



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Falk

Ersättningsystemet vid intrång i immateriella rättigheter

- i ett kommersiellt perspektiv

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Ämnesområde
Immaterialrätt

Termin 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion till ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	8
2 DEN RÄTTSLIGA BAKGRUNDEN	9
2.1 Immaterialrätten	9
2.1.1 Immaterialrättens grundläggande struktur	9
2.1.2 Den immaterialrättsliga lagstiftningen	10
2.2 Det svenska skadeståndssystemet	11
2.2.1 Skadeståndets syfte och principen om full ersättning.	11
2.2.2 Kausalitet	13
2.2.3 Adekvans	15
2.2.4 Medverkan och jämkning	16
2.3 Immaterialrätt och skadestånd	17
2.4 Undersökningsplikt	19
2.5 Ersättningstyperna	21
2.5.1 Skälig ersättning	21
2.5.2 Ersättning för ytterligare skada	22
2.6 RB 35:5	25
2.7 Compensatio lucri cum damno	26
3 FÖRDJUPNING OCH ANALYS	27
3.1 Praxis – Svårigheterna med att beräkna skadestånd	27

3.1.1	T 16297-07 (ATG vs. Unibet)	27
3.1.2	NJA 2005 s. 180 (Formsprutarfallet)	28
3.2	Att åberopa skada – lär av praxis	29
3.2.1	Vikten av välgrundade yrkanden	29
3.2.2	Bakomliggande faktorer	30
3.2.2.1	Marknadspris	30
3.2.2.2	Bolagsstruktur	32
3.3	Skälig ersättning	32
3.4	Ersättning för ytterligare skada och speciellt om ideell skada	35
3.5	RB 35:5 och Compensatio lucri cum damno	38
3.5.1	RB 35:5	38
3.5.2	Gränserna för användning av RB 35:5	40
3.5.3	Compensatio lucri cum damno	41
3.5.4	En parallell till expropriationsrätten	42
3.6	Parallellen en såld kopia – ett osålt original	44
3.7	Marknadssituationen vid intrångstillfället	46
4	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	50
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	53

Summary

The sanctioning of infringements into intellectual properties is a question of severe relevance. Technical development, globalization and legal standpoints such as the Intellectual Property Rights Enforcement Directive has made the topic of this paper a much debated one.

The value of intellectual properties can be immense. In fact there are quite a few cases where the most valued assets within a company are the intellectual properties. Hence, there is a vast importance of efficient methods of sanctioning infringements. This paper takes aim at arguably the most important sanction of them all; claims for damages.

Whereas you'll have a hard time finding well founded, thought through judgments from the Swedish courts in cases regarding claims for damages related to intellectual properties, this lack of precedent means there's still room for argumentation. It could be argued that judgments in these cases are handled with a certain routine. By separating a case, point out specifics, and why it shouldn't be handled like the rest you could hopefully use this lack of clear rules to your advantage. The courts have to some extent been using 35:5 of the code of judicial procedure to estimate what they believe is reasonable compensation. This has been done in a modest fashion, the compensation paid out is generally considered to be in the lower regions as to what could be accepted.

This paper aims towards finding paths away from the careful way of estimating damages widely spread in the courts. The means to this end is in the hands of the parties. By narrowing the margins within which the courts estimates, what they think is reasonable compensation, much is gained. In providing the court with well grounded calculations, well founded arguments and so on, a party will in cases dramatically increase its chances of reaching a level of compensation which is more in tune with their desire.

A topic of certain interest has been the principle *compensatio lucri cum damno*. Roughly translated to "winnings in an infringement" it could be a vital factor when a party seeks to minimize the claims against it. It's a well known fact that transforming damages into numbers is a tall order. This is of course equally true when a defendant tries to argue that an infringement has meant winnings for the rights-holder. A question raised in the paper is if the courts possibilities to estimate damages according to 35:5 can be of benefit for the defendant. Can a defendant, when proving that the infringement has meant not only losses, depend on aid from the courts in judging the value of these winnings? If so, it would mean that the possibilities for the defendant to achieve a more just level of compensation would increase significantly.

Sammanfattning

Det immaterialrättsliga ersättningssystemet är förmodligen mer aktuellt än någonsin. Ett ökat internationellt fokus och de förändringar som bland annat IPRED-direktivet¹ medfört är en del i detta. Dessutom har den tekniska utvecklingen under en period varit stor, sammantaget innebär detta att frågan om ersättning för immaterialrättsintrång är mycket angelägen.

Immateriella rättigheter är inte sällan oerhört värdefulla, ofta är det så att ett företags största tillgångar är dess immateriella rättigheter. Av denna anledning är effektiva intrångssanktioner mycket betydelsefulla. I detta arbete studeras den för rättighetsinnehavaren kanske viktigaste sanktionen; ersättningssystemet vid intrång.

Arbetets utgångspunkt har varit att analysera de möjligheter till argumentation som uppstår när domstolar inte tydliggör vilka ramar som gäller för den här typen av tvister. Analysen kommer vara baserad på faktorer vars inverkan bör påverka ersättningens storlek. Genom att urskilja den gällande skadeståndssituationen från en mängd andra mål och specificera särskiljande egenskaper kan man eventuellt åstadkomma en situation i vilken domstolen finner sig nödgad att beräkna ett belopp enligt åberopade faktorer. Det gäller att avskärma sig från de många mål som slentrianmässigt avdöms med tillämpning av RB 35:5 och lämnas förhållandevis omotiverade avseende ersättningsfrågan.

En slutsats av arbetet är att domstolarna ofta använder sig av skälighetsuppskattning enligt RB 35:5 även om det är uttalat att regeln ska tillämpas med försiktighet. Uppsatsen har syftat till att ta fram argument som kan minska utrymmet för skälighetsuppskattningar och ta oss närmare den ”korrekta ersättningsnivån”. Problemställningen är formad utifrån kommersiella premisser för att komma fram till hur man i det enskilda fallet åstadkommer en så hög eller låg ersättningsnivå som möjligt. Genom att påvisa vilken betydelse både generella och specifika egenskaper hos ett intrångsföremål eller en rättighet har kan man påverka ersättningsnivån.

I en del av uppsatsen har jag valt att studera principen om *compensatio lucri cum damno*. Denna princip har egenskaper som är användbara i tvister om immaterialrättsliga skadestånd. Vinning i skada torde förekomma ofta och här är en jämkningsgrund som har stor potential men som sällan åberopas. I arbetet diskuteras också om principen kan användas tillsammans med uppskattningsregeln i RB 35:5; är det så skulle svarandens möjligheter att få skadestånd jämkade med all sannolikhet öka.

¹ Kallat sanktionsdirektivet - Prop. 2008/09:67 - Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG

Förord

Arbetet har skrivits som en del av en uppsatspraktik i samarbete med Setterwalls i Malmö, stort tack till samtliga på byrån, några i synnerhet och framförallt ett stort tack till Magnus Dahlman som ställt upp som handledare.

Stort tack även till min ordinarie handledare Ulf Maunsbach, som hela tiden varit hjälpsam och bistått till att pussla ihop uppsatspraktiken med skrivandet.

Förkortningar

ExprL	Expropriationslagen
RB	Rättegångsbalken
HD	Högsta domstolen
Prop.	Proposition
DS	Departementsserien
NJA	Nytt juridiskt arkiv
UrL	Upphovsrättslagen
PL	Patentlagen
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
SAMI	Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation
IPRED	Intellectual Property Rights Inforcement Directive
SkL	Skadeståndslagen

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

Om det saknas effektiva medel för att skydda immateriella rättigheter minskar intresset för innovation och nyskapande. Detta riskerar i sin tur att påverka investeringsviljan i innovation. Detta skrivs i ingressen till direktivet om civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område.² I en tid där tekniska landvinningar görs praktiskt taget dagligen är det immaterialrättsliga skyddssystemet både viktigt och pressat.

Mitt fokus för detta arbete är de immaterialrättsliga ersättningsbestämmelserna. Målsättningen är att i ett kommersiellt perspektiv hitta argument som är relevanta inom ramen för en immaterialrättslig ersättningstalan. Med det kommersiella menas att uppsatsen behandlar parternas perspektiv, parternas möjligheter att nå en ersättningsnivå som är så fördelaktig som möjligt. Att jag valt en kommersiell vinkel på arbetet beror till stor del på att uppsatsen utgjorde en del av en uppsatspraktik, under denna fick jag en bra inblick i hur immaterialrättsliga ersättningsfrågor kan hanteras på en affärsjuridisk byrå.

Immaterialrättsskyddet som sådant är ständigt ifrågasatt och intrången är mångtaliiga. I takt med att intrångsfrekvensen ökar tilltar också antalet stämningar.

En ofrånkomlig aspekt av globaliseringen och användningen av Internet är att det blivit enkelt att dela information och tillhandahålla produkter. Detta har också medfört att många rättighetsinnehavare motvilligt har fått se sina immaterialrättsligt skyddade alster spridas okontrollerat. Även om sanktionerna för immaterialrättsintrång är flera framstår oftast skadeståndet som det viktigaste. Tanken är som vi kommer att se att rättighetsinnehavaren ska bli ersatt till fullo; eller annorlunda uttryckt försatt i en position som om intrånget aldrig inträffat.

Ett ständigt konstaterat faktum är att en tvists utgång är beroende av en mängd faktorer, principen om full ersättning är en målsättning, men är i praktiken mycket svår att uppnå. Den immaterialrättsliga skadeståndsrätten är omgärdad av värderings- och beräkningssvårigheter, jag vill i det här arbetet studera hur man beräknar skadan ett intrång medfört.

Samtliga immaterialrättsliga lagar innehåller ersättningsparagrafer. Dessa är numera i stort sett likalydande. Ersättningen är uppdelad i skälig ersättning

² Prop. 2008/09:67 - Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG

och ersättning för ytterligare skada. Den ytterligare skadan är ett skadestånd enligt klassisk skadeståndsrätt, skälig ersättning är ett slags licensavgift som ska motsvara vad det hade kostat att nyttja rättigheten på laglig väg.

Antalet avdömda fall är många och i praxis finns mycket att hämta men ändå saknas en hel del. Målet med full ersättning är högt ställt, frågan är hur skadestandsfrågan verkligen behandlas.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med arbetet är inte att i första hand göra en redogörelse för svensk rätt som den ser ut idag. Målsättningen är snarare att kritiskt studera dagens hantering av frågor om ersättning vid intrång i immateriella rättigheter, detta för att sedan dra slutsatser om betydelsen, vad innebär det nuvarande förhållningssättet för tvistande parter? Jag vill genom uppsatsen finna vägar för argumentation och jag hoppas kunna åstadkomma alternativa sätt att behandla frågan om immaterialrättsliga skadestånd, inte bara i ett domstolsperspektiv utan till stor del i ett kärke- eller svarandeperspektiv.

I arbetet kommer jag att analysera ersättningsfrågan vid intrång i immateriella rättigheter. Ur en kommersiell synvinkel vill jag studera hur skadestandsfrågan handläggs i processer vid svenska domstolar. Under arbetet vill jag undersöka domstolarnas roll och deras resonemang när en tvist är anhängiggjord; vad som beaktas i domskälen, vilka förutsättningar som krävs för att skadestånd ska utdömas och i vilken omfattning domstolarna självmant uppskattar skadeståndets storlek. Jag vill också studera parternas tillvägagångssätt när man framställer yrkanden om ersättning, vilka avvägningar som görs av advokater och vad dessa baserar sina yrkanden på.

En målsättning är att studera ersättningsberäkningen, vad som omfattas av skadeståndet och hur man ska gå tillväga när man framställer ett yrkande om ersättning.

1.3 Avgränsningar

I och med teknikens ständiga landvinningar befinner vi oss idag i en situation där rättigheter i stor utsträckning utnyttjas illegalt. Internet medför tillgänglighet och under senare år har en omfattande diskussion förts gällande vissa immaterialrättsliga lagars legitimitet. Detta arbete syftar inte till någon del att behandla dessa frågor, jag vill studera ersättningssystemet, hur rättighetsinnehavare kompenseras när deras rättigheter inte respekteras.

Jag kommer inte att behandla någon specifik lag³ utan nöjer mig med att konstatera att samtliga ersättningsbestämmelser har mer eller mindre samma utformning och funktion. Trots denna avgränsning får jag påpeka att upphovsrätten i vissa avseenden särskiljer sig, detta har jag uppmärksammat och det kan således se ut som att fokuserat särskilt på upphovsrätten. Detta är inte min mening utan uppsatsen är tänkt att behandla immaterialrätt generellt.

Viktigt att poängtera är också att eftersom arbetet syftar till att studera ersättningsbestämmelserna kommer frågan om värdering av immateriella rättigheter att lämnas åt andra.

Jag har valt att konstatera att ”full ersättning” är det som gäller enligt svensk lagstiftning. Frågan om huruvida överkompensation kan vara önskvärd är intressant men diskuteras inte närmare i uppsatsen. Här kan jag istället hänvisa till exempelvis Thomas Riis utmärkta artikel *Kompensation for ophavsretskrænkelser – økonomiske aspekter*.

Vidare måste man konstatera att det i svensk rätt ofta är så att rättegångskostnader är en tyngre börda än själva skadeståndet. Här finns många intressanta frågor, men detta arbete kommer inte att beröra rättegångskostnader i någon större utsträckning.

I arbetet studeras huvudsakligen utomobligatoriska tvister, läsaren bör ha i åtanke att inomobligatoriska tvister kan medföra att ytterligare kontraktuella faktorer kommer i spel.

1.4 Metod och material

Jag har på ett analytiskt sätt studerat och kritiskt granskat rättsläget som det ser ut idag. Eftersom arbetet syftar till att i ett kommersiellt perspektiv belysa problematiken med domstolarnas hantering av frågor gällande immaterialrättsliga spörsmål har domstolspraxis varit en viktig källa i arbetet. En generell uppmärksamhet erfordras under arbete med praxis, att uttolka rättslägen ur domar är vanskligt och kräver stor försiktighet. Detta gäller i synnerhet vid arbetet med underrättsdomar. Med hänsyn till uppsatsens syfte och fokus har det ändå varit av intresse för arbetet att studera underrättsdomar för att finna möjliga argumentationslinjer och ställningstaganden som ännu inte nått HD. Låt vara att dessa argumentationslinjer och ställningstaganden har en inneboende svaghet eftersom de ännu inte prövats av högsta instans. Jag har i möjligaste mån sökt undvika att dra slutsatser kring vårt rättssystem baserat på utsagor från

³ Den immaterialrättsliga regleringen finns för svensk del i varumärkeslagen (1960:644), lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, nedan kallad upphovsrättslagen, patentlagen (1967:837), mönsterskyddslagen (1970:485), firmalagen (1974:156), lagen (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter, nedan kallad kretsmönsterlagen, och växtförädlarrättslagen (1997:306).

underrätterna. De har dock begagnats exemplifierande, och ställningstaganden som gjorts har utgjort en grund för argumentation avseende ett framtida rättsläge.

Arbetet studerar svensk rätt och det svenska tillvägagångssättet. Därmed inte sagt att europeisk rätt är oviktig, en harmoniseringsprocess pågår och inte minst IPRED-direktivet⁴ har relevans för min uppsats.

Jag har använt juridisk litteratur, böcker som behandlar immaterialrättsliga ersättningsbestämmelser har varit svåra att finna. Istället har jag använt immaterialrättsliga och strikt skadeståndsrättsliga böcker i viss omfattning. I de fall skadeståndsrättsliga slutsatser dragits baserade på andra skadeståndsrättsliga principer än immaterialrättsliga har dessa motiverats. Den immaterialrättsliga tidskriften NIR har varit till stor nytta, vid användandet av dessa artiklar har jag i likhet med behandlingen av underrättspraxis tagit en försiktig ståndpunkt. De artiklar som använts har i viss mån uttryckt författarens personliga ställningstaganden.

Slutligen vill jag uppmärksamma läsaren på att jag genom min uppsatspraktik har haft tillgång till material som inte är lättåtkomligt, mycket är sekretessbelagt och kan därför inte hänvisas till. De uppgifter som hämtats därifrån har använts i analysdelen och har varit av stort intresse för den processtaktiska diskussionen.

1.5 Disposition

Uppsatsen kommer att ha två delar, en grundläggande och en analyserande. I den mer grundläggande delen vill jag skapa underlag för analysen. Jag kommer redogöra för skadeståndsrätten och immaterialrätten separat och tillsammans. Skadeståndsrättsliga principer och utgångspunkter återfinns här, liksom det bakomliggande syftet med immaterialrätten. I mitt upplägg har jag valt att förutom det inledande kapitlet endast ha tre ytterligare. Den enkla tanken är att ha ett kapitel avseende bakgrunden, ett för analysdelen och ett med avslutande kommentarer. Kapitlen kommer sedan att ha underrubriker som ska underlätta för läsaren.

⁴ Intellectual Property Rights Enforcement Directive, direktiv 2004/48/EC

2 Den rättsliga bakgrunden

2.1 Immaterialrätten

2.1.1 Immaterialrättens grundläggande struktur

Immaterialrätten stadgar om skydd för intellektuella prestationer och kännetecken.⁵ De immateriella rättigheterna är uppbyggda kring en ensamrättskonstruktion, en person som givit upphov till en prestation har ensam rätt att exploatera den. En musiker förfogar över sitt verk och en uppfinnare har en viss ensamrätt att nyttja sin uppfinning industriellt. Ensamrätten kan avse olika slags nyttjande av den befintliga prestationen, exempelvis tillverkning och försäljning.⁶ Motsatsvis så innebär immaterialrätten ett förbud, ensamrätten för skaparen stadgar ett förbud för övriga att eftergöra alstret.⁷ Den som utan rättighetsinnehavarens samtycke vidtar en åtgärd som faller under ensamrätten begår ett intrång i rättigheten. Vid ett immaterialrättsintrång är både straffrättsliga och civilrättsliga sanktioner möjliga, domstolen kan också besluta om vissa skydds- och säkerhetsåtgärder.⁸

De immateriella ensamrätterna brukar uppdelas i upphovsrätt och industriellt rättsskydd. Upphovsrätten skapar ett skydd för litterära och konstnärliga verk. Inom upphovsrätten finns också skydd för till upphovsrätten närstående rättigheter, till dessa räknas exempelvis rättigheter som innehas av framförande artister, producenter m.fl. Till de industriella rättigheterna räknas; patenträtt, mönsterrätt, varumärkesrätt, växtförädlarrätt, firmarätt, annan känneteckensrätt och skydd mot otillbörlig konkurrens.

De immaterialrättsliga lagarna skyddar en intellektuell prestation,⁹ eftergörande är otillåtet. Som utgångspunkt gäller att varje land stadgar vilket skydd som ska gälla nationellt, men det finns flera internationella konventioner samt omfattande europarättslig reglering som Sverige är del av. Att immaterialrätten får en mer gemensam internationell prägel beror på skaparens behov av att kunna tillgodogöra sig sin rätt även internationellt.¹⁰

⁵ Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars och Sandgren, Claes – Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, tionde upplagan, Handelsbolaget immateriellt rättsskydd i Stockholm, Elanders Vällingby 2007, s. 1 (citeras; Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren – Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens)

⁶ Prop. 2008/09:67 - Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG, s. 73

⁷ Levin, Marianne – Lärobok i immaterialrätt, nionde upplagan, Norstedts juridik, Elanders Vällingby 2007, s. 25 (citeras; Levin – Immaterialrätt)

⁸ Prop. 2008/09:67 s. 73

⁹ Jilmstad, Jenny – Immaterialrättsliga skadestånd - Skadestånd vid intrång i upphovsrätt, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt, Stockholms universitet 1997, s. 5 (citeras; Jilmstad – Immaterialrättsliga skadestånd)

¹⁰ Prop. 2008/09:67 s. 87

Den europarättsliga regleringen sker främst genom direktiv, ett för det här arbetet intressant sådant är det om civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område, direktiv 2004/48/EG. Genom att med direktiv harmonisera immaterialrätten inom Europa försöker man åstadkomma en miljö i vilken intressenter arbetar utifrån likartade konkurrensbetingelser. Tanken är också att ett starkt immaterialrättsligt skydd ger de europeiska länderna en bra konkurrensposition internationellt, även utanför EU. Av avgörande betydelse är slutligen också att den nationella lagstiftningen inte ska kunna hindra det övergripande europarättsliga målet om fri rörlighet.¹¹

2.1.2 Den immaterialrättsliga lagstiftningen

De immaterialrättsliga lagarna innehåller alla bestämmelser om att den som är ansvarig för ett intrång också är ersättningsskyldig. Avseende upphovsrättslagen så ska *skälig ersättning* utgå så fort någon olovligt utnyttjar rättigheten, oavsett god eller ond tro och oavsett förekomsten av skada. Sker utnyttjandet uppsåtligt eller genom oaktsamhet¹² är innehavaren berättigad även till ersättning för sådan *ytterligare skada* som paragrafen stadgar.

Övriga immaterialrättsliga lagar stadgar att den som uppsåtligt eller av oaktsamhet gör sig skyldig till intrång ska betala skälig ersättning för utnyttjandet av rättigheten samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Om intrånget i det här fallet är begånget i god tro på ett sätt som går att ursäkta, utgår endast skälig ersättning.¹³

Av rättspolitiskt intresse är frågan om immaterialrättens vara eller icke vara. Enligt ovan finns det starka skäl till att tillvarata innovatörers skapande, man söker gynna intellektuella prestationer, uppmuntra just skapande. Den intellektuella äganderätten skyddas, utgångspunkten för detta är den enskildes ekonomiska och ideella intresse, sett till den samhällseliga nyttan råder en diskussion om immaterialrättsskyddet hämmar utveckling.¹⁴ Diskussionens grund är om ensamrätt verkligen gynnar utveckling, upphovsrättsskyddet kanske innebär att samhället blir fattigare på kultur och skyddet för de industriella rättigheterna innebär eventuellt en minskad teknisk utveckling. Till försvar för skyddet kan sägas att det historiskt tycks vara så att en avsaknad av skydd innebär att eftergörningar ökar på bekostnad av nyskapande vilket får till följd att utvecklingen snarare missgynnas än tvärt om.¹⁵ I denna avvägning har man ansett att ett allt för långtgående skydd skulle verka hämmande på nyskapande, av denna anledning är skyddet i viss mån begränsat. Exempelvis stadgas tidsgränser för samtliga skydd, inom patenträtten är systemet med tvångslicenser

¹¹ Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren - Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s. 14f

¹² Med uppsåt och oaktsamhet torde man mena att intrångsgöraren visste eller rimligen borde ha vetat att den aktuella handlingen var ett intrång. Prop. 2008/09:67, s. 91

¹³ Prop. 2008/09:67 s. 77

¹⁴ Levin – Immaterialrätt, s. 29f

¹⁵ ibid. s. 30ff

viktigt, dessutom stadgar alla immaterialrättsliga lagar inskränkningar, exempelvis för privat användande.¹⁶

2.2 Det svenska skadeståndssystemet

2.2.1 Skadeståndets syfte och principen om full ersättning.

Mycket allmänt kan skadeståndet sägas vara en ersättning som ska sätta den skadelidande i samma ekonomiska ställning som om skadan aldrig hade inträffat.¹⁷ Enligt skadeståndslagens (1972:207) bestämmelser ersätts rena förmögenhetsskador som uppkommit genom brott samt person- och sakskskador.¹⁸ Redan i skadeståndslagens inledande paragraf stadgas dock att dess bestämmelser tillämpas "... om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden." Utformningen innebär att SkL i första hand är tillämplig i utomobligatoriska förhållanden. Detta är dock inte undantagslöst, reglerna kan tillämpas även i avtalsförhållanden, märkas ska att reglerna kan påverkas av ett avtals existens och innehåll.¹⁹

Skadeståndslagens utformning innebär alltså att den dels är dispositiv och dels subsidiär. Det sist nämnda innebär att den viker för speciallagstiftning.²⁰ Således kan det finnas stöd för skadestånd baserat på andra regler än de som stadgas i skadeståndslagen.

Skadeståndet har två huvudsakliga beståndsdelar, det ska verka reparativt och preventivt.²¹ Den reparativa delen syftar till att ekonomiskt kompensera den skadelidande för den uppkomna skadan. I skadeståndsrätten syftar den reparativa ersättningen till att uppnå restitution, ett återställande till det tillstånd som rått om skadan aldrig inträffat.²² Skadeståndets andra huvudsakliga del är den preventiva. Innebörden av att skadeståndet ska verka preventivt är att hotet om skadeståndsskyldighet ska avskräcka en eventuell skadegörare, ett slags uppfostrande hot.²³ Det preventiva syftet är att få människor och företag att agera på ett sätt som innebär att skador undviks.²⁴

¹⁶ Levin – Immaterialrätt, s. 33ff

¹⁷ Hellner, Jan & Radetzki, Marcus – Skadeståndsrätt, åttonde upplagan, Norstedts juridik, Elanders Visby 2010, s. 25 (citeras; Hellner & Radetzki – Skadeståndsrätt)

¹⁸ Levin – Immaterialrätt, s. 526

¹⁹ Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland – Skadeståndslagen en kommentar, Norstedts juridik AB, Elanders Gotab, Stockholm 2006 s. 29 (citeras; Bengtsson & Strömbäck - Skadeståndslagen en kommentar)

²⁰ ibid. s. 29

²¹ ibid. s. 19

²² Andersson, Håkan – Skyddsändamål och adekvans – om skadeståndsansvarets gränser, Iustus förlag, Uppsala 1993, s. 323f (citeras; Andersson – Skyddsändamål och adekvans – om skadeståndsansvarets gränser)

²³ Bengtsson & Strömbäck - Skadeståndslagen en kommentar, s. 19f

²⁴ Radetzki, Marcus – Praktisk skadeståndsbedömning, andra upplagan, Studentlitteratur, Lund 2010 s. 9 (citeras; Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning)

Intressant för det här arbetet är rena förmögenhetsskador, enligt huvudregeln utgår ersättning endast för skador av ekonomisk natur, inkomstförluster, kostnader för värdeminskning osv. För att ideella skador ska kunna ersättas krävs uttryckligt lagstöd.²⁵ Mer om detta nedan.

Innan ett skadestånd kan dömas ut måste ett antal objektiva och subjektiva förutsättningar för ansvar vara uppfyllda.

Objektivt sett gäller att:

1. En skada ska ha uppkommit.
2. Det finns ett presumtivt ansvarssubjekt.
3. Det finns en aktiv handling eller en ansvarsgrundande passivitet som orsakat skadan.
4. Det saknas objektiva ansvarsfrihetsgrunder.
5. Det föreligger adekvat kausalitet mellan skada och handling.

Samtliga punkter får sin förklaring nedan, framförallt behandlas här adekvat kausalitet. När en skada har uppstått i en immateriell rättighet behandlas i 2.3 och efterföljande stycken.

Den presumtive skadevällaren kan vara en fysisk eller juridisk person.

En underlåtenhet att vidta viss handling kan i en del fall förorsaka skadeståndsansvar.²⁶ Avseende immaterialrättsintrång torde en aktiv handling så gott som alltid vara fallet när någon utnyttjar ett skyddat verk.²⁷ Den ansvarsfrihetsgrund som närmast är aktuell i det immaterialrättsliga sammanhanget synes vara ett samtycke; har rättighetsinnehavaren samtyckt till handlingen kan ansvar knappast åläggas ansvarssubjektet. Innebörden av kravet på adekvat kausalitet redogör jag för nedan.

En person, fysisk eller juridisk förutsätts iaktta viss aktsamhet inför eller i en situation. Iakttas inte denna försiktighet uppfylls det subjektiva kravet för skadeståndsansvar. Vilket mått av försiktighet som var situation kräver varierar. Vanligen stadgas för ansvar att subjektet agerat uppsåtligt eller oaktsamt. Det förekommer också att ansvar föreskrivs oavsett företagen nivå av aktsamhet, det handlar då om strikt ansvar.²⁸

²⁵ Radetzki, Marcus & Eltell, Tobias – Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt, NIR 3/2005, s. 230 (citeras; Radetzki & Eltell – Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt) (ideella skador är hänförliga till den skadelidande och är svåra att mäta i pengar)

²⁶ Hellner & Radetzki – Skadeståndsrätt, s. 11f & 127ff (exempelvis kan en underlåtenhet att rensa tak från snö kan medföra skadeståndsskyldighet för fastighetsägaren om en skada uppkommer)

²⁷ *ibid.* s. 231ff

²⁸ Mer om kraven för skadestånd under 2.3

2.2.2 Kausalitet

Skadeståndsrätten uppställer för ersättningsberättigande krav på så kallad adekvat kausalitet avseende handling och skada. Med detta menas att man förutsätter ett orsakssamband mellan handlingen som sägs ha orsakat skadan och skadan som sådan. I detta krav på adekvat kausalitet ligger två bedömningar som inte bör sammanblandas; dels om det föreligger kausalitet mellan den presumtiva skadevällarens handling och den uppkomna skadan, dels om denna kausalitet är adekvat dvs. tillräknelig det eventuella ansvarssubjektet.²⁹

Att orsakssamband är en förutsättning för ersättningsskyldighet får anses vara en generell princip inom skadeståndsrätten.³⁰ Det krävs inte att den aktuella handlingen är den för skadan ensam utlösande faktorn, det krävs inte ens att den är huvudorsak till skadan. Om du som fastighetsägare exempelvis har glömt bort att sanda din trottoar en hal vinterdag kan du bli skadeståndsansvarig om någon halkar och bryter ett ben. Detta även om den skadelidande haft dåliga skor och lider av en sjukdom som medför dålig motorik. Fastighetsägarens handlande är en bidragande orsak till skadan, inte nödvändigtvis den viktigaste i det här fallet.³¹

Som ovan angetts bör man i bedömningen skilja på kausalitet och adekvans. Skadan ska vara en följd av handlingen. Vad krävs således för att en handling ska anses vara orsak till en skada? Den skadelidande har bevisbördan för att kausalitet föreligger. Normalt åligger det den part som har bevisbördan för en förutsättning att lägga fram fullständig bevisning därom, förhållandet ska vara styrkt.³²

I skadeståndsrätten finns en bevislätnadsregel som är tillämplig när den påstådde skadevällaren hävdar en annan orsak till skadan än dennes eget handlande. Om det enligt det förda resonemanget finns mer än ett åberopat skadescenario och det är särskilt svårt att styrka ett annat än det av käranden utpekade tillämpas regeln. Regeln innebär att det sannolikt ska vara den av käranden åberopade handlingen som orsakade skadan, dessutom ska den handlingen vara en klart mer sannolik orsak än den som åberopas av svaranden.³³ Bevislätnadsregeln exemplifieras lättast med rättsfallet NJA 1981 s 622.

I fallet krävde en fiskodlare ersättning av kommunen eftersom många fiskar i hans odling dött då kommunen släppt ut fenol i ett avloppsdike. Fiskodlaren menade att detta utsläpp trängt in i hans odling och orsakat stor skada. Kommunen å sin sida menade att skadan hade en annan orsak,

²⁹ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning s. 22f

³⁰ Hellner & Radetzki - Skadeståndsrätt s. 195

³¹ Radetzki, Marcus – Orsak och skada – Om tolkning av ansvarsbärande orsaksvillkor i avtal om egendomsförsäkring. Elanders Gotab, Stockholm 1998. S. 14f (citeras; Radetzki – Orsak och skada)

³² Hellner & Radetzki – Skadeståndsrätt, s. 200ff

³³ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning, s. 22ff

nämligen syrebrist, att fiskarna dött till följd av syrebrist i dammen. HD konstaterade att de tänkbara orsakerna till fiskdöden var de åberopade. Vid undersökningar framkom att skadan till väsentlig del orsakats av fenoler. Härtill var konstaterat att kommunen stundtals släppt ut fenoler från en avloppsanläggning. Avseende kommunens invändning anmärkte man att syrehalten i dammen förmodligen var låg vid skadetillfället, men inget tydde på att den var så låg att fiskarna led en allvarlig risk för skada. I bedömningen ansågs fenolutsläppet vara den sannolika skadeorsaken, dessutom ansågs kärandens scenario klart mer sannolikt än det av kommunen åberopade. Med tillämpning av bevislätnadsregeln ansågs käranden ha fullgjort sin bevisbörda och skadeståndet kunde dömas ut.

Avseende immaterialrättsliga skadestånd är frågan om kausalitet viktig, det är ofta förenat med mer än ringa svårigheter att påvisa hur stor skada som lidits efter ett intrång. I ett omtalat patenträttsligt avgörande för domstolen ett intressant resonemang om orsakssambandet.³⁴ Fallet gäller patent för lyftknaster, en anordning för att lyfta containrar. Intrångsföretaget Ctab hade sålt 912 engelsktillverkade knaster till Valmet, Bromma Conquip hävdade intrång i patent och stämde för skadestånd. Det intressanta är hur yrkandet om ersättning för ytterligare skada bedöms. I fallet menar Bromma att de, förutsatt att intrånget inte var begånget, hade fått leverera samtliga 912 knaster till Valmet. Skadan är alltså hänförlig till utebliven försäljning av dessa knaster. Bromma har nu att bevisa orsakssambandet, förutsatt att intrångsprodukten inte fanns skulle man kunna sälja till Valmet. Tyvärr är inte domskälen i fallet utförliga, men domstolen menar att Bromma ”i sådan grad gjort sannolikt” att man skulle fått leverera. Av denna anledning anser man bevisskyldigheten uppfylld och skadestånd döms ut.

Liknande problem återkommer i många immaterialrättsliga processer, speciellt när det gäller att bevisa ytterligare skada. Det gäller här att visa orsakssambandet mellan intrånget och den uppkomna skadan. Som vi kommer att se nedan finns i ett svarandeperspektiv många möjligheter varigenom man kan hävda att skadans art och omfattning inte beror på intrånget. Det finns en rad parametrar som, om de åberopas från svaranden, kan vara svåra att motbevisa och det åligger som vi sett käranden att styrka sin rätt till skadestånd. Frågan är vilken betydelse domstolens dom i Bromma Conquip AB ./ Ctab AB m.fl. får. Helt tydligt lättar domstolen på beviskravet, det handlar inte om att styrka skadan här. Domen är från underrätterna och har således inte det prejudicerande värde en dom från HD har, resonemanget är ändå intressant. Tas dessutom de svårigheter som omgärdar immaterialrättsliga skadestånd med i beräkningen är domstolens tillvägagångssätt tänkvärt. Bevisregeln som skapas i tingsrätten kommenteras inte av hovrätten, man utgår ifrån att leveransen skulle tillfalla Bromma. Givetvis hade det varit önskvärt att bevisregeln belyses och diskuteras ordentligt, men så är inte fallet. Konstaterandet är istället att en

³⁴ Westlander, Olle i samarbete med Lennarth Törnroth – Patent, allmänna domstolars praxis åren 1983-1991, Juristförlaget, Gotab, Stockholm 1995 (citeras; Westlander & Törnroth – Patent - Allmänna domstolars praxis) författaren refererar domstolspraxis, det aktuella fallet är; Bromma Conquip AB ./ Ctab AB m.fl. T 1253/89, s. 81ff

bevislättnadsregel används. Domstolen gör en sannolikhetsavvägning och vi får slå fast att man närmar sig det resonemang som HD för i fallet med fiskdammen. Den lösning man använder förefaller inte malplacerad vad gäller de svårbedömda immaterialrättsliga skadeståndsprocesserna.

2.2.3 Adevkans

Att visa ett samband mellan en handling och skada kan stundtals förefalla förhållandevis okomplicerat. Likväl kan inte skadeståndsansvar vara aktuellt i varje fall när kausalitet finns. Betänk situationen som då skulle uppkomma; om i varje fall när en skada kan knytas till en handling, ett skadeståndskrav skulle anses berättigat. Härav har man till kravet på kausalitet också knutit ett krav på adekvans. Det vill säga att den orsakade skadan ska vara tillräknelig handlingen. Sambandet ska vara av sådan art att skadan kan ses som en påräknelig följd av handlandet.³⁵ Klargörande är återigen lättast genom användning av exempel. En kusk kör med häst och vagn sin passagerare mot en angiven adress, under resan somnar kusken varpå hästen väljer fel väg. Strax därpå slår blixten ner i vagnen och dödar passageraren, hade kusken styrt hästen på rätt väg hade skadan aldrig inträffat. I exemplet kan man anse kusken vara vårdslös som somnar och utsätter passageraren för fara, att turen gått på fel väg är en direkt orsak till skadan. Ändå måste man nog anse förhållandet otillräckligt vid en skadeståndstalan mot kusken. Att blixten slår ner i vagnen och dödar passageraren förefaller vara en mycket sällsynt följd när en kusk somnar och hästen väljer fel väg. Att döma kusken som skadeståndsskyldig förefaller väl magstarkt. I relation till exemplet kan följande scenario betänkas; om kusken likt ovan somnat och ekipaget istället gått av vägen med följd att passageraren skadas kan handlingen anses vara betydligt mer påräknelig. Här återfinns förmodligen adekvans, det är lätt att se kuskens vårdslöshet och den uppkomna skadan får anses vara en naturlig följd av att kusken somnat.³⁶

Bedömningen innebär således en värdering av orsakssambandet. För att betecknas som adekvat måste skadan förutom att vara kausal, dvs. utgöra en följd av handlingen, dessutom vara påräknelig, anses utgöra en naturlig följd av handlingen.³⁷

Huruvida det återfinns adekvans eller ej ska bedömas ur en objektiv synvinkel, om skadan i skadelidande eller skadevållande parts perspektiv framstår som adekvat eller ej är irrelevant. Utgångspunkten ska istället vara en tilltänkt särskilt kunnig person, det är igenom dennes ögon domstolen har att göra adekvansbedömningen. Bedömningsgrunden är som synes aningen grumlig.³⁸ Händelsebeskrivningens detaljrikedom har också ansetts påverka

³⁵ Radetzki – Orsak och skada, s. 14f

³⁶ Hellner & Radetzki – Skadeståndsrätt, s. 202f. Det belysande exemplet tillskrivs den tyske fysiologen och filosofen von Kries.

³⁷ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning, s. 27f

³⁸ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning, s. 27f

adekvansbedömningen. Här har man ansett att utgångspunkten för en prövning bör vara att beskrivningen ska vara relativt översiktlig. Detta eftersom en mycket detaljrik beskrivning i högre utsträckning kan styrka adekvans, kanske i en icke önskvärd grad.³⁹ Givet är att adekvanskravet underkastas en bedömning på grunder som ger utrymme för tolkning. Hur naturlig ska en följd behöva vara för att adekvans ska anses föreligga? Hur stor sannolikhetsökning krävs för att en skada ska vara påräknelig? Att beskriva läran om adekvat kausalitet som en regel kan därför anses felaktigt, läran bör snarare anses vara ett sätt att resonera kring frågan om var gränsen för ansvar går.⁴⁰

2.2.4 Medverkan och jämkning

Medverkan på den skadelidandes sida kan i vissa fall utesluta att adekvans finns mellan en handling och en skada. I rättsfallet NJA 1944 s 164 gav en tågklarare klartecken till avfärd innan konduktören bekräftat att förhållandet var godkänt. Konduktören var i färd med att lyfta av en barnvagn från tåget, en vakt upptäckte faran och sprang för att hjälpa. Vakten betedde sig olämpligt; han sprang bland annat på en snövall utmed rälsen varpå han halkade, hamnade under tåget och avled. Trots att klartecken givits på ett vårdslöst sätt ansågs inte tågklararen ansvarig. Vakten hade i allt för stor utsträckning bidragit till olyckan genom sitt handlande. Samma princip anses också gälla när tredjeman bidragit till skadan genom oaktsamhet, tredjemans oaktsamhet kan utsläcka ansvar för handling som orsakar skada.⁴¹

Det är givetvis inte alltid så att medverkan helt utsläcker skadeståndsmöjligheterna. Medverkan av mer ringa grad än ovan kan leda till att skadeståndet jämkas till förmån för skadegöraren. I SkL 6:1 stadgas att skadestånd kan jämkas vid vållande på den skadelidandes sida.⁴² Vållandekravets innebörd är att en jämkning kan förekomma så fort den skadelidande genom uppsåt eller oaktsamhet medverkat till skadan. Således är det stundtals inte endast skadegörarens handlande som ska bedömas i en skadeståndstalan, även skadelidande kan på motsvarande sätt utredas för att klarlägga eventuell medverkan.⁴³

Av intresse är också att ett inneboende anlag sällan medför att adekvans saknas. I NJA 1961 s 473 skadade en person ryggen vid en motorcykelolycka orsakad av en annan trafikant. Normal läkning för skadan var ca sex veckor, till följd av att personen hade ett redan existerande ryggfel blev konvalescenstiden dock väsentligen förlängd, MC-föraren var

³⁹ Radetzki – Orsak och skada, s. 23f

⁴⁰ Radetzki – Orsak och skada, s. 26

⁴¹ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning, s. 29

⁴² Formuleringen ”på den skadelidandes sida” torde innebära att det inte är uteslutet att även annan person än den skadelidande själv kan företa sådan handling som kan medföra jämkning.

⁴³ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning, s. 78

arbetsförmögen i nio månader. Detta till trots så ansågs skadevållaren ansvarig för hela skadan, ryggsfelet hade inte orsakat arbetsförmögenhet om inte olyckan inträffat. Avseende inneboende ”fel” i den skadelidande är huvudregeln att skadevållaren får ta den skadelidande sådan han/hon är, *talem qualem*. Detta gäller framförallt personskador där man inte vill jämka för medvållande i någon större utsträckning.⁴⁴

Principen om adekvat kausalitet har i första hand exemplifierats med rättsfall vars koppling till immaterialrätten är liten. Principen som sådan är dock generell, varför den tillämpas också på rena förmögenhetsskador. Således kan medverkan till en förmögenhetsskada också utesluta adekvans avseende skadevållarens handling.⁴⁵ Medverkansansvaret återfinns i SkL 6:1 Övriga omständigheter som kan föranleda jämkning är till exempel omyndighet som finns i 2:4 och det faktum att skadeståndsansvaret kan vara oskäligt betungande sett till skadevållarens ekonomi, 6:2.

2.3 Immaterialrätt och skadestånd

När man talar om immaterialrättsliga skadestånd är det viktigt att skilja på skälig ersättning och ersättning för ytterligare skada. Den ersättning som betalas ut för ytterligare skada är ett skadestånd och här gäller skadeståndsrättsliga principer. Skälig ersättning för nyttjandet kan däremot inte klassificeras som ett skadestånd. Här ska ersättningen istället motsvara en marknadsmässig licensavgift eller royalty.⁴⁶ Båda ersättningstyperna studeras närmare nedan, men det är redan nu viktigt att särskilja dem. Den skäliga ersättningen ska erläggas så fort ett olovligt utnyttjande skett, oavsett om skada uppstått eller ej. Ersättning för ytterligare skada utgår bara i den mån en skada finns och ska då täcka den uppkomna skadan.

Den skada som uppstår vid immaterialrättsliga intrång torde så gott som uteslutande vara så kallad ren förmögenhetsskada, dvs. en skada helt oberoende av en person- eller sakskada.⁴⁷ Enligt vad som sagts ovan ersätts skador hänförliga till brott samt person- och saksador. Ren förmögenhetsskada ersätts enligt skadeståndslagen endast när skadan uppkommit genom ett brottsligt förfarande,⁴⁸ ersättning i övrigt kräver stöd i annan reglering. Sådant stöd finns i de immaterialrättsliga lagarna som stadgar att ersättning kan utgå när skadan avser exempelvis utebliven vinst eller minskad omsättning till följd av ett intrång.⁴⁹ Ersättningssystemet har utvecklats dithän att kopplingen till straffansvaret försvunnit.⁵⁰ Begås ett

⁴⁴ Andersson – Skyddsändamål och adekvans – om skadeståndsansvarets gränser, s. 491f

⁴⁵ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning s. 76

⁴⁶ Levin – Immaterialrätt s. 528ff

⁴⁷ Jilmstad, Jenny – Immaterialrättsliga skadestånd, s. 21

⁴⁸ Skadeståndslag (1972:207) 2:1

⁴⁹ Jilmstad – Immaterialrättsliga skadestånd s. 21 (jmf. även Levin – Immaterialrätt, s. 526)

⁵⁰ Jmf. Kleineman, Jan – Studier i kontrakts och skadeståndsrätt – Södra Roslags tingsrätt som första instans i ett viktigt prejudikatmål s. 607ff & Ren förmögenhetsskada – den

intrång uppsåtligen eller av oaktsamhet i de immateriella rättigheterna skall intrångsgöraren betala skälig ersättning för nyttjandet och dessutom ersättning för ytterligare skada som intrånget medfört. Hänsyn tas också till rättighetsinnehavarens intresse av att intrång inte begås samt till övriga omständigheter av ekonomisk betydelse. Även skador av mer personlig karaktär kan berättiga till skadestånd. De immaterialrättsliga lagarna har nyligen ändrats för detta ändamål, ideell skada, anseende, kränkning och så vidare är faktorer att väga in vid skadeståndsbedömningen. Denna typ av ersättning, var förr i stort sett reserverad för upphovsrätten som ansågs ha en mer personlig prägel än övriga lagar, men nu är alltså bestämmelsen generell och gäller således även i de andra immaterialrättsliga lagarna.⁵¹

Ersättningsbestämmelserna inom immaterialrätten är lika. Av denna anledning finner jag det tillräckligt att för förståelse exemplifiera med endast en av paragraferna. Med hänsyn till att jag använt upphovsrättslagen särskilt begagnas den som exempel.

7 kap. 54 §

Den som i strid mot denna lag eller mot föreskrift enligt 41 § andra stycket utnyttjar ett verk ska betala skälig ersättning för utnyttjandet till upphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare.

Sker det uppsåtligen eller av oaktsamhet, ska ersättning även betalas för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört. När ersättningens storlek bestäms ska hänsyn särskilt tas till

- 1. utebliven vinst,*
- 2. vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort,*
- 3. skada på verkets anseende,*
- 4. ideell skada, och*
- 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 §.

Ersättningsskyldighet enligt första eller andra stycket gäller inte den som i samband med framställning av exemplar för privat bruk enbart överträder 12 § fjärde stycket, om inte denna överträdelse sker uppsåtligen eller av grov oaktsamhet.

Vad lagstiftaren har valt att göra när man ändrat lagtextens lydelse är att i punktform lista några faktorer som kan avgöra storleken på den ytterligare

fortsatta utvecklingen, festskrift till Gertrud Lennander 2010 s. 697ff, Jure förlag, Elanders Sverige AB, Mölnlycke 2011

⁵¹ Jmf. Hellner, Jan – Skadeståndsrätt, femte upplagan, Juristförlaget, Gotab, Stockholm 1996, s. 73f

ersättning en rättighetsinnehavare kan vara berättigad till vid ett intrång. Med ytterligare ersättning menas här sådan ersättning som inte omfattas av den skäligen ersättning som stadgas om i första stycket. Mer om detta nedan.

Värt att notera är alltså att lagstiftaren nu stadgat att ersättning kan utgå för ideell skada, även i fall som inte är upphovsrättsliga. Uttrycket ideell skada torde vara att jämföras med formuleringen ”lidande eller annat förfång” som användes i äldre upplagor av upphovsrättslagen. Innebörden av uttrycket får antas vara samma som förr, personligt obehag och andra olägenheter ska beaktas när skäl finns.

Den ideella skadan är inte längre exklusiv för upphovsrättsinnehavaren, visserligen fanns det förr möjligheter att beakta och ge ersättning för ”övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse”. Att man nu valt samma formulering i de olika lagarna måste innebära att man söker enhetlighet. Här ska dock poängteras att det fortfarande är så att skäl ska finnas för att beakta den ideella skadan, sådana skäl saknas sannolikt när rättigheten exempelvis ägs av ett företag eftersom man anser att det personliga band som krävs normalt är knutet till en person.⁵² I detta sammanhang är det viktigt att skilja goodwillskador från ideella skador, ett företags goodwillskador ersätts naturligtvis.⁵³

Det är fortfarande så att upphovsrätten i viss mån skiljer sig från de övriga immaterialrättsliga lagarna. I första stycket stadgas att *den som i strid med... utnyttjar... ska betala...* Innebörden av detta stycke är att ett intrång ska beivras oavsett om det skett i god tro eller ej. I övriga lagar stadgas det att *den som uppsåtligen eller av oaktsamhet... ska betala skälig ersättning...* som synes beroende av att intrånget inte skett på ursäktat vis.⁵⁴ Denna åtskillnads ursprung torde ha sin rot i det faktum att upphovsrätten är en icke formbunden rättighet, som uppstår utan registrering. Om ett intrång är begånget i god eller ond tro beror ofta på vilka undersökningar som gjorts för att utreda om eventuella närliggande rättigheter finns. Det finns en undersökningsplikt för upphovsrätten även om den är mer diffus än den undersökningsplikt som finns avseende övriga immaterialrätter, gällande dessa torde det vara oaktsamt att inte undersöka de registreringar som finns i närhet till en produkt.⁵⁵

2.4 Undersökningsplikt

Enligt vad som sagts särskiljer sig upphovsrätten inom de immaterialrättsliga lagarna. Den räknas inte till de industriella rättigheterna och skyddet är inte forbundet utan uppkommer genom skapandet. Skyddet är ett formskydd och skyddar den utformning upphovsrättsmannen givit sitt

⁵² Ds 2007:19 – Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område s. 283f

⁵³ Levin – Immaterialrätt, s. 526

⁵⁴ Lag om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter har en liknande utformning som upphovsrättslagen, där ersättning ska utgå oavsett.

⁵⁵ Levin – Immaterialrätt, s.528f

verk. Samma idéer och grunder kan således ligga bakom ett senare verk som ges en annan utformning, upphovsrätten avser inte att skydda idén bakom verket.⁵⁶ De industriella rättigheternas skydd är utformat på ett annat sätt, patentskyddet ger exempelvis en patenthavare ensamrätten att utnyttja en industriellt användbar idé. Förutsatt att uppfinningen är ny i förhållande till vad som tidigare var känt när patentansökan görs och att uppfinningen anses ha uppfinningshöjd⁵⁷ så ger skyddet en ensamrätt att nyttja uppfinningen, detta oavsett om någon självständigt gör samma uppfinning i ett senare skede.⁵⁸ Det industriella skyddet är uppbyggt kring registreringar, en registrering är en förutsättning för att skydd ska föreligga. På motsvarande sätt skyddas varumärken, firmatecken, mönster osv. huvudsakligen genom registreringar, även om undantag förekommer för exempelvis inarbetning.⁵⁹

Innan man som uppfinnare eller upphovsrättsman sätter sin skapelse på marknaden bör man rimligtvis undersöka huruvida produkten är ny i förhållande till vad övrigt som finns att tillgå. Denna så kallade undersökningsplikt åtskiljer också upphovsrätten från de industriella rättigheterna.

Som vi har sett ovan är ansvaret strikt vid intrång i upphovsrätten, skälig ersättning ska utgå. Avseende ytterligare skada så utgår ersättning vid uppsåt och oaktsamhet, en undersökningsplikt föreligger trots avsaknaden av register och dylikt att jämföra med.⁶⁰ I Tunikafallet, som kommer behandlas ytterligare nedan, är undersökningsplikten uppe till diskussion.⁶¹ I målet har intrång gjorts i mönstret till en stickad tunika som är så särpräglad att den innehar upphovsrätt. Mönstret var publicerat i Damernas värld; en tidning som riktar sig till konsumenter. Frågan var om intrångsgöraren borde haft kännedom om publiceringen. Eftersom tidningen inte ansågs vara en branschtidning ansågs inte intrångsgöraren ha brustit i sin undersökningsplikt. Motsatsvis verkar domen innebära att om publiceringen gjorts i en för branschen mer relevant skrift så hade parten brustit i sin undersökningsplikt om denne inte varit medveten om publikationen. HD menade att en detaljhandlare förväntas ha ett intresse av att följa presentationer och utveckling i branschen.⁶² Kränker man upphovsrätten genom att tillhandahålla ett verk på ett sätt man bör vara medveten om kan innebära intrång handlar man oaktsamt. Ett liknande resonemang kan föras avseende exempelvis en försäljare av CD-skivor; om materialet är undermåligt eller

⁵⁶ Olsson, Henry – Upphovsrättslagstiftningen en kommentar, andra upplagan, Norstedts juridik AB, Elanders Gotab, Stockholm 2006, s. 30f (citeras; Olsson – Upphovsrättslagstiftningen)

⁵⁷ Levin – Immaterialrätt, s. 249

⁵⁸ En helt annan sak är att det faktum att någon annan självständigt åstadkommer samma uppfinning skulle kunna tyda på att den ursprungliga skapelsen inte innehar tillräcklig uppfinningshöjd.

⁵⁹ Olsson - Upphovsrättslagstiftningen, s. 30f

⁶⁰ Jilmstad – Immaterialrättsliga skadestånd, s. 28

⁶¹ NJA 1995 s. 164

⁶² Jag vill påpeka att det är långt ifrån självklart att räkna med att man kan tolka en dom motsatsvis, men jag tolkar de uttalanden som domstolen gör som att utfallet hade blivit annorlunda om tidskriften varit mer relevant för branschen.

försäljs till ett mycket lågt pris ska en i branschen insatt inse att det kan röra sig om intrångsprodukter. En undersökningsplikt föreligger således.⁶³

För de industriella rättigheterna råder som vi konstaterat ett annat läge. Dessa är som regel registrerade rättigheter och finns således införda i register och publikationer. En i branschen verksam person förväntas vara införstådd med registren och väl uppdaterad om vilka relevanta skydd som finns för produkter närliggande ens egen. Ett intrång hänförligt till en underlåtenhet att vara i fas med branschens registreringar anses som regel vara oaktsamt begånget. Denna långtgående undersökningsplikt gäller för de industriella rättigheter som är registrerade. Som nämnts förekommer oregistrerade industriella rättigheter, i förhållande till dessa avgörs undersökningspliktens vidd från fall till fall.⁶⁴

Ett vanligt sätt på vilket man försätter sin motpart i ond tro är att man skickar ett så kallat varningsbrev. Genom att upplysa den eventuelle intrångsgöraren om existensen av sin produkt/sitt verk försvårar man dennes möjligheter att hävda god tro avsevärt.⁶⁵

2.5 Ersättningstyperna

2.5.1 Skälig ersättning

Det förefaller viktigt att ytterligare belysa det faktum att samtliga immaterialrättsliga ersättningsparagrafer behandlar två olika typer av ersättning; dels skälig ersättning för utnyttjandet, dels ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen medfört. Den skäliga ersättningen är ett belopp som ska motsvara vad det skulle ha kostat för intrångsgöraren att nyttja rättigheten genom en licens eller avgift. Tanken är att fästa ersättningen i en objektiv beräkningsgrund, *vad skulle ett lovligt nyttjande ha kostat på marknaden?*⁶⁶ Stadgandet kan sägas vara en minimiregel och utgör stundtals en mycket bra grund för en ersättningstalan. Det vill säga i de fall där det är möjligt att fastställa vad en skälig licensavgift motsvarar. I ett mycket intressant fall från Malmö tingsrätt dömdes en krögare att bland annat betala 35 000 kr i skälig avgift eftersom han låtit sina kunder se en pay per view match till vilken han saknade licens. Com Hem som ägde rättigheterna till matchen yrkade på 35 000 kr som skälig ersättning eftersom detta belopp motsvarade kostnaden för ett års licens. Ett år var den kortaste tiden för vilken man kunde lösa en licens. Domstolen gick på Com Hems linje, den billigaste licens krögaren kunde ha skaffat för att lagligen visa matchen var den av Com Hem angivna.⁶⁷

⁶³ Jilmstad – Immaterialrättsliga skadestånd, s. 28f

⁶⁴ Jilmstad – Immaterialrättsliga skadestånd, s. 32

⁶⁵ ibis. s. 33f

⁶⁶ Ds 2007:19 – Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område s. 285

⁶⁷ Dom från Malmö Tingsrätt, målnummer T 5171-03

Intressanta fall med en mer innovativ lösning på frågan om skälig ersättning finns också. I ett fall gällande upphovsrätt till ett musikstycke presenterade domstolen en motiverad beräkningsmodell.⁶⁸ I fallet hade en musikgrupp skapat ett musikaliskt verk vars ekonomiska rättighet tillhörde företaget Regatta. Detta verk presenterade en utmärkande och återkommande fiolslinga. EMI stämde företaget och menade att fiolslingan och verket innebar ett intrång i ett tidigare verk skapat av gruppen Landslaget. Domstolen gick på EMI:s linje och ansåg att fiolslingan var ett intrång i det tidigare verket. Enligt upphovsrättslagen skulle således skälig ersättning utges. I målet presenteras en beräkningsmodell som går att ta ställning till, Hovrätten tar fram den men den accepteras av HD. Man menar först att ett musikaliskt verk som detta består till 50 % av musik och till 50 % av text. Intäkterna fördelas härfter, intrånget enligt ovan är på musiken, varför texten är okränkta och intäkterna således Regattas. I det aktuella fallet var fiolslingan framträdande, så pass framträdande att man ansåg den utgöra hälften av musikdelen, således 25 % av det totala beloppet. Regatta dömdes att betala 25 % av sina intäkter till EMI såsom skälig ersättning för nyttjandet.

2.5.2 Ersättning för ytterligare skada

Utöver skälig ersättning utgår enligt URL 7:54 andra stycket ersättning för ytterligare skada. Det första konstaterandet är att med ytterligare skada måste menas sådan skada som inte blivit ersatt genom den skäliga ersättningen, det andra är att ersättning för ytterligare skada är ett skadestånd, allmänna skadeståndsrättsliga principer är tillämpliga. Som ovan nämnts syftar skadeståndet till att försätta den skadelidande i en ekonomisk situation som motsvarar den som varit aktuell såvida en skada aldrig inträffat. Överkompensation är inte eftersträvat. Följaktligen måste man vid en skadeståndsberäkning som avser ytterligare skada avräkna sådan skada som redan blivit ersatt enligt första stycket. Detta är ett problem i sig och kan inte sällan medföra huvudbry för jurister, särskilt i de fall där det är oklart vad den skäliga ersättningen ska motsvara. Inom begreppet förlust ryms enligt skadeståndsrätten de kostnader som uppkommit och de inkomster som gått förlorade genom skadevållarens handlande.⁶⁹

Inom immaterialrätten har man nu i punktform listat sådana faktorer som särskilt ska ligga till grund för skadeståndsberäkningen. Som vi har sett är dessa punktlistor likalydande för samtliga immaterialrättsliga ersättningsbestämmelser. Listan är inte uttömmande och skadeståndsberäkningen för immaterialrättsliga intrång är ämne för diskussion. Marcus Radetzki och Tobias Eltell identifierar tre typer av skador som de anser bör räknas på i en tvist; avsättningsförlust, marknadsskada och intern förlust.⁷⁰

⁶⁸ NJA 2002 s. 178

⁶⁹ Radetzki & Eltell – Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt, s. 241

⁷⁰ Ibid. s. 241ff

Avsättningsförlust är sådan förlust som uppstår till följd av minskad försäljning, denna förlust uppstår exempelvis när ett intrångsföremål tar försäljningsandelar från originalverket. Förlusten beräknas genom att man multiplicerar antalet sålda intrångsverk med den vinst man skulle uppnått vid försäljning av verken själv (antal enheter * (inkomst/vara - kostnader/vara)). I det intressanta avgörandet NJA 1995 s. 164 som rörde intrång i stickmönster till en särpräglad tunika användes beräkningsmodellen ovan: Antalet sålda kopior multiplicerades med den förlust skadelidande gjorde per plagg. En viktig reflektion är att i det refererade fallet räknade man med att varje såld kopia motsvarade en osåld originalprodukt, något som inte alltid låter sig göras. Enligt det resonemang som domstolen för i exempelvis Pirate bay-målet⁷¹ måste man ta höjd för att varje intrångsgörare kanske inte är en förlorad kund för originalskaparen. Enligt domstolens diskussion får man vid beräkningen av avsättningsförlust vara försiktig, varje nedladdare ansågs inte motsvara en kund. Det finns menar domstolen dels nedladdare som även köper originalet, dels sådana som bara samlar material utan att begagna sig av det osv. Kärnan i resonemanget är att avvikelser kan förekomma som innebär att man inte kan räkna varje såld kopia som en motsvarande förlust för rättighetsinnehavaren till originalet.

Till avsättningseskada räknas också utebliven handelsvinst. I det så kallade Slaskskrapefallet⁷² tvingas en innovatör som har mönsterrätt till en slaskskrapa sänka priset på sin produkt med omkring 2 kronor, detta till följd av att ett större bolag med mer marginaler gjort intrång och säljer varan billigare. Domstolen menar i målet att för det fall intrång aldrig hade begåtts hade mönsterinnehavaren även fortsättningsvis kunnat sälja sina skrapor till det högre priset. Således fick skadegöraren, förutom att betala skälig ersättning, också ersätta rättighetsinnehavaren 2 kronor per såld skrapa.⁷³

Som jag konstaterat är överkompensation inte förenligt med den svenska skadeståndsrätten och därför måste man beakta även denna faktor i skadeståndsberäkningen. Den skäliga ersättningen brukar likställas med en tänkt licensavgift för försäljning av varan. Denna avgift minskar otvivelaktigt innehavarens förlust, en licensiering medför sannolikt en minskad försäljning för originalet och den ersättning som erhålls enligt denna princip ska således avräknas ersättningen för ytterligare skada.⁷⁴

En förenklad modell förklarar ovanstående resonemang. Om marknaden är 1000 enheter och företag A är ensam aktör så säljer A 1000 enheter. Om företag B skapar en intrångsprodukt och tar halva marknaden har A bara

⁷¹ B 4041-09, målet rörde den omtalade fildelningssidan Pirate Bay och om ansvarigas agerande var att se som upphovsrättsbrott.

⁷² NIR 1995 s. 322. Från Göta hovrätt dom den 3 november 1994.

⁷³ Antalet skrapor är en uppskattning av hur många innehavaren skulle kunna ha sålt under intrångstiden. Summan stämmer i fallet överens med det antal som försålts av intrångsgöraren och vitsordades också.

⁷⁴ Radetzki & Eltell - Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt s. 242f

halva marknaden kvar, A:s skada är länkad till 500 enheter. Priset för varje enhet är 10 kr och A:s skada är således $500 * 10 \text{ kr} = 5000 \text{ kr}$. Skadan oberäknat den skäligen ersättningen är alltså 5000 kr om vi nu räknar på den skäligen ersättningen och tänker oss att en rimlig licensavgift är 10% per sålt plagg, då får vi att den skäligen ersättningen är 10% på 500 plagg som sålts till ett pris på tio kronor de också, således 500 kr. När den skadelidande sen ska yrka ersättning för ytterligare skada ska alltså den skada som kompenseras av den skäligen ersättningen räknas bort. Ursprungliga skadan $5000 \text{ kr} - 500 \text{ kr}$ (ersatt enligt skäligen ersättning) = 4500 kr. A ska alltså yrka på ytterligare skada på 4500 kr, ersätts detta är A kompenserad till fullo. I exemplet är för enkelhetens skull pris och vinst per enhet detsamma.

Marknadsskada är besläktat med avsättningsförlusten på så vis att även den behandlar förlorade intäkter till följd av intrånget. Skadan uppkommer när originalvaran till följd av ett intrång säljer sämre, om kopian exempelvis gör originalet mindre exklusiv eller påverkar dess trovärdighet när kopian är av undermålig kvalitet. Blir marknaden överfull drabbas originalet sannolikt av urvattning, marknadsskadan avser skador på produktens inneboende egenskaper, dess image och exklusivitet. Som synes gränsar marknadsskada till den anseendeskada som också ersätts enligt paragraferna. Det kan vara svårt både att styrka skadans storlek och att urskilja den från exempelvis den ideella skadan. Härav torde det vara mer regel än undantag att skadan beräknas enligt RB 35:5 och då sällan specificeras närmare.⁷⁵

Marknadsskadan kan även den belysas med hjälp av Pirate Bay-målet. Här menade man bland annat att hela CD-skivan som koncept skadades när personer valde att ladda ner musik över internet. Anmärkas ska dock att marknadsskadan är hänförlig endast till det objekt tvisten rör, dvs. ett musikalbums marknadsskada kan inte vara ekvivalent till ett annat albums skada. I Pirate Bay målet visades det att filmer och musik fanns tillgängliga på hemsidan innan de fanns att inhandla legalt i Sverige. Biofilmer gick stundtals att se över nätet innan de hade haft sin premiär på bioduken. Rättighetsinnehavarna yrkade med framgång på att detta skulle beaktas i skadeberäkningen. Nyhetsvärdet påverkades, marknadsföring och annat fick sämre effekt än normalt. Dessa argument vann gehör i målet och domstolen utdömde ett högre skadestånd i de fall där man kunde konstatera att utnyttjandet enligt argumenten ovan medfört omfattande marknadsskador. Värt att notera är att även i detta fall måste man ta hänsyn till om delar av skadan redan blivit ersatt av den skäligen ersättningen.⁷⁶

Slutligen tar Radetzki och Eltell upp så kallad intern förlust. Under denna förlustpost hamnar skador avseende kostnader för att bevisa att intrång är begånget, men också kostnader som beror på att försäljningen minskar, utnyttjad produktionskapacitet till exempel.⁷⁷ Denna typ av förlust har ersatts i exempelvis NJA 1986 s. 702 (demonstrationsmusik) och i Malmö Tingsrätts dom T 5171-03 (Com Hem). I båda fallen hade de skadelidande

⁷⁵ Radetzki & Eltell – Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt, s. 244ff

⁷⁶ Ibid. s. 245

⁷⁷ Ibid. s. 246f

företagen haft kostnader för att säkra bevisning avseende intrång och skada. Domstolen ansåg skadegöraren skyldig att ersätta även denna skada eftersom kostnaderna var skäligen påkallade för att tillvarata företagets rätt.

De reflektioner Radetzki och Eltell gör är baserade på ersättningssystemet som det såg ut innan ändringarna hänförliga till prop. 2008/09:67⁷⁸ trädde i kraft. Likafullt är tankarna intressanta och aktuella, de ersättningstyper som tas upp i artikeln motsvaras i viss mån av de nya punkterna, skulle man finna att dess motsvarighet saknas är listorna som nämnts icke uttömmande.

Avslutningsvis kan sägas avseende punktlistorna att ideell skada som vi sett numera ersätts enligt alla de immaterialrättsliga lagarna, och motsvarar det gamla uttrycket lidande och förfång. Dessutom stadgas i sista punkten att skadeståndet förutom att vara reparativt också ska vara preventivt, dvs. ha en avskräckande effekt.⁷⁹ Intrångsgöraren ska inte kunna tjäna på att begå intrång istället för att förvärva en laglig licens. En bra diskussion om det preventiva skadeståndet förs i det så kallade JAHAB-målet.⁸⁰ Fallet rör intrång i företagshemlighet, Lärarförbundet och Apple anklagas för att ha röjt hemligheter tillhörande JAHAB. Domstolen kommer fram till att Lärarförbundet agerat i strid med lagen och att skada i konkurrenshänseende drabbat JAHAB. Man konstaterar också att det enligt allmänna bevisregler ankommer på JAHAB i det här fallet att styrka skadans storlek. Domstolen medger dock att det i fall som detta är mycket svårt att bevisa den verkliga skadans storlek. Slutligen låter man en kalkyl med på projektet nedlagd tid ligga till grund för uträkningen. I samband härmed uttrycker domstolen att det är av stor vikt att skadeståndet inte sätts till ett för lågt belopp. Det får inte vara mer lönsamt att obehörigen nyttja en företagshemlighet än att inskaffa den på ett lagligt sätt. Ersättningsbeloppet bestäms till 2 miljoner kronor, och är som sagt baserat delvis på den tid som JAHAB lagt på arbetet. I övrigt motiveras inte beloppet med annat än att det ska verka förebyggande. Fallets mest intressanta aspekt är uttalandena om den preventiva delen av ersättningsbeloppet. Efter fört resonemang förefaller det av synnerlig vikt att påpeka att det preventiva skadeståndet inte är ett straffliknande skadestånd. Det får inte utgå i sådan mån att den skadelidande blir överkompenserad.⁸¹

2.6 RB 35:5

RB 35:5 är en bevislätnadsregel som innebär att den skadelidande (när full bevisning svårligen kan framställas) kan få hjälp av domstolen som äger rätt att uppskatta den uppkomna skadan till ett skäligt belopp. Paragrafen är ett undantag från den huvudregel som annars gäller; att ett skadeståndsyrcande

⁷⁸ Propositionens namn: Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG

⁷⁹ Bengtsson & Strömbäck - Skadeståndslagen en kommentar, s. 19

⁸⁰ NJA 1998 s. 633

⁸¹ Prop. 2008/09:67 s. 230

ska styrkas, att full bevisning krävs.⁸² Regeln i RB 35:5 kan innebära hjälp även i fall när omständigheterna kan utredas, men kostnaderna eller arbetet för detta skulle vara för omfattande i förhållande till det omtvistade beloppet. Viktigt att påpeka är att parten inte är befriad från sin bevisbörda i och med stadgandet, det som kan åstadkommas i bevisning ska också läggas fram. Paragrafen är till för de fall enligt ovan när bevisning till styrkande endast svårligen kan läggas fram.⁸³ Ett upprätthållande av det stränga beviskravet enligt huvudregeln skulle givetvis medföra att en skada i många fall aldrig skulle bli föremål för en process. Den skadelidandes möjligheter att få ersättning skulle i så fall begränsas radikalt, varpå syftet med skadeståndet; att förebygga och ekonomiskt reparera uppkomna skador skulle gå förlorat.⁸⁴ Stadgandet är ofta använt, inte minst inom immaterialrätten där man med fog kan hävda att det stundtals är svårt att beräkna skada efter intrång. Av vikt är att påpeka att lagrummet endast avser att underlätta bevisföring avseende skadeståndsberäkningen. Regeln är inte tillämplig på orsakssammanhanget, dvs. käranden kan inte erhålla hjälp att styrka existensen av ett intrång eller en skada.⁸⁵

2.7 *Compensatio lucri cum damno*

Principen om *compensatio lucri cum damno* förefaller vara av potentiellt stort intresse för immaterialrättsliga intrång. Denna princip har ingen svensk översättning men handlar om intrång som förutom skada också medför positiva effekter för den skadelidande.

Grundtanken är som nämnts att man inom skadeståndsrätten ska erhålla full ersättning för sin skada.⁸⁶ Ovan är också konstaterat att man inte ska överkompenseras som skadelidande, härav följer att de eventuella ekonomiska fördelar man kan få av en skada ska avräknas på skadeståndet.⁸⁷ Exempelvis har man i NJA 1959 s. 181 ansett att en skadelidande under sin sjukhusvistelse sparar in på levnadskostnader, dessa avräknades skadeståndet. I NJA 1955 s. 89 ansåg man ansvariga för snöskottning som delvis skyldiga till en dikeskörning som medförde skador på bland annat förarhytten till en lastbil. När den skadade förarhytten ersattes med en ny i bättre skick än den ursprungliga ansåg domstolen att överskjutande värde skulle räknas av från det skadestånd som utdömdes för reparation av fordonet. Bilens marknadsvärde hade efter reparationen ökat jämfört med den oskadade bilens värde.⁸⁸

⁸² Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert – Rättegång, fjärde häftet, sjätte upplagan, Norstedts juridik, Graphic systems, Göteborg 1995, s. 61f (citeras; Ekelöf & Boman – Rättegång fjärde häftet)

⁸³ Hämtat från Zeteos kommenterade lagtext på Internet, 1/9-11, kommentar till RB 35:5, <http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/ppc/template.htm;jsessionid=2865ECB6040EA3542C0A83C797E75A6B?view=main>

⁸⁴ Ekelöf & Boman – Rättegång fjärde häftet, s. 108

⁸⁵ Ibid. s. 109

⁸⁶ Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning s. 55f

⁸⁷ Ibid. s. 73f

⁸⁸ Rättsfallen är av äldre datum men exemplifierar fortfarande principen på ett bra sätt.

3 Fördjupning och analys

3.1 Praxis – Svårigheterna med att beräkna skadestånd

3.1.1 T 16297-07 (ATG vs. Unibet)

Ett mycket intressant fall som exemplifierar ersättningsproblematiken är T 16297-07⁸⁹. Två spelbolag tvistar om ett intrång begånget i en mycket stor databas för information rörande spel på hästar, trav och galopp. Databasen är en så kallad sportdatabas och innehåller oerhörda mängder information rörande hästar, kuskar, resultat, statistik osv. Databasen ger ATG:s kunder den information de behöver för att göra sina spel. Skapandet av databasen har tagit ca 70 000 arbetstimmar i anspråk och kostnaderna för framtagningen är närmare 200 miljoner kronor. Unibet har genom att använda uppgifterna kunnat erbjuda en bra speltjänst till sina kunder. Mycket av informationen som återfinns i databasen går att finna i media, men att använda information direkt från ATG har väsentligen förenklat Unibets informationsinhämtning. Tingsrätten anser i fallet att databasen, med hänsyn till de investeringar som gjorts samt databasens kvalité och omfattning, skulle erhålla upphovsrättsligt skydd. Tingsrätten konstaterar att Unibet har begått intrång genom att återkommande och systematiskt göra utdrag och återanvända de uppgifter som finns i databasen. Efter att ha klargjort att databasen är ett skyddat verk och att Unibets handlande har inneburit ett intrång övergår man så till att diskutera den för det här arbetet centrala frågan; den om ersättning och ersättnings storlek.

ATG yrkar i Tingsrätten att Unibet ska tvingas ersätta bolaget för skador motsvarande 325 miljoner kronor. Av dessa anser man 225 miljoner vara skälig ersättning för nyttjandet. Unibet bestrider yrkandena och anser inte att de yrkade beloppen kan vitsordas. ATG anser att den skäliga ersättningen för intrånget i det här fallet inte kan beräknas på en tänkt licensavgift som är brukligt. Istället menar man att ersättningen bör bestämmas till tio procent av Unibets spelomsättning på trav och galopp. Detta motiverar man med att man har ett lagstadgat monopol på marknaden och att det därför saknas en relevant marknad att beräkna licensavgiften utifrån. Domstolen konstaterar att Unibet är skyldiga att betala skälig ersättning till följd av sitt intrång. Unibet har invänt mot att denna avgift skulle vara tio procent på omsättningen, domstolen finner i likhet därmed att ATG inte har styrkt påståendet om rimlig ersättning. Domstolen väljer istället att räkna ersättning efter den nytta som Unibet kan ha haft av uppgifterna, och i vilken mån de använts. Efter vad som är visat anser domstolen 35 miljoner vara rimligt (5 miljoner om året i 7 år).

⁸⁹ Kommer benämnas ATG-fallet.

Avseende skadeståndet anser domstolen att flera delar av ATG:s uträkning är tveksam, man räknar med att vara ensam part på marknaden, man har inte tagit höjd för att delar av materialet man begärt skadestånd för finns tillgängligt utan kostnad osv. Domstolen anser att skadeståndsberäkningen är bristfällig. Man tar upp RB 35:5 som ett alternativ till en klar uträkning, men eftersom man inte anser att ATG gjort vad som på dem ålagts för att försöka styrka sitt yrkande menar man att paragrafen inte är tillämplig. Således lämnas skadeståndsyrkanden utan bifall. ATG har misslyckats med att styrka skadan, och har i allt för liten grad försökt styrka den, härav är inte RB 35:5 tillämplig.

3.1.2 NJA 2005 s. 180 (Formsprutarfallet)

Ett ytterligare fall som är relevant för arbetet är det så kallade Formsprutarfallet⁹⁰. Formsprutarna är ett företag som i plast tillverkat en serie matlagingsbestick, dessa är benämnda Gastro Max och har visat sig vara av så bra sort att de blivit föremål för intrång. Merx Team AB (Merx) har i Kina låtit tillverka en serie plastbestick som märkts Exxent. Dessa förefaller mycket lika Formsprutarnas produkter, till och med så lika att det kan röra sig om direkta kopior.

HD konstaterar att Merx låtit tillverka provexemplar, fört in dessa till den svenska marknaden, använt formsprutarnas verktyg för att marknadsföra sig och tecknat avtal om försäljning av 40 bestick ur Formsprutarnas serie. Domstolen anser att saluförande och utbudande av mönsterskyddade produkter förekommit, detta utan innehavarens tillåtelse. Åtgärderna har dessutom skett uppsåtligt, varför bolaget också ska anses ha begått ett intrång i Formsprutarnas rättigheter till varorna.

Formsprutarna yrkar ersättning med 40 000 kr som skälig ersättning och vidare 95 000 kr för ytterligare skada. Man anser att företagets försäljning påverkats, att goodwill skadats och att Merx på felaktigt sätt försökt nå en högre vinst än som annars varit möjlig. Domstolen konstaterar att bevisning för skadan saknas, vidare förtydligar man att utgångspunkten för ersättningsreglerna är att den skadelidande ska erhålla full ersättning, inte kompenseras otillräckligt, men inte heller till en nivå som överstiger skadans värde. Det ligger på den som hävdar en skada att styrka denna, men domstolen vidkänner också att det ibland kan vara oskäligt att kräva full bevisning. Enligt ovan angivna situationer där bevisföring är kraftigt försvårad får domstolen använda sig av RB 35:5 och uppskatta skadan till ett skäligt belopp, denna möjlighet väljer man att nyttja här. Avseende yrkandet för skälig ersättning menar domstolen att ingen ersättning kan utgå, detta eftersom Formsprutarna inte förebringat någon bevisning till stöd för sitt krav. HD anser detta vara fullt möjligt och menar därför att RB 35:5 inte är tillämplig. Gällande återopandandet av ytterligare ersättning konstateras att Formsprutarna även i denna del varit försumliga i

⁹⁰ NJA 2005 s. 180 (kommer att kallas Formsprutarfallet).

sin bevisföring. Dock måste man anser HD kunna konstatera att en viss marknadsskada har uppstått genom utnyttjandet. Vid bestämmandet av till vilket belopp Formsprutarna ska ersättas måste man väga in det faktum att en överkompensation inte är önskad, men också att ett skadestånd ska ha en preventiv verkan. Domstolen anser att den uppkomna skadan skäligen kan bestämmas till ett värde av 10 000 kr, detta försiktigt räknat, Merx ska alltså ersätta Formsprutarna för deras uppkomna skada med ovanstående belopp.

3.2 Att åberopa skada – lär av praxis

Det intressanta med de ovan refererade rättsfallen är givetvis skadeståndsberäkningen och domstolens ställningstagande när de underkänner de av företagen gjorda beräkningarna. Domstolen förtydligar här att RB 35:5 inte ska användas som ett sätt att spara arbete, en part ska prestera så bra bevisning som möjligt. I ATG-fallet ansåg domstolen, sett till det stora belopp företaget yrkade, att ATG inte gjort vad som kunde förväntas av dem gällande insamlande av bevis för att styrka sin skada. I Formsprutarfallet saknades bevisning i stort sett helt och detta ansågs oacceptabelt varför domstolen valde att underkänna yrkandet om skälig ersättning. Svenska domstolar har anklagats för att vara för försiktiga när de uppskattar skadestånd enligt RB 35:5,⁹¹ de refererade fallen tycks inte tala emot detta påstående. I Formsprutaravgörandet sägs det uttryckligen att försiktighet bör tillämpas och uträkningen tycks sakna all form av motivering. I ATG-målet underkänns ATG:s förslag till skadeberäkning. Istället uppskattar domstolen beloppet till nyttan Unibet haft av uppgifterna, denna nytta motsvarar fem miljoner kronor per år. Även här underlåter domstolen att motivera ersättningsgraden, vilket givetvis innebär att domslutet måste ifrågasättas. Varför motsvarar utnyttjandet en ersättning om fem miljoner årligen under ett antal år?

Ett icke allt för djärvt uttalande är att domstolarna i den här typen av processer kan sägas vara försiktiga. Många är de ersättningar som dömts ut till synes utan motivering. Mer om detta under 3.4.1

3.2.1 Vikten av välgrundade yrkanden

Om vi har konstaterat att en svarandeparts ombud ofta har stora möjligheter att påverka processen genom ansvarsbegränsande grunder, inser vi snabbt vikten av att kärandepartens ombud grundar sina yrkanden väl. En föga smickrande reflektion är att så inte alltid är fallet. Det kan finnas vinning i att sikta brett och författa omfattande yrkanden. Men inte sällan har praxis visat på riskerna då man underkänt yrkanden eller kraftigt sänkt de begärda

⁹¹ Levin – Immaterialrätt, s. 526

ersättningsbeloppen. I patentfallet Bind-O-Matic AB ./ Boreco⁹² yrkades exempelvis ersättning för goodwillförlust och förlorad marknadsandel om 164 000 kr. Domstolen kunde konstatera att käranden inte ens påstått att intrångspärmarna, som patentintrångsmålet gällde, var av sämre kvalitet än originalpärmarna. Man hade inte heller på annat sätt visat goodwillskada och fick nöja sig med en ersättning om 5000 kr.

Ett i det här arbetet ofta refererat fall är Formsprutarfallet. Även här yrkades omfattande ersättning för goodwillskada, yrkandet motiverades endast allmänt, att marknadsoro uppstått och att goodwillskada uppkommit till följd av renomménlytning. Ingen bevisning fördes till styrkande av åberopandet och man presenterade inte heller någon modell för hur man räknat ut beloppet. Följaktligen underkänns till stor del yrkandet, ersättningen sätts ner till 10 000 kr, en dryg tiondel av det ursprungliga yrkandet. Denna ersättning, de 10 000 kr motiveras inte utan förefaller närmast vara en gåva. Man konstaterar att Formsprutarna förmodligen har lidit en skada, men att stöd saknas för hur stor den är. Ändå väljer man att utbetala 10 000 kr ett problem i sig och något som jag ska återkomma till under stycket 3.5.1.

3.2.2 Bakomliggande faktorer

3.2.2.1 Marknadspris

En inte sällan förekommande situation är att parterna trots att intrånget är ostridigt tvistar om bakomliggande faktorer. Hur skadan har beräknats, vilket pris man utgår ifrån osv. Vad jag söker är de faktorer som utgör grunden för det belopp man som part menar motsvarar skadan. Ett talande exempel hittar vi i läkemedelsbranschen. Vid ett patentintrång i läkemedel räknas ersättning efter den förlust som uppstått, men vilka utgångspunkter har vi? När skadan ska mätas; vilket pris ligger då till grund för kärandens yrkande? Inom läkemedelsindustrin finns ett flertal inköpare och således också ett flertal inköpspris. Faktum är att det kan skilja mellan det pris landstingen betalar (LIP), det pris apoteken betalar (AIP) och det pris en annan distributör betalar (DIP). Landsting kan erhålla upphandlingsrabatter, distributörer kan få ersättning osv.⁹³ Viktigt är att i både ett svarande- och kärandeperspektiv ha klart för sig i relation till vilket pris skadan är beräknad. Det kan finnas ett flertal alternativa marknadspriser, marknadspriset behöver inte vara fast utan kan vara påverkat av en rad faktorer. Har varan, läkemedlet eller vad helst det må vara under en tid sålts med rabatt för att öka försäljningen ska givetvis detta också tas med i kalkylen när förlustuträkningen görs, att inte ge rabatt för osålda varor är en besparing för den lidande parten. Det finns vinning i att vara ifrågasättande till vilket marknadspris som presenteras, oftast av käranden. Som vi såg i ATG-fallet invände Unibet att skäliga licensavgiften skulle sättas ned eftersom medieaktörer fått tillgång till informationen gratis. En intressant

⁹² T 89/91, refererat i Westlander & Törnroth – Patent - Allmänna domstolars praxis, s. 41ff

⁹³ Exemplet jag använder är en del av ett fall jag fick ta del av under uppsatspraktiken. Jag fick klart för mig att upphandlingsrabatter är vanligt förekommande för stora köpare.

invändning som inbjuder till vidare spekulation. Vilket pris ska användas om licensgivarens pris varierar kund till kund? Ett svar kan finnas i Com Hem-målet⁹⁴ där intrångsgöraren tvingas betala den billigaste licens som lagligen skulle givit honom möjligheten att visa den idrott som intrånget rörde. Parallellen är kanske vågad, men är utgångspunkten således att den för intrångsgöraren billigaste lösningen är den rätta? En sådan lösning skulle rimma väl med övrig svensk straff- och processrätt. Av detta följer att det finns situationer då en intrångsgörare tjänar på att begå intrång, straffen är inte alltid tillräckliga. Återigen får jag hänvisa till diskussionen om överkompensation i den preventiva delen av skadeståndet.

Om vi återknyter till ATG-målet; skulle resonemanget ovan, förutsatt att mediebolagen erhållit fullständiga licenser innebära att den skäliga licensavgiften är noll kronor? Man kan givetvis argumentera för att licenstagarens position inverkar på licensavgiften. En konkurrent torde mer sällan erhålla gratis information om denne jämförs med media som istället för att vara en konkurrent snarare fyller en funktion som marknadsföringskanal. Diskussionen behöver dock inte upphöra här. Om man vidare tänker sig en situation, exempelvis ett patentmål rörande intrång i ett läkemedel; här framkommer att rättighetsinnehavaren tidigare har upplåtit licenser till konkurrenter, gratis eller till en ringa kostnad. Kan licensgivaren då vid ett intrång hävda att licensavgiften ska sättas högre än vad denne tidigare utkrävt, detta även om marknadsvärdet egentligen är högre än tidigare licensavgifter? Likaså blir frågan relevant för det fall då en rättighetsinnehavare underlåter att stämma för intrång i patentet enligt ovan. Kan en underlåtenhet då ses som en konkludent accept som i sin tur innebär att licensavgiften är noll? Kan då en ny intrångsgörare stödja sig på detta och mena att skälig avgift är noll eftersom det är vad rättighetsinnehavaren tidigare krävt i ersättning?

Som jag nämnt torde en diskussion baserad på ovanstående resonemang vara beroende av en rad faktorer. Enligt exemplet med ATG är det troligt att domstolen skulle göra skillnad på ett konkurrerande företag och ett företag i en annan bransch. Hur mycket uttalas inte i domen, men klart är att domstolen väger in åberopandet att mycket information har tillhandahållits medierna gratis. En fördjupad eftertanke bör även ägnas mitt andra exempel, avseende företag i konkurrens. Enligt mitt resonemang kan en licensgivares handlande i hög grad påverka vad som är att se som skälig ersättning. Vad som anses vara marknadsmässig ersättning är förmodligen inte skälig om licensgivaren normalt låter licenstagare använda rättigheterna för 50 % av marknadsvärdet. Den kommersiellt framförhandlade licensavgiften som gäller parterna emellan torde då motsvara den ”nya” skäliga licensavgiften. Detta pris ska nu ligga till grund även för beräkningen av rättighetsinnehavarens skada. Särskilt intressant blir detta givetvis om licensgivaren underlåtit att stämma för ett tidigare intrång, kan detta då som jag beskriver ovan ses som en konkludent accept avseende intrånget, vilket i sin tur ger utrymme för att hävda att licensavgiften är noll kronor?

⁹⁴ Malmö Tingsrätts dom T 5171-03

Diskussionen är intressant. Ifrån ett kärandeperspektiv kan man kanske anse att det är skillnad på olika företag, man anser det kanske viktigare att beivra intrång från ett större bolag än ett mindre. I ett svarandeperspektiv kan man å andra sidan tycka att ett kommersiellt företag borde skydda sin rättighet om den anses skyddsvärd. Underlåter man detta torde innebörden motsatsvis vara att rättigheten inte är skyddsvärd.

3.2.2.2 Bolagsstruktur

Ett företags bolagsstruktur kan också ha inverkan på ersättningsbeloppet. Givet är att svaranden måste försäkra sig om att käranden verkligen innehar de rättigheter som åberopas. Både svarande och kärande bör vara mycket noga vid uträkningen av de faktiska förlusterna. Vem som är motpart kan ha stor betydelse, ett dotterbolags skada är inte nödvändigtvis densamma som moderbolagets. Betänk följande scenario; ett multinationellt företag har försäljningsbolag i ett flertal länder världen över. Patenträttigheter ligger hos moderbolaget medan försäljningsbolagen licensierar rättigheterna till försäljningen inom respektive område. En inte ovanlig lösning inom koncerner. Inom den här typen av koncerner är det inte heller sällsynt att man laborerar med internprissättning för att få så stora vinster som möjligt i länder med lägre skattesats. Det svenska licensföretagets vinst kan på det här sättet vara ganska liten om man köper sin produkt dyrt av ett annat koncernbolag för att vinsterna ska uppkomma i en annan del av koncernen. Genom internprissättning kan man som nu visats förflytta vinster koncernbolag emellan. Om det svenska licensföretaget således betalar mycket för inköp av läkemedlet kommer man givetvis att tjäna mindre per såld produkt, man gör en mindre vinst och skattar således mindre. Det koncernbolag som säljer produkten till den svenska licensstagaren ligger typiskt sett i ett lågskatteländ, här uppkommer en större vinst som skattas till en lägre skattesats. Följaktligen kan, om intrångsgöraren blir stämmd av det svenska bolaget, snarare än moderbolaget ersättningen bli betydligt lägre än den borde bli eftersom företaget har en mindre vinst per såld vara än det borde ha. Koncernens skada är kanske omfattande, men det svenska licensföretagets förlust kan vara betydligt mindre. Stämmer å andra sidan moderbolaget själv som innehavare av patentet kan förmodligen hela skadan ersättas, oavsett internprissättning. Konklusionen blir således att kärandepartén bör inneha de rättigheter för vilka stämning utfärdas. I en koncern med flera bolag ska man tänka på hur stämningen utformas, vem som är kärande. För svarandepartén gäller givetvis att ordentligt undersöka vem som är motpart, har kärande begått misstag kan mycket pengar sparas.

3.3 Skälig ersättning

Det är inte endast i skadestandsfrågan som utrymme för argumentation finns, även avseende den skäliga ersättningen torde man kunna vara kreativ. Av stort intresse för frågan tycker jag fallet med drängarnas musikstycke är, NJA 2002 s. 178. Essensen i fallet är att man anser att fiolslingan motsvarar

25 % av verkets hela värde. Ett mycket intressant ställningstagande som borde öppna åtskilliga dörrar för argumentation och som ger utrymme för många analogier. Istället för att slentrianmässigt låta domstolen göra en försiktig beräkning genom RB:s regler borde man i en tvist kanske i första hand själv försöka sig på en uträkning. Hur viktigt är mitt original för intrångsgörarens kopia? Vilket värde hade intrångsprodukten haft utan nyttjandet av originalet? En någorlunda sofistikerad uträkning kan nog räcka långt. Dras en parallell till ATG vs. Unibet ser vi att ATG i sin beräkning inte tog höjd för en rad faktorer som påverkar ersättningens storlek. Beräkningen hade istället kunnat grundas på den nytta företaget haft av användandet. Om ATG i sitt yrkande använt samma princip som domstolen erkände i fallet med Drängarnas musikstycke hade kanske utgången blivit en annan. Hur viktig är databasen för kopian, vilken nytta har de haft? Kan ATG uppskatta en årlig kostnad för databasen, vad har kostnaden varit räknat över det antal år databasen varit i drift, vad kostar den i underhåll osv.? Till hur stor del använder sig Unibet av databasen, vad sparar de genom att göra detta? Det torde vara allmänt känt att man genom att låta domstolarna göra beräkningen riskerar att förlora en del ersättning. Domstolarna är uttalat försiktiga, så ett försök torde i många fall vara en bra affär. Att domstolarna kan göra uträkningen trots ordalydelsen i paragrafen, att det ska röra sig om skada, torde vid det här laget vara klart. En skälighetsbedömning ligger inom domstolens mandat. Ovan har jag pekat på Förnells resonemang,⁹⁵ att domstolarna dessutom uttalat att möjligheten finns samt i viss mån faktiskt gjort bedömningarna, i exempelvis ATG-fallet torde utesluta alla tvivel. I ATG-fallet sägs det inte uttryckligen att uträkningen görs med hjälp av RB 35:5, men oavsett så görs en skälighetsbedömning. ATG:s yrkande var skälig ersättning med 225 miljoner kronor. En siffra som baseras på att ATG anser sig som vi sett berättigade till 10 % av Unibets spelomsättning på trav och galopp. Men som ovan refererat bedömer domstolen självständigt den skäliga ersättningen vara väsentligen lägre.

Frågan som måste ställas när skälig ersättning ska utdömas är vad procentsatsen eller pengarna räknas på.

Exempel 1

Teknikföretaget A tillverkar mobiltelefoner och har gjort intrång i ett patent tillhörande S. Komponenten används i telefoner och S kräver ersättning. Om vi tänker oss att det finns en tariff som säger att 2 % av omsättningen är skälig avgift, vad ska då de 2 % räknas på? Företaget tillverkar förutom telefoner också datorer och andra ”teknikprylar” så att räkna på företagets hela omsättning vore oskäligt. Rimligare vore att räkna på omsättningen av telefoner innehållande komponenten. Men om vi tänker oss att komponenten inte är en fast komponent utan snarare ett tillval, kanske till och med något som går att hämta över internet som mjukvara. Hur ska den skäliga ersättningen räknas då? Nu tycks det vara oskäligt att räkna på omsättningen för telefoner. Komponenten finns inte i alla försålda enheter.

⁹⁵ Se ovan under stycke 7.2

Tillhandahålls komponenten till en kostnad kan man kanske räkna på omsättningen av just komponenten. Men tillhandahålls den kostnadsfritt som en service, hur räknar man då? Här uppstår svårigheter, kanske kan man uppskatta en skälig ersättning baserat på komponentens betydelse för telefonen i det uppdaterade stadiet.

Vad jag vill påvisa är att man vid användning av tariffer och liknande måste ifrågasätta beräkningsunderlaget.

Exempel 2

Nu använder vi oss av informationen i exempel 1 men tänker oss istället att det saknas tariffer. Skälig ersättning ska beräknas, i enlighet med praxis⁹⁶ ser man till vilken nytta intrångsgöraren haft av originalet. Redan i det ursprungliga fallet blir det svårt att göra denna beräkning. Hur viktig en komponent är för en hel telefon är svårt att avgöra, men vi kan återigen tänka oss att nyttan motsvarar 2 % av telefonen. Återigen kan man hävda att två procent av företagets omsättning av telefoner motsvarar skälig ersättning. Men om vi nu tänker oss att A är ett stort bolag med en hög andel trogna kunder som i huvudsak köper telefonen eftersom A tillverkar den, då kan scenariot bli annorlunda. De 2 % tekniken motsvarade är kanske 2 % av teknikvärdet. I själva verket är kanske 90 % av telefonens värde knutit till A:s varumärke. Endast en bråkdel av kunderna har i själva verket köpt telefonen på grund av, eller i alla fall till viss del beroende på att den innehåller den intrångsdrabbade komponenten. I detta fall skulle eventuellt en ersättning som motsvarar 2 % av omsättningen vara oskälig. A:s nytta av tekniken är väldigt liten, produkten har kanske förbättrats väsentligt, men skulle sålt även utan tekniken. A kommer i fallet argumentera för att komponenten i obetydlig grad bidragit till försäljningen, nyttan har varit liten. De som har köpt A:s telefon skulle inte köpt S:s eftersom de är trogna ett varumärke. S har således inte gjort en så stor förlust att 2 % är skäligt.

Vad som framförs är alltså en jämningsgrund, hur domstolen skulle förhålla sig till denna vet jag inte, men jag anser att det finns substans i argumenten.

Genom att kombinera exemplen ovan framstår det som självklart att också ifrågasätta en tariffs tillämplighet i ett uppkommet fall. 2 % av omsättningen kanske är rimligt i ett fall två företag emellan, men kan vara helt orimligt emellan två andra. 2 % kan enligt exemplet ovan vara oskäligt sett till nyttan av användandet, presumtionen ger att en framförhandlad tariff är skälig, den som hävdar annorlunda har att motbevisa skäligheten.⁹⁷ Detta är kanske inte en konstant omöjlighet. I fallet NJA 2003 s. 465 fastslås denna princip, SAMI⁹⁸ begär ersättning av ett hotell (Hotell du Nord AB) för nyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk. Den tariff man åberopar är kommersiellt framförhandlad och stadgar en ersättning som är hög i förhållande till en annan överrenskommelse som SAMI har med hotell knutna till

⁹⁶ Jmf. bl.a. NJA 2002 s. 178

⁹⁷ Levin – Immaterialrätt, s. 530f

⁹⁸ Svenska artisters och musikeres intresseorganisation

organisationen SHR.⁹⁹ SHR har i samarbete med SAMI förhandlat fram ett förmånligare avtal för sina medlemmar med ett pris som väsentligen understiger det som stadgas enligt tariffen. Domstolen ansåg att den av hotellet förevisade prisskillnaden innebar att bevisbördan för tariffens skälighet nu hamnade på SAMI. SAMI hade åberopat att det billigare avtalet innebar bland annat besparingar för handläggning, men något bevis för dessa besparingars storlek åberopades inte. Domstolen gav således Hotell du Nord rätt. Det belopp som skulle betalas enligt tariffen var inte längre ett skäligt belopp och ersättningen sattes ner.¹⁰⁰

Mitt intryck är att en kommersiellt framförhandlad tariff ofta uppfattas som en presumtion gällande vad som är att anse som skälig ersättning. Genom Hotell du Nord-fallet ser vi att det är möjligt att motbevisa en tariff, även i praktiken. I fallet fanns det två priser, det ena mycket lägre än det andra, vilket givetvis underlättade bevisningen, men min mening är att det finns fler fall i vilka man kan argumentera för att en tariff inte är skälig. I mitt exempel ovan använde jag företagsspecifika egenskaper, något jag inte sett prövat, men som jag anser är väldigt intressant. Argumentationens utgångspunkt blir då att den framförhandlade tariffen kanske stämmer överrens med verkligheten i andra företag, *men inte i mitt, eftersom...* En intresseväckande argumentation som jag anser har åtminstone viss bärkraft. Använder vi oss av exemplet ovan blir situationen som följer; i företag C:s fall är den ifrågasatta komponenten avgörande, de kan nu vara med och slåss om marknadsandelar och säljer väsentligen fler mobiltelefoner tack vare intrånget. För företaget A är som vi har sett komponenten av betydligt mindre värde, deras marknadsandel beror på varumärket i mycket högre grad. Nyttan av intrånget är som vi ser helt olika företagen emellan. Härav följer, enligt min mening, att den skäliga ersättningen för nyttjandet också kan påverkas. A och C borde enligt detta resonemang inte hamna under samma tariff, så länge nyttan av intrånget spelar roll finns ett utrymme för argumentation. Den givna reflektionen är att bevisbördan vilar tung på A, men rätt företag skulle kanske med marknadsundersökningar och annan bevisning kunna, i tillräcklig grad, påvisa en oskälighet enligt ovan.

3.4 Ersättning för ytterligare skada och speciellt om ideell skada

När de immaterialrättsliga ersättningsparagraferna omarbetades valde lagstiftaren som vi sett att i en punktlista tydliggöra några faktorer som ska tas hänsyn till i en skadeståndsberäkning. Vad man kan reflektera över är att skadeverkningar åtskiljs i paragraferna, men som vi sett görs det sällan en

⁹⁹ Svenska hotell- och restaurangföretagare

¹⁰⁰ Påpekas bör att HD:s bedömning har diskuterats, bevisbördans övergång inte minst. Jmf. här exempelvis Karnell, Gunnar – NIR 2004 s. 189ff Skälig tariff – oskälighetsrabatt? & Bernitz, Ulf – NIR 2004 s. 369ff - Upphovsorganisations rörelsefrihet och ansvar som monopolister. En annan syn på Hotell du Nord-avgörandet i svenska HD.

sådan åtskillnad i domskälen. I bedömningsunderlaget för ytterligare skada inryms ersättning för ideell skada. Ersättningen särskiljs ifrån ersättning för skada på verkets anseende, den ideella skadan är personlig och drabbar rättighetsinnehavaren eller skaparen. Paragrafernas uppräknings av faktorer torde vara föga kontroversiell; förlust, intrångsgörarens vinst, anseende, ideell skada och prevention förefaller relevant i en skadeståndsberäkning. Som torde vara konstaterat enligt ovan gäller att vi i Sverige eftersträvar full ersättning. Under stycke 2.5.2 förs en utförlig diskussion om grunderna för ersättning för ytterligare skada.

Enligt vad som framkommit redovisar Radetzki och Eltell en modell som fördelar förlusten vid ett intrång på tre poster. Modellen handlar om upphovsrättsliga intrång, men torde vara applicerbar generellt inom immaterialrätten. Uppdelningen på avsättningsförlust, marknadsskada och ideell skada är tänkt att underlätta beräkningen av storleken på uppkommen förlust till följd av skadan. Avvägningen mellan förlust på skadelidandes sida och vinst på intrångsgörarens är inte så komplicerad utan kan närmast ses som en bevislätnadsregel. I många fall torde det nämligen vara lättare att räkna på intrångsgörarens vinst än på sin egen förlust,¹⁰¹ i dessa fall ska en sådan beräkning kunna åberopas inför domstolen.¹⁰² Vidare skiljs anseendeskador och ideella skador åt, skador på ett verk, på en produkts anseende eller så kallade goodwillskador ska beaktas, men också skador som drabbar innovatören eller skaparen själv. Slutligen stadgas också att rättighetsinnehavarens intresse av att intrång inte ska begås måste beaktas. Således åtminstone fem faktorer och som visats är uppräknings inte uttömmande.

Tidigare ersattes enligt bestämmelsen annan förlust än uteblivet vederlag, liksom lidande och annat förfång. Ett rimligt antagande är att den mer exemplifierande listan som nu finns är tänkt att underlätta beräkningen och förtydliga vad som särskilt ska tas hänsyn till.¹⁰³ Något som säkert inte undgår läsaren är att jag är kritisk till hur domstolarna motiverar hur man beräknat det skadestånd som döms ut. Enligt vad som sagts ser vi att lagrummens listor försöker underlätta förlustuträkningen, lagstiftaren ger den skadelidande möjligheten att räkna utifrån skadegörarens vinst. Följaktligen torde det stundtals vara möjligt att genom uträkningar närma sig det verkliga skadebeloppet i denna del. Jag är inte främmande för att domstolen även i domskälen gör en uppdelning av skadeståndsersättningen, inte bara utifrån skäligen ersättning och ytterligare skada utan att man också förtydligar hur ersättningen för ytterligare skada utdömts. Det går inte att bortse ifrån att ersättning för ideell skada och den preventiva delen av skadeståndet nödvändigtvis med nuvarande regler måste uppskattas till skäliga belopp. Detta är inte alltid fallet med ersättning för förlust. Även ersättning för goodwillskada torde i viss mån alltid vara en uppskattning,

¹⁰¹ Härmed säger jag inte att vinsten är lika med förlusten, endast att detta är ett sätt att närma sig den riktiga ersättningen.

¹⁰² Prop. 2008/09:67 s. 271f

¹⁰³ Det är inte alls säkert att lagstiftaren velat åstadkomma någon förändring, listan är förmodligen ett resultat av införandet av INFOSOC.

men det finns en rad faktorer som har inverkan på vilken omfattning skadan får. Genom att klassificera ett skadestånds delar bör man kunna åstadkomma en mer rättvisande praxis än vad som för närvarande är fallet.

Samtliga immaterialrättsliga paragrafer stadgar efter revisionen att ersättning ska kunna erhållas för ideell skada. Ett viktigt första förtydligande är att bedömningen avseende förekomsten av en ideell skada är olika lagarna emellan. Historiskt sett ansågs upphovsmannen ha ett närmare känslomässigt band till sitt verk än vad till exempel patenthavaren hade till sitt, denna tanke lever i viss mån kvar. Gällande upphovsmannens olägenhet; vid ett intrång presumeras denna i stort sett uppfylla kravet på skada i ideellt hänseende.¹⁰⁴ Avseende ersättning för ideell skada hänförlig till de industriella rättigheterna blir bedömningen en annan. I relation till både patentlagen och varumärkeslagen ser vi att ersättning utgår mer sällan. Ett nära samband mellan rättigheten och skaparen är i det närmaste en förutsättning.¹⁰⁵ Ersättning för ideella skador lyder precis som annan skadeståndsrätt under principen om full ersättning. Eftersom det förefaller omöjligt att exakt påvisa en ideell skadas storlek används bevislätnadsregeln i RB 35:5 regelmässigt.¹⁰⁶ Eftersom domstolarnas domskäl ofta är undermåliga är det svårt att sja om vilka faktorer som avgör ersättningens storlek. Omständigheter som bakomliggande uppsåt och den skadelidandes faktiska känsla av intrånget verkar inte påverka domstolens bedömning, istället förefaller domsluten synnerligen präglade av domstolens skön. Under dessa förutsättningar framstår givetvis principen om full ersättning som en illusion. I och med att vårt nuvarande rättssystem tillåter att skadestånd döms ut på ett sätt som åtminstone framstår som skönsmässigt, anser jag att det kan ifrågasättas om immaterialrättsliga skadestånd döms ut i enlighet med principen om full ersättning. Som ovan redovisats är jag medveten om omöjligheten i att fastställa ett riktigt belopp avseende åtminstone den ideella delen av ersättningen för ytterligare skada. Kritik har framförts mot det svenska skadeståndssystemet avseende denna punkt, en alternativ lösning förefaller vara att man dömer ut ersättning för ideell skada på andra premisser än att skälighetsuppskatta dem. Tonell och Karlsson framför en åsikt om att standardiserade förhandsberäkningar skulle vara en modell att föredra. En schablonisering medför att man frångång principen om full ersättning men ger samtliga parter bättre förutsättningar att uppskatta utgången av en process, något som författarna menar bör leda till fler samförståndslösningar. En ytterligare tes är att en mer enhetlig schabloniserad ersättning skulle röna större acceptans bland inblandade parter. Motiverade schabloner skulle, menar man dessutom ge en bättre inblick i vilka faktorer som avgör ersättningens storlek.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Tonell, Magnus & Karlsson, Niklas – Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång – särskilt om ersättningsberäkningen, s. 224, (citeras; Tonell & Karlsson - Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång) av intresse kan vara att jämföra med NJA 1984 s. 34 där presumptionen slås fast.

¹⁰⁵ Prop. 2008/09:67 s. 280ff

¹⁰⁶ Tonell & Karlsson - Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång, s. 230ff

¹⁰⁷ Tonell & Karlsson - Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång, s. 234ff

Tonell och Karlssons argumentation tycks vara grundad på liknande resonemang som jag för, nämligen att omotiverade domar regelmässigt meddelas vilket skapar både osäkerhet och irritation. Min åsikt är att ett visst mått av standard hade varit önskvärt avseende ersättning för ideell skada. Dock anser jag att schabloner är ett allt för trubbigt instrument som är svårt att hantera i alla de situationer som faller emellan de givna. Dessutom är den ideella skadans natur sådan att den rimmar illa med en schablon. Jag fortsätter istället att förespråka mer utförliga domskäl, att skön är nödvändigt förefaller självklart, men viss vägledning hittas garanterat i den skadelidandes kränkning och i de bakomliggande orsakerna. Ett uppsåtligt intrång bör vara mindre ursäktat än ett oaktsamt, och graden av lidande bör i viss mån anses påverkbar genom sådana och liknande faktorer. Utförligare resonemang gör den skönmässiga bedömningen mer ursäktad och ger ett bättre underlag för en utvecklande diskussion kring beloppens riktighet.¹⁰⁸

Avslutningsvis bör kanske något sägas om den ersättning som utgår för goodwillskador. Även här förefaller det svårt att klart värdera en skada, omfattningen är svårbestämd eftersom den beror på den mänskliga reaktionen. Här anser jag dock att än större utrymme finns för att typifiera vilka omständigheter som fördyrar ett intrång. Skadans omfattning och spridning, vilket allvar man kan anse att skadan har, hos vilka personer anseendet påverkats negativt är alla exempel på faktorer som bör påverka ersättningens storlek.

3.5 RB 35:5 och *Compensatio lucri cum damno*

3.5.1 RB 35:5

RB 35:5 är som synes frekvent använd i immaterialrättsliga skadeståndsprocesser, det givna användningsområdet är ytterligare skada. Sett till paragrafens ordalydelse är innebörden att domstolen i vissa fall ska kunna vara den skadelidande behjälplig vid värderingen av en uppkommen skada. Petra Förnell tar upp frågan om lagrummets användning i samband med uträknandet av den skäliga ersättningen. Förnells konklusion är den att lagstiftaren inte kan ha åsyftat att ställa högre krav på den skadelidande avseende uträkningen av skälig ersättning än vid konstaterandet av skadans storlek. Innebörden av detta resonemang förefaller vara att paragrafen måste kunna användas även vid uträknandet av skälig ersättning. Hon menar också att domstolen, i och med att de immaterialrättsliga lagarnas ordalydelse är *skälig ersättning*, har ett mandat för att beräkna ersättningen redan där,

¹⁰⁸ Av intresse kan vara att läsa NJA 1996 s. 354 där domstolen slår fast att ideella rättigheter har ett ekonomiskt värde.

inbyggt. Man behöver således inte ens använda RB 35:5.¹⁰⁹ I relation till detta kan konstateras att domstolen i Formsprutarfallet¹¹⁰ inte tillerkänner Formsprutarna någon skälig ersättning eftersom de inte i tillräcklig utsträckning styrkt förhållandet. Domstolen uttalar att eftersom den bevisföring som gjorts är otillräcklig föreligger inte förutsättningar för att tillämpa RB 35:5. Motsatsvis måste detta innebära att det finns förutsättningar under vilka RB 35:5 kan användas för att beräkna skälig ersättning.

Av stort intresse inte minst ur en rättssäkerhetsaspekt är frågan om domstolarnas användning av RB 35:5. Är det i överrensstämmelse med förarbeten och lagrummets syfte att döma ut ersättning med åberopande av bestämmelsen utan att ersättningsgraden motiveras närmare? Enligt ordalydelsen ska domstolen uppskatta skadan till ett skäligt belopp. Ekelöf menar att skadan måste göras antaglig¹¹¹ och lagkommentarerna tydliggör att det inte får vara mer sannolikt att den åsyftade skadans storlek inte motsvarar minst det utdömda beloppet än att den gör det.¹¹² Ramen för lagrummets användning är således att ett skadeståndsförhållande är åtminstone antagligt. I förhållande till lagrummets andra stycke förs en diskussion om riktigheten i att uppskatta skadeståndsbelopp. Eftergifterna avseende rättssäkerhet vägs upp av processekonomiska fördelar.¹¹³ Denna del av lagrummet rör de skadestånd som uppskattas därför att kostnaden för bevisföringen inte är skälig sett till skadans ringa omfattning. Samma resonemang torde dock vara överförbart även till lagrummets första stycke. Frångås principen om full bevisning och accepteras att avsteg görs från strävan om riktig ersättning i skadeståndsfrågor ska även vinning göras. Det är lätt att se att det finns fördelar både i ett processekonomiskt perspektiv, men också ifrån de enskilda parternas perspektiv, många är de fallen när en skadeståndstalan annars skulle falla eftersom bevisning omöjlig kan fullgöras.

Det jag vill problematisera är att detta tydliga och i viss mån motiverade avsteg från normen idag görs utan att domstolarna tydliggör sitt ställningstagande. Ett bra exempel på detta är det för rättsområdet så viktiga Formsprutarfallet.¹¹⁴ Formsprutarna yrkar skadestånd för ideell skada om 95 000 kr, tingsrätten dömer enligt yrkandet men HD ändrar slutligen ersättningen till 10 000 kr. Detta görs med motiveringen att skada har visats men den har inte varit av särskilt allvarlig karaktär. Beloppet framstår som tagit ur luften. I ett rättssäkerhetsperspektiv förefaller det mycket beklagligt att domstolarna använder RB 35:5 som är ett avsteg från normen, utan att man motiverar hur paragrafen används. Hur kan man som läsare avgöra om beloppet är skäligt utan att det motiveras? Anser Formsprutarna att 95 000

¹⁰⁹ Förnell, Petra – Skadestånd vid patentintrång, Jure bokhandel, Stockholm 1997, s. 46 (citeras; Förnell – Skadestånd vid patentintrång)

¹¹⁰ NJA 2005 s. 180

¹¹¹ Ekelöf & Boman – Rättegång fjärde häftet, s. 108f

¹¹² Zeteo lagkommentar på internet, kommentar till RB 35:5, hämtat den 13/9-11

¹¹³ Prop. 1987/88:1 s. 13

¹¹⁴ NJA 2005 s. 180

kr är skäligt och domstolen att 10 000 kr är rimligt föreligger ju en väsentlig värderingsskillnad. Formsprutarna värderar skadan till ett nära tio gånger högre belopp än domstolen gör. Det förefaller inte mindre rättssäkert att avvisa även skadeståndstalan (domstolen avvisar i fallet en talan om skälig ersättning eftersom Formsprutarna inte styrkt sitt anspråk) om domstolen anser att Formsprutarnas värdering är felaktig och man inte själv kan motivera vad som faktiskt är skäligt. Ifrågasättandet av domstolarnas tillvägagångssätt medför tyvärr inte att jag har en alternativ teori till hur skadestånd ska beräknas i många problematiska fall. Mitt ställningstagande bottnar i att domstolen har mandat att utdöma skäliga skadestånd under de premisser som RB 35:5 stadgar. Skulle det mandat som lagrummet ger innebära att domstolarna har rätt att skönsmässigt, nästan godtyckligt bestämma ersättningsbeloppet måste allmänheten kunna kräva en redovisning av vilka faktorer som vägs mot varandra, vad som vägt tungt respektive mindre tungt och vad som fällt avgörandet. Domar och ställningstaganden som inte motiveras gränsar till en maktutövning som inte är godtagbar.

3.5.2 Gränserna för användning av RB 35:5

Innebär RB 35:5 i förlängningen att processen inte längre är helt styrd av parterna? Är domstolens utrymme för skälighetsbedömning endast att sätta ett lägre belopp än det belopp som åberopande part förmodligen lyckats uppskatta som skäligt å sin sida? Är ett åberopat belopp om skälig ersättning ett tak för domstolen när de uppskattar skadan? Om det skäliga beloppet i själva verket är högre än det åberopade, i vilken ställning sitter domstolen då? Frågan är svårbesvarad, men lite ledning finns kanske i NJA 2003 s. 465, fallet rör skäligheten av en tariff som stadgar om ersättning till SAMI när ett hotell nyttjar upphovsrättsskyddade verk. Hotellet som ifrågasätter tariffen vitsordar själva ett belopp som skäligt, ett belopp som domstolen väljer att slå fast. I själva verket tycks domstolen ändå öppna för att det skäliga beloppet var lägre. Något klart svar på om detta vitsordande sätter en gräns får vi inte, men åtminstone referenten tycks mena att det kan vara så om man tolkar vitsordandet som ett processuellt medgivande till ett fast belopp. HD menar att underlag saknas för att frångå det vitsordade beloppet, en utförligare diskussion förs inte så ett tydligt svar på frågan får vi inte.

I fallet om Jas-kraschen¹¹⁵ (som handlar om intrång i en tidningsartikel vari Jas-kraschens följder belyses bland annat genom en intervju) yrkar DN som stämmer Aftonbladet 10 000 kr som skälig ersättning och 25 000 kr som allmänt skadestånd. Aftonbladet vitsordar 3 000 kr i skälig ersättning, ett belopp som också blir utdömt eftersom DN inte underbyggt sitt yrkande på erforderligt sätt. Mer intressant är att 25 000 kr döms ut som ersättning avseende allmänt skadestånd, detta i enlighet med DN:s yrkande. Men, när domstolen resonerar kring det allmänna skadeståndet konstaterar man att yrkandet om 25 000 kr inte överstiger den ersättning som skulle dömts ut

¹¹⁵ NJA 1996 s. 712

om man använt sig av RB 35:5. Detta skulle kunna innebära att det verkliga beloppet var högre än det av DN yrkade, men att man såg yrkandet som en övre gräns. Tyvärr så saknas i domstolens uttalanden närmare vägledning, men utrymme för spekulation lämnas.

3.5.3 *Compensatio lucri cum damno*

En i mitt tycke mycket intressant frågeställning är om RB 35:5 även kan användas analogt, till skadegörarens förmån för att beräkna den vinst ett intrång medfört enligt den ovan nämnda principen *Compensatio lucri cum damno*. Är regelns användningsområde exklusivt för den skadelidande när denne inte kan visa vilken omfattning skadan haft eller är den möjligtvis också användbar i den skadegörandes perspektiv? Om skadegöraren är skyldig till ett intrång som denne menar förutom skada också har inneburit vinning för rättighetsinnehavaren, kan domstolen då förutsatt att bevisning om vinningens storlek inte går att föra, med hjälp av RB 35:5 uppskatta vinningens omfattning och avräkna denna från skadeståndet? En i mitt tycke synnerligen beaktansvärd fråga.

Ett något enklare alternativ är att argumentera för att domstolen när de använder sig av RB 35:5 och uppskattar skadan också måste ta höjd för eventuella vinster intrånget medfört. Det går således inte att bara fastställa skadans omfattning, parallellt måste även eventuell vinning eller kostnadsminskning uträknas. Det torde ligga på domstolen att i det här fallet inte ta lättvindigt på åberopanden enligt *compensatio lucri cum damno*. Enligt min teori förefaller en prövning åtminstone enligt alternativ två ovan vara en skyldighet för domstolen. Detta tankesätt förefaller inte vara revolutionerande på något sätt, likväl har jag inte funnit att man i doktrin eller i avgöranden har behandlat frågan, tvärtom kan jag tycka att den har förbisetts i bland annat NJA 1984 s. 34 (bootleg). Redan i tingsrätten åberopas att försäljningen av bootlegskivor verkat positivt på försäljningen av artisternas ordinarie skivor, låt vara att argumentet verkar åberopas mest i förbigående. Intressant är dock att detta inte verkar återkomma i någon av de tre uträkningar som domstolarna gör trots att RB 35:5 används. Man kan förmodligen hävda att svaranden skulle varit mer tydlig i sitt åberopande. Men används RB 35:5 borde vinsten ha varit en faktor i uträkningen. Domstolen borde åtminstone ålagt svarande att styrka att intrånget medfört positiva effekter, istället verkar åberopandet helt förbises och uträkningen verkar av allt att döma enbart baseras på intrångets negativa följder. En enligt min åsikt tvivelaktig lösning på frågan.

Det är lätt att se hur användbar RB 35:5 kan vara om man som skadegörare i ett immaterialrättsligt mål kan få domstolens hjälp att uppskatta den eventuella vinning man skapat åt rättighetsinnehavaren. I ett mycket enkelt exempel kan vi tänka oss att en musikvideo olovligen publiceras på Internet, personen som är ansvarig för publiceringen är skyldig till ett intrång varpå skadestånd kan följa. Men betänk situationen om filmen i fråga har haft miljontals besökare, i en skadegörarens perspektiv framstår det som självklart

att en sådan exponering inte endast medfört skada. Många av besökarna är förmodligen sådana som inte hade uppmärksammat musikvideon om den inte publicerats. Har dessa köpt en skiva, en t-shirt eller en konsertbiljett så har skadelidanden tjänat pengar. Reklamvärdet torde inte heller i övrigt vara ringa. Att påvisa vinningens storlek enligt exemplet ovan framstår sannerligen som svårgjort, men att det finns en vinst för den skadelidande tycker jag inte man kan argumentera emot. Kan skadegöraren i fall likande mitt exempel, där en vinning finns, åtnjuta domstolens hjälp enligt RB 35:5 blir situationen en annan och skadeståndet kanske mer rättvist.

Vad jag för fram är en något bortglömd del av ersättningsberäkningen, som om den behandlas riktigt borde ha inverkan på en process. Ovan redovisades hur domstolen i praxis förbisett frågan, lyfts saken i tillräcklig utsträckning i processen torde domstolen vara tvungen att behandla frågan. Ett påstående om att vinning uppkommit genom intrånget bör sannolikt kunna åberopas som ett yrkande om jämkning, eller åtminstone som grund till att skadeståndet ska sättas ned. Ska domstolarna sen avkunna en korrekt dom måste, anser jag, frågan avhandlas i domskälen. Allt annat bör rimligen innebära att domstolar lämnar utrymme för ett överklagande. Redan nu anser jag att domstolar avkunnar domar som är så pass ospecificerade att deras riktighet kan ifrågasättas åtminstone i ett rättssäkerhetsperspektiv. Sätter man ytterligare tryck på domstolarna genom att poängtera på vilka grunder ersättningen ska beräknas skapas utrymme för överklagan om domstolen negligerar åberopandena. Om part A åberopar jämkning på grund av vinning i en process och domstolen underlåter att behandla frågan i sina domskäl menar jag att part A har en bra grund för en överklagan. Överklagan bör då stödja sig på att domstolen utverkat en dom behäftad med fel eftersom man inte tagit ställning till åberopandet om jämkning, något som kan ha stor inverkan på domslutet. Enligt de grunder som stadgas för överklagan anser jag att ett nekat prövningstillstånd vore diskutabelt.¹¹⁶

3.5.4 En parallell till expropriationsrätten

En kanske något märklig parallell är den som kan dras mellan skadeståndsrätten och expropriationsrätten. Ett antal intressanta avgöranden kan ge ökad förståelse för bland annat användningsområdet av RB 35:5. I expropriationslagens 4 kap stadgas uttryckligen att vid ersättning, hänsyn ska tas till förändrat marknadsvärde. När ersättningsbeloppet ska bestämmas tas hänsyn till den faktiska förändringen av marknadsvärdet som expropriationsföretaget medfört. Löseskilling ska motsvara det marknadsvärde som fastigheten skulle haft om inverkan från expropriationsföretaget inte förekommit.¹¹⁷ Som synes är likheterna till skadeståndsrättens ersättnings-system tydliga.

¹¹⁶ Jmf. RB 49:14

¹¹⁷ Lagkommentar till 4:2 Expropriationslagen, hämtad från Karnovs internetdatabas den 12 oktober 2011, kommentaren författad av Magnus Hermansson

Inom expropriationsrätten har jag funnit exempel på när RB 35:5 används för att jämka ersättning till ett högre belopp, NJA 1981 s. 933. Fallet gäller expropriation avseende ett antal fastigheter i Huddinge kommun. I målet hade kommunen förbisett att åberopa en presumtionsregel som innebär att värdeökningen under en tioårsperiod före ansökan om expropriation tillgodoräknas sökanden.¹¹⁸ En stadsplan hade upprättats, expropriationsföretaget syftade till att genomföra den byggnation stadsplanen föreskrev. Markvärdetegringen kunde härledas redan till stadsplanen och berodde inte på expropriationsföretaget, av denna anledning var inte 4:2 expropriationslagen tillämplig. Eftersom presumtionsregeln inte åberopats fick man nu istället räkna på ett belopp enligt den rätt till markanvändning som stadsplanen ger. Domstolen ansåg sig oförmögen att fastställa till vilken nivå priset skulle uppräknas. Av denna anledning använde man sig istället av RB 35:5 för att uppskatta en skälig nivå på prisökningen.

I ett annat fall från 1981¹¹⁹ är frågan om *compensatio lucri cum damno* uppe i samband med expropriation. Ett par tvingas flytta från en exproprierad lägenhet till en annan som kommunen erbjuder dem. Den nya lägenhetens årskostnad är mer än dubbelt så hög som den ursprungliga, på grund av detta stämmer paret kommunen och begär ersättning för denna höjda levnadskostnad. Domstolen medger att paret får en minskad möjlighet att disponera sina pengar, vilket är en olägenhet, men de erhåller samtidigt en väsentligen förbättrad levnadsmiljö. Här ska sägas att båda lägenheterna ansågs vara korrekt prissatta enligt marknaden. Domstolen ansåg i målet att paret för det fall att de tillerkändes ersättning för hyresökningen skulle göra en obehörig vinning i förbättrad boendemiljö. Tingsrätten utdömde ersättning, men detta ändrades i överinstanserna som ansåg att nyttan av det nya boendet väger upp skadan på ett sådant sätt att ersättning ej är lämpligt. En skiljaktig skriver i tingsrättens dom att ersättning bör utgå och uppskattas till skäligt belopp men menar också att detta ska göras genom RB 35:5. Paret har vunnit nytta genom höjd standard, men enligt den skiljaktige inte till ett värde motsvarande hela hyreshöjningen, denne skiljaktige anser istället att skälig ersättning ska utgå enligt RB 35:5.

Genom detta senare avgörande är det väldigt lätt att relatera till mina reflektioner ovan. Vad domstolen gör är helt enkelt att man erkänner en skada, men anser denna vederbörligen ersatt genom den nytta som uppkommit på grund av skadehandlingen. Genom principen om *compensatio lucri cum damno* anses inte kommunen ersättningskyldig eftersom paret i fallet genom skadehandlingen blev ersatta med en lägenhet som medförde sådan nytta att den motsvarade kostnaden för hyreshöjningen.¹²⁰ Skadeersättningen jämkas med hänsyn till den vinning av nytta som uppstått. I det första fallet i kombination med lydelsen av ExprL 4:1 och 4:2 ser vi att man jämkar ersättning åt båda hållen. Hänsyn tas till en

¹¹⁸ Syftet med presumtionsregeln är att en förändrad markanvändning till följd av en framtida expropriation inte ska tillgodoräknas markägaren. Denne har istället att visa att värdeökningen beror på annat än en förestående ändring beträffande markanvändningen.

¹¹⁹ NJA 1981 s. 1025

¹²⁰ Påpekas bör att paret accepterade boendet kommunen erbjuder.

minskning av markvärdet, men också till en höjning. Domstolen har funnit att RB 35:5 är lämplig vid jämkning i expropriationsbeslut. Mest intressant är förmodligen NJA 1981 s. 1025 där en skiljaktig i tingsrätten erkänner både skadan och nyttan, men finner att nyttan inte exakt motsvarar skadan utan uppskattar att kommunen är skyldig att betala 700 kr i ersättning. Uppskattningen görs med stöd av RB 35:5.

Vad jag försökt åstadkomma genom parallellerna med expropriationsrätten är att påvisa att det finns fall i vilka domstolen tar hänsyn till *compensatio lucri cum damno*. Fall vars karaktär inte är helt olik den som vi finner gällande immaterialrättsliga skadestånd. Att man dessutom använder sig av RB 35:5 vid sådana bedömningar inom expropriationsrätten tycker jag stärker teorin om att detta måste vara görligt även när målet gäller immaterialrätt och skadestånd.

3.6 Parallellen en såld kopia – ett osålt original

Som vi har sett ovan är en utgångspunkt för käranden ofta att en såld kopia motsvarar en originalprodukt som inte blivit såld, det dras en direkt parallell mellan kopian och originalet. Här menar jag att utrymmet för argumentation är omfattande. Ett första påpekande är att domstolarna inte har varit helt döva för en diversifierad syn; i Pirate Bay-målet ansåg domstolen, som ovan visats, inte att en nedladdning motsvarade en icke såld fil. Domstolen tog hänsyn till att alla kanske inte ämnade köpa originalet om inte nedladdningsalternativet funnits. Men det finns åtminstone ett ytterligare argument, man kan argumentera för att nedladdningen från Pirate Bay medfört fler försålda skivor. Detta anses säkert av många vara provocerande och det överrensstämmer kanske inte med verkligheten heller. Men om argumentet breddas något kan det ha bärkraft. Kan inte en skadegörare hävda att det begångna intrånget har ökat efterfrågan på marknaden? Jag anser det, i anslutning till ovanstående exempel och till exemplet med reklamintäkter menar jag att man som skadegörare i fler fall måste kunna framföra att det begångna intrånget även medfört positiva effekter och på så vis få ersättningskravet minskat. Betänk följande scenarion; Företag A ensamt har 100 % av marknaden, företag B börjar nu genom ett intrång konkurrera på samma marknad. Till följd av en ökad konkurrens så växer marknaden, vid tiden för stämning kanske marknaden är 120 %, kan dessa 20 % tillräknas A utan omsvep? I mitt tycke finns här utrymme för argumentation. Om företaget B kan visa att de utökat marknaden och skaffat kunder som inte skulle ha handlat av A oaktat intrånget kan dessa kunders köp knappast anses vara en skada för A. Oavsett skada måste B kunna hävda att deras arbete med att öka marknaden medför en vinst för A. Denna vinst ska i så fall avräknas på skadeståndet. I likhet med ovan gjorda reflektioner anser jag att det faktiska utfallet bör vara att skälig ersättning betalas för samtliga försålda produkter och ytterligare skada ersätts till den del som skadan kan knytas till A (alltså 100 % av den gamla marknaden,

inte 120 %). Dessutom finns det utrymme för avräkning på skadan om de kunder B skapat nu blir nya kunder hos A. Om B:s intrångsprodukt försvinner från marknaden kommer sannolikt B:s kunder söka sig till A som i exemplet är ensam leverantör. A:s marknad har ökat till följd av B:s intrång, en ökad marknad är vinning för A, avräkning bör göras.

För att utveckla scenariot än mer kan vi återigen använda oss av exemplet med ett intrångsföretag med särdeles högt anseende, med mycket trogna kunder. Precis som ovan har teknikföretaget A begått intrång i teknik som tillhör S och utnyttjat detta i en produkt som säljer i stor omfattning. S menar att tekniken är avgörande för den goda försäljningen. Under dessa förhållanden kan det eventuellt finnas förutsättningar för en argumentation som bygger på att A är ett företag med en stor andel ”trogna kunder”. Kunder som köper produkten för att den är satt på marknaden av A, oaktat vilken teknik produkten innehåller. A har genom patentintrånget skapat en bättre produkt än de annars kunde gjort, men eftersom A:s har ett gott anseende och stor del trogna kunder spelar detta inte någon roll. En stor del av de kunder som köper produkten skulle enligt resonemanget köpt den ändå, även om tekniken varit sämre. Här motsvarar knappast en såld produkt en förlorad i andra änden och S har i exemplet en stor uppförsbacke om man vill visa att varje såld intrångsprodukt är ett osålt original. Den här typen av resonemang går i normalfallet givetvis inte att styrka fullt ut till antal, men genom marknadsundersökningar går det garanterat göra antagligt att många produkter köpts oberoende av intrångstekniken. En skälig licensavgift kan säkert komma att drabba A, men den ytterligare skadans storlek torde i allra högsta grad kunna påverkas.

Likaså torde ett intrång begånget av ett stort bolag mot ett mycket mindre ge utrymme för en liknande argumentation. Företaget A har en bra produkt som de tillverkar och säljer 100 enheter av, försäljningen motsvarar maxproduktion. Företaget B gör intrång i rättigheten, tillverkar och säljer 1000 enheter, långt mer än vad A någonsin kunnat sälja. Här kan den uppkomna skadan näppeligen räknas på mer än 100 enheter. Skälig ersättning kommer givetvis räknas på hela försäljningen, men skadan kan inte göra det. Skada kan bara räknas på de enheter som skulle ha försålts av A, eftersom svensk rätt inte tillåter preventiva skadestånd överstigande skadans värde synes företaget B i angivet exempel ofta kunna göra en bra affär.

Många situationer är tänkbara vars inverkan gör att en såld kopia inte motsvarar ett osålt original. Vill man hårdra det menar jag att, för att skada ska anses ha uppkommit, måste rättighetsinnehavaren ha kunnat leverera motsvarande varje försåld kopia. Ett avbrott i produktionen gällande originalet, en period där man inte kunnat leverera innebär en period man inte kan kräva skadeersättning för. Åtminstone om produkten är av sådant slag att inköp är ett måste och inte sker huvudsakligen spontant. Om företag B tillverkar en produkt som innebär ett intrång i företag A:s rättigheter och

levererar detta under en period när A inte kan leverera kan knappast A ha lidit någon skada.¹²¹

3.7 Marknadssituationen vid intrångstillfället

Vi har sett hur många faktorer påverkar skadeberäkningen. Jag vill nu specifikt belysa hur marknadens utseende påverkar skadan. Här finns en tydlig skillnad de immaterialrättsliga rättigheterna emellan. I intrång till varumärken och viss upphovsrätt synes det tydligt att man får se till nyttan av intrånget,¹²² vad har rättighetshavaren förlorat osv. Vilken påverkan har intrånget haft på marknaden, hur hade den sett ut oaktat intrånget. I Pirate Bay-målet ser vi hur marknaden påverkar beräkningen, rättighetsinnehavarnas förluster räknas mot lagliga nedladdningskostnader. Att nedladdningen skadar CD-skivan som objekt är ett argument som förbises. Marknaden har förändrats och kostnadsberäkningen följer med.

Avseende uppfinningar och exempelvis verk skyddade av brukskonstskyddet, vars syfte är att sälja i stor omfattning kan bakgrunden vara en annan. Vad jag söker belysa är åtskillnaden mellan varor som konkurrerar med sig själv och sina kopior och varor som existerar i en konkurrenssituation med lagliga produkter som tjänar samma syfte. Det enklaste sättet att skilja dem åt är kanske att tänka sig en skiva av artisten A, vid intrång i rättigheterna torde intrånget vara direkt hänförligt till det enskilda verket. Vid intrång i en patentskyddad produkt eller till en produkt skyddad av brukskonstskyddet finns det kanske en mängd produkter som är ekvivalenta. Intrånget är kanske inte hänförligt endast till en enda produkt. Avseende till exempel värktabletter är marknaden enorm, begås intrång mot en produkt måste man vid skadeberäkningen vara medveten om att nedgång i försäljningen kan bero på annat. En laglig konkurrent kanske marknadsför aggressivt osv. Vidare kan man förmodligen inte räkna på intrångsbolagets försäljning för att mäta skadan. Marknadsandelar som intrångsbolaget tagit kanske inte enbart är hänförliga till bolaget som hävdar intrång, flera bolag kanske har skadats.

I det allra enklaste fallet begås ett intrång mot ett företag i monopolställning, ett företag som kan argumentera för att de äger 100 % av marknaden. Vi har ovan studerat argumentationen en såld vara, ett osålt original, en diskussion som torde vara vanlig vid intrång mot monopolföretag. Mer ofta än sällan torde dock intrång begås i en marknad som är mer öppen, där konkurrenterna är flera. Utgångspunkterna för skadeberäkningen blir då helt andra. Det finns givetvis en rad faktorer som kan vara behjälpliga vid en sådan intrångssituation. En första utgångspunkt kan ofta vara marknadsandelar. I en strävan efter att fastställa sin skada kan den skadelidande påbörja en

¹²¹ Här menar jag skada på försäljningen under perioden, företaget kan säkerligen drabbas av "bad will" vilket kan påverka framtida försäljning.

¹²² Jmf. exempelvis databasrätten i ATG-fallet

uträkning genom att försöka fastställa hur mycket marknadsandelar som gått förlorade genom intrånget. Enligt ersättningsparagrafernas lydelse kan man om det är svårt att räkna på sin egen förlust i vissa fall räkna på intrångsgörarens vinst. Att då se närmare på vilka marknadsandelar intrångsgöraren vunnit på den skadelidandes bekostnad syns rimligt. Genom en marknadsundersökning som påvisar konkurrensförhållanden och originalvarans ställning på marknaden har man lagt en grund för en bra skadeberäkning.¹²³ I ett fall från 1989 ansåg domstolen att en tillverkare av lyftknaster ”i sådan grad gjort sannolikt att bolaget skulle ha fått svara för leveransen” att man fick anse att bolaget fullgjort sin beviskyldighet, ersättning kunde således utdömas.¹²⁴ Tillverkaren kunde alltså frambringa undersökning som visade att man, fränsett intrångsgöraren, skulle fått leverera de produkter man yrkade ersättning för. Tyvärr motiverar inte domstolen ställningstagandet; att leveransen skulle ha tillfallit Bromma Conquip, men fallet belyser ändå hur undersökningar styrker en parts position under en ersättningsprocess. I motsvarande mån gäller det naturligtvis för intrångsgöraren att försöka påvisa för domstolen att skadelidande inte alls med självklarhet skulle vara ensam leverantör. Av stort intresse hade givetvis en motivering av ovan redovisat ställningstagande varit, det skulle ha kunnat belysa vilket beviskrav som lades på den skadelidande. ”I sådan grad gjort sannolikt” är uttrycket vi har att förhålla oss till, klart torde vara att det inte kan innebära att den skadelidande styrkt sitt åberopande. Utöver detta svävar vi vad det verkar fortfarande i ovisshet.

Viss klarhet kan man kanske få ifrån ett fall som gällde intrång i ett patent för stasbindor. Här yrkade den skadelidande på ersättning för förlust relaterat till 25 991 bindor, vilket motsvarade det totala antalet bindor intrångsgöraren hade försålt. I målet förebragtes en stor mängd information för att belysa den svenska konkurrens- och marknadssituationen. Intrångsgörarens inställning var att rättighetsinnehavaren inte åsamkats någon förlust och bestred rätten till ersättning för ytterligare skada. Den skadelidande parten hade drabbats av en väsentlig försäljningsnedgång, men domstolen ansåg inte den förelagda undersökningen styrka att skadan var så stor som gjorts gällande. Istället tillerkändes företaget ersättning med ett belopp som motsvarade utebliven vinst för 9000 bindor.¹²⁵

Konklusionen är således att en part kan tjäna mycket på att utreda marknadssituationen innan en eventuell tvist.

¹²³ Förnell - Skadestånd vid patentintrång s. 52

¹²⁴ Westlander & Törnroth – Patent, allmänna domstolars praxis, det aktuella fallet är; Bromma Conquip AB ./ Ctab AB m.fl. T 1253/89, s. 81ff

¹²⁵ Westlander & Törnroth - Patent, allmänna domstolars praxis, fallet är Prämeta Präzisionsmetall – und Kunststoffherzeugnisse G Bauman & Co ./ Seleftrade AB, T 7-119-88, s. 97ff

4 Avslutande reflektioner

Jag skrev i inledningen till detta arbete att jag ville studera hur domstolarna hanterar ersättningsbestämmelserna vid immaterialrättsliga intrång. Det har påpekats från många håll, inte minst i litteraturen, att domstolarna måste bli mer tydliga i sina motiveringar när fall rörande immaterialrättsliga skadestånd avdöms.¹²⁶ Denna brist har jag tydligt uppmärksammat, vad jag också uppmärksammat är att i dessa oklara situationer finns möjligheter. Genom att undvika att tydligt formulera vad som grundar ett skadestånd och att i allt för stor grad förlita sig på skälighetsuppskattningsregeln i RB 35:5 har domstolarna skapat ett rättsläge där stor osäkerhet råder. Jag har stundtals varit tuff i min kritik. Jag inser givetvis svårigheterna i att göra dessa skadeståndsberäkningar, det svenska ersättningssystemet är inte uppbyggt kring schabloner utan enligt en strävan att uppnå rättvisa i form av full ersättning. I och med den inbyggda svårigheten i att värdera skadan av ett intrång framstår målet om full ersättning allt som oftast som en utopi. Jag har i arbetet berört alternativ till dagens skadeståndsmodell, jag anser inte att det finns ett bättre alternativ än det vi har idag. Schablonisering är det närmast tänkbara alternativet, men det är allt för svårt att anpassa schabloner till alla upptänkliga situationer varför det systemet framstår som otillräckligt. Istället förespråkar jag som jag nämnt flertalet gånger i arbetet en ökad tydlighet. Genom en ökad tydlighet ökas möjligheten till kritik, domstolarna löper kanske också en större risk att uppmärksammas för felbedömningar. Detta får väl misstänkas vara anledningen till dagens dåligt motiverade domslut. I svårigheten att mäta skadans värde riskerar domstolen att begå många fel, genom att uppskatta ett belopp utan att visa dess ursprung undgår man i viss mån denna risk. Kritiken blir då en annan, liknande den som förts fram här. I det omskrivna fallet om Drängarnas musikstycke väljer domstolen att motivera hur den skäligen ersättningen beräknats, genom detta har man fått utstå mycken kritik, men diskussionen kan åtminstone medföra en utveckling.

Arbetets hela syfte har varit att resonera kring möjligheterna att utnyttja den ovan berörda oklarheten till sin fördel. Min mening är att argumentationsmöjligheterna är stora, motsatsen är inte visad och jag tycker personligen att flera av de argument som jag fört fram i uppsatsen är sådant som åtminstone måste tas upp av domstolen innan de avfärdas.

Något som jag funnit väldigt intressant är principen om *compensatio lucri cum damno*, vinning i skada är synnerligen relevant och aktuellt inte minst sett till ökningen av intrång över internet. Även här är det svårt att kalkylera skadan, men kan man tillräkna sig möjligheten att använda RB 35:5 också här är möjligheterna stora att som intrångsgörare i vissa fall få avräkna delar av ersättningsbeloppet. Från detta område drog jag en parallell till expropriationsrätten, en i efterhand inte så långsökt parallell. Inom expropriationsrätten har *compensatio lucri cum damno* varit föremål för

¹²⁶ Se exempelvis Jilmstad – Immaterialrättsliga skadestånd s. 64f

diskussion i samband med användningen av RB 35:5. Genom denna parallell tycker jag mig visa på lämpligheten att, även inom immaterialrättsliga skadestånd, göra den här typen av beräkningar.

I arbetet har jag givit mig själv utrymme att bredda argumentationen kring den typiska skadeståndsfrågan. Jag har försökt påvisa att en mer öppen syn på processen kan ha sina fördelar, mycket kan ifrågasättas. Jag tycker mig ha visat att tariffer inte är oklanderliga, att parallellen en kopia ett original sällan är aktuell, hur marknadssituationen måste tas med i beräkningen osv. Jag har försökt åstadkomma mer än ett ifrågasättande, jag ifrågasätter tillvägagångssättet som det ser ut idag, men framför också ett antal faktorer som, om de tas i beaktande, kan leda till ett nytt tillvägagångssätt. Uppsatsen har skrivits i ett kommersiellt perspektiv, med klientens bästa i åtanke, kritiken mot domstolarna bör läsas med detta i åtanke.

Käll- och litteraturförteckning

Artiklar

- Bernitz, Ulf
NIR 2004 s. 369ff -
Upphovsrättsorganisationernas rörelsefrihet och ansvar som monopolister. En annan syn på Hotell du Nord-avgörandet i svenska HD.
- Karnell, Gunnar
NIR 2004 s. 189ff
Skälig tariff – oskälig rabatt?
- Kleineman, Jan
Studier i kontrakts och skadeståndsrätt – Södra Roslags tingsrätt som första instans i ett viktigt prejudikatmål. Jure förlag, Elanders Sverige AB, Mölnlycke 2011
- Kleineman, Jan
Studier i kontrakts och skadeståndsrätt - Ren förmögenhetsskada – den fortsatta utvecklingen, festskrift till Gertrud Lennander 2010, Jure förlag, Elanders Sverige AB, Mölnlycke 2011
- Radetzki, Marcus & Eltell, Tobias
Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt, NIR 3/2005 s. 230 (citeras; Radetzki & Eltell – Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt)
- Tonell, Magnus & Karlsson, Niklas
Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång - Särskilt om ersättningsberäkningen NIR 3/2006 s. 219 (citeras; Tonell & Karlsson - Ersättning för lidande eller annat förfång vid upphovsrättsintrång)

Litteratur

- Andersson, Håkan *Skyddsändamål och adekvans - om skadeståndsansvarets gränser* Iustus förlag AB Uppsala, Graphic Systems AB Göteborg 1993 (citeras; Andersson – Skyddsändamål och adekvans – om skadeståndsansvarets gränser)
- Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland *Skadeståndslagen en kommentar*, Norstedts juridik AB, Elanders Gotab, Stockholm 2006 (citeras; Bengtsson & Strömbäck - Skadeståndslagen en kommentar)
- Bernitz, Ulf., Karnell, Gunnar., Pehrson, Lars & Sandgren, Claes *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, tionde upplagan, Stockholm, Elanders Vällingby 2007 (citeras; Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren – Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens)
- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert *Rättegång, fjärde häftet*, sjätte upplagan, Norstedts juridik AB Graphic Systems, Göteborg 1995 (citeras; Ekelöf & Boman – Rättegång fjärde häftet)
- Förnell, Petra *Skadestånd vid patentintrång*, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet, Jure bokhandel, Stockholm 1997 (citeras; Förnell – Skadestånd vid patentintrång)
- Hellner, Jan *Skadeståndsrätt*, femte upplagan, Juristförlaget, Gotab, Stockholm, 1996
- Hellner, Jan & Marcus Radetzki *Skadeståndsrätt* Åttonde upplagan, Norstedts juridik AB, Elanders Visby 2010 (citeras; Hellner & Radetzki – Skadeståndsrätt)

- Jilmstad, Jenny *Immaterialrättsliga skadestånd – Upphovsrätt, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet, Jure bokhandel 1997 (citeras; Jilmstad – Immaterialrättsliga skadestånd)*
- Kleineman, Jan *Studier i kontrakts och skadeståndsrätt, Jure förlag, Elanders Sverige AB, Mölnlycke 2011*
- Levin, Marianne *Lärobok i Immaterialrätt Nionde upplagan, Norstedts juridik AB, Elanders Vällingby 2007 (citeras; Levin – Immaterialrätt)*
- Olsson, Henry *Upphovsrättslagstiftningen en kommentar, andra upplagan, Norstedts juridik AB, Elanders Gotab, Stockholm 2006 (citeras; Olsson – Upphovsrättslagstiftningen)*
- Radetzki, Marcus *Praktisk skadeståndsbedömning Studentlitteratur AB Lund, Holmbergs i Malmö 2010 (citeras; Radetzki – Praktisk skadeståndsbedömning)*
- Radetzki, Marcus *Orsak och skada – Om tolkning av ansvarsbegränsande orsaksvillkor i avtal om egendomsförsäkring Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Elanders Gotab, Stockholm 1998 (citeras; Radetzki – Orsak och skada)*
- Westlander, Olle & Törnroth, Lennart *Patent – Allmänna domstolars praxis åren 1983-1991 Juristförlaget, Gotab Stockholm 1995 (citeras; Westlander & Törnroth – Patent - Allmänna domstolars praxis)*

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

- NJA 1944 s. 164 (Tågolycka)
- NJA 1955 s. 89 (Snöplogning skada på bil)
- NJA 1959 s. 181 (Billigare levnadskostnader)
- NJA 1961 s. 473 (Inneboende skada)
- NJA 1981 s. 622 (Fenol i fiskdamm)
- NJA 1981 s. 933 (Expropriation I)
- NJA 1981 s. 1025 (Expropriation II)
- NJA 1984 s. 34 (Bootleg)
- NJA 1986 s. 702 (Demonstrationsmusik)
- NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika)
- NJA 1996 s. 354 (Stadens Löjtnant)
- NJA 1996 s. 712 (Jas-kraschen)
- NJA 1998 s. 633 (JAHAB)
- NJA 2002 s. 178 (Drängarnas musikstycke)
- NJA 2003 s.465 (Hotell du Nord)
- NJA 2005 s. 180 (Formsprutarna)

Underrätter

- T 7-119-88 (Prämeta Präzisionsmetall – und Kunststofferzeugnisse G Bauman & Company ./ Selefatrade AB)
- T 1253-89 (Bromma Conquip AB ./ Ctab AB m.fl.)
- T 89-91 (Bind-O-Matic ./ Boreco)

Malmö Tingsrätts dom T 5171-03 (Com Hem)

T 16297-07 (ATG ./ Unibet)

B 4041-09 (Pirate Bay)

NIR 1995 s. 322 (Slaskskrapan) Göta hovrätt dom den 3 november 1994
målnummer T 610-93

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 s. 95, Kungl. Maj:ts proposition med förslag till
skadeståndslag m.m.; given Stockholms slott den 14 januari 1972

Prop. 1987/88:1 om ändring i rättegångsbalken (enskilt anspråk vid
förundersökning och rättegång)

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

Ds 2007:19 – Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område

Internetkällor

Zeteos kommenterade lagtext på Internet, 1/9-11 och 13/9-11, kommentar
till RB 35:5,
<http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/ppc/template.htm;jsessionid=2865ECB6040EA3542C0A83C797E75A6B?view=main>

Lagkommentar till 4:2 Expropriationslagen, hämtad från Karnovs
internetdatabas den 12 oktober 2011, kommentaren författad av Magnus
Hermansson.
<http://juridik.thomsonreuters.se.ludwig.lub.lu.se/app/document?srguid=ia744c067000001338c79e96059d600ca&docguid=i7E62EB96EFAA2857E040DF0A17655DDD>