arbetsrätten är alltså att dessa skall ha en preventiv effekt. Skadestånden för felaktiga avskedanden sätts ofta upp till 125 000 kr och oriktiga uppsägningar upp till 70- 80 000 kr.<sup>22</sup> Jag anser att domstolarna vid upphovsrättsliga mål bör se till arbetsrättens praxis och därmed ”våga” utdöma högre skadestånd, vilket i sin tur kan få en behövlig preventiv effekt. Sanktionerna vid upphovsrättsintrång har skärpts, vilket kommer belysas i kap. 5, men domstolarna har inte följt lagens utveckling. Så det är inte längre den upphovsrättsliga lagstiftningen som sätter hinder för högre och mer realistiska skadestånd utan det är domstolarna som begränsar sig själva. Precis som vid domstolarnas

---

<sup>19</sup> Lunning, Lars, Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd – kommentar till anställningsskyddslagen*, s. 600 f

<sup>20</sup> Lunning, Lars, Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd – kommentar till anställningsskyddslagen*, s. 603

<sup>21</sup> Lunning, Lars, Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd – kommentar till anställningsskyddslagen*, s. 604

<sup>22</sup> Se bl. a. AD 2010 nr 11, där AD höjer normalskadeståndet för felaktigt avskedande från 100 000 kr till 125 000 kr och AD 2002 s. 216



utdömmande av allmänt skadestånd inom arbetsrätten, så borde det värnas om den preventiva effekten även vid upphovsrättsintrång.

# 5 Skärpta åtgärder vid immaterialrättsliga intrång

Vid intrång uppvisar de immaterialrättsliga lagarnas sanktionerna stora likheter men de är inte identiska. Genom lagändringarna år 1994 togs många av de skillnader som tidigare funnits bort och lagarna blev mer enhetliga. Intrången i upphovsrätt hanteras däremot fortfarande något annorlunda än intrång i de industriella rättigheterna. Det har många gånger hävdats att sanktionerna inte har den styrkan som krävs, vilket resulterar i att de inte får några praktiska resultat. Rättighetshavare som blivit kränkta drar sig för att processa eftersom utdelningen ofta blir dålig och processerna ideligen blir både utdragna och kostsamma. All den hårda kritik som uttalats mot sanktionssystemen fick genomslag 1994 då sanktionssystemet skärptes. Detta berodde förstås inte enbart på att systemet kritiserats så hårt, utan en starkt bidragande faktor var att immaterialrättsområdet i ökad utsträckning utsatts för professionell kriminalitet.<sup>23</sup>

Enligt Infosocdirektivet<sup>24</sup> skall sanktionerna vara ”effektiva, proportionella och avskräckande”. Detta har betonats under senare år då immaterialrättsbrotten ökat kraftigt, inte bara i Sverige utan i hela världen.<sup>25</sup> Den senaste skärpande insatsen mot intrång inom immaterialrätten gjordes i och med implementeringen av Sanktionsdirektivet, även känt som IPRED.

## 5.1 Sanktionsdirektivet

År 2008 lämnade regeringen förslag till genomförande av Sanktionsdirektivet. Syftet med direktivet var ”att närma medlemsstaternas lagstiftning till varandra, gällande säkerställandet av skyddet för immateriella rättigheter, för att på så sätt uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå för immateriella rättigheter på den inre marknaden”.<sup>26</sup>

Svensk immaterialrätt var redan förenlig med Sanktionsdirektivets krav i flera avseenden. I art. 13, vilket är den bestämmelse som reglerar skadeståndsbedömning och därmed är den intressanta för denna uppsats, förtydligas de omständigheter som skall beaktas vid fastställandet av skadestånd när intrång har begåtts uppsåtligt eller av oaktsamhet. Enligt nämnda art. 13 p.1, skall den som begår intrång förpliktigas att betala skadestånd till rättighetsinnehavaren, vilket ska vara lämpligt i förhållande till den faktiska skada som denne orsakats till följd av intrånget. Detta var

---

<sup>23</sup> Kooktvedergard, M., Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt*, uppl. 9:1, s. 511

<sup>24</sup> Infosocdirektivet (2001/29/EG)

<sup>25</sup> Kooktvedergaard, M., Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt*, uppl. 9:1, s. 510

<sup>26</sup> Prop. 2008/09:67 s. 1

helt förenligt med svensk rätt som fastställer att hela den faktiska skada som orsakats genom intrånget skall ersättas.<sup>27</sup>

Även den svenska bestämmelsen om normalgradig oaktsamhet ansåg rymmas under art. 13.1, gällande att skadestånd skall kunna utdömas av den som *visste* eller *rimligen borde ha vetat* att han gjorde sig skyldig till intrång. Likaså gjordes bedömningen att bestämmelsen om grov oaktsamhet i 54 § 4 st. också kunde inrymmas i artikelns formulering. Den inledande regeln i art. 13.1 avseende de subjektiva momenten krävde därmed ingen lagändring i svensk rätt.<sup>28</sup>

## 5.2 Den ”nya” 54 § URL

Enligt art. 13.1.a i Sanktionsdirektivet, skall de rättsliga myndigheterna beakta alla relevanta omständigheter, såsom de ekonomiska konsekvenserna och omständigheter av annan en ekonomisk betydelse, vid fastställande av ersättningens storlek. Den 54 § ändrades och framförallt förtydligades i betydande mån i samband med att sanktionsdirektivet införlivades i den svenska rätten. Ordalydelsen har vidare anpassats för att stämma bättre överens med de andra immaterialrättsliga lagarna.<sup>29</sup>

Vid fastställande av ersättningens storlek ska man nu särskilt ta hänsyn till de 5 punkterna i 54 § 2 st:

1. *utebliven vinst*. Det vill säga den vinst som den skadelidande har gått miste om. I de tidigare motiven till denna bestämmelse var detta redan klargjort, varför denna formulering snarare är att se som ett förtydligande än en nyhet.
2. *vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort*. Denna regel är ny sedan år 2009 och godkänner att en skada ibland kan beräknas utifrån den vinst som den som gjort intrånget har erhållit. Detta eftersom det ofta är lättare att uppskatta en faktisk vinst, än den vinst som den skadelidande gått miste om. Tillägget är ett väsentligt tydliggörande av en relevant metod att beräkna skadan, men det innebär inte att man ska kunna kompenseras för mer än den faktiska skadan.<sup>30</sup> Denna beräkningsmetod har enligt mig redan tillämpats av domstolen vilket bl. a. framgår av rättsfallet *Tunikan* vilket jag återkommer till under 9.1.8.

Regeringen menade att det var uppenbart av sammanhanget att vinsten var otillbörlig, varför det inte ansågs nödvändig att ange detta i lagtexten.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Prop. 1960:17 s. 294

<sup>28</sup> Prop. 2008/09:67 s. 227

<sup>29</sup> Prop. 2008/09:67 s. 271

<sup>30</sup> Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen - en kommentar*, s. 480

<sup>31</sup> Prop. 2008/09:67 s. 230

3. *skada på verkets anseende*. Även denna formulering bör närmast ses som ett förtydligande då detta kan jämföras med ”annan förlust”, vilket är en omständighet som redan enligt förarbetena skall tas i beaktande. Här innefattas den skada som även kallas för en ”goodwillskada”.<sup>32</sup>
4. *ideell skada*. Uttrycket i sig är nytt och har införts för att överensstämma med artikeln men täcker samma sak som det tidigare uttrycket ”lidande och annat förfång”. Däremot kan begreppet i slutändan komma att påverkas av EG-domstolens bedömning.<sup>33</sup>
5. *upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås*. Andra stycket gäller även den som annars uppsåtligen eller av oaktsamhet vidtar en åtgärd, som innebär intrång eller överträdelse enligt 53 §. Redan av propositionen 1960:17 framgår att ett verk aldrig får utnyttjas obehörigen utan att skäligt vederlag utgår därför. Detta motiveras med att den som olovligen utnyttjar verket inte skall kunna hamna i bättre ställning, än den som iakttar lagens bestämmelser vid sitt utnyttjande. Det anses vidare att det vore orimligt att det inte skulle finnas någon större risk vid olovligt utnyttjande, än att man skulle kunna tvingas få betala samma summa som vid en lojal uppgörelse.<sup>34</sup> Tanken med den nya formuleringen är däremot inte att denna punkt ska kunna åberopas för att ett straffliknande skadestånd skall utdömas.<sup>35</sup>

Andra omständigheter än de som nämns ovan kan dock komma ifråga vid skadeberäkningen, då det endast är en exemplifiering och inte en uttömmande förteckning. Det framgår av formuleringen att hänsyn *särskilt* skall tas till de angivna omständigheterna. Hur skadeståndet vidare skall beräknas återkommer jag till under 8.2.1. Den som lider skada har bevisbördan för skadans omfattning, om han inte kan eller endast med svårighet kan lägga fram bevisning har domstolen att göra en skälighetsbedömning enligt 35 kap. 5 § RB.<sup>36</sup>

De situationer som syftas på i 54 § 3 st. är nyttjanden som i och för sig är lovliga, men som kränker upphovsmannens ideella rätt. När ersättning skall bestämmas hänvisas här till de 5 punkter i andra stycket.

Som tidigare konstaterats behandlar paragrafen två huvudsituationer skadestånd och rätten till skäligt vederlag. Det senare behandlas i första och fjärde stycket och avser fall då verk utnyttjas i strid mot lagen eller mot testamentarisk föreskrift enligt 41 § andra stycket. Regler om skadestånd vid intrång eller överträdelser enligt 53 § finns i det andra och fjärde stycket.

---

<sup>32</sup> Prop. 1960:17 s. 290

<sup>33</sup> Prop. 2008/09:67 s. 271

<sup>34</sup> Prop. 1960:17 s. 290ff

<sup>35</sup> Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar*, s.481

<sup>36</sup> Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar*, s. 481

## 6 Beräkning av ersättning

Vid intrång i upphovsrätten finns som nämnts två möjligheter till ersättning, skadestånd och rätt till skäligt vederlag. De båda ersättningsformerna är ofta beroende av varandra och att samordna dem är inte helt okomplicerat.

### 6.1 Skäligt vederlag

Enligt 54 § 1 st. gäller att den som utnyttjar ett verk, i strid mot URL eller mot föreskrift enligt 41 § 2 st., skall till upphovsmannen eller rättshavaren betala ersättning utgörande skäligt vederlag för utnyttjandet.<sup>37</sup> Ersättningen skall betalas vid intrång och blir därmed aktuell när det inte föreligger ett ömsesidigt avtal mellan parterna. Beloppet skall motsvara vad som *borde* ha utgått vid en korrekt licensiering och därmed spegla vad som skulle ha utgått om parterna hade ingått ett avtal på förhand.<sup>38</sup> Denna ersättning skall utgå trots nyttjarens goda tro, betalningsansvaret är således strikt. Det är en stor fördel för upphovsmannen att han slipper underkasta sig kraven för intrångsgörarens subjektiva rekvisit. Som tidigare benämnts har detta utgångspunkten i att det aldrig ska få förekomma att verk utnyttjas obehörigen utan att rättshavaren får betalt.<sup>39</sup> Då det av bestämmelsen framgår att skäligt vederlag skall utgå vid *utnyttjandet*, så indikerar detta att det är förfoganderätten som åsyftas. Vilket innebär att skäligt vederlag inte skall utgå vid brott mot den ideella rätten eller vid intrång i titelskyddet.<sup>40</sup> Betalningsansvaret är strikt och skäligt vederlag ska erläggas även då rättshavaren *inte* har lidit någon förlust.<sup>41</sup> Till och med i situationer då utnyttjandet kanske rent av renderat i att de positiva sideffekterna överväger de negativa, vilket kan bli aktuellt om utnyttjandet lett till en ökad efterfrågan av verket på marknaden. Vederlaget utgör alltså inte ersättning för skada, d.v.s. det är egentligen inget skadestånd. Det kan därför tyckas märkligt att lagstiftarens klassificering av skäligt vederlag är just skadestånd. En klassificering som även återfinns i EG-direktiven på området.<sup>42</sup>

Det är intressant att notera att inom det industriella rättskyddet utgår sådant vederlag ”*om och i den mån det är skäligt*” och inom upphovsrätten skall sådan ersättning *alltid* utgå.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, s. 319

<sup>38</sup> NIR 2009 s. 437, Talle-Holmqvist, A., Tonell, M., *Mervärdesskatt på upphovsrättsersättning – ett genuint problem*, s. 444

<sup>39</sup> Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, s. 319

<sup>40</sup> Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, s. 319

<sup>41</sup> I prop. 1993/94 s.122 s. 50 uttalades att ”Ersättning ska betalas även om rättighetshavaren inte har lidit någon förlust av intrånget”.

<sup>42</sup> Se exempelvis prop. 2008/09:67 s. 225 ff.

<sup>43</sup> B Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 347

## 6.1.1 Beräkning av skäligt vederlag

Som huvudregel kan sägas att det skäliga vederlaget, vid otillåtet utnyttjande, som minimum skall fastställas till vad som hade utgjort den marknadsmässigt korrekta ersättningen, inom branschen, om licensen frivilligt hade upplåtits.<sup>44</sup> Svaret på frågan om vad som är skäligt, är alltså bundet till den bransch som varje enskilt fall härrör från. Då det ofta finns tariffer för utnyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk, vilka är utformade av organisationer som företräder rättighetsinnehavarna, kan dessa många gånger vara vägledande vid fastställandet. Tariffer som bestämts i samarbete mellan företrädare för rättighetsinnehavarna och nyttjaresidan tillmäts förstås större betydelse än de som bestämts ensidigt. De som har sats ensidigt från rättighetsinnehavarsidan måste först etableras på marknaden innan de kan tillmätas betydelse i motsvarande grad. I slutänden är det förstås domstolarna som avgör om en tariff skall anses skälig eller oskälig.<sup>45</sup> I *NJA 1980 s. 30, Hotell Mornington*, valde domstolen att bifalla STIM:s yrkade belopp, då detta var baserat på en särskild tariff avseende musik på hotellrum. Eftersom tariffen var allmänt tillämpad i liknande fall kunde den inte anses oskälig enligt domstolen. I de fall tariffer saknas blir ersättnings storlek däremot ofta föremål för en omfattande och komplicerad utredning. Vad som kan bli avgörande i vissa fall är vad en intrångsgörare hade tvingats betala om han hade erhållit erforderlig licens, se *ComHemdomen* nedan. Det är alltid rättighetsinnehavaren som har bevisbördan för vad som ska anses vara en skälig avgift.<sup>46</sup> Som tidigare nämnts är det utan betydelse för beräkandet om det olovliga utnyttjandet har renderat i positiva effekter för upphovsmannen.<sup>47</sup>

Vid beräkandet av skäligt vederlag kan domstolen, i likhet med beräkandet av skäligt skadestånd, tillämpa bevislätnadsregeln 35:5 RB vilket framgår av målet *Formsprutarna*. I målet fastställt att regeln kan tillämpas vid beräkning av skälig ersättning enligt *Mönsterskyddslagen* (1970:485), ML. Då denna ersättning knappast skiljer sig från det skäliga vederlag som kan utdömas enligt 54 § URL, äger domstolens ställningstagande relevans även vid upphovsrättsintrång.<sup>48</sup>

## 6.2 Skadestånd

54 § 2 st. behandlar också situationer när verk använts utan tillstånd men då detta skett av oaktsamhet eller uppsåtligen. Inom svensk rätt är huvudregeln att skadestånd skall utgå vid person- eller sakskada samt vid brott. Vid ett

---

<sup>44</sup> Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar*, s. 479

<sup>45</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s. 227f

<sup>46</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s. 228

<sup>47</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s.228

<sup>48</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s.228

upphovsrättsintrång kan en så kallad ren förmögenhetsskada uppstå, det vill säga en skada som saknar samband både med person- och saksador. En ren förmögenhetsskada kan delas upp i tre poster:

*Avsättningsförluster* - en skada i form av utebliven vinst eller minskad omsättning. Det kräver att man redan påbörjat en produktion som inte kan avsättas så snabbt som avsett. Förhållandet måste kunna återföras på intrångsgörarens konkurrerande försäljning.<sup>49</sup>

*Interna förluster* – rättighetshavarens interna kostnader för att fastställa intrånget, exempelvis inköp av provexemplar.<sup>50</sup>

*Marknadsskador* – då intrångsgörarens produkter ofta är av sämre kvalitet och säljs till ett lägre pris drabbas rättighetshavaren av försämrat renommé. Denna negativa imagepåverkan ur konsumentsynpunkt, kan även ”smitta” av sig på rättighetsinnehavarens andra produkter.<sup>51</sup> Marknadsskador är ofta beständiga och för att återetablera ett gott anseende krävs ofta stora marknadsföringsinsatser. Se exempelvis 7.1.1. *Bootleg-* domen.

Utgångspunkten vid skadeståndsbedömningar utgörs av SkL och allmänna skadeståndsrättsliga principer. Då vi befinner oss inom upphovsrätten utgör däremot URL:s skadeståndsstadgande *lex specialis* och SkL samt allmänna skadeståndsrättsliga principer, kan användas som utfyllnad först när URL inte ger svar. Skadeståndersättningar har ingen direkt koppling till ersättningen för själva upphovsrättsliga förfogandet, utan tar istället hänsyn till den skada intrånget orsakat.<sup>52</sup>

En förutsättning för skadeståndsansvar är att någon olovligen utnyttjar en rättighetsinnehavares verk. En given omständighet för att skadeståndsansvaret skall anses uppfyllt är, som en objektiv förutsättning, att det uppstått en skada. Vidare krävs att det finns en möjlig skadeståndsansvarig privat- eller juridisk person, därefter får skadeståndsutredning fastställa om denna skall ses som skyldig eller inte. Även kausalitetskravet måste vara uppfyllt, det vill säga att det finns ett orsakssamband mellan handlingen och den skada det yrkas skadestånd för. Kravet på adekvat kausalitet är uppställt för att motverka att alltför långsökta skadeverkningar ersätts. Då såväl de objektiva som de subjektiva förutsättningarna är uppfyllda är nästa steg att utreda skadeståndets storlek.<sup>53</sup>

Skadeståndsansvaret inom immaterialrätten sträcker sig längre än straffansvaret genom att det kan göras gällande redan vid oaktsamhet. Ett exempel på när skadeståndsansvaret kan bli tillämpligt är då en näringsidkare säljer en kopia av en produkt och underlåter att undersöka om produkten redan är upphovsrättsskyddad.<sup>54</sup> Det fordras alltså att en inköpare

---

<sup>49</sup> Kooktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i Immaterialrätt*, uppl. 8:1, s. 501

<sup>50</sup> Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 26

<sup>51</sup> Jilmstad, Jenny, *Skadestånd vid intrång i upphovsrätt*, 38 ff

<sup>52</sup> NIR 2009 s. 472, Talle-Holmqvist, A., Tonell, M., *Mervärdesskatt på upphovsrättsersättning – ett genuint problem*, s. 444

<sup>53</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s. 230ff

<sup>54</sup> Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 345

håller sig uppdaterad om produkter i branschen för att inte anses oaktsam, se 7.1.8. *Tunika-fallet*.

Om en person kopierar datorprogram eller framställer kopior för eget bruk är detta att se som intrång, men däremot kan denna inte dömas till ansvar, om inte överträdelsen sker av grov oaktsamhet eller uppsåtligen, enligt 12 § URL. En vanlig företeelse i praktiken är att en rättighetsinnehavare skickar en varningsskrivelse till den man anser gör intrång, vilket resulterar i att intrångsgöraren inte längre kan hävda att han är i god tro.<sup>55</sup> Dessa varningsbrev är vanligast inom patenträtten men förekommer även inom upphovsrätten.<sup>56</sup>

En förutsättning för skadeståndsansvar är att någon olovligen utnyttjat rättssinnehavarens verk och därmed kränkt dennes förfoganderätt. Vilket är fallet vid otillåten framställning av exemplar eller olovligt tillgängliggörande av verket. Andra utnyttjanden i upphovsrätten än olovliga utnyttjanden, utgör inte grund för skadeståndsansvar enligt 54 § 2 st.<sup>57</sup>

Rätten till skadestånd vid upphovsrättsintrång är inte tidsbegränsad, vilket skiljer URL från det industriella rättsskyddet där skadan måste ha inträffat inom de senaste fem åren innan talan väckts.<sup>58</sup>

## 6.2.1 Ideell skada

Det som tidigare kallades för ”*lidande och annat förfång*” kallas nu efter lagändringen för *ideell skada* i 54 § 2 st 4 p. Det råder viss osäkerhet om begreppets närmare innebörd, men något som står klart är att det är en skada av icke-ekonomisk natur. För att finna viss klarhet kan man belysa begreppet utifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer. SkL behandlar fyra typer av skador nämligen ren förmögenhetsskada, sakskada, personskada samt kränkningsskada.<sup>59</sup> Skadorna ren förmögenhetsskada och sakskada kan av logiska skäl genast uteslutas vid fastställande av ideell skada. Vad gäller begreppet personskada avses ett fysisk eller psykiskt tillstånd med en medicinskt påvisbar effekt, som kan visas genom att den drabbade blir sjukskriven eller med ett läkarintyg. Trots att en ideell skada kan framkalla känslor som vrede och sorg, så är dessa känslotillstånd troligtvis inte tillräckliga känslouttryck för att nå upp till en sådan medicinsk påvisbar effekt.<sup>60</sup> Man bör således kunna dra slutsatsen att en ideell skada bäst jämförs med SkL:s kränkningsskada. Enligt SkL krävs att kränkningen skett genom brott, men enligt särregleringen URL kan ersättning, som nämnts, utgå redan vid oaktsamhet. Av förarbetena till SkL

---

<sup>55</sup> Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 345

<sup>56</sup> Kooktvedergaard, M., Levin, M., *Lärobok i Immaterialrätt*, uppl. 9:1, s. 528

<sup>57</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s. 238 ff

<sup>58</sup> Se bl. a. 58 § 3 st PL, 36 § 3 st ML, 40 § VML.

<sup>59</sup> 2:1-3 §§ SKL

<sup>60</sup> NIR 2006 s. 219, Tonell, M., Karlsson, N. *Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång*, s. 221



framgår att när kränkingsersättning fastställs, bör man inte i första hand se till den kränktes personliga uppfattning eftersom olika människor upplever liknande situationer på olika sätt. Istället skall man se till vilken kränkning som typiskt sett kan anses ha uppkommit av den skadegörande handlingen.<sup>61</sup> Beroende på intensiteten i hur en skadelidande upplevt en kränkning, bör man däremot i särskilda fall av ideell skada ta större hänsyn till de subjektiva faktorerna.<sup>62</sup> Man måste dock ha i åtanke att även förmågan att uttrycka sitt lidande varierar från person till person.

Ett stort problem vid utdömande av ersättning vid en ideell skada, är att fastställa skadans storlek och därmed ersättning för liden skada. Det som komplicerar fastställandet är att en full ersättning vid en ideell skada ska baseras på subjektiva faktorer, tillskillnad från fastställande av en ekonomisk skada där beloppet, rent teoretiskt, kan bestämmas på ett faktiskt ekonomiskt underlag.<sup>63</sup> En motsvarande bestämmelse om utdömande av ideellt skadestånd finns inte inom det industriella rättskyddet.<sup>64</sup> Detta beror troligtvis på att en upphovsman anses ha ett känslomässigt band till sitt verk, tillskillnad från exempelvis en uppfinnare till sitt patent.

I 54 § 3 st. finns regler om skadeståndsskyldighet för ”sådana intrång eller överträdelser som avses i 53 § och som inte utgör obehörigt utnyttjande.” Detta blir aktuellt då utnyttjandet i sig är lovligt men den ideella rätten har kränkts, vilket kan bli fallet i tre olika situationer:

1. *Namngivelse- och respekträtten.* Intrång i den skadelidandes ideella rätt enligt 3 §, vilket kan innefatta att den skadelidandes namn inte angivits, att verket ändrats så att upphovsmannens konstnärliga anseende kränkts eller genom att dennes verk använts på ett kränkande sätt.
2. *Åsidosättande av en testamentarisk föreskrift,* enligt 41 § 2 st.
3. *Kränkning av titelskyddet* enligt 50 § URL. Titelskyddet innebär att ett verk inte får ges ut under en titel, pseudonym eller signatur som lätt kan förväxlas med ett tidigare offentliggjort verk eller upphovsman. Som exempel kan NJA 1986 s. 226 nämnas, i fallet gavs en skiva ut med titeln ”låt mig få tända ett ljus”. Vilket var samma titel som på en tidigare utgiven skiva, vilken hade nått stora framgångar. Domstolen fann att brott mot 50 § begåtts och skadestånd enligt 54 § 3 st. fastställdes.

Vid beräkning av ideellt skadestånd skall *inte* den ideella skadan blandas ihop med intrång i den ideella rätten. Det vill säga att bara för att domstolen inte anser att svaranden begått intrång i den ideella rätten, skall detta inte utesluta att ideell skada kan ha uppkommit. Det kommer framgå nedan att domstolarna ibland begår detta misstag.

---

<sup>61</sup> Prop. 2000/01:68, s. 49

<sup>62</sup> Prop. 2000/01:68 s. 51

<sup>63</sup> Bengtsson, Bertil, Strömbeck, Erland, *Skadeståndslagen- En kommentar*, s. 195

<sup>64</sup> Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 347

Den ideella rätten, så som den framträder i 3 §, kan som känt inte överlåtas till annan. Den kan endast efterges i begränsad mån. Upphovsmannens ensamrätt att förfoga över sitt verk enligt 2 § URL, utgör praktiskt taget ett ideellrättsligt skydd i den meningen att han genom att disponera över sin förfogande rätt kan motsätta sig utnyttjande av vilket skäl som helst. För när upphovsmannen upplåter förfoganderätten till sitt verk, är det ju upp till honom att bestämma i vilket skick verket skall framställas för allmänheten.

## 6.2.2 Skadeståndsberäkning

Det är fastställt att full ersättning, alltså ersättning för hela skadan, skall utgå vid skada och att det tillfullo skall beaktas vad intrånget inneburit för den skadelidandes såväl ekonomiska som ideella avseende.<sup>65</sup> Principen om full ersättning är att se som en grundbult i svensk lagstiftning. Dock finns det inte någon vägledning om hur ersättningen skall beräknas, varken i lagtexten eller i förarbetena till URL. Det är en känd omständighet att det finns svårigheter i att påvisa en upphovsrättslig skada med ekonomiska termer. Svårigheterna ligger dels i att styrka den adekvata kausaliteten och dels i att styrka storleken på skadan. Vid fastställande av skada, kan problemet exempelvis ligga i att bevisa i vilken omfattning ett intrång påverkat försäljningen av rättighetshavarens produkt, genom att omsättningen minskat eller uteblivit.<sup>66</sup> För den händelse, vilken är vanligt förekommande, att full bevisning om skadan inte kan föras stadgas att rätten, enligt 35 kap. 5 § RB, får uppskatta skadan till ett skäligt belopp. Domstolen kan däremot aldrig utdöma ett högre belopp än vad som yrkats.<sup>67</sup> Det är viktigt att belysa att kärke måste bevisa att skada har uppkommit, det är endast vid skadans omfattning som bevislätnadsregeln kan tillämpas. Det är sannolikt att bevislätnadsregeln ofta tillämpas av domstolarna även fast detta många gånger inte uttryckligen anges i domsmotiveringen. Även om huvudregel är att den skadelidande skall få full ersättning, kan skadeståndet komma att begränsas enligt allmänna principer exempelvis på grund av att jämkning blir aktuellt.<sup>68</sup>

De svenska domstolarna har uppmärksamats för att de i praktiken utdömer väldigt låga skadestånd. Det har funnits en tendens att i de fall det råder osäkerhet vid skadeståndsberäkningen har domstolarna tagit till i underkant, vilket drabbat rättighetsinnehavarna. Däremot har de på senare tid skett en förskjutning mot högre och därmed mer realistiska skadestånd i praxis.<sup>69</sup> Men jämfört med internationella bedömningar vid upphovsrättsintrång ligger svenska skadestånd fortfarande långt under de

---

<sup>65</sup> Prop. 1960:17 s. 294

<sup>66</sup> Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 346

<sup>67</sup> Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar*, s. 479

<sup>68</sup> NIR 2006 s. 219, Tonell, M., Karlsson, N., *Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång*, s. 230

<sup>69</sup> Kooktvedergaard, M., Levin, M. *Lärobok i Immaterialrätt* uppl. 9:1, s. 526

skadestånd som utdöms i andra länder än de nordiska.

I lagtexten har vikten av att tillräckliga skadestånd döms ut belysts med nya bestämmelsen att hänsyn vid beräkningen skall tas till *upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås*.<sup>70</sup> Bestämmelsen har tillkommit för att förbättra möjligheten till full ersättning genom att underlätta bevisbördan för rättighetsinnehavaren. Som redan nämnts möjliggör detta en friare bedömning av skadans omfattning, genom att domstolen kan beakta den obehöriga vinst som intrångsgöraren gjort vid fastställande av rättighetsinnehavarens uteblivna vinst.<sup>71</sup> Denna beräkningsmetod har dock redan tillämpats bl. a. i *Tunika-fallet*, se 7.1.7, där hovrätten tycks resonera på detta sätt. Jag anser däremot att denna metod är något tvivelaktig. Detta eftersom en intrångsgörare ofta säljer produkter med sämre kvalitet och till ett annat pris än rättighetsinnehavaren, så det finns egentligen inte någon garanti för att en person som köper den ”falska produkten” annars skulle ha gynnat rättighetsinnehavaren och köpt dennes produkt.

### 6.2.3 Skadeståndets reparativa funktion

Den reparativa funktionen utgör den mest centrala bland skadeståndets olika funktioner. Tanken med reparativa skadestånd är att den rättighetsinnehavare som drabbats av intrång, skall ersättas för den skada som detta förorsakat honom. Vid en sakskada exempelvis om den skadelidande förlorat sin bil, skall skadeståndet möjliggöra för honom att köpa en motsvarande bil istället. Vid personskada skall skadeståndet ersätta utgifter för sjukvård och för de arbetsinkomster den skadelidande går miste om. Den reparativa funktionen skall bidra till en allmän känsla av trygghet genom vetskapen att, om skada skulle inträffa, så kommer man få ersättning.<sup>72</sup> Ersättningen skall utgå för hela den orsakade skadan men inte mer. Tanken är inte att den skadelidande skall överkompenseras. I förarbetena till URL uppmanas således domstolarna att utdöma skadestånd som fullt ut täcker den uppkomna skadan.

### 6.2.4 Skadeståndets preventiva funktion

En annan viktig effekt av skadeståndet är att det skall ha en preventiv funktion, det vill säga en avskräckande effekt. Skadeståndet måste därmed ligga på en sådan nivå att det aldrig kan bli ekonomiskt lönsamt att kalkylera med ett intrång. Som tidigare hävdats är dock de utdömda skadestånden i Sverige väldigt låga, och det skulle därmed krävas en markant höjning för att dessa skall få en verklig preventiv effekt. Troligtvis uppnås dock en preventiv funktion bäst genom straffrättsliga

---

<sup>70</sup> Se 54 § 2 st. 4 p URL

<sup>71</sup> Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 347

<sup>72</sup> Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 39

medel.<sup>73</sup> Det är möjligt att den som en gång tvingats betala skadestånd, blir mer försiktig i framtiden. Denna verkan skulle därmed ha en individual-effekt. Av ännu större betydelse är den så kallade allmänpreventiva effekten vilken förmodas bestå i att folk i allmänhet undviker handlingar som kan medföra skadeståndsskyldighet. Det finns ingen erfarenhet av ett samhälle där det under längre tid varit tillåtet att skada annan person eller egendom, utan att råka på ersättningsskyldighet eller annan påföljd. Det är därför svårt att veta vilken betydelse skadeståndets preventiva faktor har, men det är möjligt att vårdslösheten annars skulle ta överhand.<sup>74</sup>

### 6.3 Jämkning av ersättningen

Upphovsrättslagen innehåller inga regler om jämkning av den ersättning som enligt lagen skall betalas för upphovsrättsintrång. Man får istället se till allmänna skadeståndsrättsliga regler, som stadgar att ett skadestånd kan komma att jämkas, om det med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomi skulle bli oskäligt betungande för denne att betala. Vid uppsåtsbrott är huvudregeln att jämkning inte skall ske. Detta framgår exempelvis i *The Pirate Bay*- domen, där skadeståndet uppgick till ett omfattande belopp men detta inte jämkades eftersom brotten skett uppsåtligen.<sup>75</sup>

### 6.4 Förebringande av bevisning

En domstol kan i intrångsmål aldrig utdöma ett högre belopp än det som yrkas, varför det är av stor betydelse att en intrångstalan är utformad på rätt sätt. Även om det är svårt att uppskatta beloppet på den faktiska skadan, så bör man vara noga med att precisera vilka skador intrånget lett till. Det ligger i rättighetshavarens intresse att lägga ner mycket tid på att arbeta fram rimliga beräkningsunderlag för de uppkomna skadorna. Domstolen kan lagen, men det är naivt att tro att domstolen har den nödvändiga marknadskunskapen.<sup>76</sup> När det gäller själva skadan kan käranden inte utelämna bevisning och förlita sig på en allmän bedömning enligt 35 kap. 5 § RB. Det är viktigt att observera att regeln inte ger någon bevislättning i orsakssammanhanget utan endast vid bedömningen av skadans storlek. De framgår av förarbetena till RB att genom bestämmelsen *befrias icke parten från skyldighet att förebringa den utredning som skäligen kan åstadkommas*.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s. 235

<sup>74</sup> Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 43

<sup>75</sup> *The Pirate Bay*, B 13301-06, s. 103

<sup>76</sup> Kooktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i Immaterialrätt*, uppl. 8:1, s. 501

<sup>77</sup> NJA 2005 s. 180, *Formsprutarna*, s. 9

# 7 Praxis

Åtskilliga upphovsrättsliga tvister förlikas eller avgörs genom skiljedom. Även om detta är positivt för samhällsekonomin så är det negativt för rättsbildningen. Det är även väldigt negativt om detta har sin grund i bristande förtroende för domstolarna.<sup>78</sup>

En annan faktor som försvårar processen att hitta användbart material, för det aktuella ämnet, är att domstolarna ofta är dåliga på att redovisa hur de resonerat vid fastställandet av den utdömda ersättningen.

## 7.1 Bootleg

I NJA 1984 s 34 *Bootleg*, hade två personer uppsåtligt begått upphovsrättsintrång i musikaliska verk och där tillhörande texter. De två männen hade olovligen importerat cirka 4 000 så kallade bootlegskivor, vilka hade inspelats och utgivits olovligen utan varken upphovsrättsinnehavarnas eller deras företrädares tillstånd. Vidare hade 1 865 av dessa hade sålts för totalt cirka 67 000 kr i deras butik.

Nordic Copyright Bureau, NCB, yrkade att de två männen skulle betala ett solidariskt ekonomiskt skadestånd med 9 600kr. Detta baserades på att de olovligen infört minst 4 000 skivor och att NCB:s genomsnittliga avgift låg på 2 kr 40 öre per skiva. Vidare yrkades allmänt skadestånd på 25 000 kr. Någon närmare utredning om vilken skada upphovsmännen hade lidit fanns inte.

Högsta domstolen ansåg att försäljning till allmänheten, av olovligt framställda grammofonskivor, medför störningar av marknadsföringen av legalt framställda skivor och att detta får negativa verkningar på försäljningen av de legala skivorna. Vidare bör det uppmärksammas att spridningen av de illegala skivorna är ägnad att utsätta de inspelade verken för ”förslitning” som drabbar försäljningen av legalt framställda skivor med motsvarande inspelningar. Det kan även få konsekvensen att det går ut över försäljningen av andra verk från de aktuella upphovsmännen. Dessutom är ofta bootlegskivor av sämre kvalitet än legala skivor, vilket också medför negativa effekter på marknadsföringen av upphovsmännens verk. Dessa undermåliga bootleginspelningar medför även negativa verkningar och skada för upphovsmännen. De nämnda omständigheterna ansågs medföra ekonomisk skada utöver uteblivet vederlag för de upphovsmän vilkas verk upptagits på de illegala skivorna. Högsta domstolen fann att upphovsmännen även tillfogats ideell skada dels genom det obehöriga utnyttjandet och dels genom att skivorna var av dålig kvalitet.

---

<sup>78</sup> Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i Immaterialrätt*, uppl. 9:1, s. 513

Då någon bevisning av skadans storlek inte hade lagts fram och inte heller kunde krävas uppskattade domstolen skadan med tillämpning av 35 kap. 5 § RB. De två männen ålades att solidariskt betala ett allmänt skadestånd på 15 000 kr till NCB.

Det är intressant att se att domstolen anser att en ideell skada uppkommer redan vid det obehöriga utnyttjandet.

I det senare målet RH 1985:83, vilket gällde uthyrning av olovligen framställda kopior var hovrättens motivering nästintill identisk. Ideellt skadestånd skulle utgå redan med hänsyn till det obehöriga utnyttjandet och även med hänsyn till att de olovliga kopiorna var av dålig kvalitet.

I målet utgick alltså ersättning för avsättningsförluster, marknadsskada, ideell skada och skäligt vederlag även om inte de exakta termerna används så framgår detta med önskvärd tydlighet av domskälen.

## 7.2 Madrass-målet

I NJA 1985 s. 87 mer känt som Madrass-målet, hade företaget Nowolin i sin marknadsföring använt en tidningsartikel utan tillåtelse. Utnyttjandet hade besått i att de hade skickat ut artikeln, som handlade om felaktiga madrasser och lagt till texten att detta inte gällde deras madrasser. Journalisten som författat artikeln yrkade på ersättning på 1 000 kr för det olovliga utnyttjandet och ideellt skadestånd på 5 000 kr.

Högsta domstolen fann att det inte förelåg någon omständighet som kunde ge läsarna intrycket av att Nowolin hade haft någon inverkan på artikelns innehåll. Det ansågs vidare uppenbart att skrifttillägget hade tillkommit utan journalistens medverkan. Däremot ansågs det att mottagarna av utskicket kunde få det felaktiga intrycket av att journalisten lämnat sitt medgivande till att sprida artikeln. Med hänsyn till omständigheterna kring företagets användning av artikeln kunde dessa knappast ses som ägnade att verka nedsättande för journalisten. Hennes litterära anseende och egenart kunde därmed inte anses kränkt. Högsta domstolen fann inte heller med beaktande av redovisade omständigheter att journalisten kunde bli berättigad till någon ideell ersättning och talan lämnades utan bifall.

Här kan konstateras att domstolen fastställde att journalisten inte kunde anses ha någon känslomässig relation till sin artikel, därefter drogs slutsatsen att hon av den anledningen inte heller kunde ha lidit någon ideell skada.

## 7.3 Krukväxt-målet

I NJA 1985 s 813 krävde de skadelidande ersättning för ideell skada eftersom deras alster om krukväxter hade plagierats. Domstolen fann att det var ställt utan rimligt tvivel att krukväxtkorten, med information om olika

blommor utgjorde ett unikt sammanställningsarbete. Sammanställningen skulle därmed åtnjuta katalogskydd. Vidare ansågs att tidningen Husmodern olovligen hade publicerat den aktuella bilagan utan sammanställarnas tillstånd och därmed åsidosatt skyddet. Domstolen fann att författarna var berättigade till skäligt vederlag för publiceringen. Då författarna hade fått 10 000 kr vardera för den första publiceringen i Hemmets Journal, fastställdes det skäliga vederlaget till 5 000 kr vardera. Högsta domstolen fastställde att då dessa alster endast åtnjöt katalogskydd var utrymmet för ideellt skadestånd begränsat. Vad som anförts som stöd för uppkommen skada ansågs därmed inte tillräckligt för att föranleda skadestånd.

Journalisterna menade att de genom intrånget gått miste om ersättning för vidarepublicering på annat håll och yrkade därmed ersättning för marknadsskada. Troligtvis hade det utgått ersättning även för annan förlust, om deras alster istället uppnått upphovsrättsligt skydd.

## 7.4 Journalistavtalet

NJA 1993 s. 390 behandlar ett fall där en tidning utnyttjat en journalists artikel utan tillstånd. Journalisten hade skrivit artikeln för Falköpings tidning och följande dag publicerades en nästintill identisk artikel, utan signatur, i Nya Lindköpings-tidning. Journalisten yrkade på ett skadestånd om 20 000 kr. Trots att Högsta domstolen fann att intrånget skett uppsåtligt utdömdes inget skadestånd för det inträffade. Omständigheten att artikeln utnyttjats olovligen ansågs ha medfört förfång för journalisten, men detta var inte av sådan omfattning att ersättning skulle utgå.

Då kränkning av namngivelsesrätten inte ansågs ha skett, ansågs inte heller hans litterära anseende kränkt. Detta ser jag dock som en sammanblandning av det ideella skadeståndet och skadestånd för intrång i den ideella rätten. Domstolen bör inte låta det ena utesluta det andra, vilket felaktigt gjorts i målet.

## 7.5 Jas-målet

Tidningen Dagens Nyheter, DN, publicerade den 2 september 1993 en intervju med SW och hennes berättelse om när hon bevittnat Jas-kraschen. Artikeln var skriven av tidningens journalist KS. Samma dag publicerade Aftonbladet en artikel med underrubriken "Jas-kraschens offer berättar", i artikeln återgavs citat ur SW:s berättelse med hänvisning till KS artikel. DN väckte talan och hävdade att Aftonbladets artikel gjort intrång på DN:s upphovsrätt till KS artikeln. Det yrkades att Aftonbladet skulle utge dels 10 000 kr som ersättning för utnyttjandet och dels 25 000 kr som allmänt skadestånd. Aftonbladet bestred talan, som skälig ersättning vitsordades 3 000 kr. Inget allmänt skadestånd vitsordades.

Högsta domstolen fann, i likhet med TR och HovR, att intrång hade skett i DN:s upphovsrätt till KS artikel. Aftonbladet dömdes till att betala skäligt

vederlag för utnyttjandet. Då DN inte hade redovisat vad det skulle ha kostat att förvärva rätten att publicera artikel, fastställdes det av Aftonbladet vitsordade beloppet på 3 000 kr. Vidare ansågs att intrånget i vart fall hade skett av oaktsamhet och att detta hade medfört förfång. Yrkandet om allmänt skadestånd på 25 000 kr bifölls i sin helhet, då det inte ansågs överstiga det belopp som kom i fråga vid en skälighetsbedömning enligt 35 kap. 5 § RB.

Aftonbladet dömdes därmed till att utge 28 000 kr i ersättning till DN.

Det skall uppmärksammas att det är DN som tillerkänns ersättning för ideell skada och inte upphovsmannen.

## 7.6 JAHAB

I rättsfallet, NJA 1998 s. 633, hävdade företaget JAHAB att Lärarförbundet och Apple Computer Aktiebolag, Apple, obehörigen hade utnyttjat en ”företagshemlighet” tillhörande företaget. Verket ansågs vara så kvalificerat, att Lärarförbundets röjande av hemligheten var ägnat att medföra JAHAB skada i konkurrenshänseende. I enlighet med förarbetena till lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter fastställdes att vid bestämmande av skadestånds storlek, då skadan uppkommit genom angrepp på en företagshemlighet, ankommer det på den skadelidande att bevisa den skada som uppkommit. Det är däremot väldigt komplicerat att visa den verkliga storleken på en skada, som uppkommit genom ett angrepp på yrkeshemlighet eller liknande. En viktig utgångspunkt vid beräkningen, är att det aldrig får bli mer ekonomiskt lönsamt att obehörigen nyttja en företagshemlighet än att förvärva denna på ett legitimt sätt. Det finns uppenbara svårigheter med att beräkna ett skadestånd utifrån vad som *kunde ha blivit* den skadelidandes vinst, istället är det då lättare att basera detta på skadevållarens vinst.

JAHAB yrkade i första hand ett skadestånd på 6 350 000 kr vilket beräknades utifrån en utebliven provision, värdet på de aktier som de skulle ha haft i det nya bolaget samt en sammanlagd summa av ersättning för vissa kostnader. I andra hand yrkades ett belopp på 2 173 785 kr, vilket baserades på de kostnader som JAHAB påstod sig ha lagt ned på projektet under en bestämd period.

JAHABs beräkning av skadeståndet gällande aktievärdet och uteblivna vinsten ansågs baserat på allt för många osäkra faktorer, varför detta enligt domstolen inte kunde läggas till grund för beräkningen. Istället fick skadeståndsberäkningen, i första hand, ske utifrån de kostnader som JAHAB lagt ner i projektet. I den mån Lärarförbundet vid sitt utnyttjande av verket hade sparat in motsvarande kostnader, ansågs de ersättningsgilla enligt lagen om skydd för företagshemligheter. Även då det inte var utrett ifall samtliga kostnader kommit Lärarförbundet tillgodo, så ansågs det att JAHABs intresse av skydd mot obehörigt utnyttjande av verket inte skulle ha blivit tillgodosett fullt ut, om beloppet enbart skulle ha begränsats till en



summa motsvarande förbundets kostnader. Högsta domstolen fann därför i enlighet med tingsrättens dom att JAHAB skulle tillerkännas ytterligare ett belopp i kompensation. Skadeståndet fastställdes, med stöd av lagen om skydd för företagshemligheter, till 2 miljoner kronor.

Det ansågs aldrig styrkt att Apple hade utnyttjat företagshemligheten.

Det refererade rättsfallet är intressant inte minst tack vare att domstolen skrivit en välmotiverad och tydlig dom. Av domen framgår, precis som i propositionen 1960:67, att ersättningen inte får bli så låg att ett obehörigt utnyttjande blir mer lönsamt än ett lagligt utnyttjande. Det som är förvånande med domen är att Högsta domstolen inte anser att bevislätnadsregeln är tillämplig, vilket tyder på att domstolen godtagit kändens bevisning. Men istället sänks kändens yrkande anspråk utan vidare motivering.

I domen fastställs vidare att det inte är den ekonomiska skadan som skall ersättas, utan att det även skall betalas ett extra tillägg. Vilket också blir gällande då man brutit i respekt mot upphovsrätten.

## 7.7 Tunikamålet

I det så kallade tunika målet, NJA 1995 s. 164, hade ett mönster till en tunika publicerats i Damernas Värld med upphovsmannens tillstånd. Kort efter publiceringen började nästan identiska tunikor säljas i svarandes affär. Detta resulterade i att upphovsmannen yrkade på ersättning i form av skadestånd, på grund av den kränkning som uppkommit genom att mönstret använts olovligen och för utnyttjandet av mönstret. Svarande hävdade att det inte ålades henne att känna till innehållet i Damernas Värld. Vidare medgav intrångsgöraren att hon inte hade ifrågasatt förekomsten av upphovsrätten till tunikan, men hävdade att detta inte föll under hennes undersökningsplikt.

Högsta domstolen fann att svaranden, på grund av tunikas speciella utformning, borde ha anat att upphovsrätt till plagget kunde ha förelegat. Däremot ansågs inte att hon borde ha känt till publiceringen av tunikan i Damernas Värld, eftersom tidningen i huvudsak riktar sig till konsumenter, det kunde heller inte begäras att hon uttryckligen borde ha förhört sig om eventuell upphovsrättskränkning med tillverkaren. Det skall uppmärksammas att svaranden flera gånger tidigare köpt varor av samma tillverkare och att det aldrig förut hade förelegat några omständigheter som gett misstankar om upphovsrättsintrång. Detta var troligen ett bidragande faktum till att undersökningsplikten sattes så lågt trots att tunikas utformning bort väcka tvivel om upphovsrättsskydd. Då oaktsamhet inte kunde läggas svaranden till last, så uppfylldes inte kravet för kränkning och ytterligare kompensation utöver uteblivet vederlag kunde därmed inte utbetalas. Högsta domstolen beviljade kändens 10 000 kr i ersättning för utnyttjandet.

Det framgår av domen att en näringsidkare under vissa omständigheter har undersökningsplikt. När inköp sker från en välkänd och etablerad tillverkare, får undersökningsplikten däremot ses som ytterst uttunnad.

Det kan konstateras att undersökningsplikten inom upphovsrätten är svårare att genomföra än inom immaterialrätten, eftersom ett eventuellt skydd inte kan kontrolleras mot aktuella register. Däremot sträcker sig undersökningsplikten längre inom exempelvis Mönsterskyddslagen, ML, där det principiellt föreligger en skyldighet vid varje yrkesmässigt utnyttjande av mönster att skaffa sig kännedom om vilka mönster som är skyddade.<sup>79</sup>

## 7.8 Formsprutarna

I samband med ett intrång i Formsprutarnas mönsterskyddade köksredskap framställdes ett ersättningskrav på 40 000 kr. Intrånget hade skett i begränsad omfattning i form av marknadsföring av efterbildningar och import av provexemplar till Sverige. Högsta domstolen konstaterade att eftersom intrånget skett med uppsåt var Formsprutarna berättigade till skälig ersättning för utnyttjandet. Vidare betonades skadeståndets reparativa och preventiva funktion genom fastställandet av att full ersättning skall utgå och att det aldrig får bli mer lönsamt att begå intrång än att lagligen förvärva rätten. Vidare konstaterade domstolen att det förekom på den skadelidande att visa vilken skada som lidits. Då Formsprutarna inte hade presenterat någon utredning om skadans omfattning, ansågs det därmed att 35 kap. 5 § RB inte kunde tillämpas. Fastän det inte visats att intrånget lett till någon minskad försäljning, presumerade Högsta domstolen att det trots allt hade skett någon form av marknadsskada. Denna bedömning gjordes med beaktande av 36 § ML ”mönsterhavarens intresse av att intrång inte begås”, vilken har samma utformning som 54 § URL. De skadelidande ansågs ha gjort antagligt att intrånget skett uppsåtligt men de presenterade ingen utredning om skadans omfattning. Då 36 § 2 st. ML har ett preventivt syfte men inte är avsedd att medge ersättning som överstiger den fulla ekonomiska skada, fastställdes det försiktiga beloppet om 10 000 kr. Detta baserades på att intrånget skett uppsåtligt men inte varit av särskilt allvarlig karaktär.

Detta mål rör inte ett upphovsrättsintrång men allt talar för att resultatet blir detsamma även inom upphovsrättsliga mål med tanke på att URL och ML har samma utformning i denna del.

## 7.9 ComHem

I rättsfallet T 5171-03, ComHem-målet, yrkade ett sändarföretag ersättning eftersom en krögare hade visat en pay-per view sändning på sin restaurang, utan behörigt tillstånd. För offentlig visning krävdes särskilt tillstånd, men

---

<sup>79</sup> Prop. 1969:168, s. 238

krögaren hade endast tillstånd för privat visning. Kärande hävdade att visningen därför hade varit ett intrång i dennes upphovsrätt. Vidare yrkades att 35 000 kr skulle utdömas som skälig ersättning, eftersom detta motsvarade kostnaden för tecknandet av ett års licens med särskilt tillstånd. Domstolen fastställde det yrkade beloppet om 35 000 kr som skäligt, trots att det bara handlade om *en* offentlig visning.

Denna dom kan tyckas vara väldigt hård då restaurangägaren fick betala en helårslicens för en enda visning. Men om man ser till domstolens motivering, anser jag att den skäliga ersättningen är befogad eftersom licensen endast gick att köpa för ett år och utan denna licens skulle matchen inte ha visats.

## 7.10 Hotell du Nord

I det aktuella målet, NJA 2003 s. 465, hade Hotell du Nord inte betalt hela ersättningen för 1996 angående vidareutsändning av TV och radio på hotellrummen. Ersättningsrätten gjordes gällande av upphovsrättsorganisationen SAMI. Hotell du Nord menade att ersättningen var oskälig eftersom den var högre än de hotell som var anslutna till Sveriges Restaurang- och Hotellföretagare, SRH, betalade.

Högsta domstolen konstaterade att normalt gäller presumtion för att en framförhandlad tariff, som den mellan SAMI och SRH, är skälig och det ligger på den som hävdar motsatsen att bevisa detta. I detta fall hade däremot SAMI och SRH ett avtal som gav ett lägre pris på grund av en paketrabatt. Det föll på SAMI att bevisa att den högre tariff som Hotell du Nord krävdes på var skälig. SAMI hävdade att SHR:s rabatt var skäligt på grund av de minskade hanteringskostnaderna. Då SAMI varken presenterat rabattavtalet eller tariffavtalet, fann Högsta domstolen att de inte lyckades visa att avtalet var skäligt. Därmed fastställdes det belopp som vitsordats av Hotell du Nord, på en krona per uthyrt rum, eftersom det inte fanns något annat underlag för skälighetsbedömningen.

NJA 2003 s. 465 visar på vikten av att presentera bevisning till styrkande av sitt ersättningsanspråk, domstolens motivering talar för att SAMI troligtvis hade tillerkänts det yrkade ersättningsbeloppet om de endast presenterat hur de förhandlat fram rabattavtalet eller tariffavtalet.

## 7.11 The Pirate bay

Trots att detta endast är en underrättsdom så är det inte möjligt, i en utredning om upphovsrättsintrång, att utelämna den väl uppmärksammade The Pirate bay domen. Omständigheterna behöver inte någon närmare presentation än att fildelningstjänsten The Pirate bay möjliggjorde uppladdning och nerladdning av torrentfiler vilka innehöll upphovsrättskyddade filmer och låtar. Detta resulterade i att fjorton bolag, sex svenska skivbolag, två nordiska filmbolag och sex amerikanska

filmbolag, väckte enskilda anspråk på grund av brott mot upphovsrättslagen. De yrkade beloppen är baserade på olika grunder och beräkningsmetoder.

### **7.11.1 De svenska skivbolagen**

De svenska bolagen beräknade det skäliga vederlaget genom att jämföra detta med vad rättighetshavarna borde ha fått betalt om musiken nedladdats lovligen. En sådan ersättning för varje nedladdning skulle multipliceras med antalet olovliga nedladdningar. Kostnaden för detta var enligt bolagen 10 euro för att ladda ner en upphovsrättsligt skyddad ljudupptagning och 0.7 euro för en enskild ljudupptagning. Av det först nämnda beloppet tillföll 6.50 euro skivbolagen. Det olovliga tillgängliggörandet ansågs därutöver ha lett till andra skador, som uteblivning försäljning, då möjligheten till gratis nedladdning lett till en oöverkomlig konkurrenssituation. Men också typskador i form av minskat intresse för skivor. För en ljudupptagning som gjorts tillgänglig via The Pirate Bay vilken även fanns tillgänglig för legal nedladdning, har bolagen beräknat ersättning för annan förlust till ett belopp motsvarande den dubbla skäliga ersättningen för utnyttjandet. För nedladdningar som gjordes tillgängliga innan de fanns att tillgå genom legal nedladdning, baserades uträkningen bland annat på hur långt före nedladdningen fanns att tillgå på The Pirate Bay vilket resulterade i en högre multiplikator. Exempelvis beräknades ersättningen för annan förlust till sex gånger det skäliga vederlaget, för en upptagning som fanns tillgänglig 91-130 dagar före möjligheten till legal nedladdning. Vidare multiplicerades det skäliga vederlaget med gånger tio, för en nedladdning av en upptagning vilken över huvudtaget inte var möjlig att komma åt via legal nedladdning då artisterna inte lämnat sitt tillstånd.

### **7.11.2 De nordiska filmbolagen**

De nordiska filmbolagens anspråk på skälig ersättning baserades på ett tänkt framförhandlat belopp, genom vilket rättighetshavarna skulle ha upplåtit en licens som gav rätt att tillgängliggöra filmer för gratis nedladdning. Denna ersättning kunde beräknas till 700 000 kr för envar av filmerna (3 st. filmer) utom för filmen Pusher för vilken avgiften kunde beräknas till 150 000 kr. I andra hand yrkades att den skäliga ersättningen skulle beräknas, genom att antalet nedladdningar multiplicerades med det genomsnittliga priset för en laglig nedladdning av en film. Då 60 % av kostnaden tillfaller rättighetshavaren skulle detta belopp tillämpas. Vidare hävdades att de nordiska filmbolagen drabbats av andra förluster än uteblivet vederlag. Skador som minskad försäljning och minskad efterfrågan på att hyra filmerna. Tillgängliggörandet innebar också ”goodwill” förluster, då filmerna förekom i sammanhang där rättighetshavarna hånades. Storleken på ersättningen för att komma till rätta med dessa skador, ansågs vara det dubbla beloppet som skulle betalas i skälig ersättning.

### 7.11.3 De amerikanska filmbolagen

Filmbolagen har genom utredning beräknat det pris som varje film skulle haft vid legal nedladdning. Priset har räknats utifrån att ingen av filmerna fanns tillgängliga för legal nedladdning, då de tillgängliggjordes av The Pirate Bay. Det skulle därför tas i beaktande att utnyttjandet avsåg en förhandsvisningslicens. Priset var också beroende av om det var en så kallad storfilm, vilket betingade ett högre belopp. När de gällde ersättning för annan förlust påtalades samma konsekvenser som de andra målsägande. Storleken på denna ersättning uppskattades till samma belopp som för utnyttjandet av filmverken.

### 7.11.4 Tingsrättens bedömning

Domstolen inleder med att konstatera det faktum att rätten till skälig ersättning inte är beroende av om målsägandebolagen lidit någon faktisk skada.

De nordiska filmbolagens beräkningsmetod, den hypotetiska licensavgiften, framstod som en lämplig metod för att bestämma ersättningens storlek. Tingsrätten fann att de nordiska filmbolagens utredning om det skäliga vederlaget, gav tillräckligt underlag för att fastställa ersättningen till vad bolagen yrkat.

De svenska skivbolagen och de amerikanska filmbolagens beräkningsmetod, ansågs mer ha bäring på ett olovligt upphovsrättsligt förfogande än ett olovligt tillgängliggörande för allmänheten. De svenska skivbolagen har till stöd för sin använda beräkningsmetod anfört att det inte fanns någon branschmetod eller licensmarknad, för att lovligen tillgängliggöra ljudupptagningar. Tingsrätten fann att det inte kan vara meningen att skivbolagen inte skall få rätt till någon skälig ersättning, bara för att det inte finns någon för branschen tillämpad licensmarknad. Därmed godtogs beräkningsmetoden att använda sig av vad rättighetsinnehavarna borde ha fått betalt för nedladdningarna. Trots att de amerikanska filmbolagen inte redovisat skälet till sin tillämpade beräkningsmetod, ansågs även de vara berättigade till skälig ersättning, med motsvarande synsätt. Det fanns däremot anledning att tillämpa beräkningsmetoderna med viss försiktighet, bland annat på grund av att de räkneverk som fanns på siten inte var helt pålitligt. Sifferuppgiften som angav antalet nedladdningar var därför osäker. Beräkningen fick av den anledningen grundas på halva det antalet nedladdningar som bolagen angett. Skivbolagets angivna prisuppgifter per nedladdning godtogs. Men de amerikanska filmbolagens prisuppgifter ansågs bygga på för osäkra variabler. Tingsrätten satte därför priserna längre än vad bolagen uppgett och tog 150 kr för filmerna och 300 kr för serierna.

Gemensamt för målsägandebolagen är att de gjort gällande att annan förlust såsom avsättningsförlust, marknadsskador och ”goodwill”- skador

uppkommit. Vid en samlad bedömning av vad som förekommit under rättegången, fann tingsrätten det skäligt att uppskatta ersättningen för andra förluster till hälften av den skäliga ersättningen. Detta fastställande gjordes mot bakgrunden av att bolagens utredningar till stor del baserades på uppskattningar. Dessa uppskattningar tog, enligt tingsrätten, hänsyn till den påverkan som fildelningstjänster fick i allmänhet. Men för tingsrätten gällde det emellertid att bedöma vilka förluster som orsakats målsägandena enbart på grund av de verk som omfattas i målet. Målsägandebolagens anspråk, på ersättning för andra förluster, bedömdes med försiktighet.

Sammanlagt fastställdes det skäliga vederlaget och skadeståndet till ca 30 miljoner kronor, som skulle betalas solidariskt av målsäganden. De dömdes även till ett års fängelse vardera, för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen.

## 7.12 Slutsats

Rättsfallen visar på svårigheterna att bevisa vilken ersättning man som rättighetsinnehavare är berättigad till vilket, framförallt i de tidigare rättsfallen, får resultatet att det istället blir mindre symboliska summor som utdöms. Vid fastställande av skadeståndets storleks tycks domstolarna, som regel, bunta ihop det ekonomiska och det ideella skadeståndet och därefter göra en skälighetsuppskattning enligt 35:5 RB.

En jämförelse av de ovan redovisade fallen gör att man kan dra slutsatsen att vid en ideell skada, så påverkas bedömningen av de omständigheter under vilka intrånget skett. Exempelvis verkar värderingen påverkas av huruvida intrånget skett av oaktsamhet eller uppsåt. Om man ser till *Bootleg*-målet så är det tydligt att även kvalitén på de olovliga kopiorna påverkar bedömningen, är kvaliteten dålig är chanserna till ideellt skadestånd betydligt större.<sup>80</sup> Verkets art påverkar också bedömningen av ideellt skadestånd, jag vill påstå att det faktum att journalisten i *Madrass*-målet inte kunde anses ha något känslomässigt band till sin artikel, påverkade domstolens bedömning då hennes talan om ideellt skadestånd inte bifölls. Jag ser det som naturligt att en bedömning av relationen mellan upphovsmannen och hans verk, är beroende av verkets typ.

För att skadestånd skall utgå krävs att oaktsamhet förelegat. Denna bedömning verkar till stor del grundas på huruvida intrångsgöraren uppfyllt sin undersökningsplikt. I *Tunika-målet* uttalar Högsta domstolen att den som handlar med kläder också förväntas ha allmän kännedom om plagg som presenteras i fackpress, däremot krävs inte samma kännedom om plagg i konsumenttidningar.

Av rättsfallet *JAHAB* framgår med tydlighet, att ett skadestånd inte får bli så lågt att ett obehörigt utnyttjande blir mer lönsamt än ett lagligt

---

<sup>80</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s. 249

utnyttjande. Vidare skall detta utgå även fast någon skada inte uppkommit. Man kan såvida dra slutsatsen att det inte längre är tal om ett egentligt skadestånd, eftersom ersättningen inte utgör ersättning för skada, eftersom ingen direkt förlust uppkommit. Detta skadestånd kan snarare ses som en form av ekonomiskt påslag, på grund av den kränkning som begåtts mot upphovsmannen och inte som ersättning för den skada som vållats. Detta kan tyckas påminna om punitive damage (besträffande skadestånd) vilket tillämpas i USA för att avskräcka från att vålla skada. Men storleken på svenska ”besträffande skadestånd” kan inte på något sätt jämföras med de enorma summor som kan bli aktuella i avskräckande syfte i USA.

Den praxis som tillkommit på senare år, lutar åt att det skäligen vederlaget och skadeståndet grundas på licensersättning och intrångsgörarens vinst. Det får även konstateras att ersättningen därmed ökats i de senare rättsfallen. Utvecklingen med att högre ersättningar döms ut kommer förhoppningsvis hålla i sig, med tanke på de ändringar som gjorts i 54 §, genom implementeringen av Sanktionsdirektivet. Tidigare lades ofta den ersättning som vitsordats av svaranden till grund för domstolens bedömning, eftersom denna var otvistig.<sup>81</sup> Idag är det istället påtagligt att en rättighetshavare som kan motivera sitt ersättningsanspråk också har goda förutsättningar för att vinna gehör i domstolarna.

---

<sup>81</sup> Koktvedgaard, M., Levin, M., *Lärobok i Immaterialrätt*, uppl. 9:1, s. 527

## 8 Nordisk doktrin

Denna uppsats har inte ett komparativt syfte men jag tycker ändå att det är intressant att mycket kortfattat presentera danska och finska ersättningsregler. Jag har valt att utelämna Norge eftersom landet inte är med i Europeiska Unionen.

### 8.1 Beräkning av ersättning enligt dansk praxis

Kraven för att uppnå upphovsrättsligt skydd och sanktionerna är de samma som i Sverige.<sup>82</sup> Huvudreglerna är att den skadelidande skall ha rätt till skälig ersättning även om han inte drabbats av ekonomisk skada. Ersättning för ytterligare skada utgår för avsättningsförluster, marknadsskador och andra förluster. Vidare har man även rätt till ersättning för ideell skada.<sup>83</sup>

I likhet med den uppfattning som finns om svenska domstolar, anses det även att danska domstolar ofta dömer ut för låg ersättning till rättighetsinnehavarna vid upphovsrättsintrång. De utdömda ersättningarna ligger ofta långt under rättighetsinnehavarnas framställda yrkande och orsaken är förstås, även här, svårigheterna att bevisa den ekonomiska skadan. Men det finns dock fall i dansk praxis som talar för att de utdömda ersättningarna i Danmark kan vara generösa. År 1983 tillerkändes en rättighetsinnehavare 1,2 miljoner DEK efter att otillåtna filmkopior hade sålts och hyrts ut av en intrångsgörare. Det skäliga vederlaget fastställdes till 1 miljon DEK för inkomstbortfall, vid denna beräkning likställdas beloppet med den obehöriga vinst som intrångsgöraren hade gjort genom sin försäljning och uthyrning av filmerna. Vidare tillerkändes käranden 200 000 DEK i skadestånd för framtida inkomstförlust och marknadsskada. Det skall påpekas att detta var ett av de högre skadestånd som utdömts i Danmark, vid ett immaterialrättsintrång.<sup>84</sup>

Precis som i Sverige är rättighetsinnehavaren berättigad till full ersättning för den förlust som intrånget orsakat. Inkomstbortfallet skall beräknas genom att antalet produkter, som inte sålts på grund av intrånget, multipliceras med den förlust som är sammankopplad med varje produkt.<sup>85</sup> Tomas Riis konstaterar att det inte är en självklarhet att intrångsgörarens vinst kan likställas med rättighetsinnehavarens förlust. En rättighetsinnehavare skall även ersättas för den skada som kan drabba honom, på grund av att intrångsgörarens produkt är en kopia av sämre kvalitet än originalprodukten. Skadeståndet skall därmed motsvara den

---

<sup>82</sup> Riis, Thomas, *Intellectual Property Law Denmark*, s. 24

<sup>83</sup> Andersen, N., Carlquist, A., Rubinstein, A., *Retsåndhaevselser af immaterialrettigheder*, s. 420 f

<sup>84</sup> Riis, Thomas, *Intellectual Property Law Denmark*, s. 75f

<sup>85</sup> Riis, Thomas, *Intellectual Property Law Denmark*, s. 75



marknadsföringskostnad som är nödvändig för att reparera originalproduktens ”goodwill”. Vanligen är det dock väldigt svårt för rättighetsinnehavaren att bevisa denna kostnad. Även om rättighetsinnehavaren inte kan bevisa en faktisk förlust, skall han detta till trots vara berättigad till skäligt ersättning för utnyttjandet.<sup>86</sup>

Olaf Esklidsen har med viss försiktighet gjort en sammanställning av dansk praxis mellan år 1992-2000 som visar i vilken mån rättighetsinnehavarnas ekonomiska yrkanden har bifallits, en fjärdedel av de yrkade beloppen har tillerkänts inom området 75-100%, samma andel gäller såvitt angår området 40-75%, medan hälften av de yrkade beloppen endast fastställts till 0-40%. De högre beloppen, 200 000 – 2 milj. DEK, som utdömts, har utdömts i mål om produktefterlikning, och de lägre beloppen 10 000 – 100 000 DEK har utdömts i mål rörande varumärken, fotorättigheter och upphovsrätt.<sup>87</sup>

Det är genom dansk praxis visat att ekonomiska ersättningskrav, som baserats på revisorers matematiska uträkningar av skadan ökar möjligheten till att få det yrkade beloppet. Detta framgår exempelvis av U.94.671 H - *Stolmodellen ”kroken”* och U.99.1061 SH - *Utskänkning av fatöl*, där höga skadestånd utdömdes. I motsats till dessa fall kan domarna *Palsbys grytserie* och *Mag-Lite* sättas, där låga ersättningar fastställdes på grund av att liknande matematiska uträkningar *inte* framlagts.<sup>88</sup> Men frågan är om det verkligen kan finnas någon tillförlitlig uträkning för att fastställa en skada vid upphovsrättsintrång.

Olaf Eskildsen menar vidare att då revisorerna bedömer den skada som en kränkning har medfört, bör de i sin beräkning ha med en branschmässig värdering av de prismässiga omständigheterna på den aktuella marknaden. Annars finns det en risk att domstolen lägger in marknadsmässiga förbehåll och dömer ut lägre ersättning.<sup>89</sup>

## 8.2 Beräkning av ersättning enligt finsk praxis

I Finland tillämpas den så kallade differens- teorin, vilken bygger på att ersättningen vid intrång skall utgöras av differensen mellan den hypotetiska situationen som hade förverkligats om intrånget inte inträffat och den verkliga situationen. Den försämring som uppstått i den skadelidandes ekonomiska ställning skall därmed korrigeras. Även då det i Sanktionsdirektivets artikeltext stadgas att det utbetalade skadeståndet skall vara ”lämpligt”, så valde man i regeringspropositionen att behålla den tidigare formuleringen att den faktiska skadan skall ersättas till fullt belopp

---

<sup>86</sup> Riis, Thomas, *Intellectual Property Law Denmark*, s 76

<sup>87</sup> NIR 2000 s. 116, Olaf Esklidsen, *Immateriellretlige erstatninger i Danmark*, s. 117

<sup>88</sup> NIR 2000 s. 116, Olaf Esklidsen, *Immateriellretlige erstatninger i Danmark*, s. 118

<sup>89</sup> NIR 2000 s. 116, Olaf Esklidsen, *Immateriellretlige erstatninger i Danmark*, s. 118

om intrånget gjorts avsiktligt eller genom vållande.<sup>90</sup> I ljuset av den europeiska skadeståndsrättsliga traditionen så måste detta anses vara en riktig tolkning och att principen om full ersättning fortfarande skall gälla. Samma bedömning har ju också gjorts i Danmark och Sverige eftersom bestämmelsen om full ersättning behållits. Det framgår även med tydlighet av direktivet att syftet inte är att införa ett straffliknande skadestånd. Då de finländska immateriallagarna kommit till vid olika tillfällen, var skadeståndsbestämmelserna tidigare av varierande utformning.<sup>91</sup> Implementeringen av Sanktionsdirektivet var därför av större betydelse i Finland än i Sverige, eftersom vi redan hade en enhetlig immaterialrättslig reglering.

### 8.3 Slutsats

Utifrån denna jämförelse mellan de tre länderna Sverige, Danmark och Finland, visar det sig att våra immaterialrättsliga lagstiftningar är nästintill identiska. Denna rättslikhet är önskvärd och underlättar handelslivet mellan de nordiska länderna.

---

<sup>90</sup> NIR 2006 s. 583, Norrgård, Marcus, *Sanktionsdirektivet och dess genomförande i Finland*, s. 590 f

<sup>91</sup> NIR 2006 s. 583, Norrgård, Marcus, *Sanktionsdirektivet och dess genomförande i Finland*, s. 591

## 9 Analys

Upphovsrättens syfte är att tillvarata rättighetshavarnas ensamrätt och är därmed också grundläggande för det kreativa skapandet. För att detta syfte skall kunna uppnås är det viktigt att det finns effektiva sanktioner. Ersättningen får därmed inte vara så låg att en rättighetshavare inte anser det värt att processa.

Svaret på min första frågeställning ”hur skall det skäliga vederlaget respektive skadeståndet beräknas vid upphovsrättsintrång?” är som följer:

Upphovsrättsregleringen skiljer sig från de andra immaterialrättsliga lagarna eftersom skäligt vederlag skall utgå, trots att intrångsgöraren är i god tro. Vid fastställande av skälig ersättning skall det utredas vad som skulle ha betalats om det rört sig om ett lovligt nyttjande. Frågan om vad som är skäligt är till stor del kopplat till den bransch som är aktuell i varje enskilt fall. I *The Pirate Bay*- domen accepterades en hypotetisk licensavgift vid fastställandet av de nordiska filmbolagens ersättning. Eftersom någon motsvarande licens inte fanns för de svenska skivbolagen, tillämpades beräkningsmetoden för vad bolagen skulle ha fått betalt om låtarna laddats ner lovligt. Anledningen till att den skäliga ersättningen sattes ner berodde inte på att dessa beräkningsmetoder inte accepterades, utan istället på att räkneverket på siten inte ansågs pålitlig. I de fall tariffer finns att tillgå brukar frågor om det skäliga vederlaget inte orsaka några större problem. När sådana tariffer saknas blir det förstås mer komplicerat för domstolarna, som då får sträva efter att fastlägga gällande branschpraxis inom området. Av allt att döma kan bevislätnadsregeln, 35:5 RB, tillämpas även vid fastställande av det skäliga vederlaget.<sup>92</sup> I rättegång är det rättsinnehavaren som har bevisbördan för vad som skall anses vara den skäliga licensavgiften.

Av 54 § 2 st. framgår att ersättning även skall utgå för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen medfört. Ersättning för exempelvis avsättningsförlust beräknas genom att antalet produkter, som inte kunnat säljas på grund av intrånget, multipliceras med täckningsbidraget per enhet.<sup>93</sup> Men denna förlust borde, åtminstone delvis, bli ersatt redan genom det skäliga vederlaget. För om intrångsgöraren hade haft en licens att sälja ett antal exemplar, så är det sannolikt att rättighetshavarens försäljning hade minskat i motsvarande mån. Tanken med en licensavgift, och då också det skäliga vederlaget, är ju att ersättningen skall kompensera även för dessa förluster. Om vi ser till *Bootleg*-målet så utgick här ersättning för ekonomisk skada utöver uteblivet vederlag. För att analysera domen så utgick alltså dels ett skäligt vederlag och i detta var den ”normala” avsättningsförlusten inräknad. Vidare utgick ekonomiskt skadestånd

---

<sup>92</sup> Se min motivering - 9.1.3 *Formsprutarna*

<sup>93</sup> NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*, s. 243

eftersom skivorna var av dåligt kvalité, vilket i sin tur kunde resultera i ännu sämre avsättningsförlust än vad som redan var inräknat i det skäligen vederlaget. Detta resonemang fördes även i *Krukväxt*-målet men i detta fall resulterade det inte i något skadestånd, eftersom domstolen inte ansåg att de hade drabbats av någon annan förlust utöver det uteblivna vederlaget. Slutsatsen är alltså att skadestånd endast skall utgå då det avser förlust utöver uteblivet vederlag. Vid en *marknadsskada* gäller ofta samma sort ”avräkning” som vid avsättningsförluster. Fallet blir däremot annorlunda om skadan även drabbar försäljningen av andra verk, då har denna förlust inte kompenseras till någon del av den skäligen ersättningen.

Ersättning för de *interna kostnaderna* är lättare att skilja från det skäligen vederlaget och någon avräkning skall inte aktualiseras. I NJA 1986 s. 702, yrkades ersättning för de undersökningar som ägt rum för att fastställa intrånget, Högsta domstolen fastställde att kostnaderna var att beakta som rättegångskostnader och att de varit skäligen påkallade för att tillvarata STIM:s rättigheter.<sup>94</sup> Kostnaderna beaktades som ersättningsgilla och någon avräkning företogs alltså inte.

Avsättningsförlust, marknadsskada och intern förlust är inte uteslutande de ekonomiska förluster som kan bli aktuella vid ett upphovsrättsintrång, men de är de huvudsakliga. Om en rättighetshavare exempelvis sätter igång en reklamkampanj för att informera om att det finns falska produkter på marknaden, så kan detta förstås också komma att ersättas som en nödvändig utgift för att begränsa skadan. Att dela in skadeståndet i dessa olika förlustposter ger struktur och jag anser att det vore önskvärt att även domstolarna var mer noggranna med att i sina domskäl utveckla vilken skada det är som ersätts.

Förutom det ekonomiska skadeståndet finns som känt även en möjlighet att tillerkännas ideellt skadestånd. Vid bedömningen av om ideell skada föreligger, beaktar domstolarna omständigheterna i varje enskilt fall, för att därefter göra en objektiv bedömning. I *Bootleg*-målet fann Högsta domstolen att ideell skada förelåg redan i och med den omständigheten att de skyddade verken hade utnyttjats olovligen. Ingen bevisning eller vidare utredning om upphovsmännens lidande hade presenterats i målet, så det är förvånande att se att domstolen därmed tillämpade en presumtion för skada. Liknande presumtion har även förekommit i underrättspraxis. Jag anser att denna bedömning är helt korrekt, domstolarna måste ta vara på upphovsmännens och rättighetshavarnas rätt att själva få förfoga över sitt verk. Om de inte själva har bestämt när, var och hur deras verk presenterats då har de också blivit kränkta och skall ersättas där för. Även i *Madrass*-målet gjordes en objektiv bedömning av om en ideell skada uppkommit vid förfoganderättsintrång. Enligt författaren till artikel hade uppenbarligen en kränkning skett, men hon nekades skadestånd av domstolen. Inte heller i detta mål presenterades någon vidare utredning av om skada hade uppkommit. Det kan ses som märkligt att Högsta domstolen i detta mål väljer att frångå tidigare praxis och inte tillämpa presumtionen för skada vid förfoganderättsintrång. Enligt Tonell och Karlsson bör detta rättsfall ha ett

---

<sup>94</sup> Jilmstad, J., *Immaterialrättsliga skadestånd*, s. 42

begränsande prejudikatvärde, detta eftersom domstolen felaktigt drog slutsatsen att då de inte ansåg att det förekommit någon kränkning av den ideella rätten, så hade det heller inte uppkommit någon ideell skada på grund av förfoganderättsintrånget.<sup>95</sup> Någon oberoende prövning av om förfoganderättsintrånget orsakat någon ideell skada företogs alltså inte. I fallet *Journalistavtalet* ansåg Högsta domstolen att det otillåtna utnyttjandet hade skett uppsåtligt men inte medfört något "lidande eller annat förfång"<sup>96</sup> som skäligen borde ersättas. I målet fick journalisten endast 100 kr i ersättning, vilket skulle motsvara det skäligen vederlaget. Jag tycker det är mycket anmärkningsvärt att en ondtroende intrångsgörare enligt Högsta domstolens bedömning endast skall hamna i samma ekonomiska position, som någon som sökt tillstånd för nyttjandet. Resultatet blir ju då att det inte finns någon risk med ett olovligt utnyttjande och skadeståndets preventiva effekt blir därmed helt obefintlig. Om vi ser till lagändringen och nyare praxis som exempelvis *JAS*-fallet så har nu sanktionerna vid liknande situationer skärpts.

Då det är omöjligt att göra en bedömning av en persons lidande utifrån hur personen själv uppfattar förfoganderättsintrånget, måste lidandet ha uppnått en viss grad i objektiv mening för att en ersättningsgill skada skall anses ha uppkommit. För att förtydliga kan vi lyfta fram några av de omständigheter som beaktats av domstolarna, vid fastställande av ideell skada. Frågan om hur intrånget påverkat upphovsmannens verk, spelar stor roll. För det fall olovliga kopior är av sämre kvalitet, så är det tydligt att möjligheten till skadestånd blir särskilt stor. Bedömningen påverkas också av verkets art och vilken känslomässig relation upphovsmannen kan tänkas ha till sitt verk. I *Madrass*-målet var det tydligt att det faktum att målet endast rörde en allmän informationsartikel, påverkade domstolens bedömning. Frågan om huruvida intrånget skett med uppsåt eller oaktsamhet tycks också ha betydelse i sammanhanget, precis som intrångets omfattning samt om verket förekommit i ett för upphovsmannen främmande sammanhang. De nämnda *Bootleg*-, *Madrass*- och *JAS*-målen är bra exempel på hur dessa omständigheter spelat in vid bedömningen. Enligt 1 § URL uppkommer även motsvarande rätt till ersättning för intrång i de närstående rättigheterna. Däremot tycks inte Högsta domstolen anse att ideell skada uppkommer på liknande sätt vid intrång i katalogskyddet.<sup>97</sup>

Till skillnad från vad som gäller vid förfoganderättsintrång, så anses det alltid att ideell skada uppkommer vid en kränkning av den ideella rätten enligt 3 § URL. Domstolen utgår alltså från att det som regel uppkommer en kränkningskada vid ett ideellrättsligt intrång. När kränkningen fastställs bör domstolen, som framgår under 8.1.1., inte i första hand se till

---

<sup>95</sup> NIR 2006 s. 219, Tonell, M. och Karlsson, N., *Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång*, s. 225.

*Jag anser vidare att fallet också har ett begränsat prejudikatvärde för andra typer av verk än just faktaartiklar. Eftersom domstolen av allt att döma baserade sin bedömning på att journalisten inte ansågs ha någon känslomässig relation till artikeln.*

<sup>96</sup> Den tidigare beteckningen för ideell skada.

<sup>97</sup> NJA 1985 s 813, Krukväxt-fallet

den kränktes personliga uppfattning, eftersom olika människor upplever liknande situationer på olika sätt. Däremot kan man i undantagsfall ta större hänsyn till intensiteten i hur en skadelidande upplevt kränkningen. Den enda vägledning förarbetena till URL ger vid beräkning av ideellt skadestånd, är att ”full ersättning” skall utges med hänsyn till personligt obehag eller olägenhet. Då det är svårt att påvisa en sådan skada med ekonomiska termer, hänvisas domstolarna till 35:5 RB. Samma knapphändiga vägledning ges även i doktrin. Bevislätnadsregeln är tillämplig då bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan framläggas. Domstolen har även rätt att göra en skälighetsbedömning då kostnaden för att presentera bevismaterial är oproportionerligt stor, i jämförelse med den möjliga ersättningen som endast avser ett mindre belopp. Av *Bootleg*-målet framgår att detta ”mindre belopp” ska motsvara ca ett halvt prisbasbelopp. Enligt Tonell och Karlsson kan man dra den slutsatsen att då det i alla situationer måste anses omöjligt att föra full bevisning om vilket belopp ersättning skall uppgå till, så torde tillämpningen av 35:5 RB vare en förutsättning för att ideell skada skall kunna ersättas.<sup>98</sup> Jag vill dock belysa att regeln inte kan tillämpas vid fråga om huruvida skada uppkommit eller ej, utan enbart vid ersättningsberäkningen.

I ett yrkande om skadestånd finns det ingen större anledning för den skadelidande att försöka bevisa att uppsåt varit förhanden, eftersom skadestånd enligt URL utgår redan vid oaktsamhet. Det faktum att skadestånd skall utgå redan vid culpa, måste ses som en generös regel till stöd för upphovsmannens behov av rättsskydd och möjlighet till ersättning. Som visats, i exempelvis *Tunika*-målet, riktas fokus vid fastställande av oaktsamhet i första hand mot om intrångsgöraren uppfyllt sin undersökningsplikt. Av domstolens motivering i nämnda mål framgår att kraven på undersökningsplikt normalt är lågt satta. Domstolen ansåg att svaranden borde misstänkt att upphovsrätt förlegat. Däremot hade hon så många gånger tidigare köpt kläder från tillverkaren och det hade aldrig förut förelegat någon anledning till misstanke om intrång. Med detta som bakgrund ansåg domstolen att det inte kunde läggas henne till last att hon inte noggrannare undersökt tunikans ursprung.

Undersökningsplikten varierar av allt att döma från fall till fall. Men det är uppenbart att det är betydligt mer komplicerat att uppfylla sin undersökningsplikt enligt URL, än inom andra immaterialrättsliga lagar, eftersom det inte finns något register där upphovsskyddet kan kontrolleras. Om man som rättighetshavare anser att någon begått intrång så är det smart att skicka en varningskrivelse. På detta sätt blir det svårare för intrångsgöraren att hävda god tro.

Vid domstolens behandling av de objektiva förutsättningarna framträder vidare krav på adekvat kausalitet mellan upphovsrättsintrånget och exempelvis inkomstförlusten. Käranden måste inte bara styrka sambandet

---

<sup>98</sup> Tonell, M., Karlsson, N. *Ersättning för lidande och annat förfång vid upphovsrättsintrång*, s. 231

mellan intrånget och skadan utan också sambandet mellan skadan och den yrkade ersättningen.

Det som försvårar möjligheten att fastställa en direkt princip, som belyser de kriterier som krävs för att göra en ersättningsberäkning, är det faktum att domskälen ofta är bristfälliga. I huvudsak utreds inte ekonomiskt och ideellt skadestånd för sig, utan istället buntas allt slarvigt ihop till en klumpsumma. Domstolarna tycks som regel pröva om kärandens belopp verkar skäligt och i många fall, utan vidare motivering, skönmässigt sänka beloppet eller fastställa det lägre vitsordade beloppet. Att det ideella skadeståndet uppskattas på detta sätt får tyvärr anses ligga i sakens natur, eftersom det inte går att fastställa på objektiva grunder. En möjlighet kunde vara att skapa en tabell för att beräkna ersättningen, på samma sätt som exempelvis Trafikskadenämnden upprättat sin tabell, vars belopp justeras efter penningvärdets förändringar och ingående bedömning av särskilda skadetyper. Domstolen är inte bunden av dessa tabeller men det är tydligt att de tillmäter dem stor betydelse.<sup>99</sup>

I SkL:s prop. 2000/01:68 uttalas att ersättning vid ideella skador måste bestämmas mer schablonmässigt, än när det gäller ekonomiska skador. Enligt lagstiftaren finns det många fördelar med standardiserade normer, bland annat kan godtycke undvikas och det blir lättare att avgöra vilket skadeståndsbelopp som skall betalas. Vidare värnar man om intresset för likabehandling och förutsebarhet.<sup>100</sup> Det finns många som är positiva till denna schablonmässiga beräkningsmetod, bl. a. Tonell och Karlsson som menar att denna ersättning skulle bli mer enhetlig och skälig och därmed allmänt accepterad. De anser vidare att schabloniserad ersättning skulle leda till ökad effektivitet inom upphovsrättsområdet.<sup>101</sup>

Jag kan se fördelarna med att förenkla systemet på detta sätt, genom att ha en metod med renodlade och lagstiftade skadeståndsrättsliga principer. Att processtiden kortas är ofta av stor vikt för upphovsmannen, en långdragen intrångsprocess kan nämligen få resultatet att en rättighetshavare inte ens hinner njuta av de ekonomiska frukterna av sitt verk. Men tyvärr anser jag att nackdelarna trots allt väger tyngre. Ett liknande system skulle ha bristande flexibilitet och att tillämpa dessa lagstadgade schabloner, torde dessvärre vara besvärligt. Grunden till detta är i första hand alla de olika situationer, under vilka ideella skador kan uppkomma vid intrång. Om schablonerna skulle vara för omfattande med målet att täcka in ett flertal situationer, finns risken att de många gånger blir orimliga. Om man istället skulle utforma detaljerade schabloner, skulle de bli omständiga att tillämpa och då försvinner genast syftet med att de skall vara ett effektivt system. Däremot vore det önskvärt, vilket jag tidigare uttryckt, om domstolarna var tydligare i sina domskäl, på detta sätt skulle schablonregler istället kunna växa fram successivt genom domstolspraxis. Men då skadeståndsbeloppen ofta utdöms på relativt oklara grunder, är det svårt att dra några direkta

<sup>99</sup> Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsrätt*, s. 391

<sup>100</sup> Prop. 2000/01:68 *Ersättning för ideell skada*, s. 60f

<sup>101</sup> Tonell, M., Karlsson, N., *Ersättning för lidande och annat förfång*, s. 236

slutsatser om hur bedömningen skall göras. En tredje möjlighet, utöver schablonregler som skapats genom lagreglering eller praxis, är ett schabloniserat ersättningssystem som skapas mellan representanter från upphovsmanna- och nyttjaresidan. Enligt Tonell och Karlsson är detta en passande väg om man vill skapa ett flexibelt och rimligt ersättningssystem för ideell skada inom upphovsrätten. De menar vidare att det troligtvis finns ett lägre intresse från representanter från nyttjarehållet än från upphovsmannarepresentanter att diskutera dessa frågor. Om detta skulle vara fallet finns det inget som hindrar att upphovsmannaorganisationerna sammanställer ett schablonsystem, vilket senare prövas av domstol.<sup>102</sup> Detta vore enligt mig den bästa lösningen på dagens oklara ersättningsregler. Som grund för utarbetandet av ett schablonberäkningssystem anser jag att de nämnda omständigheterna som verkets art, intrångets omfattning, bandet mellan upphovsmannen och verket, förvanskad återgivning samt om verket förekommit i ett främmande sammanhang, skall beaktas.

Svaret på min andra frågeställning ”*uppfyller skadeståndet vid upphovsrättsintrång den reparativa och preventiva funktion som lagstiftaren åsyftat med sanktionen?*” är som följer:

Jag har i min utredning lyft fram de klagomål inom doktrin som riktar sig mot att utdömda skadestånd ofta är för låga. Däremot är det sällan som det inom doktrinen vidare utvecklas vad dessa klagomål grundas på. Enligt vilka kriterier är skadestånden otillräckliga? Då det vid upphovsrättsintrång är mycket svårt att bevisa och beräkna den faktiska skadan, borde det inte då accepteras att domstolarna tillämpar viss försiktighet vid fastställandet? Även om det i förarbetena till URL stadgas att full ersättning skall utgå vid skada, så kan domstolarna inte ”ta i för mycket” och därmed riskera rättssäkerheten. Det skall inte heller glömmas att principen om full ersättning även sätter ett tak som är begränsande. Det är viktigt att förstå och respektera domstolarnas svåra uppgift, därmed menar jag inte att kritiken mot skadeståndens storlek är obefogad. Kritiken skulle kunna motiveras med att skadeståndens preventiva effekt inte blir tillgodosedd. Ingen kan ju förneka det faktum att den avskräckande effekten försvinner med låga skadestånd i kombination med stora förtjänstmöjligheter för intrångsgöraren. Vikten av att sanktionerna vid upphovsrättsintrång skall ha en avskräckande effekt betonas i bland annat Infosocdirektivet. Många menar att detta bäst uppnås genom utökade möjligheter att utdöma straffansvar. Men låt oss då istället se till arbetsrätten, här är domstolarna ofta generösa när det kommer till fastställandet av de allmänna skadestånden. Det allmänna skadeståndet inom arbetsrätten anses ha en klar preventiv funktion, vilket talar för att denna effekt även borde kunna uppnås inom upphovsrätten utan att ta till straffansvar. Jag anser att redan då en person ens börjar fundera på att begå ett upphovsrättsintrång, skall han veta att kostnaderna att bryta mot upphovsrättsreglerna är betydligt högre än att följa dem. Detta är troligtvis inte fallet idag och utdömda skadestånd måste därmed höjas än mer, än vad som redan gjort i praxis.

---

<sup>102</sup> NIR 2006:219, Tonell, M., Karlsson, N., *Ersättning för lidande och annat förfång*, s. 237



Kritiken mot de låga skadestånden skulle även kunna motiveras med att de utdömda beloppen inte täcker hela den uppkomna skadan. Den reparativa funktionen blir alltså inte uppfylld. I skadeståndsbestämmelserna finns inget stadgande som begränsar domstolarnas möjlighet till utdömande av fullt skadestånd, speciellt inte idag med 54 § nya utformning som öppnat ännu fler dörrar. Domstolarna uppmanas även i förarbetena till URL att utdöma skadestånd som fullt ut täcker skadan. Det faktum att domstolarna skall uppskatta skadan, då full bevisning inte kan redovisas, borde inte få den effekt att den skadelidande underkompenseras. Men det är tydligt att domstolarnas svårigheter med att fastställa den exakta skadan vid intrång, drabbar rättighetshavarna negativt.

En domstol kan i intrångsmål aldrig utdöma ett högre belopp än det som yrkas, varför det är av betydelse att en intrångstalan är välarbetad och genomtänkt. Det faller även på käranden att vara noga med att precisera sina yrkanden i olika poster, exempelvis att de drabbats av marknadsskada och avsättningsförluster. Att bevisa en skada är konstaterat svårt, men man kan inte av den anledningen utelämnas bevisning och istället förlita sig på en allmän bedömning. Vad kan då slarv från kärandes sida bero på? En tanke kan vara att den skadelidande, i första hand, fokuserar på att få stopp på intrånget. Prioriteringen att lägga ner möda på att framställa beräkningsunderlag som bevisning, hamnar kanske därmed i andra hand.

Domstolarnas prövningar med skälighetsuppskattningar, grundade på regler om bevislättning enligt 35:5 RB har tyvärr lett till mycket otydlig rättspraxis. Det faktum att skadeståndsberäkningarna inte kan grundas på matematiska bedömningsgrunder, borde inte få resultatet att det inte ens går att utläsa vilka omständigheter som påverkat domstolens bedömning. Det är viktigt för den formella rättssäkerheten att lika fall behandlas lika, då detta bidrar till förutsebarhet. Men något som också är viktigt för rättssäkerheten, är att domstolarnas domar är rättvisa och önskvärda för människor i allmänhet. Domstolarna är noga med att vidta försiktighet vid tillämning av bevislättningsregeln, men denna försiktighet har resulterat i att skadestånden vid upphovsrättsintrång i stort sätt förlorat sin preventiva och reparativa funktion.

# Käll- och litteraturförteckning

## *Offentligt tryck*

Prop. 1960:17 *Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*

Prop. 1969:168 *Förslag till Mönsterskyddslagen*

Prop. 1993/94 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri och rättighetsfrågor*

Prop. 2000/01:68 *Ersättning för ideell skada*

Prop. 2008/09:67 *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG*

## *Litteratur*

Andersen, N.,  
Carlquist, A. &  
Rubinstein, A.                      *Retshåndhaevselser af immaterialrettigheder,*  
1 uppl., Jurist- og Okonomförbundets Forlag,  
Kobenhavn, 2006

Bernitz, Ulf,  
Karnell, Gunnar,  
Pehrson, Lars &  
Sandgren, Claes                      *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens,*  
uppl. 10, Jure Förlag, Stockholm 2007

Bruun, Niklas                      *Intellectual Property Law in Finland,* 1 uppl.,  
Kluwer Law International, Helsingfors, 2001

Hellner, Jan &  
Radetzki, Marcus                      *Skadeståndsrätt,* 8 uppl., Norstedts Juridik AB,  
Visby, 2010

Jilmstad, Jenny                      *Immaterialrättsliga skadestånd - Upphovsrätt,*  
Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid  
Stockholms Universitet, Stockholm, 1997

Lunning, Lars,                      *Anställningsskydd, Lagtext med kommentarer,*  
*sjunde omarbetade upplagan,* 7:1 uppl.,  
Allmänna förlaget, Stockholm, 1989

Maunsbach, Ulf &  
Wennersten, Ulrika                      *Grundläggande immaterialrätt,* 1 uppl.,  
Gleerups utbildning AB, Kristianstad, 2009

- Olsson, Henry *Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2009
- Koktvedgaard, Mogens  
Levin, Marianne *Lärobok i Immaterialrätt*, 9:1 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2007
- Koktvedgaard, Mogens  
Levin, Marianne *Lärobok i Immaterialrätt*, 8:1, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2004
- Riis, Thomas *Intellectual Property Law Denmark*, Kluwer Law International, Köpenhamn, 2009
- Rosén, Jan *Upphovsrättens avtal*, 3 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006

#### *Artiklar*

NIR 2000:69 s. 116, Olaf Esklidsen, *Immaterialretlige erstatninger Danmark*

NIR 2005 s. 225, Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsberäkning vid intrång i upphovsrätten*

NIR 2006 s. 219 , Tonell, M., Karlsson, N. *Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång*

NIR 2009 s. 472, Talle-Holmqvist, A., Tonell, M., *Mervärdesskatt på upphovsrättsersättning – ett genuint problem*

# Rättsfallsförteckning

## *Högsta domstolen*

NJA 1984 s 34, *Bootleg*

NJA 1985 s 87, *Madrassmålet*

NJA 1985 s 813, *Krukväxt-målet*

NJA 1986 s. 226, *Låt mig få tända ett ljus*

NJA 1993 s 390, *Journalistavtalet*

NJA 1996 s 712, *JAS-fallet*

NJA 1998 s 633, *JAHAB*

NJA 1995 s 164, *Tunika-målet*

NJA 2005 s 180, *Formsprutarna*

NJA 2003 s 465, *Hotell du Nord*

## *Arbetsdomstolen*

AD 2002 s. 216

AD 2010 nr 11

## *Hovrätten*

RH 1985:83

## *Tingsrätten*

B 13301-06, *The Pirate Bay*

T-5171-09, *ComHem*

## *Danska rättsfall*

U.94.671 H - *Stolmodellen "kroken"*

U.99.1061 SH – *Utskänkning av fatöl*