



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emil Kunéll

Regleringen av skadestånd vid intrång i
ensamrätt till varumärke
En rättviseteoretisk analys av avvägningen mellan parternas
intressen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: HT19

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	9
1.5 Teori	11
1.6 Forskningsläget	12
1.7 Disposition	13
2 SVENSK RÄTT OM SKADESTÅND VID INTRÅNG	14
2.1 Inledning	14
2.2 Varumärkeslagen utgör rättslig grund för skadestånd	14
2.3 Allmänna skadeståndsrättsliga principer	17
2.3.1 Inledning	17
2.3.2 Mivitotal-målet	17
2.3.2.1 Omständigheter	17
2.3.2.2 Högsta domstolens uttalanden	18
2.3.2.3 Analys av målets relevans för intrångsmål	19
2.4 Relevant lagstiftning och allmänna skadeståndsrättsliga principer	21
2.4.1 Inledning	21
2.4.2 Subjektiva förutsättningar för ansvar	21
2.4.3 Kravet på adekvat kausalitet	22
2.4.4 Den skadelidandes skyldighet att begränsa skadan	25
2.4.5 Skadans omfattning	26
2.4.5.1 Utebliven vinst	26
2.4.5.2 Intrångsgörarens vinst	27
2.4.5.3 Goodwill	28
2.4.5.4 Rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås	29
2.4.5.5 Särskilt allvarliga intrång	30

2.5	35 kap. 5 § RB	30
3	GÄLLANDE EU-RÄTT	33
3.1	Inledning och bakgrund	33
3.2	Sanktionsdirektivet	34
3.2.1	Inledning	34
3.2.2	Artikel 13(1)	35
3.3	Allmänna utgångspunkter för tolkning av sanktionsdirektivet	37
3.3.1	Bakgrund	37
3.3.2	C-367/15 (Dubbel licens)	39
3.3.3	Sammantaget om tolkningen av sanktionsdirektivet	40
3.4	Fastställande av sanktionsdirektivets krav	40
3.4.1	Subjektiva förutsättningar för ansvar	40
3.4.2	Kravet på adekvat kausalitet	41
3.4.3	Skyldighet att begränsa skadan	41
3.4.4	Skadans omfattning	42
3.4.4.1	Utebliven vinst	42
3.4.4.2	Intrångsgörarens vinst	43
3.4.4.3	Ytterligare ekonomiska skador	44
3.4.4.4	Rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås	45
3.4.4.5	Skador av icke ekonomisk natur	46
3.4.5	Schablonbaserat skadestånd	46
3.5	Analys och sammanfattning	47
4	SLUTSATSER OM GÄLLANDE RÄTT	49
4.1	Inledning	49
4.2	Direktivkonform tolkning av nationell rätt	49
4.3	Gällande rätt	50
4.3.1	Subjektiva förutsättningar för ansvar	50
4.3.2	Kravet på adekvat kausalitet	51
4.3.3	Begränsning av skadan	52
4.3.4	Skadans omfattning	52
4.3.4.1	Uteblivna intäkter	52
4.3.4.2	Goodwill-förluster	53
4.3.4.3	Intrångsgörarens vinst	53
4.3.4.4	Intrångsgörarens intresse av att intrång inte begås	53
4.3.4.5	Särskilt allvarliga intrång	55
4.3.4.6	Schablonbaserat skadestånd	56
4.4	Slutsatser	56
5	ETT RÄTTVISETEORETISKT PERSPEKTIV	58
5.1	Inledning	58
5.2	Rättsvetenskap	58
5.2.1	Definition av rättsvetenskap	58

5.2.2	Rättsvetenskapen och intrång i varumärke	60
5.3	Analys	61
5.3.1	Skadeståndets reparativa funktion	61
5.3.2	Skadans omfattning som förutsättning för reparation	63
5.3.3	EU-rättens alternativa reglering	65
5.3.4	Rättsvetenskapen och adekvat kausalitet	67
5.3.5	Skademiminerande åtgärder och utredningsåtgärder	68
5.3.6	Intrångsgörarens otillbörliga vinst	69
5.4	Sammanfattande analys	70
6	AVSLUTANDE SLUTSATSER	72
6.1	Gällande rätt	72
6.2	Analys	72
6.3	Avslutande diskussion	73
BILAGA A		75
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		76
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		80

Summary

The means of enforcing intellectual property rights are considered paramount for the success of the internal market of the European Union. Hence, both the Union and its member states have ambitious regulation in place to protect intellectual property and to enforce such protection. The regulation consists of both criminal law and civil law sanctions; however, the most essential means of enforcement – in the eyes of the holder of intellectual property – is the infringer's payment of damages.

The purpose of this paper is to undertake an analysis of the Swedish legislation on an infringer's liability to pay damages. Initially, however, the legal foundation for such liability is established. Thereafter, the law is determined by the application of the traditional legal method (Swedish: *rättsdogmatisk metod*). In addition, the relevant EU-law is established in order to determine the influence it provides on the Swedish national legislation.

The law is analyzed from the perspective of corrective justice. Following the analysis, the most central conclusion is that the Swedish national legislation has not been made in an acceptable manner. The reasoning behind this conclusion is that the law does not enable the complete compensation of the holder of the intellectual property subject to the infringement. Furthermore, it is proposed in the paper that the Swedish law should be supplemented with the possibility of setting the payment of the damages to a lump sum, which is done within the Enforcement Directive. The proposal is not only compliant with Swedish legal tradition of compensatory damages but also with the demands of the Enforcement Directive.

Sammanfattning

Genomdrivandet av den immateriella skyddslagstiftningen är av största vikt för den inre marknaden. Såväl EU som medlemsstaterna har därför ambitiös skyddslagstiftning. I gällande rätt finns såväl straffrättsliga som civilrättsliga sanktioner. För rättighetshavare betraktas rätten till skadestånd som den mest centrala sanktionen.

Denna uppsats syftar till att analysera gällande rätt, närmare bestämt rätten som ålägger intrångsgörare att utge skadestånd till den rättighetshavare som åsamkats skada med anledning av det aktuella intrånget i dennes varumärkesrättsliga ensamrätt. Analysen möjliggörs först och främst av att det utreds vilken den rättsliga grunden är som föreskriver sådan skadeståndsskyldighet. Därefter fastställs innehållet i gällande rätt med hjälp av rättsdogmatisk metod. För att utvärdera på vilket sätt den svenska rätten påverkas av EU-rättsliga bestämmelser så fastställs också innebörden av relevant EU-rätt.

Gällande rätt analyseras utifrån ett rättviseteoretiskt perspektiv. Analysens viktigaste slutsats är att rättighetshavarens och intrångsgörarens respektive intressen inte avvägs på ett godtagbart sätt. Skälet till detta är att gällande rätt inte ger förutsättningar för att på ett fullgott sätt ålägga intrångsgöraren att utge skadestånd som helt reparerar den skada som vållats rättighetshavaren. I uppsatsen föreslås att bristen avhjälps genom införande av möjligheten att bestämma skadeståndets storlek på grundval av schablon. Ett sådant införande skulle vara konformt med såväl den svenska traditionen av kompensatoriska skadestånd som med de krav som sanktionsdirektivet ställer.

Förord

Stort tack till min handledare professor Birgitta Nyström, för din handledning. Tack för din alltid välmotiverade och konstruktiva kritik och ditt genuina engagemang.

Stort tack till mina kollegor NJORD Law Firm och naturligtvis i synnerhet Emelie Svensson, för möjligheten att författa detta stycke text med din feedback och stöttning. Jag ser fram emot att fortsätta arbeta tillsammans i Köpenhamn.

Det allra största tack till min familj; utan er hade studietiden i Lund inte varit möjlig. Länges har jag sett fram emot att ta med mig min examen och komma hemåt – nu börjar det närma sig ordentligt. Speciellt tack till dig, Cornelia, för att du ömsom dragit och ömsom knuffat mig igenom de senaste åren och för att du stått ut med mig under hela tiden. Det känns mig som om vi båda nu avslutar juristprogrammet men tar emot blott en examen. För det står jag i skuld till dig.

Det är dags att avsluta juristprogrammets sista termin.

Lund, den 5 februari 2020

Emil

Förkortningar

TRIPS	The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development

1 Inledning

1.1 Bakgrund

”Det måste hållas för visst att varumärkesintrånget medfört skada för Detex genom att Qvinny-märkets särskiljningsförmåga försvagats. Skadan kan skäligen skattas till det av Detex yrkade beloppet 5 000 kr.”¹

Dessa två meningar utgjorde i slutet av 70-talet Högsta domstolens domskäl avseende uppskattningen av huruvida ett intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt åsamkat skada för rättighetsinnehavaren, vilken typ av skada som åsamkats samt skadans värde. Det ska framgå nedan att betydande utveckling har skett beträffande det tillvägagångssätt som används för att bestämma skadans värde. Det ska också framgå att beröringsytan mellan immaterialrätt och skadeståndsrätt alltjämt är i behov av utveckling.²

Att särskilja sig på marknaden, med ett starkt varumärke, blir ett allt viktigare inslag i dagens näringsidkares verksamheter.³ Att upprätthålla ett starkt varumärkesrättsligt skydd gynnar emellertid inte bara rättighetshavarna utan också samhället i stort. Den uteblivna försäljningen på grund av immaterialrättsliga intrång uppgick under 2016 till 16,7 miljarder kronor, endast för svenska rättighetshavare.⁴ För den svenska staten innebar detta uteblivna skatteintäkter motsvarande 1,8 miljarder kronor.⁵

För att det skydd för ensamrätt till varumärke som rättssamhället tillhandahåller ska vara mer än blott illusoriskt krävs kraftfull och väl avvägd

¹ NJA 1977 s. 422.

² Jfr. Andersson; Håkan, 2017, s. 291 f. Andersson uttrycker det som att vi ”måste få en operationell, praktisk skadeståndsrätt som kan möta – och därmed skydda – de icke-materiella rättspositionerna genom effektiva rättsmedel”.

³ Inte sällan hör immateriella rättigheter de till näringsidkares mest värdefulla. Se härom exempelvis Levin (2017) s. 386. Se också Carlén och von Essen (2010) s 11.

⁴ OECD (2019) s. 47.

⁵ OECD (2019) s. 32.

skyddslagstiftning.⁶ Det civilrättsliga skyddet för rättighetshavaren består dels av ensamrätt att nyttja varumärket i näringsverksamhet och dels av rätt till skadestånd då ett intrång i denna ensamrätt åsamkat skada för rättighetshavaren.⁷ För att rätten till skadestånd ska fungera på ett eftersträvat sätt krävs att immaterialrätten och skadeståndsrätten fungerar tillsammans.⁸ Välgrundade metoder och tillvägagångssätt som kombinerar immaterialrätt och skadeståndsrätt är således en förutsättning för att det immaterialrättsliga skyddet ska ge önskad effekt.

Vid intrång i varumärkesrättslig ensamrätt bestäms skadeståndets storlek på basis av skadans värde. Det sätt på vilket skadans värde uppskattats vid immateriella intrång är emellertid föremål för återkommande kritik.⁹ Dessutom har det uppmärksammats, såväl av lagstiftaren som i den juridiska litteraturen, att det föreligger betydande bevisvårigheter beträffande bevisning av skadans omfattning.¹⁰ Det faktum att risken är påtaglig att rättighetshavare som drabbats av intrång inte når framgång med en skadeståndstalan, har lett till att rättighetshavare som drabbats av intrång underlåtit att hävda sin rätt.¹¹ I doktrinen har ett flertal metoder föreslagits för att komma tillrätta med denna problematik.¹² Såväl införande av straffliknande skadestånd som skadestånd beräknat på intrångsgörarens vinst har föreslagits som lämpliga rättsliga lösningar för att höja ersättningsnivåerna.¹³ Diskussionen om metoder för bestämmande av skadans omfattning förefaller ändå nedprioriteras till förmån för frågor om förutsättningar för immaterialrättsligt skydd.¹⁴ Med anledning av att

⁶ Se Levin (2017) s. 554.

⁷ 1 kap. 10 § och 8 kap. 4 § Varumärkeslag (2010:1877) (härefter varumärkeslagen).

⁸ Andersson (2014) avsnitt 1, stycke 4–5.

⁹ Borgenhäll (2000) s. 154; Levin (2017) s. 579 f. Se för vidare diskussion om skadestånd vid immaterialrättsintrång prop. 2008/09:67 s. 234. Se för kritik inom patenträtten Engström (2016) s. 85–111.

¹⁰ Prop. 2008/09:67 s. 234. Se även Bernitz (2017) s. 434 och Levin (2017) s. 579 f.

¹¹ Levin (2017) s. 555. Jfr i sammanhanget Nordell, 1994, s. 311.

¹² Se exempelvis von Heidenstam (2000) s. 132–137.

¹³ Det upprepas emellertid att straffliknande skadestånd inte ska komma i fråga, se prop. 2008/09:67 s. 230 ff. Jfr. Engström (2016) särskilt s. 93 ff. Se också för detta angreppssätt Riis (2005) s. 606 ff. Även skadepresumtion har föreslagits, se SOU 2001:68, s. 138.

¹⁴ Andersson (2014) avsnitt 3, stycke 1.

skadestånd utgör det viktigaste inslaget i det immaterialrättsliga sanktionssystemet framstår detta som olyckligt.

I den pågående debatten förefaller betydande oriktiga uppfattningar ha förekommit. Exempelvis har i tidskriften Nordiskt Immateriellt Rättsskydd publicerats en artikel i vilken författaren menar att Högsta domstolen bekräftat att allmänna skadeståndsrättsliga principer ska tillämpas för bestämmandet av ersättning vid intrång i varumärkesrättslig ensamrätt.¹⁵ Det har också påståtts att skadeståndslagen utgör grunden för skadestånd vid immaterialrättsligt intrång.¹⁶ Det ska framgå nedan att dessa påståenden är oriktiga.

Genom sanktionsdirektivet¹⁷ ställer EU krav på medlemsstaterna att tillhandahålla lagstiftning till skydd för immateriell egendom. Ett av de krav som sanktionsdirektivet ställer är att tillhandahålla regler som ålägger intrångsgörare skyldighet att utge skadestånd till den som drabbats av intrånget.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att analysera gällande rätt utifrån ett rättviseteoretiskt perspektiv. Analysen ska särskilt präglas av en utvärdering av avvägningen mellan de mot varandra stående intressena som lagstiftningen ger uttryck för. Mot bakgrund av vad som anförts i avsnitt 1.1 finns emellertid ett behov av att först utreda vilken reglering som utgör den rättsliga grunden för skadeståndsansvar vid intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt. Innan analysen kan företas fordras också att innehållet i gällande rätt fastställs.

¹⁵ Hamilton (2017) s. 473.

¹⁶ Hamilton (2017) s. 472.

¹⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter. Internationellt görs referenser till direktivet ofta som ”Enforcement Directive”. För svenskt vidkommande har såväl sanktionsdirektivet som genomförandedirektivet vunnit företräde. Även den internationellt gångbara förkortningen IPRED-direktivet används. I denna uppsats används benämningen sanktionsdirektivet.

För att möjliggöra en analys av gällande rätt ska följande frågeställningar besvaras.

1. Vilken är den rättsliga grunden för skadeståndsansvar vid intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt?
2. Vad utgör gällande rätt beträffande skadestånd vid intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt?

Analysen genomförs genom att följande frågeställning besvaras.

3. Utgör, utifrån ett rättviseteoretiskt perspektiv, gällande rätt en godtagbar avvägning mellan de mot varandra stående intressena som representeras av ett partsförhållande mellan en rättighetshavare och en intrångsgörare?

1.3 Avgränsningar

Inom den allmänna skadeståndsrätten görs en väsentlig gränsdragning mellan inom- respektive utomobligatoriska skadeståndsanspråk. Gränsdragningen är av stor betydelse avseende immaterialrättsliga licensförhållanden där klassificeringen av ett skadeståndsanspråk som ett inom- eller utomobligatoriskt skadestånd inte sällan är förenat med betydande svårigheter. I uppsatsen avhandlas endast regleringen av utomobligatoriska skadeståndsanspråk.

Inom varumärkeslagen regleras intrång som begåtts i ond tro åtskilt från intrång som begåtts i god tro. Uppsatsen avgränsas från att behandla regleringen av intrång som skett i god tro.

Inom ramen för uppsatsens ämnesområde, i synnerhet inom ramen för rättighetshavarens faktiska möjlighet att nå framgång med en skadeståndstalan, är bevisbördans placering och beviskravet av väsentlig betydelse. Av uppsatsens syfte framgår emellertid att en bevismässig

dimension inte är avsedd. Skälet till att bevismässiga aspekter inte berörs närmare är att detta inte medges med hänsyn till uppsatsens omfång.

Med anledning av att uppsatsen avgränsas från den bevismässiga dimensionen har svårigheter uppkommit i relation till gränsdragningen vid rättegångsbalkens¹⁸ processuella bevislätnadsregel i 35 kap. 5 § rättegångsbalken. Bestämmelsen ger domstolen möjlighet att, då bevisning om skadan inte kan eller endast med svårighet kan föras, bestämma skadan till ett skäligt belopp. Lagrummet ges i denna uppsats inte en uttömmande redogörelse. För att ge läsaren en mer övergripande bild av gällande rätt redogörs emellertid översiktligt för regleringens innebörd.

I uppsatsen avhandlas inte samtliga delar av den utomobligatoriska skadeståndsrättens allmänna del. Exempelvis finns allmänna principer avseende situationen att flera personer är skadeståndsskyldiga. Den aktuella skadeståndsbestämmelsen i 8 kap. 4 § varumärkeslagen tar sikte på en identifierad skadevällande handling och en identifierad skadevällare som företagit handlingen. Mot bakgrund av rättens utformning avgränsas uppsatsen från att avhandla allmänna principer om ansvarsfördelning i situationer med flera skadeståndsskyldiga. Uppsatsen avgränsas på motsvarande sätt från allmänna principer om inverkan av eventuell skadeförsäkring på rättighetshavarens sida.

1.4 Metod och material

Besvarandet av uppsatsens andra frågeställning ska fastställa innehållet i gällande rätt. Det aktuella rättsområdet präglas av betydelsefulla EU-rättsliga krav. Med anledning av att innehållet i gällande rätt fastställs bland annat med direktivkonform tolkning, är en redogörelse för innehållet i den relevanta EU-rätten en förutsättning för besvarandet av uppsatsens andra frågeställning. Den svenska rätten fastställs med rättsdogmatisk metod. Innehållet i relevant EU-rätt fastställs med EU-rättslig metod.

¹⁸ Rättegångsbalk (1942:740) (härefter rättegångsbalken).

Den rättsdogmatiska metoden går ut på att fastställa gällande rätt. Gällande rätt fastställs genom en beskrivning och systematisering av de relevanta rättsreglerna.¹⁹ Rättsregeln konstrueras genom tolkning av de rättskällor som betraktas som allmänt accepterade. Utpekandet av vilka rättskällor som är relevanta för att fastställa gällande rätt benämns rättskälleläran. De konventionellt nyttjade rättskällorna utgörs av lagstiftning, praxis, förarbeten och i viss omfattning den juridiska doktrinen.²⁰ Då lagtexten tolkas finns ett flertal allmänt accepterade hjälpregler. Med anledning av att rätten påverkas av innehållet i EU-rätten krävs även att hänsyn tas till denna. Inom ramen för rättsdogmatisk metod används således också direktivkonform tolkning. Det finns anledning att återkomma till en närmare redogörelse för direktivkonform tolkning.

EU-rättslig metod syftar till att beskriva hur svensk nationell rätt ska tolkas och tillämpas i förhållande till EU-rättens krav. Det finns ett flertal metoder som kan användas för att fastställa EU-rättens innehåll.²¹ I uppsatsen används den EU-rättsliga metod som beskrivits av Jörgen Hettne. Metoden lämpar sig väl för att beskriva vilka krav EU-rätten ställer på svensk rätt.

Hettne beskriver den EU-rättsliga metoden på följande sätt. Inledningsvis granskas de grundläggande fördragen och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Därefter studeras grundläggande rättsprinciper, internationella konventioner och sekundärrätt.²² EU-domstolens tolkning av dessa rättskällor tillskrivs stor betydelse.²³ Den skrivna rätten är inte sällan vagt uttryckt och EU-domstolens tolkning erbjuder såväl vägledning som prejudikat med bindande verkan. Konsultation av avgöranden från EU-domstolen på det aktuella området är därför ett avgörande inslag i den EU-rättsliga metoden. Således utgör EU-domstolens uttalanden en viktig del i uppsatsens

¹⁹ Sandgren (2015) s. 34.

²⁰ Kleinman (2018) s. 21 och 31.

²¹ Reichel (2018) s. 109.

²² Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 40.

²³ Art. 19.1 FEU. Se Bergström och Hettne (2014) s. 47 f.

argumentation.²⁴ Då EU-domstolen inte meddelat avgörande som bringar klarhet i en viss fråga är det rimligt att anta att domstolen tolkar sekundärrätten på ett sätt som framstår som enhetligt med dess ändamål.²⁵ Med anledning av att ett av sanktionsdirektivets syften är att uppfylla TRIPS-avtalets bestämmelser utgör även TRIPS-avtalet en relevant tolkningskälla.

Till övriga källor hör sådan sekundärrätt som inte är bindande för medlemsstaterna, förarbeten, generaladvokaternas förslag till avgöranden, EU-rättslig doktrin och ekonomiska teorier. Dessa källor ska inte betraktas som rättsligt bindande utan endast som vägledande med avseende på hur den bindande rätten ska tolkas.²⁶ I enlighet med denna metod har i första hand de relevanta rättskällorna enligt den beskrivna hierarkin studerats, nämligen bindande sekundärrätt och eventuella domstolsavgöranden från EU-domstolen. För det fall dessa inte ger tillräckliga svar har EU-rättslig doktrin studerats. Med anledning av de övriga källornas begränsade betydelse enligt EU-rättslig metod har dessa inte givits en framträdande roll i uppsatsen.

Analysen utgår från rättviseteorin. Det teoretiska ramverket hämtas från den juridiska litteraturen, nämligen Mårten Schultz avhandling *Kausalitet: Studier i skadeståndsrättslig argumentation*.²⁷

1.5 Teori

Uppsatsens andra syfte är att utvärdera den gällande rätten utifrån rättviseteorin. Teorin definieras nedan i avsnitt 5.2. Här ges emellertid en kortare bakgrund till valet av teori.

Valet av rättviseteorin som analytisk ram utgår från uppsatsens ämne. Rätten till skadestånd vid intrång i varumärkesrättslig ensamrätt rör sig mellan å ena sidan skadeståndsrättens allmänna del och å andra sidan immaterialrättens

²⁴ Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 49 ff.

²⁵ Bergström och Hettne (2014) s. 389 ff.

²⁶ Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 40.

²⁷ Schultz (2007).

speciella karaktär. Därtill aktualiseras de mot varandra stående intressena av å ena sidan en intrångsgörares rätt att inte utge ett högre skadestånd än vad kompensation av skadan påkallar och å andra sidan rättighetshavarens praktiska möjlighet till reparation av eventuell skada på sin egendom. Dessa intressen ryms och legitimeras i och för sig av rättviseteorin. Rättviseteorin kan således tillhandahålla en relevant teoretisk ram för utvärdering av gällande rätt. Dessutom är rättviseteorin väl förankrad i den svenska skadeståndsrätten. I strävan efter ökad koherens inom skadeståndsrätten finns goda skäl att nyttja teorin även i relation till den immaterialrättsliga skadeståndsrätten. Rättviseteorin kan således nyttjas som en teoretisk ram för främjande av koherens inom det skadeståndsrättsliga rättsområdet.

1.6 Forskningsläget

Standardlitteraturen på det immaterialrättsliga området i bred bemärkelse utgörs av de i denna uppsats använda *Lärobok i immaterialrätt* av Marianne Levin och *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* av Ulf Bernitz m.fl.²⁸ För en uttömmande redogörelse av skadeståndsproblematik vid bland annat immaterialrättsliga intrång, se *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten* av Håkan Andersson. För patenträttsligt vidkommande kan Hellbergs avhandling *Skadestånd vid patentintrång* vara av stor betydelse som en närmast uttömmande redogörelse av rättsläget. För intressanta förslag på mönsterrättens område, se mönsterutredningen SOU 2001:68.²⁹ För en introduktion till Danmarks reglering av dylika upphovsrättsliga frågor, se Skovbo, *Erstatning for ophavsretlige krænkelse*.

På skadeståndsrättens område betraktas Hellner & Radetzki's verk *Skadeståndsrätt* med kontinuerligt uppdaterade utgåvor som ett standardverk som på ett uttömmande sätt redogör för utomobligatoriskt skadestånd i bred bemärkelse.³⁰

²⁸ Se Bengtsson och Lyxell (2006) s. 21.

²⁹ Se SOU 2001:68.

³⁰ Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 27.

1.7 Disposition

Uppsatsens disposition är uppbyggd på basis av dess frågeställningar. Frågeställningarna behandlas således i tur och ordning.

Kapitel två ägnas åt en redogörelse för relevant svensk rätt. Läsaren introduceras till varumärkeslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer. Uppsatsens första frågeställning besvaras och fokus riktas mot att samla underlag för att möjliggöra att uppsatsens andra frågeställning kan besvaras.

Kapitel tre ägnas åt att fastställa innehållet i relevant EU-rätt. Skälet till att den EU-rättsliga utredningen ägnas ett eget kapitel är dels för att erbjuda läsaren en introduktion till EU-rätten och tolkningen av sanktionsdirektivet, dels för att på ett tydligt sätt hålla isär EU-rättslig metod från rättsdogmatisk metod. Att fastställa EU-rättens innehåll är en förutsättning för att tolka den svenska rätten direktivkonformt, vilket görs i kapitel fyra.

I kapitel fyra görs konklusioner om gällande rätt på basis av kapitel två och tre. Gällande rätt fastställs således mot bakgrund av såväl varumärkeslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer som den inverkan som EU-rätten har.

I kapitel fem följer en analys av den gällande rätten utifrån rättviseteorin. En introduktion till rättviseteorin ges i kapitlets inledning, i syfte att ge läsaren förståelse för det teoretiska ramverket. Kapitlet ger underlag för att besvara uppsatsens huvudsakliga frågeställning och således uppfylla uppsatsens syfte.

I kapitel sex presenteras avslutande slutsatser. Slutsatserna besvarar uppsatsens frågeställningar och det är således i det detta kapitel som uppsatsens syfte uppfylls på ett koncist sätt. Kapitlet avslutar sedan uppsatsen med en kortare diskussion.

2 Svensk rätt om skadestånd vid intrång

2.1 Inledning

Skilda uppfattningar har framförts beträffande vilken som utgör den rättsliga grunden för skadestånd vid immaterialrättsligt intrång. Det har bland annat föreslagits att skadestånd vid immaterialrättsliga intrång har sin grund i skadeståndslagen.³¹ Uppsatsens första frågeställning ska besvaras genom att den rättsliga grund som ålägger den som begått intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt att utge skadestånd till rättighetshavaren fastställs.

2.2 Varumärkeslagen utgör rättslig grund för skadestånd

Utgångspunkten inom svensk rätt är att skadestånd regleras i skadeståndslagen.³² Skadeståndslagens allmänna del ska enligt 1 kap. 1 § skadeståndslagen inte tillämpas i de situationer som regleras i speciallag.³³ När en förevarande situation omfattas av speciallag ska skadeståndslagens allmänna bestämmelser alltjämt tillämpas på de moment i skadeståndsbedömningen som inte reglerats särskilt i speciallagstiftningen.³⁴

I 8 kap. 4 § varumärkeslagen föreskrivs att den som begår intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt och därigenom orsakar skada för

³¹ Hamilton (2017) s. 472.

³² Skadeståndslag (1972:207) (härefter skadeståndslagen). Jfr. 1 kap. 1 § skadeståndslagen där det stadgas att skadeståndslagen tillämpas för det fall ingen speciallag är tillämplig.

³³ Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 33 ff.

³⁴ Jfr. Hellner och Radetzki (2014) s. 20. Se a.a. s. 106 beträffande allmänna principer då lagens lydelse inte tillhandahåller klargörande föreskrifter.

rättighetshavaren ska utge skadestånd till rättighetshavaren. Skadeståndet ska uppgå till det värde som skadan uppgått till.

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör varumärkesintrång ska betala skäligen ersättning för utnyttjandet av varukännetecknet samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. När storleken på ersättningen för ytterligare skada bestäms ska hänsyn särskilt tas till

1. utebliven vinst,
2. vinst som den som har begått intrånget har gjort,
3. skada på varukännetecknets anseende,
4. ideell skada, och
5. rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås.³⁵

Vid intrång som sker uppsåtligt eller av oaktsamhet ska erläggas såväl skäligen ersättning för utnyttjandet som ersättning för sådan ytterligare skada som intrånget medfört. Den skäligen ersättningen utgör en slags minimistandard för den ersättning intrångsgöraren har att utge med anledning av intrånget. Ersättningen ska bestämmas utan hänsyn till huruvida intrånget medfört skada.³⁶

Utöver den skäligen ersättningen ska ersättning för ytterligare skada utgå. Skadans omfattning ska bestämmas utifrån omständigheter som hänför sig till parterna, arten och omfattningen av intrånget samt de konsekvenser i övrigt som intrånget medfört för rättighetshavaren.³⁷ Hänsyn ska tas till samtliga negativa konsekvenser som drabbat rättighetshavaren. Särskild hänsyn ska enligt lagtexten tas till utebliven vinst för rättighetshavaren, vinst som intrångsgöraren gjort, skada på varumärkets anseende, ideell skada samt rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås.³⁸ Ersättningen ska

³⁵ 8 kap. 4 § 1 st. varumärkeslagen. Notera att när punkterna infördes, så hämtades stora delar av innehållet från resonemang i prop. 1993/94:122 s. 50 ff. Lagrummet kommenteras exempelvis i prop. 2009/10:225 s. 474 f. och 269 f., i SOU 2001:26 s. 343 f., prop. 2008/09:67 s. 279 f. och prop. 2017/18:267 s. 259.

³⁶ Det förekommer skilda uppfattningar om huruvida denna skäligen ersättning är att betrakta som ett skadestånd, se exempelvis Hamilton (2017) s. 471.

³⁷ Jfr. prop. 1993/94:122 s. 70.

³⁸ Högsta domstolen har uttalat att ”rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås” endast utgör en hjälpregel, se NJA 2005 s. 180 (Formsprutorna). Jfr. Borgenhäll (2008) s. 149.

baseras på en objektiv beräkningsgrund och ska inte syfta till att överkompensera den skadelidande.³⁹ I propositionen nämns som exempel på ersättningsgilla skador: produktionsmedel som inte kunnat tas i anspråk, nedgång i rättighetshavarens försäljning samt uteblivna vinster.⁴⁰ Några närmare föreskrifter om tillvägagångssättet för bestämmande av skadans omfattning tillhandahålls emellertid inte. Icke desto mindre ska tillämpningen syfta till att rättighetshavaren bereds full ersättning för skadans värde.⁴¹

Varumärkeslagen föreskriver de objektiva förutsättningar som fordras för skadeståndsansvar, nämligen att den aktuella handlingen konstituerat ett intrång i rättighetshavarens ensamrätt och att det uppkommit skada för rättighetshavaren. Därutöver tillhandahåller varumärkeslagen speciella föreskrifter avseende det subjektiva momentet i skadeståndsbedömningen, nämligen att intrångsgöraren ådrar sig skadeståndsansvar vid intrång som begåtts uppsåtligt eller av oaktsamhet. Däremot tillhandahålls ingen speciell reglering beträffande hur det subjektiva momentet ska bedömas.

Specialregleringen föreskriver inget särskilt i förhållande till kravet på orsakssamband. Den speciella regleringen av orsakssambandet är så allmänt formulerad att den inte utan utfyllande principer kan ge tillräcklig ledning för tillämpning i det enskilda fallet.⁴²

Sammantaget utgör således 8 kap. 4 § varumärkeslagen den rättsliga grund som ålägger den som begått intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt att utge skadestånd till rättighetshavaren. Det kan emellertid konstateras att tillämpning av 8 kap. 4 § varumärkeslagen inte kan göras utan utfyllande principer. De moment som behöver utfyllnad är således: metod för hur skadans omfattning ska avgöras, kravet på orsakssamband, på vilket sätt det subjektiva kravet ska avgöras samt eventuell jämkning av skadestånd vid

³⁹ Prop. 2008/09:67 s. 235 f.

⁴⁰ Prop. 1993/94:122 s. 51.

⁴¹ NJA 2005 s. 180 (Formsprutorna), Prop. 2008/09:67 s. 235 f. Se för samma uppfattning Levin (2017) s. 579, Bernitz (m.fl.) (2017) s. 434.

⁴² Jfr. begreppet ”medfört” i 8 kap. 4 § varumärkeslagen.

händelse av medverkan eller utebliven skademinimering. För att fylla ut regleringen beträffande dessa moment finns skäl att tillämpa allmänna skadeståndsrättsliga principer.⁴³

2.3 Allmänna skadeståndsrättsliga principer

2.3.1 Inledning

Det har konstaterats ovan att den varumärkesrättsliga regleringen av skadestånd är utformad på ett sådant sätt att den inte medger tillämpning utan utfyllande principer. Denna typ av reglering är emellertid inte unik för varumärkeslagens reglering av skadestånd. Också den allmänna regleringen av skadestånd, beträffande såväl person- och sakskada som ren förmögenhetsskada, görs på ett sätt i skadeståndslagen som förutsätter tillämpning av utfyllande principer.⁴⁴ Denna typ av lagstiftning överlämnar således till rättstillämpningen att utbilda allmänna principer och rättsgrundsatser som är till ledning för den fortsatta rättstillämpningen.⁴⁵ Högsta domstolens praxis är därför vägledande och av stor betydelse för utformningen och tillämpningen av de principer som utgör skadeståndsrättens allmänna del.⁴⁶ Högsta domstolen gör klargörande uttalanden om hur dessa allmänna principer ska tillämpas på speciallag i NJA 2017 s. 9 (Mivitotal)⁴⁷.

2.3.2 Mivitotal-målet

2.3.2.1 Omständigheter

I Mivitotal-målet klargör Högsta domstolen de rättsliga förutsättningarna för tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga principer i situationer som

⁴³ Jfr. Bengtsson (1994) s. 51.

⁴⁴ Se 2 kap. 1 och 2 §§ skadeståndslagen. Regleringen av ren förmögenhetsskada har beskrivits som meningslös, se Kleinman (2010) s. 159.

⁴⁵ Hellner och Radetzki (2014) s. 106.

⁴⁶ Hellner och Radetzki (2018) s. 27 f.

⁴⁷ Härefter Mivitotal-målet.

regleras av speciallagstiftning.⁴⁸ Målet rör situationen då rättighetshavaren ansökt om och beviljats interimistiskt beslut som förbjuder en påstådd intrångsgörare att fortsätta marknadsföra och saluföra en viss produkt. I den aktuella situationen medförde förbudet omfattande ekonomiska skador för den påstådda intrångsgöraren. När huvudtvisten sedermera prövades, konstaterade hovrätten att produkten inte var intrångsgörande i sökandens ensamrätt. Den primära frågan för Högsta domstolens prövning var vilken rättslig grund som ålägger rättighetshavaren skyldighet att utge skadestånd för de skador som förbudet orsakat då det sedermera konstaterats att den påstådda intrångsgöraren inte begått intrång. Därutöver gör Högsta domstolen klargörande uttalanden om hur allmänna skadeståndsrättsliga principer ska tillämpas i förhållande till den utpekade rättsliga grunden för skadeståndsansvar.

2.3.2.2 Högsta domstolens uttalanden

Högsta domstolen konstaterar att de allmänna föreskrifterna i skadeståndslagen endast tillämpas om inte annat är särskilt föreskrivet. Därefter konstaterar Högsta domstolen att den rättsliga grunden för skadeståndsskyldighet finns i speciallag, nämligen i 3 kap. 22 § utsökningbalken.⁴⁹ Trots att situationen regleras av speciallagstiftning så tillämpar Högsta domstolen allmänna skadeståndsrättsliga principer i de moment av skadeståndsbedömningen som inte reglerats särskilt i speciallagstiftningen. De allmänna principer som är av intresse i det aktuella fallet är läran om adekvat kausalitet, jämkning av skadeståndet med anledning av medvållande, den skadelidandes skyldighet att begränsa skadan samt allmänna utgångspunkter för, och bevisvärdering vid, skadeberäkning. De subjektiva förutsättningarna för ansvar var reglerat i speciallagstiftningen i form av rent strikt ansvar och var således inte i behov av utfyllnad av allmänna principer.

⁴⁸ Utifrån rättsfallet kan inga slutsatser dras beträffande den rättsliga grunden för skadestånd vid varumärkesintrång. Högsta domstolens uttalanden tillhandahåller emellertid klargörande resonemang om nyttjandet av allmänna skadeståndsrättsliga principer vid tillämpning av speciallagstiftning.

⁴⁹ Utsökningbalk (1981:774) (härefter utsökningbalken eller UB).

Högsta domstolen framhöll explicit att den rättsliga grunden för skadeståndsskyldighet med anledning av återkallat interimistiskt förbud inte ska blandas samman med den rättsliga grunden för skadestånd med anledning av intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt.⁵⁰ Högsta domstolen gjorde också uttalanden om rättsliga skiljaktigheter som föreligger mellan 3 kap. 22 § utsökningsbalken och 8 kap. 4 § varumärkeslagen. En väsentlig skillnad, som Högsta domstolen påpekade, är att 8 kap. 4 § varumärkeslagen föreskriver att hänsyn ska tas till omständigheter som inte har betydelse enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer, men att sådana hänsyn inte kan tas vid tillämpning av 3 kap. 22 § utsökningsbalken.⁵¹

2.3.2.3 Analys av målets relevans för intrångsmål

I målet avgörs frågan om vilken som är den rättsliga grunden för skadestånd i den situationen att interimistiskt förbud meddelats felaktigt och sedermera återkallats.⁵² Högsta domstolens slutsats var att den rättsliga grunden för skadestånd i förevarande situation finns i 3 kap. 22 § utsökningsbalken.

Situationen skiljer sig på avgörande sätt mot skadestånd med anledning av varumärkesintrång. Den mest centrala skillnaden är att den påstådda intrångsgöraren är berättigad till ersättning från rättighetshavaren. I situationen med skadestånd med anledning av intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt är förhållandet det motsatta.

Det finns ytterligare omständigheter som på ett rättsligt relevant sätt skiljer situationerna åt. Bestämmelsen i 3 kap. 22 § utsökningsbalken har nämligen inte förändrats för att uppfylla EU-rättsliga krav.⁵³ I 8 kap. 4 § varumärkeslagen, däremot, gjordes förändringar i syfte att uppfylla sanktionsdirektivets krav. EU-rättens krav på enhetlig rättstillämpning

⁵⁰ Mivitotal-målet p. 23.

⁵¹ Mivitotal-målet p. 23–25.

⁵² Mivitotal-målet p. 9–12.

⁵³ Sanktionsdirektivets enda krav är att de nationella myndigheterna ska ha befogenhet att förordna om skadestånd, se art. 9(7). Således ställer direktivet inga materiella krav på regleringen som ligger till grund för denna ersättning.

innebär att svenska allmänna principer inte utan vidare kan tillämpas för bestämmande av skadans omfattning. Lagstiftning som i sin tur regleras av EU-rätt har att uppfylla EU-rättens krav.⁵⁴ Det är därför inte möjligt att dra slutsatser om förutsättningarna för tillämpning av allmänna principer, med mindre än att dessa utvärderats i förhållande till EU-rätt. Dessa frågor låg inte inom ramen för Högsta domstolens prövning i Mivitotal-målet. Det kan följaktligen inte konstateras att Högsta domstolens uttalanden har bäring på situationen då en rättighetshavare tillerkänns skadestånd från en intrångsgörare. För att föra ett hållbart resonemang om betydelsen av Högsta domstolens uttalanden krävs att hänsyn tas till att såväl de faktiska omständigheterna som de aktualiserade rättsliga grunderna skiljer sig på ett avgörande sätt mellan omständigheterna i Mivitotal-målets omständigheter och en intrångssituation. Att förstå detta är en förutsättning för att på ett korrekt sätt lägga Högsta domstolens uttalanden till grund för rättsligt relevanta resonemang i intrångsmål.

De uttalanden som görs är till ledning på det sätt att de klargör förhållandet mellan skadeståndsrättslig speciallagstiftning och allmänna skadeståndsrättsliga principer. Dessutom gör Högsta domstolen uttalanden beträffande hur ersättningens omfattning ska bestämmas. Sammantaget klargör Mivitotal-målet att de skilda momenten i skadeståndsbedömningen ska betraktas var för sig och att de moment som är reglerade i speciallagstiftning inte ska påverkas av varken allmänna skadeståndsregler eller allmänna skadeståndsrättsliga principer. De moment som inte reglerats särskilt i speciallagstiftningen ska istället bedömas utifrån i första hand skadeståndslagens bestämmelser och i andra hand allmänna skadeståndsrättsliga principer. Dessutom gör Högsta domstolen betydelsefulla uttalanden om på vilket sätt skadans omfattning ska bestämmas i sådana situationer som präglas av konsekvenser som är tämligen svåra att leda i bevis.

⁵⁴ Se nedan avsnitt 3.3.1.

2.4 Relevant lagstiftning och allmänna skadeståndsrättsliga principer

2.4.1 Inledning

Det har konstaterats, ovan, att 8 kap. 4 § varumärkeslagen utgör den rättsliga grunden för skadeståndsansvar vid intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt. Det har också konstaterats att skadeståndslagens allmänna bestämmelser och allmänna skadeståndsrättsliga principer ska tillämpas för att fylla ut varumärkeslagens bestämmelse. I det följande redogörs för gällande rätt i de olika moment av skadeståndsbedömningen som föreskrivs i 8 kap. 4 § varumärkeslagen. Detta görs mot bakgrund av varumärkeslagtext, allmänna skadeståndsrättsliga bestämmelser samt allmänna skadeståndsrättsliga principer.⁵⁵

2.4.2 Subjektiva förutsättningar för ansvar

Enligt 8 kap. 4 § varumärkeslagen inträder skadeståndsansvar för skada som åsamkats genom intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt endast då intrånget begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Skadeståndslagens generella reglering vid orsakande av ren förmögenhetsskada kräver att skadan vållats genom brottslig gärning.⁵⁶ Gällande rätt utgörs av varumärkeslagens föreskrift.

Varumärkeslagens bestämmelse föreskriver emellertid inte på vilket sätt oaktsamhetskravet ska fastställas. Inom de allmänna skadeståndsrättsliga principerna bedöms oaktsamhet utifrån huruvida det varit rimligt att förvänta sig att intrångsgörarens handlat på ett sätt som inte skulle vållat skadans uppkomst.⁵⁷ Utgångspunkten är att det etableras en standard eller handlingsnorm som det på goda grunder kan förväntas att vederbörande

⁵⁵ Jfr. Högsta domstolens tillvägagångssätt i Mivitotal-målet.

⁵⁶ 2 kap. 2 § skadeståndslagen.

⁵⁷ Hellner och Radetzki (2018) s. 124.

förhåller sig till i den förevarande situationen. Ett handlande ska då inte betraktas som oaktsamt med mindre än att det avviker från den relevanta handlingsnormen.⁵⁸

För det fall det finns handlingsnormer stadgade i författningar, andra föreskrifter, prejudikat eller lämpliga sedvänjor kan det förväntas av en aktör att denne handlar i överensstämmelse med dessa.⁵⁹ Beträffande varumärkesanvändning och måttet av försiktighet eller aktsamhet som fordras finns inga tydliga normer att förhålla sig till. När så inte är fallet får istället en fri bedömning göras. Bedömningen utgår då lämpligen ifrån fyra faktorer, nämligen risken för skada till följd av en förestående handling, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att undvika skadan genom att handla på annat sätt samt vederbörandes möjlighet att inse risken för skadans uppkomst.⁶⁰ När dessa faktorer vägs samman kan det sedan avgöras huruvida omständigheterna i det aktuella fallet påkallat ett annat handlande.

På varumärkesrättens område ställs relativt höga krav på näringsidkare att ha kännedom om registrerade rättigheter.⁶¹ Detta har uttryckts som att det finns en långtgående undersökningsplikt av registrerade rättigheter.⁶²

2.4.3 Kravet på adekvat kausalitet

Enligt 8 kap. 4 § varumärkeslagen ansvarar intrångsgöraren för de skador som intrånget har medfört. I lagrummet förekommer inga närmare föreskrifter om hur begreppet ”medfört” ska förstås. Av ordalydelsen följer att fråga är om ett orsakssamband mellan den handling som utgjort intrång i rättighetshavarens ensamrätt och en uppkommen skada hos rättighetshavaren. Bestämmelsen

⁵⁸ Hellner och Radetzki (2018) s. 124 f.

⁵⁹ Ibid. s. 129.

⁶⁰ Ibid. s. 130 samt där gjorda hänvisningar. Jfr. NJA 1984 s. 323 förbelysande exempel beträffande bedömningen vid utomobligatoriskt skadeståndsanspråk.

⁶¹ Levin (2017) s. 581.

⁶² Se exempelvis Stockholms tingsrätt, dom i mål T 13730-03, meddelad 2004-02-11. Den som begår intrång i näringsverksamhet har goda möjligheter att undersöka huruvida ett visst varumärke är intrångsgörande samt upphöra användandet vid påtalande från rättighetshavaren.

syftar till att uppfylla art. 13 i sanktionsdirektivet som föreskriver att skada som ”försakats genom intrånget” ska ersättas.⁶³ Inte heller i de svenska förarbetena framkommer något om hur kravet ska förstås.

Gällande rätt får istället fastställas genom tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga principer. För att skadestånd ska komma ifråga krävs enligt skadeståndsrättens allmänna del att den skadevällande har orsakat skadan.⁶⁴ Det krävs således att ett orsakssamband kan etableras mellan den ifrågavarande skadan och att den identifierade handlingen läggs vederbörande till last. I sammanhanget talas om adekvat kausalitet.⁶⁵

Det finns skäl att först avgöra huruvida ett kausalsamband föreligger, för att sedan ta ställning till huruvida kausalsambandet i så fall är av sådan styrka att skadeverkan kan läggas vederbörande till last.⁶⁶ Inte sällan talas vid kausalitetsbedömningen om huruvida handlingen varit en tillräcklig eller nödvändig betingelse för skadans uppkomst. Då en påstådd skadeorsak anses vara en nödvändig betingelse för skadans uppkomst kan ett kausalsamband anses föreligga. Det krävs emellertid inte att vållandet varit den orsak som varit viktigast för skadans uppkomst. Det räcker att handlingen varit en bidragande orsak.⁶⁷

En ytterligare fråga är huruvida den skadelidande kan åläggas ansvar för skadeverkningar som denne gör gällande ha uppkommit som följd av alternativa orsaker.⁶⁸ Det finns anledning att citera HD i detta sammanhang.

”HD har i ett flertal avgöranden haft anledning att uttala sig om vilken grad av bevisning som skall krävas till styrkande av att en uppkommen

⁶³ Se sanktionsdirektivet art. 13(1).

⁶⁴ Se Hellner och Radetzki (2014) s. 66.

⁶⁵ Se exempelvis plenumavgörandet NJA 1993 s. 41 I och II. Begreppet adekvat kausalitet har diskuterats flitigt inom doktrinen. I detta arbete begränsas framställningen av begreppets innebörd till vad som är relevant för den fortsatta framställningen. Se för omfattande framställningar om ämnet exempelvis Bengtsson och Strömbäck (2014) och Schultz (2007).

⁶⁶ Hellner och Radetzki (2018) s. 191.

⁶⁷ Ibid. s. 190.

⁶⁸ Ibid. s. 193 f.

skada haft viss angiven orsak. Ett något lägre beviskrav än eljest har därvid uppställts i fall då särskilda svårigheter ansetts föreligga att framlägga en fullständig bevisning om att andra skadeorsaker varit uteslutna. Kravet har härvid i vissa fall formulerats så att det i betraktande av samtliga omständigheter skall framstå som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort skadeorsaken (se NJA 1991 s 481 och där anmärkta rättsfall).”⁶⁹

Högsta domstolen uttalar alltså att för att kausalitetskravet ska vara uppfyllt, så ska det av käranden påstådda orsaksförhållandet vara klart mera sannolikt än det som motparten påstått. Ett liknande resonemang återfinns i NJA 1982 s. 622, där två alternativa orsaker angetts till varför ett stort antal fiskar dött i en fiskodling. Käranden påstod att kommunens utsläpp av fenol i ett dike i närheten spridit sig till sjön och dödat fiskarna varvid kommunen anförde som alternativ orsak att fiskarna dött av syrebrist. HD konstaterar att ingen annan alternativ orsak gjorts gällande. Därefter konstaterar domstolen att käranden gjort den påstådda orsaken så sannolik som rimligen kan krävas i denna typ av fall samt att denna förklaring framstått som betydligt mer troliga än den av kommunen påstådda. Kausalitetskravet ansågs uppfyllt.⁷⁰

Det räcker emellertid inte att ett orsakssamband föreligger. För att begränsa skadevållarens ansvar från sådana oförutsebara konsekvenser av ett handlande som framstår som orimligt att ansvara för avgränsas således ansvaret med ett adekvanskrav. Ansvaret begränsas till sådana orsakssamband som uppvisar sådan kvalitet att ansvar för skadans uppkomst rimligen kan komma ifråga.⁷¹ Den uppkomna skadan ska nämligen vid en objektiv jämförelse framstå som en beräknelig och typisk följd av handlingen.⁷² Detta kan uttryckas som att skadan inte ska vara för svår att förutse, säregen eller avlägsen i förhållande till den aktuella handlingen.⁷³ Ett

⁶⁹ NJA 1993 s. 764, s. 775.

⁷⁰ Se NJA 1981 s. 622.

⁷¹ HD har uttryckt adekvanskravet som att det förhindrar att ”alltför oväntade och avlägsna skadeverkningar ersätts”, se NJA 1993 s. 41 I och II. Jfr. också Mivitotal-målet.

⁷² Mivitotal-målet, p. 26 och där gjorda hänvisningar.

⁷³ Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 46 f.

ytterligare återkommande sätt att adekvanskravet är att skadan ska ligga i farans riktning.⁷⁴ Sammantaget krävs, för att skadeståndsskyldighet ska uppkomma, ett orsakssamband mellan handlingen och den uppkomna skadan och att orsakssambandet anses adekvat.

2.4.4 Den skadelidandes skyldighet att begränsa skadan

Enligt 6 kap. 1 § skadeståndslagen kan skadestånd jämkas då den skadelidande medverkat till skadans uppkomst. Jämkning ska ske med beaktande av graden av vållande och omständigheterna i övrigt. Detta har inte reglerats särskilt i varumärkeslagen. Denna allmänna regel äger därför tillämpning.

Utöver jämkning med anledning av medvållande finns inom allmänna skadeståndsrättsliga principer en skyldighet att begränsa skadans omfattning. Detta innebär att den skadelidande har skyldighet att vidta skäligen åtgärder för begränsning av skadan. Skyldigheten gäller under hela skadeförloppet, det vill säga från skadans uppkomst till dess att ytterligare skada inte längre uppkommer eller kan uppkomma.⁷⁵

Skyldigheten omfattar inte mer än att sådana åtgärder vidtas som framstår som skäligen och som rimligen kan förväntas av den skadelidande.⁷⁶ Normalt kan vägledning sökas i vilka åtgärder den skadelidande skulle vidtagit om denne inte kunnat räkna med ersättning från skadevållaren. Om de åtgärder som vidtas framstår som adekvata, så vidtas de på den skadeståndsskyldiges risk. Detta innebär att för det fall åtgärderna sedermera visar sig ha förvärrat skadan, så ska den skadelidande inte klandras för detta under förutsättning att åtgärderna varit adekvata och skäligen då de vidtogs.⁷⁷ Underlåtenhet att vidta

⁷⁴ Jfr. Hellner och Radetzki (2018) s. 197.

⁷⁵ Mivitotal-målet p. 27–29.

⁷⁶ Jfr. Mivitotal-målet p. 30–31.

⁷⁷ Mivitotal-målet p. 32–35.

rimliga åtgärder för att begränsa skadan kan leda till jämkning av skadeståndet.⁷⁸

2.4.5 Skadans omfattning

2.4.5.1 Utebliven vinst

Enligt 8 kap. 4 § 1 st. första punkten varumärkeslagen utgör utebliven vinst en sådan ekonomisk skada som ska ersättas av intrångsgöraren för det fall den vållats genom ett intrång i rättighetshavarens ensamrätt.⁷⁹ Uteblivna vinster innefattar såväl försäljningsnedgång som utebliven försäljningsökning.⁸⁰

Det finns ingen reglering i varumärkeslagen eller i skadeståndslagen som klargör på vilket sätt den uteblivna vinstens storlek ska bestämmas. Däremot finns i 5 kap. 1 § skadeståndslagen en angiven metod för hur inkomstförlust beräknas. Häri stadgas att ersättning för inkomstförlust ska motsvara differensen mellan den inkomst som den skadelidande hade kunnat uppbära för det fall han eller hon inte skadats och den inkomst som uppburits eller borde kunna uppbäras trots skadan. Det är således fråga om en differensberäkning mellan ett hypotetisk och ett faktiskt utfall.

Lagrummet avser inkomstbortfall med anledning av personskada. I litteraturen har anförts att det inte torde föreligga hinder för att tillämpa differensmetoden för bestämning av omfattningen av en skada i näringsverksamhet.⁸¹ Därtill har Högsta domstolen tillämpat metoden i Mivitotal-målet. Vid tillämpning av differensmetoden är den kritiska frågan, som Högsta domstolen påpekar, med nödvändighet hypotetisk. Det enda som är möjligt att bevisa är sådana ”*omständigheter som kan ligga till grund för antaganden om en möjlig händelseutveckling*”.⁸² Huruvida de antaganden som differensen fastställs utifrån faktiskt skulle resulterat i den hypotetiska

⁷⁸ Jfr. NJA 1988 s. 183 (Sodastream).

⁷⁹ Se Levin (2017) s. 586.

⁸⁰ Pehrson (2008) s. 471 och där gjorda hänvisningar.

⁸¹ Jfr. Radetzki (2019) s. 73.

⁸² Mivitotal-målet p. 50.

situation som ligger till grund för skadestånd är inte en frågeställning som har påverkan på bedömningen.

I de äldre förarbetena ges ett alternativt sätt för bestämning av skadans omfattning.⁸³ Lagstiftaren uttalar dessutom att i situationer där rättshavaren är betydligt ekonomiskt svagare än intrångsgöraren, och då rättighetshavaren med anledning av detta förhållande har svårt att uppskatta omfattningen av den uteblivna vinst som intrånget medfört, bör kunna ta sin utgångspunkt för uppskattningen av skadan i den vinst som intrångsgöraren gjort med anledning av intrånget. Kan man i en sådan situation se en betydande ekonomisk vinst som intrångsgöraren gjort med anledning av intrånget, och rättshavarens uteblivna vinst kan uppskattas endast med osäkerhet, är det inte olämpligt att ta utgångspunkt i intrångsgörarens vinst.

Det kan konstateras att det inte finns någon rättsligt bindande föreskrift om vilken metod som ska tillämpas för bestämmande av skadans omfattning. Differensmetoden har emellertid kommit till uttryck såväl i lagtext som i Högsta domstolens resonemang. Klart är att rättighetshavaren har rätt till hela den uteblivna vinst som intrånget medfört.

2.4.5.2 Intrångsgörarens vinst

Enligt 8 kap. 4 § 1 st. andra punkten varumärkeslagen ska vid bestämmande av skadans omfattning hänsyn tas till vinst som den som har begått intrånget har gjort. Skälet till att detta införts i svensk rätt är att varumärkeslagen ska uppfylla sanktionsdirektivets krav.⁸⁴

I förarbetena uttalas att syftet med att införa denna typ av bestämmelse om obehörig vinst i varumärkeslagen varit att klargöra eller underlätta beräkningen av den uteblivna vinst som intrångsgöraren drabbats av.⁸⁵ Syftet är inte att tillerkänna rättighetshavaren ersättning för den av intrångsgöraren

⁸³ Prop. 1993/94:122 s. 70.

⁸⁴ Prop. 2008/09:67 s. 229 f.

⁸⁵ Prop. 2008/09:67 s. 229 f.

gjorda vinsten.⁸⁶ Enligt förarbetena ska intrångsgöraren inte åläggas att utge ersättning för både rättighetshavarens uteblivna vinst och sin egen otillbörliga vinst. Skälet till detta är att den otillbörliga vinsten återkommande används för att uppskatta den uteblivna vinst som rättighetshavaren drabbats av. Rättighetshavaren ska således inte bli dubbelkompenserad.⁸⁷

Sammantaget ger varumärkeslagens ordalydelse inget klart besked om huruvida intrångsgörarens vinst ska överföras till rättighetshavaren eller ej. Å ena sidan kan det noteras att det faktum att det nämns i lagtexten talar för att den otillbörliga vinst som intrångsgöraren gjort enligt lagstiftaren ska tillmätas betydelse. Å andra sidan sägs i förarbetena att syftet med att nämna det i lagtexten endast är att det kan användas som metod för att bestämma omfattningen av rättighetshavarens uteblivna vinst. Vid oklarheter i den speciella lagstiftningen finns skäl att söka ledning i de allmänna skadeståndsrättsliga principerna som, vilket konstaterats ovan, inte tillerkänner den skadelidande sådan ersättning.⁸⁸ Även inom litteraturen har samma uppfattning redovisats.⁸⁹

Sammantaget kan det konstateras att lagtexten inte ger besked om huruvida rättighetshavaren är berättigad ersättning för den otillbörliga vinst som intrångsgöraren har gjort. Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer är rättighetshavaren inte berättigad sådan ersättning.

2.4.5.3 Goodwill

Skada på varumärkets anseende är en ersättningsgill skada enligt 8 kap. 4 § 1 st. tredje punkten varumärkeslagen. Det förekommer i lagstiftningen ingen ledning avseende uppskattningen av skada. Skadeståndet ska möjliggöra fullständig kompensation för den skada som uppkommit för

⁸⁶ Bernitz (2010) s. 23.

⁸⁷ Prop. 2008/09:67 s. 229 f.

⁸⁸ Bernitz (2018) s. 564.

⁸⁹ Se Levin (2017) s. 587.

rättighetshavaren. Det åligger rättighetshavaren att leda den påstådda skadan i bevis.⁹⁰

2.4.5.4 Rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås

Enligt 8 kap. 4 § 1 st. fjärde punkten varumärkeslagen ska även den skadelidandes intresse av att intrång inte begås tas i beaktning.

Vid tolkning av bestämmelsen är det inledningsvis nödvändigt att fråga sig vilken typ av bestämmelse som regeln ger uttryck för. Den som ska tillämpa bestämmelsen får fråga sig huruvida bestämmelsen ger uttryck för en typ av skada som ska beaktas vid fastställandet av skadans omfattning eller ifall lagstiftaren avsett något annat.

I förarbetena förekommer inga klargörande uttalanden angående bestämmelsens innebörd. Däremot uttalats i generella termer att ingen överkompensering ska eftersträvas.⁹¹ Att så är fallet talar emot att bestämmelsen ska betraktas som en regel som tillerkänner rättighetshavaren ersättning utöver den faktiska skadan. Högsta domstolen har uttalat, i förhållande till motsvarande bestämmelse i mönsterskyddslagen⁹², att bestämmelsen har ett preventivt syfte men att den trots detta inte ska medverka till överkompensation till förmån för rättighetshavaren.⁹³ I doktrinen har föreslagits att bestämmelsen avser bevisbördan eller beviskravet. Levin menar att den ska betraktas som en uppmaning till generositet gentemot den som drabbats, beträffande den påstådda skadans omfattning då den skadelidande inte kan uppnå de högt ställda beviskraven.⁹⁴ Levin och Bernitz är överens om att bestämmelsen i praktiken bör förenkla för rättighetshavaren att erhålla full kompensation för skadan. De är emellertid inte överens om regelns egentliga innebörd och därför inte heller

⁹⁰ Mivitotal-målet p. 49.

⁹¹ Se prop. 2008/09:67 s. 230.

⁹² Se 36 § Mönsterskyddslag (1970:485).

⁹³ NJA 2005 s. 180 (Formsprutorna).

⁹⁴ Levin (2017) s. 589 f.

om varför denna mer gynnsamma situation uppkommer för rättighetshavaren.⁹⁵ Det förefaller som om Levins uppfattning är att bestämmelsen är att betrakta som en uppmaning till domstolen att visa generositet vid uppskattning av skadans omfattning upp till den nivå där full ersättning anses ha uppnåtts. Detta skulle exempelvis vara möjligt att göra genom att domstolen sänker beviskravet.⁹⁶ Det skulle i det fallet vara fråga om en form av bevislättnad. Regelns innebörd får alltså anses oklar.⁹⁷

2.4.5.5 Särskilt allvarliga intrång

I förarbetena har uttalats att grovt oaktsamma intrång eller intrång som av annat skäl är att betrakta som särskilt allvarliga bör kunna föranleda högre skadeståndsbelopp. Exempelvis kan sådana speciellt allvarliga situationer utgöras av att en intrångsgörare utnyttjar en viss tidpunkt då rättighetshavaren investerat omfattande resurser på marknadsföring. Det kan också vara fall där intrångsgöraren investerat omfattande resurser och begått ett väl överlagt intrång. Ett sådant intrång möjliggör inte bara bättre behållning för intrångsgöraren. Det riskerar också att extra stor skada åsamkas rättighetshavaren till följd av en sämre behållning från de medel som investerats, samt ytterligare förlorad goodwill. I propositionen uttalas även att intrångets varaktighet bör kunna tillmätas betydelse för bestämmandet av skadeståndets storlek, oaktat huruvida detta haft betydelse för skadans omfattning eller ej.⁹⁸

2.5 35 kap. 5 § rättegångsbalken

Enligt 35 kap. 5 § rättegångsbalken får rätten uppskatta omfattningen av en inträffad skada om full bevisning inte alls kan föras, eller om full bevisning kan föras endast med svårighet. Skadan ska då uppskattas till ett skäligt

⁹⁵ Jfr Levin (2017), s. 576 f. Bernitz m.fl. (2017) s. 432. Levin menar att bestämmelsen inte förändrar bevisbördan medan Bernitz skriver att bestämmelsen "underlättar bevisbördan". De förefaller dra samma slutsats av betydelsen, att underlätta full ersättning, men deras formuleringar motsäger varandra.

⁹⁶ Levin (2019) s. 600.

⁹⁷ Jfr. von Heidenstam (2000) s. 133.

⁹⁸ Prop. 1985/86:86 s. 44 f.

belopp. Detsamma gäller om bevisningen medför kostnader som inte står i rimlig proportion till skadans omfattning.

I Högsta domstolens praxis har bestämmelsen tillämpats restriktivt.⁹⁹ Högsta domstolen ställer höga krav på den utredning som krävs för att påvisa svårigheten med att föra bevisning om skadans omfattning.¹⁰⁰ Bestämmelsen fråntar inte rättighetshavaren bevisbördan men underlättar för densamma då denne visat att närmare bevisning inte rimligen kan krävas för att ett skadestånd motsvarande skadans omfattning ska utgå.

Levin uttalar om bestämmelsen att eftersom det ofta är svårt att värdera skadan och leda denna värdering i bevis får rätten istället uppskatta skadan till ett skäligt belopp. Det finns anledning att citera Levin i sammanhanget.

”Enligt allmänna bevisregler måste rättshavaren kunna styrka skadans storlek. Men i praktiken blir den ersättning som utgår vid immaterialrättsintrång normalt skönsmässig. Eftersom skadan ofta är svår att värdera och belägga i intrångsmål, får rätten i stället uppskatta den inträffade skadan till ett skäligt belopp, om full bevisning inte alls kan föras eller kan föras endast med svårighet, se 35 kap. 5 § RB. Motsvarande gäller om bevisningen kan antas medföra oproportionerliga kostnader eller besvär, eller om det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp.”¹⁰¹

”Men en sådan kompensation fråntar naturligtvis inte en ersättningsökande att visa på skada. Det är omfattningen som rätten kan uppskatta.”¹⁰²

Enligt dessa uttalanden förefaller bevislättningen relativt lättillgänglig för rättighetshavaren. Högsta domstolen synes emellertid inte betrakta bestämmelsen på samma sätt. I Högsta domstolens praxis har höga krav ställts på rättighetshavaren att vidta åtgärder för att styrka skadans omfattning innan

⁹⁹ Mivitotal-målet. Jfr. NJA 2005 s. 180 (Formsprutorna).

¹⁰⁰ Mivitotal-målet. Jfr. NJA 2005 s. 180 (Formsprutorna).

¹⁰¹ Levin (2017) s. 579.

¹⁰² Levin (2017) s. 582.

tillämpning av 35 kap. 5 § rättegångsbalken kommer i fråga. Högsta domstolens praxis beträffande bestämmelsens tillämpning föranleder en restriktiv tillämpning av bestämmelsen.¹⁰³

¹⁰³ Se Mivitotal-målet och NJA 2005 s. 180 (Formsprutorna).

3 Gällande EU-rätt

3.1 Inledning och bakgrund

Ovan har redogjorts för utformningen av svensk rätt vid skadestånd på grund av intrång i annans ensamrätt till varumärke. För att fastställa innehållet i gällande rätt krävs emellertid också att den svenska regleringen överensstämmer med EU-rätten. För det fall svensk rätt inte överensstämmer med EU-rättens föreskrifter, så ska den tolkas direktivkonformt. Således ska, i det följande, EU-rättens krav på de nationella rättsordningarna fastställas i syfte att möjliggöra en utvärdering av huruvida den svenska regleringen uppfyller dessa krav eller ej.

Inom EU har arbete pågått under en längre tid med att skapa ett immaterialrättsligt skydd för den inre marknaden. Ett harmoniserat och starkt immaterialrättsligt skydd anses vara till nytta för den inre marknaden.¹⁰⁴ Arbetet har å ena sidan bestått av harmonisering av nationell lagstiftning, å andra sidan av införande av institut för skydd av intellektuella tillgångar på unionsnivå.¹⁰⁵ Unionens åtgärder syftar till att motverka den omfattande internationella piratkopieringen och varumärkesförfalskningen.¹⁰⁶ Utvecklingen av de rättsliga skydden har inte bara skett med avseende på skyddslagstiftningens materiella innehåll utan också beträffande de rättsliga

¹⁰⁴ Se för ett urval Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället; Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/84/EG av den 27 september 2001 om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt); Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram; Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2436 av den 16 december 2015 för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning; Europaparlamentets och rådets 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs om företagshemligheter. Se vidare Bernitz (m.fl.) 2017, s. 21 f. Se också prop. 2008/09:67 s. 1.

¹⁰⁵ Maunsbach och Wennersten (2015) s. 28. Jfr. exempelvis Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar.

¹⁰⁶ Se sanktionsdirektivets ingress, punkt 9.

institut som syftar till att genomdriva¹⁰⁷ de materiella bestämmelserna på ett tillfredsställande sätt.¹⁰⁸

3.2 Sanktionsdirektivet

3.2.1 Inledning

Sanktionsdirektivet utfärdades som ett led i EU:s arbete med att förstärka skyddet för immateriellt skapande.¹⁰⁹ Sanktionsdirektivet är således ett försök att inrätta en gemensam standard inom EU:s medlemsstaters lagstiftningar som ett led i EU:s strävan att adressera de påtagliga skillnader som förekommit och förekommer inom unionen.¹¹⁰ Direktivet ska också uppfylla EU:s åtaganden enligt art. 45(1) i TRIPS-avtalet.¹¹¹ Direktivet ska således tolkas i enlighet med art. 45(1) i TRIPS-avtalet.¹¹² Bland annat adresserar direktivet problemet att metoderna för att beräkna skadestånd skiljer sig kraftigt mellan medlemsstaterna.¹¹³

Enligt art. 1 gäller direktivet beträffande de åtgärder, förfaranden och sanktioner som medlemsstaterna ska tillhandahålla i syfte att skydda enskildas immateriella rättigheter. Direktivets art. 2(1) fastslår att medlemsstaterna förpliktigas tillhandahålla åtgärder, förfaranden och sanktioner som är nödvändiga för att säkerställa immaterialrättsligt skydd. De åtgärder, förfaranden och sanktioner som införs ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.¹¹⁴

¹⁰⁷ Från det engelska begreppet ”enforce” som vid direktöversättning möjligen bättre översätts som ”tilltvinga”.

¹⁰⁸ Se för varumärkesrättens vidkommande dir. 2008/95/EG.

¹⁰⁹ Sanktionsdirektivets ingress punkt 1. Se också Tritton (m.fl.) (2008) s. 1132.

¹¹⁰ Sanktionsdirektivets ingress punkt 7.

¹¹¹ Walter och Goebel (2010) s. 1307. TRIPS-avtalet är den internationella världshandelsorganisationens konvention om internationellt skydd för immateriella rättigheter. Se bilaga A.

¹¹² C-367/15 (Dubbel licens) p. 24. Jfr. sanktionsdirektivets ingress, p. 5–6 och art. 2(3)(b).

¹¹³ Sanktionsdirektivets ingress punkt 7.

¹¹⁴ Se sanktionsdirektivets art. 3.

3.2.2 Artikel 13(1)

För att uppfylla art. 45(1) i TRIPS-avtalet ålägger sanktionsdirektivet medlemsstaterna skyldighet att tillhandahålla regler som tillerkänner den som drabbats av immaterialrättsligt intrång rätt till skadestånd för de skador som intrånget medfört. Skyldigheten regleras i art. 13(1).

Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, efter ansökan från den skadelidande parten, förpliktar den som begått immaterialrättsintrång och som visste eller rimligen borde ha vetat att han eller hon ägnade sig åt intrångsgörande verksamhet, att betala ett skadestånd till rättighetshavaren som är lämpligt i förhållande till den faktiska skada som denne orsakats till följd av intrånget.

När de rättsliga myndigheterna fastställer skadeståndet

a) skall de beakta alla relevanta omständigheter, såsom de negativa konsekvenserna, däribland utebliven vinst, för den skadelidande parten, den otillbörliga vinst som intrångsgöraren har gjort och, där så är lämpligt, omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse, såsom ideell skada som rättighetshavaren har förorsakats genom intrånget,

eller

b) kan de, som ett alternativ till a där så är lämpligt, fastställa skadeståndet till ett engångsbelopp på grundval av sådana faktorer som åtminstone det belopp som skulle ha betalats i royalty eller avgift om intrångsgöraren hade begärt att nyttja den immateriella rättigheten i fråga.

Artikelns syfte är att harmonisera medlemsstaternas reglering av skadestånd och därigenom minska de skiljaktigheter som förekommer i de olika medlemsstaternas regleringar.¹¹⁵ Skadeståndet ska uppgå till ett belopp som kan reparera hela den skada som intrånget orsakat. Något standardiserat

¹¹⁵ Jfr. sanktionsdirektivets ingress punkt 7–10.

tillvägagångssätt för beräkning av skadans storlek föreskrivs inte.¹¹⁶ Istället är det upp till de nationella myndigheterna att tillhandahålla en ordning som möjliggör full kompensation.¹¹⁷

Direktivet föreskriver två alternativa sätt på vilka medlemsstaternas rättsordningar kan bestämma skadeståndets storlek. Enligt det första alternativet ska intrångsgöraren utge skadestånd i den omfattning som krävs för att ersätta den skada som konstaterats ha drabbat rättighetshavaren. När skadans omfattning fastställs ska alla relevanta omständigheter beaktas. Som exempel på omständigheter att ta i beaktning nämns negativa ekonomiska konsekvenser såsom förlorade intäkter som den skadelidande drabbats av och otillbörlig vinst som intrångsgöraren gjort. I tillämpliga fall ska också andra typer av skada än rent ekonomiska konsekvenser ersättas, såsom ideell skada.¹¹⁸

Som ett alternativt sätt att bestämma skadeståndets storlek kan myndigheterna, då det är lämpligt, ålägga intrångsgöraren att utge schablonbaserat skadestånd. Skadeståndet ska uppgå till minst den ersättning som rättighetshavaren skulle erhållit för det fall intrångsgöraren erlagt licensavgift eller på annat sätt betalat för rätten att nyttja varumärket på det sätt som gjorts.¹¹⁹ Att det alternativa sättet att bestämma skadeståndet inleds med ordet ”kan” innebär att det inte är ett krav att medlemsländerna ska ha en sådan ordning. Det är endast det första sättet att bestämma skadestånd på, ordningen att söka fastställa ett belopp som exakt motsvarar rättighetshavarens förlust, som är obligatoriskt för medlemsstaterna.

¹¹⁶ Jfr. Pila och Torremans (2019) s. 567.

¹¹⁷ Jfr. avsnitt ovan om att medlemsstaterna ska uppfylla direktivets syfte och ändamål.

¹¹⁸ Sanktionsdirektivets art. 13(1).

¹¹⁹ Art. 13(1)(b).

3.3 Allmänna utgångspunkter för tolkning av sanktionsdirektivet

3.3.1 Bakgrund

Den EU-rättsliga metoden har beskrivits ovan i avsnitt 1.4. Här ska emellertid några kortfattade påpekanden göras med avseende på hur sanktionsdirektivet tolkas i avsnitt 3.4.

Det förekommer betydande skillnader avseende hur detaljerade föreskrifter ett direktiv tillhandahåller. Å ena sidan förekommer direktiv i vilka principiella stadganden meddelar målsättningar och riktningar som medlemsstaterna ska följa. Denna typ av direktiv benämns ofta ramdirektiv. Å andra sidan förekommer direktiv som detaljerat föreskriver vilka resultat som ska uppnås och på vilket sätt så ska ske. Denna senare typ av föreskrifter lämnar begränsat utrymme för medlemsstaternas varierade preferenser avseende hur den nationella rätten bäst bör utformas för att uppfylla kraven. Att olika direktiv har olika typer av föreskrifter innebär att det inte kan uppställas några generella metoder för hur direktiv i allmänhet ska tolkas. För att bestämma utrymmet för nationella överväganden i den nationella rätten måste det aktuella direktivet studeras individuellt avseende såväl materiellt innehåll som syfte och ändamål.¹²⁰

För att EU-rättsakter ska ges en enhetlig och harmoniserande tillämpning inom hela unionen ska de i förekommande fall tolkas på samma sätt av samtliga medlemsstater. Detta brukar uttryckas som att begreppen ska tolkas autonomt och därmed självständigt och oberoende i förhållande till begreppets eventuella innebörd i medlemsstaternas nationella rättsordningar.¹²¹ Endast de begrepp som definierats inom ramen för EU-rätten, inom författningstexten eller av EU-domstolen, ska tillskrivas en sådan

¹²⁰ Hettne (m.fl.) (2016) s. 178 f.

¹²¹ Bergström och Hettne (2014) s. 391. Se även Hettne (2008) s. 56.

EU-autonom innebörd. För det fall EU-rätten uppställer principer för bedömningen av skadans omfattning ska dessa vinna företräde framför svenska allmänna principer. Alternativt ska sådana svenska allmänna principer tillämpas i den omfattning och på ett sådant sätt som överensstämmer med EU-rätten.¹²² Vid tolkning av direktivet är det således centralt att fastställa huruvida skadebegreppet i sanktionsdirektivet ska tillerkännas en sådan EU-autonom innebörd eller om det åligger varje medlemsstat att själva tolka begreppet.¹²³

Till skillnad från den svenska skadeståndsregleringen så skapar EU-rättens reglering av skadestånd inte någon allmän kategori av rättsregler eller principer.¹²⁴ Det finns således inte någon enhetlig EU-rättslig standard för hur skadestånd ska bestämmas eller vilka moment som ska ingå i en sådan bedömning. Istället präglas EU-rättens skadeståndsreglering av regler, principer och handlingsnormer som kan variera väsentligt beroende på hur de aktuella föreskrifterna är utformade på olika rättsliga områden. Det innebär att EU-rättens skadeståndsbestämmelser i vissa fall ska tillämpas autonomt, medan det i andra fall åligger de nationella rättsordningarna att ge regleringen hela dess innehåll.¹²⁵

Att art. 13(1) i sanktionsdirektivet ska tolkas autonomt har inte anförts i direktivet och inte heller av EU-domstolen. EU-domstolen har istället betonat vikten av att direktivet utgör en minimireglering.¹²⁶ Direktivet hindrar således inte medlemsstater från att införa mer långtgående åtgärder till skydd för rättighetshavare. Av det sagda följer att även skadebegreppet bör betraktas som ett minimibegrepp, där medlemsstaterna inte är förhindrade att tolka

¹²² Så är fallet med exempelvis begreppet ”skäligt vederlag” i dir. 2001/29/EG.

¹²³ Jfr. Hettne och Otken Eriksson (red.) (2016) s. 161.

¹²⁴ Se Leczykiewicz (2017) s. 64.

¹²⁵ Leczykiewicz (2017) s. 64. Se exempelvis art. 17 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/7/EG av den 20 mars 2000 om hastighetsmätare för två- och trehjuliga motorfordon och om ändring av rådets direktiv 92/61/EEG om typgodkännande av två- och trehjuliga motorfordon.

¹²⁶ Se C-367/15 (Dubbel licens) p. 21–22.

begreppet eller nyttja ett begrepp som är mer gynnsamt för intrångsgöraren än det skadebegrepp som stadgas i art. 13(1) i sanktionsdirektivet.

3.3.2 C-367/15 (Dubbel licens)

EU-domstolen har i mål C-367/15 klargjort på vilket sätt sanktionsdirektivets skadeståndsbestämmelse ska tolkas. I begäran om förhandsavgörande ställdes frågan huruvida en sådan nationell ordning som möjliggjorde – istället för en i det enskilda fallet uppskattad skada – ersättning motsvarande två gånger den skåliga licens som skulle utbetalats vid en marknadsmässig uppgörelse om användning av varumärket var förenligt med direktivet. Till skillnad från det schablonbaserade alternativet, hade denna reglering karaktären av ett bestraffande skadestånd. Domstolen besvarade frågeställningen genom att uttala att direktivet uppställer en miniminivå avseende iakttagandet av immateriella rättigheter. En sådan minimistandard förhindrar således inte medlemsstaterna att införa strängare medel till skydd för rättighetshavarnas intressen. Istället framhåller domstolen vikten av att den som drabbats av intrång kompenseras för samtliga negativa ekonomiska konsekvenser som intrånget orsakat.¹²⁷

Av EU-domstolens tillvägagångssätt i målet framgår att det övergripande tolkningsunderlaget utgörs av direktivets ändamål, nämligen att upprätthålla ett starkt och jämlikt immaterialrättsligt skydd inom hela unionen.¹²⁸ I enlighet därmed uttalar domstolen att direktivet ska inrätta en lägstanivå till vilken medlemsstaterna har att förhålla sig. Efter att ha konstaterat att sanktionsdirektivet inte gör annat än att inrätta en lägstanivå, avhåller sig EU-domstolen från att ha synpunkter på medlemsstaternas nationella utformning av skadeståndsbestämmelsen. Ett mer långtgående skydd i form av mer kraftfulla åtgärder än de som sanktionsdirektivet inrättar strider således inte mot sanktionsdirektivet.¹²⁹

¹²⁷ C-367/15 (Dubbel licens) p. 23.

¹²⁸ Jfr. Hettne (m.fl.) (2008) s. 56.

¹²⁹ Se sanktionsdirektivets art. 2.

Domstolen avhåller sig också från att fastställa hur de nationella myndigheterna ska gå tillväga för att försäkra sig om att den orsakade skadan ersätts. En rimlig slutsats av målet är således att medlemsstaterna lämnas utrymme beträffande hur skadeståndets storlek ska avgöras, givet att direktivets miniminivå upprätthålls.¹³⁰

3.3.3 Sammantaget om tolkningen av sanktionsdirektivet

Sammantaget kan det konstateras att varje direktiv påkallar en individuell tolkning. Sanktionsdirektivets bestämmelser ska tolkas utifrån direktivets syfte och ändamål som uttrycks i ingressen. Vid oklarheter kring innebörden av direktivets minimikrav på medlemsländernas rättsordningar ska kraven följaktligen tolkas på det sätt som framstår som mest gynnsamt för rättighetshavarna och som upprätthåller ett effektivt skydd för immaterialrättsligt skapande.

3.4 Fastställande av sanktionsdirektivets krav

3.4.1 Subjektiva förutsättningar för ansvar

Art. 13(1) berör endast de fall av intrång där intrångsgöraren visste eller rimligen bort veta att nyttjandet av den immateriella rättigheten i fråga innebar intrång. Enligt föreskriften är det alltså endast i de fall då intrångsgöraren inte varit i god tro som medlemsländerna måste ha rättsliga förutsättningar att tillerkänna rättighetshavaren skadestånd på det sätt som direktivet slår fast. Att den som påstått ha gjort intrång rimligen bort veta att verksamheten var intrångsgörande inrättar alltså en sorts standard för hur medlemsstaterna ska hantera det subjektiva rekvisitet. Avgörande är hur begreppet ”rimligen” ska förstås.

¹³⁰ Se nedan avsnitt 3.4.

Direktivet ger inget svar på frågan om vad som rimligen kan förväntas av en aktör. Att det subjektiva rekvisitet inte reglerats närmare tyder på att frågan överlämnats i sin helhet till de nationella rättsordningarna. För svenska vidkommande innebär detta att det ska finnas rättsligt relevanta bedömningsgrunder för vad som kan anses rimligt att förvänta sig av den som agerar på marknaden.

3.4.2 Kravet på adekvat kausalitet

Sanktionsdirektivet art. 13 föreskriver att de skador som ”*förorsakats genom intrånget*” ska ersättas av intrångsgöraren. Ytterligare reglering av vad uttrycket ska anses innebära finns inte i direktivet. Någon minimistandard eller ens reglering av orsakssambandets styrka föreskriver direktivet alltså inte. Klart är emellertid att det för skadestånd fordras ett kausalsamband mellan intrånget och den skada som rättighetshavaren gör gällande. De krav som ställs på kausalsambandet i förhållande till skadan har inte reglerats närmare i direktivet. Kausalsambandet regleras således av svensk rätt.

3.4.3 Skyldighet att begränsa skadan

Art. 13(1) innehåller ingen bestämmelse om rättighetshavarens ansvar för medverkan till skadans uppkomst eller dennes ansvar beträffande begränsning av skadeverkningarna under den tid som skadan är pågående. Sanktionsdirektivet föreskriver att den nationella rättsordningen ska tillhandahålla lagstiftning som på ett proportionerligt och effektivt sätt upprätthåller möjligheten för den skadelidande att erhålla kompensation för skadeverkningarna. Mot bakgrund av att denna aspekt av skadeståndsbedömningen lämnats oreglerad i direktivet kan det inte anses i strid med direktivet att upprätthålla en sådan ordning inom ramen för svensk rätt. Det strider inte heller mot direktivets syfte.¹³¹ De allmänna principerna om jämkning med anledning av medverkansansvar och medvållande som

¹³¹ De civilrättsliga sanktionerna ska enligt sanktionsdirektivet vara proportionerliga, se sanktionsdirektivets ingress, p. 22.

kommer till uttryck i 6 kap. skadeståndslagen kan således tillämpas utan hinder av sanktionsdirektivets krav.

3.4.4 Skadans omfattning

3.4.4.1 Utebliven vinst

Enligt art. 13(1) är skada genom utebliven vinst exempel på skada som ska tas i beaktning vid fastställande av skadans omfattning. Någon närmare definition av uttrycket ”utebliven vinst” tillhandahålls inte. Uttrycket kräver en närmare analys. Direktivets ordalydelse, märk framförallt ”*alla relevanta omständigheter*” och ”*de negativa konsekvenserna*”, ger fog för en tämligen vidsträckt innebörd av begreppet. En sådan tolkning överensstämmer med direktivets syfte att rättighetshavaren ska tillerkännas ersättning för hela den skada denne åsamkats.¹³²

Det förefaller otvivelaktigt att utebliven vinst avser åtminstone sådan ekonomiskt bortfall som drabbat rättighetshavaren på grund av det förevarande intrånget. Begreppet förstås som vinst som uteblir till följd av icke avsatta exemplar av en vara eller tjänst. Samtliga exemplar av en vara som skulle ha sålts men som kommit att förbli osålda ryms inom ramen för begreppet. Av det faktum att begreppet ”vinst” har valts, och inte exempelvis begreppet intäkt, får anses följa att det inte är fråga om hela den uteblivna intäkten utan endast den återstående vinsten sedan avdrag gjorts för kostnadsbidrag per vara.¹³³ Inom ramen för begreppet ryms även utebliven försäljningsökning.

Det kan konstateras att uteblivna vinster till följd av försäljningsnedgång eller utebliven försäljningsökning är sådan ersättningsgill skada som direktivet kräver ska ersättas av intrångsgöraren. Det finns ingenting som tyder på att

¹³² Sanktionsdirektivets ingress p. 26.

¹³³ Se Andersson (2014) avsnitt 4.2, andra stycket.

detta utgör annat än en miniminivå, det vill säga den medlemsstat som avser ersätta mer än utebliven vinst förhindras inte av direktivets föreskrifter.

3.4.4.2 Intrångsgörarens vinst

Intrångsgörarens otillbörliga vinst nämns som exempel på en sådan följd av intrånget som ska tas i beaktning vid fastställande av storleken på de negativa ekonomiska följderna av intrånget. Direktivet föreskriver att intrångsgörarens otillbörliga vinst skall¹³⁴ beaktas. Det har diskuterats huruvida en nationell ordning som inte föreskriver rätt för den skadelidande att erhålla ersättning från intrångsgöraren motsvarande dennes otillbörliga vinst med anledning av intrånget strider mot direktivet.¹³⁵

Vissa av de exempel på omständigheter som ska beaktas har placerats efter uttrycket ”*där så är lämpligt*”. Uttrycket tyder på en avsikt att överlämna åt medlemsstaterna att avgöra i vilka fall det anses lämpligt och att det finns situationer där beaktandet av en viss omständighet inte framstår som lämpligt. Beträffande hänsynstagande till intrångsgörarens vinst följer detta inte efter uttrycket ”*där så är lämpligt*”. Det förhållande att hänsyn till intrångsgörarens vinst inte placerats efter uttrycket “*där så är lämpligt*” visar att avsikten varit att inte ge medlemsstaterna utrymme för diskretion beträffande huruvida hänsyn ska tas till intrångsgörarens vinst eller ej.¹³⁶ Härav följer att intrångsgörarens vinst ska beaktas i samtliga fall.

När det har konstaterats att hänsyn i samtliga fall ska tas till intrångsgörarens vinst uppkommer frågan om vad det innebär att ta hänsyn till intrångsgörarens vinst. Å ena sidan kan det konstateras att art. 45(2) i TRIPS-avtalet föreskriver att staternas myndigheter i tillämpliga fall ska ha kompetens att ålägga intrångsgörare att återbetala vinsten till rättighetshavaren. Dessutom ska, enligt sanktionsdirektivets ingress, direktivet verka för att på ett proportionerligt och effektivt sätt motverka piratkopiering. Syftet med

¹³⁴ I direktivets engelska originaltext ”shall”.

¹³⁵ Se Bernitz, (2010) s. 16 f.

¹³⁶ Jfr. sanktionsdirektivets ingress punkt 24–26.

direktivet är att möjliggöra för rättighetshavare att profitera på det intellektuella skapande som föregått registreringen. Syftet med ensamrätt till nyttjandet av immateriella tillgångar är att förhindra att andra än den som har ensamrätt därtill profiterar på tillgången. Dessutom har det framförts i den svenska litteraturen att rätt till ersättning för obehörig vinst inom EU-rätten betraktas som en accepterad princip.¹³⁷

I C-481/14 framhåller EU-domstolen att sanktionsdirektivet inte ålägger medlemsstaterna att införa sådana bestämmelser som ålägger intrångsgöraren att utge skadestånd som överstiger den faktiska skada som rättighetshavaren drabbats av med anledning av intrånget. Dock framhålls också att sanktionsdirektivet inte heller begränsar medlemsstaternas möjlighet att utdöma strängare skadestånd.¹³⁸ Därtill gäller att för det fall EU-rätten ska inrätta krav på de nationella rättsordningarna ska detta ske på ett tydligt och klart sätt. Sanktionsdirektivets lydelse lämnar de nationella rättsordningarna i stor oklarhet beträffande innebörden av att ta hänsyn till intrångsgörarens vinst.

Av det sagda följer att det emellertid skulle strida mot andemeningen i TRIPS-avtalet att låta intrångsgörare behålla den vinst som möjliggjorts av intrånget. Trots detta kan sanktionsdirektivet inte tolkas på ett sådant sätt att det skulle kräva av medlemsstaterna att de inför rättsliga förutsättningar för rättighetshavare som utsatts för intrång att erhålla ersättning motsvarande intrångsgörarens vinst.¹³⁹

3.4.4.3 Ytterligare ekonomiska skador

Enligt art. 13(1) ska domstolen vid bestämmande av skadeståndets omfattning ta samtliga relevanta omständigheter i beaktning. De enda konkreta skadeverkningar som sanktionsdirektivet specificerar är utebliven vinst och intrångsgörarens otillbörliga vinst. Av sanktionsdirektivets lydelse följer att

¹³⁷ Bernitz (2018) s. 563.

¹³⁸ C-481/14 p. 36–40.

¹³⁹ Jfr. emellertid Walter och Goebel (2010) s. 1307 ff. Jfr. För komparativa slutsatser avseende medlemsländernas uppfattning i frågan Engström (2016) s. 91.

ytterligare ekonomiska faktorer kan utgöra ersättningsgilla skador. Exempel på sådana skador som inte nämns uttryckligen i direktivet är skada på varumärkets anseende (goodwill-skada) och kostnader för utredning av intrångets skadeverkningar.

3.4.4.4 Rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås

Enligt 8 kap. 4 § varumärkeslagen ska, vid bestämmande av skadans omfattning, hänsyn tas till rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås. Det har beskrivits ovan att föreskriftens innebörd är oklar. När regeln likt de övriga punkterna betraktas som ett uttryck för en typ av skada som ska ersättas framstår den som atypisk i sammanhanget. En rättighetshavarens intresse av att undslippa intrång kan knappast uppskattas i ekonomiskt värde. Vid en sådan tolkning av bestämmelsen framstår den som intetsägande i förhållande till storleken på det skadestånd som rättighetshavaren är berättigad till. I motiven sägs att regeln syftar till att göra det lättare för rättighetshavare att erhålla ersättning för skada som lidits. Det sägs däremot inte på vilket sätt denna målsättning ska nås.

I doktrinen har nämligen framförts att lagtexten inte ska betraktas som en skadepost. Istället ska den betraktas som en uppmaning till domstolarna att ta hänsyn till svårigheten med att bevisa ett exakt belopp som skadan uppgått till. Att beakta intresset handlar således inte om att sätta ett pris på det utan om att vara förlåtande avseende en svag bevisning av skadans omfattning. Sanktionsdirektivet strävar efter att domstolar, i sin verksamhet att bestämma skadeståndets storlek, ska söka återställa hela den skada som intrångsgöraren drabbats av. I denna verksamhet ska den skadelidande ges möjlighet till full ersättning, naturligtvis utan att intrångsgörarens rätt till en rättvis rättegång försakas.

Det har konstaterats att EU-domstolen tolkar direktivet mot bakgrund av dess syfte, nämligen att ge rättighetshavare en reell möjlighet att erhålla kompensation för den skada de åsamkats genom en intrångsgörande handling.

För att realisera rätten krävs i praktiken möjlighet att uppnå de beviskrav som ställs i de nationella domstolarna. Någon motsvarighet till varumärkeslagens föreskrift finns emellertid inte i sanktionsdirektivet.

3.4.4.5 Skador av icke ekonomisk natur

I art. 13(1) föreskrivs att även skador av annan natur än ekonomisk ska ersättas då det är lämpligt. Ideell skada som rättighetshavaren lidit på grund av intrånget anges som exempel på sådan icke ekonomisk skada. Den ideella rätten markerar det personliga samband som finns mellan en konstnär och dennes verk.¹⁴⁰ Det föreligger betydande skiljaktigheter mellan olika typer av immaterialrätter. En inte obetydlig skiljelinje går mellan de immaterialrätter som föranleder ett starkt personligt förhållande mellan konstnären och objektet respektive de som inte präglas av samma personliga förhållande.¹⁴¹ Av direktivets lydelse framgår inte huruvida bestämmelsen ska tolkas på ett sådant sätt att ideell skada kan uppkomma för innehavare av ett varumärke. Däremot kan det konstateras att uttrycket ”i förekommande fall” innebär någon slags avgränsning som åtminstone visar att denna typ av skada inte nödvändigtvis ska beaktas i samtliga fall. Det framkommer inte av direktivet någon vidare föreskrift beträffande vilken bedömningsgrund denna avgränsning ska göras emot. I direktivets ingress föreskrivs att vederbörlig hänsyn ska tas till de olika särdragen hos de olika typerna av immateriella rättigheter vid tillämpning av direktivet.¹⁴² Huruvida ideella skador ska beaktas är således upp till medlemsstaterna att avgöra egen.¹⁴³

3.4.5 Schablonbaserat skadestånd

Som ett alternativt sätt till att bestämma ersättningen till den nivå som krävs för att ersätta rättighetshavaren hela den uppkomna skadan, har medlemsstaterna möjlighet att införa schablonbaserat skadestånd. Enligt art. 13(1)(b) ska ersättningen då fastställas på grundval av den royalty eller avgift

¹⁴⁰ Levin (2017) s. 159.

¹⁴¹ Jfr. Bernitz (m.fl.) (2017) s. 2.

¹⁴² Se sanktionsdirektivets ingress punkt 17.

¹⁴³ Jfr. Walter och Goebel (2010) s. 1310.

som rättighetshavaren skulle erlagt vid en affärsmässig upplåtelse av rättigheten att använda det aktuella varumärket.

Enligt sanktionsdirektivet kan detta tillvägagångssätt nyttjas i de fall det är lämpligt. Direktivet ger ingen ledning avseende vilka intressen som ska beaktas vid avgörande av huruvida det är lämpligt att bestämma ersättningsbeloppet på grundval av schablon.

EU-domstolen har vid upprepade tillfällen godtagit en utebliven skadeberäkning till förmån för dylika schablonbaserat skadestånd. Exempelvis har EU-domstolen aktivt underlåtit att invända mot skadestånd som bestäms till två gånger vad som hade utgått som skäligt vederlag för ett tillstånd att använda de aktuella verken.¹⁴⁴ EU-domstolen har inte anfört några invändningar mot det faktum att schablonbaserade skadestånd inte fordrar att orsakssamband bevisas mellan den skadevällande handlingen och den skada som uppkommit.¹⁴⁵

3.5 Analys och sammanfattning

För att slå fast vilka minimikrav som art. 13(1) uppställer krävs en analys i förhållande till dess ordalydelse och syfte. Med anledning av att direktivet uppställer minimikrav avseende det skydd medlemsstaterna inrättar till förmån för rättighetshavare, tolkas direktivets ordalydelse lämpligen i en för rättighetshavaren gynnsam riktning.

Inledningsvis kan det konstateras med stöd av vad som sagts ovan att det inte framkommit något som ger stöd för att begreppet ”skada” i sanktionsdirektivet ska tillerkännas en EU-autonom betydelse. Däremot ska begreppet betraktas som en miniminivå för på vilket sätt medlemsstaterna har att betrakta rättighetshavarens konsekvenser som skada i direktivets mening.

¹⁴⁴ C-367/15 (Dubbel licens).

¹⁴⁵ C-367/15 (Dubbel licens) p. 32. Även Storbritanniens reglering möjliggör sådant schablonbaserat skadestånd, se Pila och Torremans, (2019) s. 568.

Det sagda innebär att den svenska rätten måste vara utformad på ett sådant sätt att direktivets mål om ett effektivt skydd mot intrång realiseras med hjälp av skadestånd för åtminstone de typer av negativa konsekvenser som direktivet stadgar som ersättningsgilla skador.

Direktivet uppställer som krav för en enhetlig och harmoniserad reglering av skadestånd att begreppet skada definieras som samtliga ekonomiska konsekvenser av ett intrång. Direktivet föreskriver en miniminivå som medlemsstaterna har att leva upp till och hindrar inte medlemsstaterna att införa strängare regler till skydd för rättighetshavares ensamrätt.

Sammantaget innebär detta att medlemsstaterna inte är fria att definiera skadebegreppet. Medlemsstaterna har att leva upp till en viss nivå av skyddslagstiftning som tillskriver rättighetshavare rätt till ersättning för de negativa ekonomiska konsekvenser som ett intrång medfört. Direktivet kräver en nationell rättsordning enligt vilken skadestånd ska utgå med hela det belopp som behövs för att samtliga negativa ekonomiska konsekvenser till följd av intrånget ska kompenseras. Utebliven vinst som innefattar såväl försäljningsnedgång som utebliven försäljningsökning ska betraktas som sådan skada. Därutöver krävs att marknadsskada, skada på varumärkets anseende och, i förekommande fall, ideell skada ersätts av intrångsgöraren. Däremot kan det inte fastställas att intrångsgörarens otillbörliga vinst ska betraktas som en ersättningsgill skada för rättighetshavaren.

4 Slutsatser om gällande rätt

4.1 Inledning

För att fastställa vad som utgör gällande rätt på ett område som är starkt präglad av EU-rätt krävs att såväl nationell rätt som EU-rätt avhandlas. Det har konstaterats att det beträffande civilrättsliga sanktioner på varumärkesrättens område är sanktionsdirektivets bestämmelser som har inflytande på svensk rätt. Den nationella rätten tillämpas för det fall denna inte står i konflikt med obligatoriska EU-rättsliga bestämmelser. Vid händelse av att den svenska rätten inte uppfyller EU-rättens krav, ska den svenska rätten tolkas direktivkonformt.

4.2 Direktivkonform tolkning av nationell rätt

Fastställande av gällande rätt med hjälp av den rättsdogmatiska metoden syftar till att utröna innebörden av den skrivna rätten. Detta inbegriper oundvikligen en tolkning av lagstiftningen. Mot vilken bakgrund en viss föreskrift ska tolkas beror på i vilket rättsligt sammanhang som tolkningen företas.¹⁴⁶ Såväl den svenska varumärkeslagen som de allmänna principer som fyller ut varumärkeslagen ska uppfylla sanktionsdirektivets krav och således genomföra de ändamål som sanktionsdirektivet föreskriver.¹⁴⁷ Följaktligen utgör direktivkonform tolkning av 8 kap. 4 § varumärkeslagen ett nödvändigt inslag i metoden för att fastställa vad som utgör gällande rätt.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Kleinman (2018) s. 31.

¹⁴⁷ Se Mivitotal-målet p. 18. Högsta domstolen uttalar att utskökningsbalkens skadeståndsbestämmelse ska tillämpas direktivkonformt och att det beror på att EU-rätten ställer vissa krav på svensk rätt. Se också Reichel (2018) s. 125. Prop. 2008/09:67 s. 1. Se även Bernitz (m.fl.) (2017) s. 19 ff.

¹⁴⁸ Jfr. Bernitz (m.fl.) (2017) s. 25 f.

Direktivkonform tolkning innebär att den relevanta svenska rätten ska göras lojalt med de rättsakter som ligger till grund för reglerna.¹⁴⁹ EU-domstolen har uttalat följande om direktivkonform tolkning.

”Principen om direktivkonform tolkning innebär /.../ att de nationella domstolarna skall göra allt som ligger inom deras behörighet, med hänsyn till den nationella rätten i sin helhet och med tillämpning av dess erkända tolkningsmetoder, för att säkerställa att det aktuella direktivet ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets syfte.”¹⁵⁰

Vid tillämpning av nationell rätt som syftar till att uppfylla sådana krav som följer av direktiv ska de nationella myndigheterna således göra det i ljuset av det aktuella direktivets föreskrifter. Utöver 8 kap. 4 § varumärkeslagen så ska också de allmänna principerna tillämpas i ljuset av sanktionsdirektivets ordalydelse och syfte.¹⁵¹ EU-domstolens praxis angående tolkningen av direktiven är därför av väsentlig betydelse för tolkningen av den svenska rätten.¹⁵²

4.3 Gällande rätt

4.3.1 Subjektiva förutsättningar för ansvar

Varumärkeslagen föreskriver att skadeståndsansvar för den som begår intrång i annans ensamrätt uppkommer förutsatt att intrånget gjorts uppsåtligt eller av oaktsamhet. Samtliga intrång föranleder således inte skadeståndsansvar. För att ansvar ska uppkomma för den skada som intrånget åsamkat fordras enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer att det sätt på vilket intrångsgöraren handlat strider mot vad man rimligen kan förvänta sig.

¹⁴⁹ van Dam (2013) s. 37 f.

¹⁵⁰ Mål C-212/04 punkt 111. Uttalandet har tillskrivits stor betydelse för EU-rättens utveckling, se Reichel (2018) s. 124 f. Beträffande allmänna skadeståndsrättsliga principer så föreligger naturligtvis inget hinder för den domstolen att helt bortse från dessa för det fall de strider mot sanktionsdirektivet.

¹⁵¹ Se också NJA 2012 s. 975 (Bonnier Audio) p. 34–35.

¹⁵² Levin (2017) s. 66.

En subjektiv förutsättning för ansvar föreskrivs också i sanktionsdirektivet. Enligt direktivet ska endast intrångsgörare som begått intrång i vetskap om att denne skäligen bort känna till att verksamheten var intrångsgörande åläggas skadeståndsansvar. Varken i direktivets författningstext, dess ingress eller i EU-domstolens praxis har det framkommit något som tyder på att det subjektiva kravet ska betraktas som ett autonomt begrepp. Det kan konstateras att de subjektiva förutsättningarna för ansvar som föreskrivs i varumärkeslagen således kan nyttjas i rättstillämpningen i enlighet med vad som följer av allmänna skadeståndsrättsliga principer. I svensk rättstillämpning har näringsidkare ansetts ha ett omfattande ansvar för att tillse att verksamheten inte begår intrång i annans ensamrätt till varumärke.

4.3.2 Kravet på adekvat kausalitet

I 8 kap 4 § varumärkeslagen föreskrivs att intrångsgöraren ska ersätta rättighetshavaren för den skada som intrånget medfört. Sanktionsdirektivet föreskriver endast att de ekonomiska konsekvenser som intrånget orsakat ska ersättas av intrångsgöraren. Direktivet föreskriver inte uttryckligen en borte gräns för vilka typer av orsakssamband som måste anses tillräckliga. Det framkommer varken i ingressen eller av EU-domstolens praxis att en sådan borte gräns för vilka orsakssamband som ska föranleda ansvar regleras inom EU-rätten. Den avgörande frågan är istället på vilket sätt sanktionsdirektivets ordalydelse kan förstås. Man kan tänka sig att sanktionsdirektivets reglering föreskriver att en sådan borte gräns inte ska finnas. Med en sådan reglering skulle skyldighet för intrångsgöraren uppkomma att ersätta samtliga förluster som orsakats av intrånget, oavsett om detta är förluster som är helt väsensskilda från intrånget eller varumärkesrätten. En sådan ordning framstår inte som eftersträvd.¹⁵³

¹⁵³ Det vore nämligen en oproportionerlig reglering att ålägga intrångsgöraren att ersätta samtliga konsekvenser av ett intrång, jfr. art. 3(2) i sanktionsdirektivet.

Man kan också tänka sig att begreppet *medfört* ska anses innefatta en adekvansbegränsning. För det fall en sådan begränsning är avsedd uppkommer frågan huruvida den ska relateras till en nationell adekvansnorm eller om den annars ska ges en EU-autonom tolkning. Det finns inget stöd för att begreppet *medfört* ska ges en EU-autonom tolkning.

Slutligen kan man tänka sig att adekvanskravet lämnats oreglerat i direktivet och att detta därmed återstår på de nationella rättsordningarna att reglera. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan det konstateras att det inte finns något hinder mot att tillämpa svenska allmänna skadeståndsrättsliga principer för att avgöra frågan om orsakssamband och dess rimlighet. Läran om adekvat kausalitet äger tillämpning.

4.3.3 Begränsning av skadan

De situationer som kan uppstå beträffande rättighetshavarens begränsning av skadan har inte reglerats i sanktionsdirektivet. Istället torde emellertid uttrycket ”*skall de beakta alla relevanta omständigheter*”¹⁵⁴ tyda på att de nationella rättsordningarna ska ges möjlighet att ta hänsyn även till omständigheter som talar för ett reducerat skadeståndsbelopp. Detta kan vara med anledning av ett handlande hos rättighetshavaren som förvärrat de negativa konsekvenserna av intrånget eller underlåtit att vidta sådana åtgärder som hade kunnat förminska skadans omfattning. Det finns således förutsättningar att tillämpa de svenska principerna om medverkansansvar och medvållande.

4.3.4 Skadans omfattning

4.3.4.1 Uteblivna intäkter

Det har konstaterats ovan att rättighetshavaren är berättigad till ersättning för de uteblivna intäkter som uppkommit med anledning av intrånget. Det föreligger inga skiljaktigheter mellan den svenska regleringen och EU-rätten.

¹⁵⁴ Art. 13(1) sanktionsdirektivet.

Rättighetshavaren har således rätt till ersättning för såväl försäljningsnedgång som utebliven försäljningsökning. Det finns inte heller något föreskrivet tillvägagångssätt för hur skadans omfattning ska bestämmas.

4.3.4.2 Goodwill-förluster

Skadeståndsansvar för skada på varumärkets anseende föreskrivs inte explicit i sanktionsdirektivet. Att värdet på ett varumärke kan sjunka med anledning av ett intrång är emellertid tämligen okontroversiellt. Då ett sjunkande värde på en tillgång sjunker har en ekonomisk skada uppkommit som torde vara en sådan typ av skada som omfattas av ”*alla relevanta omständigheter*”.¹⁵⁵ Någon diskrepans mellan den svenska regleringen och sanktionsdirektivet föreligger inte. Den svenska lagstiftningen utgör gällande rätt, varför rättighetshavaren är berättigad till ersättning för hela den goodwill-förlust som intrånget förorsakat.

4.3.4.3 Intrångsgörarens vinst

Det har framgått ovan att lagtextens utformning enligt förarbetena endast ska uppmana till användning av intrångsgörarens vinst för att slå fast omfattningen av rättighetshavarens uteblivna vinst. Någon ersättning för intrångsgörarens vinst ska alltså inte komma i fråga.

Det föreligger oklarheter beträffande sanktionsdirektivets reglering. Trots att det har konstaterats ovan att EU-rätten i allmänhet har en mer tillåtande syn på ersättning för otillbörlig vinst kan det inte konstateras att sanktionsdirektivet uppställer ett sådant krav på att den otillbörliga vinsten överförs till rättighetshavaren. Den svenska rätten gäller således och rättighetshavaren har inte rätt till ersättning för intrångsgörarens otillbörliga vinst.

4.3.4.4 Intrångsgörarens intresse av att intrång inte

¹⁵⁵ Sanktionsdirektivet art. 13(1).

begås

Enligt 8 kap. 4 § varumärkeslagen ska, vid bestämmande av skadans omfattning, hänsyn tas till rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås. Det har beskrivits ovan att regelns innebörd inte är helt klar. Regeln har inte någon motsvarighet i art. 13(1) sanktionsdirektivet. Mot bakgrund av att sanktionsdirektivets föreskrifter endast utgör en minimireglering, torde det inte strida mot dess innehåll att tillämpa en dylik bestämmelse. Det kan emellertid framhållas att syftet med bestämmelsen är att höja graden av likvärdighet mellan medlemsstaternas skadeståndslagstiftning på immaterialrättens område. Den svenska rätten förefaller emellertid ta hänsyn till intrångsgörarens intresse av att intrång inte begås på ett sätt som inte föreskrivs i direktivet.

En jämförelse kan göras med dir. 2014/104/EU.¹⁵⁶ I direktivet harmoniserades nämligen de nationella rättsordningarnas gällande rätt på ett mer omfattande sätt än vad som varit avsikten med sanktionsdirektivet. I direktivets art. 4 och 17(1) stadgas nämligen att medlemsstaterna ska tillse att bevisbördan inte ställs så högt på den skadelidande att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att erhålla skadestånd. Enligt 17(2) samma direktiv ska det presumeras att skada uppkommit. Jämförelsen åskådliggör sanktionsdirektivets karaktär som minimilagstiftning. Mot bakgrund av att den svenska bestämmelsen, som föreskriver att hänsyn ska tas till rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås, utökar rättighetshavarens skydd är den inte oförenlig med direktivet. Sammantaget gäller, trots att bestämmelsens faktiska påverkan på rättighetshavarens utsikter att erhålla

¹⁵⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelse av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser. Direktivet reglerar medlemsstaternas skadeståndsreglering i förhållande till marknadsskadande kartellbildning. Direktivets syfte överensstämmer slående väl med sanktionsdirektivets. Direktivet syftar nämligen till att ge den som lidit skada möjlighet att erhålla full kompensation för skadan då detta i förlängningen krävs för en sund konkurrens på den inre marknaden. Direktivets bestämmelser ska inte tolkas på ett sätt som innebär överkompensation av en liden skada. Jfr. art. 1-4.

relevant skadestånd inte helt kunnat klarläggas ovan¹⁵⁷, att den svenska bestämmelsen i vart fall inte strider mot sanktionsdirektivets föreskrifter.

4.3.4.5 Särskilt allvarliga intrång

Uppräkningen i 8 kap. 4 § varumärkeslagen av vilka hänsyn domstolen ska beakta vid fastställande av skadans omfattning är inte uttömmande. Följaktligen finns utrymme för ytterligare hänsyn. Lagstiftaren uttalar i de äldre förarbetena att intrång som är förenat med särskilt allvarliga omständigheter, såsom att intrångsgöraren begår intrång i anslutning till en av rättighetshavaren anordnad marknadsföringskampanj, rimligen bör föranleda högre skadestånd.¹⁵⁸ Uttalandet kan vid närmare undersökning framstå som riktigt. Slutsatsen är nämligen att intrång som med anledning av intrångsgörarens väl genomförda planering orsakar särskilt stor skada för rättighetshavaren ska föranleda högre skadeståndsbelopp. De skäl som ligger till grund för lagstiftarens ställningstagande föranleder emellertid vissa betänkligheter. Uttalandena i propositionen förefaller nämligen ta sikte på att den som begår utstuderade och överlagda intrång framstår som mer organiserad och cynisk. Med anledning av detta bör denne bestraffas hårdare för intrånget.

Mycket riktigt riskerar sannolikt välplanerade intrång att föranleda mer omfattande skadeverkningar för rättighetshavaren. Icke desto mindre förefaller de skäl som enligt förarbetet ligger till grund för ett utökat skadestånd inte relaterar till skadans omfattning utan till vad som kan liknas med ett eventuellt straffvärde. Att betrakta skadestånd på det sättet överensstämmer inte med utgångspunkten att skadestånd ska utdömas i syfte att ersätta rättighetshavaren för den skada som åsamkats av intrånget, vilket är såväl sanktionsdirektivets som varumärkeslagens syfte. Sanktionsdirektivets föreskrifter och syfte väger tyngre än uttalanden i propositionen. Det finns inte förutsättningar att betrakta dessa uttalanden som uttryck för gällande rätt. Istället gäller att särskilt allvarliga intrång ska

¹⁵⁷ Se ovan avsnitt 2.4.5.4.

¹⁵⁸ Se ovan avsnitt 2.4.5.5.

föranleda högre skadeståndsbelopp av det skälet att de eventuellt orsakat mer omfattande skador för rättighetshavaren.

4.3.4.6 Schablonbaserat skadestånd

Enligt art. 13(1)(b) sanktionsdirektivet kan medlemsländerna, istället för att söka fastställa omfattningen av intrångets skadeverkningar, ålägga intrångsgöraren att utge ersättning baserat på schablon. Schablonens storlek baseras i sin tur bland annat på vad intrångsgöraren skulle ha utgett för en motsvarande licens. I Sverige har denna möjlighet inte genomförts. Istället är sådana licensintäkter en del av vad som i varumärkeslagen benämns ”*skälig ersättning för utnyttjandet av varukännetecknet*”.¹⁵⁹ I svensk rätt är detta emellertid inte en alternativ ersättning till skadestånd som motsvarar skadans omfattning utan utgör istället en del av den skäliga ersättningen.

Vad som istället skulle kunna motsvara syftet med det schablonbaserade skadeståndet för svenskt vidkommande är möjligheten till bevislättning i 35 kap. 5 § rättegångsbalken. Den svenska bestämmelsen om bevislättning skiljer sig emellertid från schablonbestämmelsen då den svenska regeln ger rätten möjlighet att uppskatta skadans storlek på grundval av de omständigheter som parterna åberopat. Det är således en bestämmelse som alltjämt siktar på att fastställa skadans omfattning.

Det framgår av sanktionsdirektivets lydelse att införandet av schablonbaserat skadestånd är frivilligt för medlemsstaterna. Att underlåta att införa schablonbaserat skadestånd är således inte i strid med sanktionsdirektivets föreskrifter.

4.4 Slutsatser

Den svenska lagstiftningen, som ålägger den som begår intrång i annans ensamrätt till varumärke att utge skadestånd till rättighetshavaren, är generellt utformad och täcker många skilda typer av situationer. För att 8 kap. 4 §

¹⁵⁹ 8 kap. 4 § varumärkeslagen.

varumärkeslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer ska utgöra gällande rätt fordras att de uppfyller sanktionsdirektivets minimikrav. För det fall dessa minimikrav inte är uppfyllda ska varumärkeslagen inte tolkas mot bakgrund av allmänna skadeståndsrättsliga principer utan istället mot sanktionsdirektivets föreskrifter. Vid en jämförelse mellan å ena sidan den svenska lagstiftningen och allmänna skadeståndsrättsliga principer och å andra sidan sanktionsdirektivets krav, kan det konstateras att den svenska rätten uppfyller de minimikrav som sanktionsdirektivet ställer. 8 kap. 4 § varumärkeslagen i förening med allmänna skadeståndsrättsliga principer utgör således gällande rätt.

5 Ett rättviseteoretiskt perspektiv

5.1 Inledning

Uppsatsens syfte är att analysera gällande rätt. Det innebär att såväl den skrivna rätten som de allmänna skadeståndsrättsliga principerna ska analyseras. I det följande ska således uppsatsens tredje frågeställning besvaras. Följaktligen ska gällande rätt analyseras utifrån den definition av rättviseteorin som professor Mårten Schultz tillhandahållit.

5.2 Rättviseteorin

5.2.1 Definition av rättviseteorin

Inom skadeståndsrätten gäller som allmän överordnad princip att den som orsakar skada för annan ska ersätta skadan.¹⁶⁰ Detta kan förklaras av det grundläggande moraliska ställningstagandet att den som genom en klandervärd handling vållar skada för annan ska åläggas att svara för återställande av skadeobjektet eller annars kompensation för den uppkomna skadan. Genom att placera ansvaret för reparation eller kompensation på den person som orsakat skadan, ska skadeståndsrätten bidra till prevention av uppkomsten av skador samt reparation av uppkomna skador.

I den juridiska litteraturen förekommer ett antal grundläggande moraliska utgångspunkter beträffande legitimering av skadestånd.¹⁶¹ I diskussionen har rättviseteorin emellertid fått stå tillbaka till förmån för den allt mer erkända rättsekonomiska teorin, såväl i den svenska debatten som internationellt.¹⁶²

¹⁶⁰ Jfr. 2 kap. 1 § skadeståndslagen.

¹⁶¹ Hellner och Radetzki (2018) s. 37 ff.

¹⁶² Se Schultz (2007) s. 104 ff.

Rättviseteorins mest fundamentala moraliska utgångspunkt är att individer inte ska utnyttjas som medel för andra individers målsättningar. För att definiera rättviseteorin sätter Schultz begreppsbildningen i ett sammanhang av mer grundläggande samhällsfilosofiska teorier. Således betraktas rättviseteorin som ett utflöde ur den liberalistiska samhällsfilosofin som sätter individens frihet i centrum.¹⁶³ I den samhällsekonomiska teorin utgörs målsättningen istället av samhällets ekonomiska utveckling med syftet att maximera den kollektiva lyckan.¹⁶⁴

Vad som sagts ovan leder enligt Schultz till två viktiga metodologiska slutsatser. För det första ska skadeståndsrätten baseras på ett ex post-synsätt. Det innebär att domstolen, vid tillämpning av skadeståndsrätten, inte ska ta ställning till konsekvenserna av att utdöma ansvar att korrigera skadan.¹⁶⁵ För det andra leder det till en betoning av vikten av ett individualiserat synsätt. Vid tillämpning av skadeståndsrätten ska fokus sålunda vara på den skada som drabbat en specificerad fysisk eller juridisk person, till följd av en individualiserad skadehandling av en specificerad fysisk eller juridisk person.¹⁶⁶

Tankesättet härleds ur en grundläggande moralisk övertygelse om att resurser ska allokeras till den som skapat förutsättningar för detta värdeskapande. Den som gjort långsiktiga investeringar i skapandet av ett starkt och värdefullt varumärke, som ger goda förutsättningar för värdeskapande och intäkter, är följaktligen berättigad till den avkastning som utnyttjande av varumärket kan ge upphov till. På motsvarande sätt är den som åsamkat skada för annan moraliskt ansvarig för att korrigera skadan.

¹⁶³ Schultz (2007) s. 108.

¹⁶⁴ Schultz (2007) s. 108.

¹⁶⁵ Ett annars nära till hands liggande intresse är hur betungande ett visst utfall skulle vara för endera parten, se exempelvis jämkningsreglerna i skadeståndslagen.

¹⁶⁶ Schultz (2007) s. 193 f.

5.2.2 Rättsvetenskapen och intrång i varumärke

Det uttalades ovan i avsnitt 1.1 att det finns starka samhällsekonomiska skäl som rättfärdigar starkt immaterialrättsligt skydd för ensamrätt och tillhörande rätt till skadestånd vid intrång.¹⁶⁷ Det skulle därför inte vara främmande för en analys av rätten till skadestånd vid varumärkesintrång att anlägga ett rättsekonomiskt perspektiv. Skälet till att den rättsekonomiska teorin inte valts som teoretisk ram i denna uppsats är att sanktionsdirektivet ger uttryck för motiv som är förankrade i rättsekonomiska argument.¹⁶⁸ Behovet av ett samhällsekonomiskt perspektiv på immaterialrättslig skyddslagstiftning har därmed tillgodosetts. En analys av gällande rätt ur ett kontrasterande perspektiv är påkallad för att addera till förståelsen av rättens praktiska följder. Det rättsvetenskapliga perspektivet har således vunnit företräde i denna uppsats.

Det har debatterats i litteraturen huruvida skadestånd alls kan ha en reparativ funktion. Enligt Schultz är redan begreppet ”reparation” problematiskt. Det beror på att skadestånd utgör en förmögenhetsöverföring och att en sådan förmögenhetsöverföring inte kan reparera en uppkommen skada. Det finns skäl att återkomma till och bemöta denna invändning nedan i avsnitt 5.3.1.

Ytterligare ett motargument som anförts mot rättsvetenskapen är den ökande betydelsen av skadeförsäkringar och därmed pulvrisering av uppkomna skador.¹⁶⁹ Med avseende på intrångssituationen torde betydelsen av försäkringar emellertid vara begränsad.

¹⁶⁷ Jfr. Levin (2017) s. 31 f. och där gjorda hänvisningar. Bland annat hänvisar Levin till statistik om immaterialrättens betydelse för arbetstillfällen, tillväxt och innovation. För specifikt om varumärkesrätten, se a.a. s. 32. Se även Maunsbach och Wennersten (2015) s. 18.

¹⁶⁸ Se ingressen till sanktionsdirektivet punkt 1–3.

¹⁶⁹ Jfr. Hellner och Radetzki (2018) s. 177 ff.

5.3 Analys

5.3.1 Skadeståndets reparativa funktion

Målet med skadeståndsrätten beträffande fall av ren förmögenhetsskada är att den som drabbats av en skadevällande handling ska ersättas genom en värdeöverföring motsvarande värdet på den skada som åsamkats. Syftet är att den som drabbats ska hamna i samma ekonomiska ställning som denne skulle ha varit i för det fall intrånget inte inträffat. Den allmänna skadeståndsrättsliga utgångspunkten om full ersättning har således bäring även på ren förmögenhetsskada.¹⁷⁰

Ur ett rättviseteoretiskt perspektiv är det mest centrala att den som lidit skada får skadan reparerad. En brist, som Mårten Schultz återkommer till, är emellertid att skadeståndsrätten som sådan inte kan bidra till reparation av skadeobjektet med anledning av att den uppkomna skadan inte kan repareras med blott en förmögenhetsöverföring.¹⁷¹ Förhållandet gör sig gällande i fråga om person- och sakskada. Det är nämligen naturligt att exempelvis en skadad kroppsdel inte kan läkas med hjälp av en överföring av ekonomiska medel från ett rättssubjekt till ett annat. Situationen vid varumärkesintrång är emellertid en annan.

Å ena sidan kan skadan på ett varumärke, såsom beskrivits alldeles ovan, betraktas som sakskada på ett varumärke. Skadan utgörs exempelvis av den försämrade renommé som intrånget gett upphov till. Skadan består då i en försämring av den immaterialrättsliga egendomen. Eftersom skada uppkommit på egendomen, kan en förmögenhetsöverföring mellan två rättssubjekt inte reparera skadan. Varumärkets renommé påverkas nämligen inte av ett tillskott av kapital.

¹⁷⁰ Radetzki (2019) s. 63.

¹⁷¹ Schultz (2007) s. 183.

Å andra sidan kan skadan definieras som den förmögenhetsförlust det innebär att förlora goodwill och renommé i den omfattning som drabbat rättighetshavaren. Om skadan definieras som den minskade förmögenhetsmassa som den förlorade goodwill inneburit kan den repareras med en förmögenhetsöverföring som motsvarar förlusten. Samma sak gör sig gällande beträffande kostnader i anslutning till återupprättande av goodwill eller renommé eller uteblivna intäkter.¹⁷² Dyliga skador kan i praktiken repareras genom en förmögenhetsöverföring till förmån för den som drabbats av skadan. Vid en förmögenhetsöverföring som motsvarar samma värde som den skada som åsamkats rättighetshavaren, kan den samlade förmögenhetsmassan hos rättighetshavaren återställas till den storlek den skulle varit för det fall intrånget inte ägt rum.

Det senare beskrivna synsättet utgör en bättre beskrivning av de förhållanden som karaktäriserar varumärkesrättsliga intrång. Skadan utgörs nämligen av just en värdeminskning för rättighetshavaren. Detta förändras inte av det sätt på vilket förlusten visar sig, oavsett om det är vid minskade intäkter, ökade utgifter eller minskat värde på befintliga tillgångar. Det faktiska skadeobjektet är följaktligen inte varumärket som sådant, varumärkets särskiljningsförmåga eller varumärkets goodwill utan rättighetshavarens förmögenhetsmassa.

Mot bakgrund av det anförda följer att det finns förutsättningar för ett rättviseteoretiskt betraktelsesätt i fråga om strävan efter skadestånd vid varumärkesintrång som karaktäriseras av reparation. Den som för att gynna sig själv missbrukar varumärket på ett sådant sätt att rättighetshavarens förmögenhetsmassa minskar ska därför reparera den uppkomna skadan. Ur ett rättviseteoretiskt perspektiv är ambitionen att reparera skadan inte bara möjlig utan också påkallad.

¹⁷² Se vidare om ämnet Bengtsson och Lyxell (2006) s. 25 f.

5.3.2 Skadans omfattning som förutsättning för reparation

När det har konstaterats att ambitionen rätteligen bör vara att ålägga intrångsgöraren ansvar för reparation av den förmögenhetsskada som vållats, så uppkommer frågan hur stor förmögenhetsöverföring skadevållaren ska utge för att skadan ska anses reparerad.

Enligt 8 kap. 4 § varumärkeslagen ska skadeståndets storlek bestämmas på objektiva grunder. Syftet med att endast använda objektiva grunder för bestämmande av skadans omfattning är att man därigenom ska undvika att över- eller underkompensera rättighetshavaren. Ordningen ska förhindra att intrångsgöraren åläggs överföra ett större värde än vad som krävs för att reparera rättighetshavarens förmögenhetsminskning. Skälet till att såväl över- som underkompensation ska undvikas är att en sådan värdeöverföring skulle innebära att endera parten berikas på bekostnad av den andra parten. Ett sådant berikande är i strid med rättviseteorins fundamentala utgångspunkt. Strävan att uppnå ett skadestånd som är ekvivalent med den faktiskt uppkomna skadan kan således betraktas som ett uttryck för grundläggande rättviseteoretiska värderingar. Ur ett rättviseteoretiskt perspektiv är det denna ambition till fullkomlig reparation som legitimerar skadeståndet.

För att möjliggöra reparation i form av en förmögenhetsöverföring som motsvarar den skadelidandes förmögenhetsminskning krävs vetskap om förmögenhetsminskningens omfattning. I praktiken förutsätter den gällande rätten därmed att domstolen kan erhålla sådan vetskap från den skadelidande. Högsta domstolens föreslagna tillvägagångssätt för att erhålla denna information är att differensprincipen nyttjas. Principen innebär att den skadelidandes situation efter intrånget jämförs med hur situationen skulle ha varit för det fall intrånget inte ägt rum. Idén om att denna kunskap finns, kan forskas fram eller rent av skapas genom ett gediget utredningsarbete är naturligtvis ett ouppnåeligt ideal.

Att en korrekt uppskattning av skadans omfattning inte låter sig göras på basis av hypoteser, framstår som okontroversiellt. När det har konstaterats att en sådan korrekt uppskattning inte är möjlig – att rättighetshavarens möjlighet till skadestånd är villkorat av en omöjlig premiss – uppkommer med nödvändighet frågan om vilken part som ska stå risken för att beräkningen inte blir korrekt. Då det konstaterats att det inte är möjligt att veta exakt hur stort skadeståndet ska vara för att fullt ut ersätta skadan kommer den nämligen, med nödvändighet, att över- eller underkompenseras.

Genom att kräva av rättighetshavaren att denne kan frambringa en utredning som visar skadans omfattning så negligeras frågan om vilken av parterna som ska bära risken för att compensationen inte exakt motsvarar skadans omfattning. Problemet när denna fråga lämnas obesvarad är att risken per automatik placeras på den skadelidande, eftersom det är den skadelidande som drabbas av att skadans omfattning inte kan fastställas. För varje förmögenhetsskada som den skadelidande misslyckas med att belägga som skada hänförlig till intrånget, förlorar nämligen den skadelidande möjligheten att erhålla ersättning för den skadan. Den skadelidande står således risken för – och utstår sedermera konsekvenserna av – att det inte är möjligt att belägga skadans omfattning.

Rättviseteorin påkallar en reglering som inte bara i teorin ger rättighetshavaren rätt till skadestånd för skadans omfattning utan som också i praktiken ger förutsättningar för full compensation av den skadelidandes förmögenhetsminskning. Regleringens utformning ger dock inte sådana förutsättningar.

Ordningen skulle emellertid kunna försvaras av motstående intressen inom ramen för rättviseteorin. Rättviseteorin påkallar nämligen inte bara att skadeståndsrätten ger förutsättningar för den skadelidande att få skadan reparerad. Den skyddar också intrångsgöraren från motsvarande övergrepp. Intrångsgöraren ska således skyddas från att utnyttjas som medel för rättighetshavarens målsättningar. En rättviseteoretisk analys som endast

applicerar rättvisetanken på rättighetshavarens intressen är därmed ofullständig. Istället krävs för en korrekt applicering av rättighetsteorin att analysen avser avvägningen mellan parternas intressen. Vid en närmare analys av hur dessa intressen balanserats åskådliggörs att regleringen ställer krav på rättighetshavaren som förefaller omöjliga att uppnå. Ur ett rättviseteoretiskt perspektiv framstår detta som en bristfällig prioritering.

Att intrångsgörarnas intresse prioriteras så högt att det i praktiken görs omöjligt för rättighetshavaren att erhålla reparerande skadestånd måste legitimeras av starka skäl. Några sådana skäl har inte presenterats i förarbetena till den svenska lagstiftningen. Då frågan lämnats obesvarad så har den avgjorts till intrångsgörarens fördel. Det är en rimlig fråga att ställa sig huruvida detta är en riktig avvägning av intressena, mot bakgrund av att det föranleder intrångsgöraren att gynnas av sin egen orätt på bekostnad av rättighetshavaren.

Ett försök till utjämnande av en dylik obalans återfinns i 35 kap. 5 § rättegångsbalken. Lagrummet avlastar den skadelidande från att krävas på full bevisning om skadans omfattning för det fall full bevisning därom inte alls eller endast med svårighet kan föras. Det är då domstolen som ska uppskatta ett skäligt belopp som kan anses motsvara rättighetshavarens skada. Det är alltså fråga om ett försök att fastställa skadans omfattning.

5.3.3 EU-rättens alternativa reglering

I sanktionsdirektivet erbjuds möjligheten för medlemsstaterna att inrätta lagstiftning som öppnar för möjligheten att bestämma skadeståndets storlek mot bakgrund av relevanta schabloner i de fall det framstår som lämpligt. Det har följaktligen konstaterats, ovan, att införande av schablonbaserat skadestånd i Sverige inte skulle strida mot EU-rättens krav. Istället skulle det innebära att den svenska lagstiftningen blir i högre grad överensstämmande med sanktionsdirektivets föreskrifter.

En schablonbaserad skadeståndsreglering, som nyttjas i de fall där ett mer exakt belopp inte kan erhållas, skulle innebära en utjämning av de risker som främst bärs av rättighetshavaren. För den enskilde rättighetshavaren som drabbats av intrång skulle det också innebära en påtaglig fördel att inte behöva skifta fokus från kärnverksamheten till utredningen av intrångets konsekvenser. Det skulle ta bort den stora osäkerhet det innebär att besluta om att satsa på en kostsam utredning av intrångets följder då det skulle skapa förutsebarhet i relation till skadeståndets belopp.¹⁷³ Det är alltså inte bara den faktiska ersättningen som skulle bli mer rättvis utan även den process som inleds hos rättighetshavaren då denne drabbas av intrång.

Ett centralt motargument mot det schablonbaserade alternativ som sanktionsdirektivet erbjuder är att det inte i tillräcklig utsträckning tar hänsyn till intrångsgörarens rättighet att inte bli utnyttjad som föremål för rättighetshavarens intresse på intrångsgörarens bekostnad. Ur ett rättviseteoretiskt perspektiv är invändningen av fundamental betydelse. Risken att rättighetshavaren berikas på intrångsgörarens bekostnad skulle bli påtaglig för det fall domstolen varit bunden till det schablonbaserade alternativet även i fall då det klarlagts att den faktiskt lidna skadan väsentligen understiger vad en tillämpning av schablonregeln skulle resultera i. Genom att införa schablonbestämmelsen som alternativ till skadestånd som motsvarar skadans värde skulle utdömande av såväl högre som lägre skadestånd än schablonen möjliggöras. Risken för grov över- eller underkompensation skulle då reduceras väsentligt. Denna utformning av rätten har lämnats utan invändning av EU-domstolen. Enligt sanktionsdirektivet är detta schablonbaserade skadestånd förenligt med målsättningen att upprätthålla en skyddslagstiftning som är såväl effektiv som proportionerlig.

¹⁷³ Jfr. att lagstiftaren ämnat ta hänsyn till rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås, 8 kap. 4 § varumärkeslagen, se ovan avsnitt 2.4.5.4.

5.3.4 Rättsvetenskap och adekvat kausalitet

Enligt Högsta domstolen ska rättighetshavaren visa adekvat kausalitet i förhållande till varje påstådd skadeverkning som den skadelidande gör gällande.¹⁷⁴ Det räcker alltså inte att bevisa att en förmögenhetsskada drabbat rättighetshavaren. Det fordras också ett kvalificerat orsakssamband mellan den aktuella intrångsgörande handlingen och förlusten av varje återopad förmögenhetsförlust. Kravet på adekvat kausalitet försvårar ytterligare för rättighetshavaren att erhålla ersättning för den skada som åsamkats.

Det rättsvetenskapliga perspektivet strävar efter att intrångsgöraren ska åläggas att utge ett skadestånd som är ekvivalent med skadans storlek. Den skada som intrångsgöraren således ska ersätta är endast den skada som denne vållat. Det är naturligtvis orimligt ur ett rättsvetenskapligt perspektiv att låta intrångsgöraren svara för skador som denne inte vållat. I förhållande till ren förmögenhetsskada med anledning av varumärkesintrång kan det emellertid konstateras att det är förenat med väsentliga svårigheter att fastställa ett adekvat kausalsamband mellan ett intrång och exempelvis en försäljningsnedgång. Det har konstaterats ovan att rättighetshavaren har att påvisa adekvat kausalitet mellan ett intrång och en negativ inverkan på resultatet. Att rättighetshavarens resultat kan påverkas i det korta loppet är sannolikt inte särdeles bekymmersamt att övertyga domstolen om. Vad som däremot är betydligt mer utmanande är att övertyga domstolen om att intrånget inverkat negativt på resultatet på sikt samt, naturligtvis, omfattningen av denna negativa inverkan.

Även detta har adresserats genom schablonbaserat skadestånd i sanktionsdirektivet. Med schablonbaserat skadestånd kan ett sådant krav på orsakssamband naturligtvis inte upprätthållas. Det ligger nämligen i schablonens natur att det inte krävs ett orsakssamband mellan intrånget och det påföljande skadeståndet. Det finns således inget logiskt utrymme för ett krav på adekvat kausalitet då ett skadestånd bestäms på grundval av schablon.

¹⁷⁴ Jfr. Mivitotal-målet, p. 48–49.

Att överge kravet på att varje förmögenhetsskada ska omfattas av adekvat kausalitet och att rättighetshavaren har att visa denna kausalitet för att ha möjlighet att erhålla skadestånd skulle i praktiken göra det betydligt lättare för rättighetshavare att erhålla ersättning som kan reparera den skada som vållats.

5.3.5 Skademiminerande åtgärder och utredningsåtgärder

Det har angetts ovan att den skadelidande har skyldighet att vidta rimliga åtgärder för att begränsa skadans omfattning. Detta innebär att den som drabbas av intrång bör hushålla med de ekonomiska resurserna på ett sådant sätt som denne skulle ha gjort ifall denne inte kunnat räkna med att få kostnaderna ersatta av intrångsgöraren. För att ha möjlighet att erhålla skadestånd över huvud taget har rättighetshavaren samtidigt ålagts att vidta långtgående utredningsåtgärder, dock med en påtaglig risk för att inte erhålla ersättning för arbetet. Väl tilltagna kostnader för utredning kan framstå som oskälig hushållning med de resurser som intrångsgöraren sedermera avkrävs, samtidigt som alldeles för begränsade kostnader riskerar att resultera i en bristfällig utredning som misslyckas med bevisföringen.

Det beskrivna dilemmat som uppkommer mellan å ena sidan rättighetshavarens skyldighet att hushålla med motpartens resurser och å andra sidan kravet på att presentera en relevant beviskraftig utredning, drabbar rättighetshavaren som en påtaglig risk. Rättighetshavaren måste göra en avvägning beträffande hur omfattande resurser som ska avsättas för utredningen av intrånget.¹⁷⁵ En väl genomförd utredning som föranleder omfattande kostnader riskerar att i efterhand betraktas som bristfällig hushållning med motpartens resurser. Det förefaller inte tillräckligt att varumärkeslagen föreskriver att utredningsåtgärder ska ersättas av intrångsgöraren.

¹⁷⁵ I praktiken torde frågan bli aktuell då externa konsulter såsom advokat-, revisions- eller marknadsundersökningsbyrå konsulteras för utredning av intrång.

Det har beskrivits ovan att det utifrån rättviseteorin inte finns utrymme att ta hänsyn till andra omständigheter än sådana som hänför sig till reparation av rättighetshavarens skada. Det finns goda grunder att ifrågasätta lämpligheten av att ålägga rättighetshavaren skyldighet att hushålla med motpartens resurser samtidigt som lagen kräver att det finns en väl genomförd utredning av intrångets negativa konsekvenser. Att införa schablonbaserad ersättning skulle reducera problematiken väsentligt.

5.3.6 Intrångsgörarens otillbörliga vinst

Det har konstaterats ovan att rättighetshavaren inte är berättigad till intrångsgörarens otillbörliga vinst. I debatten har förhållandet debatterats främst ur ett rättsekonomiskt perspektiv.¹⁷⁶ Rättviseteorins moraliska utgångspunkt är att rätten ska skydda individer från att användas som medel för andra individers målsättningar. Analysen har i det tidigare utgått från det reparativa krav som denna utgångspunkt föranleder. I det följande ska analysen riktas mot rättighetshavarens möjlighet att erhålla den otillbörliga vinst som intrångsgörarens gjort.

Den som begår intrång i annans ensamrätt till varumärke gör naturligtvis det för egen vinning. Incitamentet i sammanhanget torde sällan vara annat än att tillskansa sig ekonomisk behållning. Detta kan exempelvis åstadkommas genom att öka sin försäljning med hjälp av att vilseleda marknaden om ett kommersiellt samband med rättighetshavaren. Tillvägagångssättet för att uppfylla denna målsättning är att göra intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt. Den ekonomiska behållningen, som av lagstiftaren betraktas som otillbörlig, är naturligtvis det avgörande incitamentet för att begå intrång. Intrånget utgör ett sätt att berika sig på rättighetshavarens bekostnad. Intrångssituationen utgör således ett exempel på en sådan situation som rättviseteorins fundamentala utgångspunkt avser eliminera och som rätten således har att motarbeta genom kraftfulla sanktioner.

¹⁷⁶ Se för vidare läsning exempelvis Bernitz (2018) s. 564 ff.

Varumärken är bärare av värde på grund av att de i sin tur kan betraktas som värdeskapare. Innehavaren av ett varumärke kan således skapa värde med hjälp av varumärket. Det är endast den som äger ensamrätten till varumärket som är berättigad till det värde som varumärket kan skapa. Enligt rättviseteorin ska ekonomisk vinning allokeras till den som skapat förutsättningar för vinningen. Rättsordningen har tillerkänt innehavaren av ett varumärke ensamrätt att kapitalisera på detta. Det värde som skapats med hjälp av varumärket ska rätteligen allokeras till rättighetshavaren. Således bör, även ur ett rättviseteoretiskt perspektiv, rättighetshavaren vara berättigad till det värde som intrångsgöraren erhållit med anledning av intrånget. Att frånta intrångsgöraren det avgörande incitamentet torde vara det mest betydelsefulla sättet för att motverka intrång och på så sätt skydda rättighetshavare från intrång i den varumärkesrättsliga ensamrätten.

Det har konstaterats att rättsordningens mest centrala uppgift på varumärkesrättens område, enligt rättviseteorin, är att motarbeta intrång. Dessutom har konstaterats att vinsten är det starkaste incitamentet att begå intrång i annans ensamrätt och att vinsten är otillbörlig. Att lagstiftaren underlåter att ålägga intrångsgöraren att utge den vinst som intrånget föranlett framstår som en brist.

5.4 Sammanfattande analys

Rättviseteorins grundläggande utgångspunkt är att den som åsamkat skada för annan ska ersätta skadan. Vid intrång i annans varumärke är det möjligt att reparera skadan genom en förmögenhetsöverföring. Att fastställa hur omfattande förmögenhetsförlust rättighetshavaren drabbats av är emellertid inte möjligt. Det faktum att regleringen kräver att omfattningen av förmögenhetsförlusten fastställs omöjliggör således för rättighetshavaren att få skadan reparerad. I teorin är detta försvarbart inom ramen för rättviseteorin; regleringen ska skydda intrångsgöraren från att bli utnyttjad för annans

vinning. I praktiken utgör gällande rätt emellertid en bristfällig avvägning mellan intrångsgörarens respektive rättighetshavarens intressen.

Det kan ifrågasättas hur lämpligt det är att tillämpa allmänna skadeståndsrättsliga principer i mål om skadestånd för ersättning av de skador som drabbar en rättighetshavare vid intrång i varumärkesrättslig ensamrätt. Detta har åskådliggjorts genom en analys av de praktiska svårigheter som den som drabbas av intrång ställs inför då principerna om fastställande av skadans omfattning, adekvat kausalitet samt skadebegränsning tillämpas i varumärkesrättsliga intrångsmål.

Ett genomförande av det alternativa sätt att bestämma skadeståndets storlek som tillhandahålls i sanktionsdirektivet – schablonbaserat skadestånd – kan minska betydelsen av de allmänna skadeståndsrättsliga principerna. Att minska betydelsen av dessa principer skulle i sin tur ge bättre förutsättningar för den skadelidande att erhålla relevant ersättning för skadan. Det skulle dessutom minska den osäkerhet som en skadeståndsprocess i varumärkesrättsliga intrångsmål innebär för rättighetshavaren. Dessa förändringar är påkallade utifrån ett rättviseteoretiskt perspektiv.

6 Avslutande slutsatser

6.1 Gällande rätt

Den som begår intrång i annans varumärkesrättsliga ensamrätt ska ersätta rättighetshavaren för de skador som intrånget medfört. Den rättsliga grunden för skadeståndsansvar finns i 8 kap. 4 § varumärkeslagen. Skadeståndets omfattning ska motsvara värdet på den skada som rättighetshavaren vållats. Detta ska möjliggöras genom att rättighetshavaren identifierar och bevisar vilka skador som intrånget vållat. Inom ramen för orsaksförhållandet tillämpas den allmänna läran om adekvat kausalitet. Därtill ska övriga delar av de allmänna skadeståndsrättsliga principerna tillämpas, det vill säga läran om jämkning på grund av medvållande och skadebegränsning. Den skadelidande har inte rätt till ersättning för intrångsgörarens otillbörliga vinst.

6.2 Analys

För att besvara uppsatsens tredje frågeställning och därigenom uppfylla uppsatsens syfte har den gällande rätten analyserats inom ramen för rättviseteorin. Rättviseteorins moraliska utgångspunkt är att rätten inte ska gynna endera parten på den andra partens bekostnad. Analysen visar att kravet på fastställande av skadans omfattning och förevisande av adekvat kausalitet mellan intrånget och skadans omfattning gynnar intrångsgöraren på rättighetshavarens bekostnad. Skälet är att gällande rätt värderar intrångsgörarens intresse av att inte överkompensera rättighetshavaren högre än rättighetshavarens intresse att inte bli underkompenserad. Trots att varumärkeslagens reglering strävar efter att kompensera rättighetshavaren för den skada denne åsamkats genom intrånget riskerar rättighetshavaren att drabbas av stora bestående skador av intrånget. En sådan ordning utgör inte en godtagbar avvägning mellan de ifrågavarande intressena.

För att komma tillrätta med problematiken föreslås att Sverige genomför det i sanktionsdirektivet frivilliga alternativ enligt vilket skadeståndets storlek i tillämpliga fall kan bestämmas på basis av en schablon.

6.3 Avslutande diskussion

Den bild som framkommer av gällande rätt är att varje krona som rättighetshavaren yrkar ersättning för ska vara hänförlig till en identifierad skada. Skada ska bevisas av den skadelidande och adekvat kausalitet ska föreligga mellan intrånget och hela skadans omfattning. Dessutom, för att inte förlora möjligheten till ersättning, ska den skadelidande ta hänsyn till sin skyldighet att minimera skadeverkningarna. Min egen reflektion är att lagstiftaren negligerat det faktum att skadans värde omöjligen kan fastställas och att det i realiteten utgör en bristfällig avvägning mellan de två mot varandra stående intressena som lagstiftningen har att ta hänsyn till. Denna avvägning missgynnar rättighetshavaren samtidigt som den gynnar intrångsgöraren i motsvarande utsträckning.

Att lagstiftaren utformat rätten på förevarande sätt är nog inte så egendomligt som det kanske förefaller. Den skadeståndsrättsliga traditionen i Sverige har nämligen utgått ifrån rättviseteorins grundläggande utgångspunkt att endast den skada som kan påvisas och hänföras till den skadevållande handlingen ska ersättas av skadevållaren. I takt med att immaterialrättsliga skadestånd fått en mer framträdande roll har – i koherensens namn, såklart – den traditionella skadeståndsrättens utformning erlagts uppgiften att handha även detta rättsområde. I uppsatsen har jag visat att ett sådant spridande av den allmänna skadeståndsrättens principer till nya rättsområden emellertid inte alltid gått så smärtfritt som lagstiftaren kanske hoppats. Immaterialrätten är – enkelt uttryckt – alldeles för speciell för en så oförsiktig tillämpning av allmänna principer. Och kanske är det där jag landar: koherensen på skadeståndsrättens område i stort, menar jag, ska utvärderas utifrån de praktiska och moraliska följder som gör sig gällande på ett speciellt rättsområde och inte utifrån hur väl skadeståndslagstiftningens lydelse – eller

syfte – stämmer överens mellan dessa för varandra främmande rättsområden. För tillfället har den som drabbas av skada på immateriella ting avsevärt sämre utsikter till relevant ersättning än den som drabbas av skada på sin gamla hederliga materiella egendom. Hur koherent låter det?

Rätten bör utformas på ett sådant sätt att den inte bara som idé ger förutsättningar för rättighetshavaren att återfå vad som förlorats utan också ger sådana möjligheter i praktiken. Möjligheten har införts i direktivet. Min uppfattning är att det mot denna bakgrund finns starka skäl att närmare överväga införandet av schablonbaserat skadestånd vid intrång i varumärkesrättslig ensamrätt.

Bilaga A

TRIPS-avtalets art. 45(1) har följande lydelse.

“The judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person’s intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in infringing activity.”

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:26 – Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen

SOU 2001:68 – Förslag till formskyddslag

Propositioner

Prop. 1985/86:86 – Lagrådsremiss om ändring i patentlagen (1967:837) m.m.

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

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

Prop. 2009/10:225 – Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen

Prop. 2017/18:267 – Modernare regler om varumärken och en ny lag om företagsnamn

Litteratur

Andersson, Håkan; *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten*, i Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, Bok III, Iustus, 2017

Arnerstål, Stojan; *Varumärkesanvändning*, Norstedts Juridik, 2018

Bengtsson, Bertil och Strömbäck, Erland; *Skadeståndslagen: en kommentar m.m.*, Norstedts Juridik, 5 uppl., 2014

Bengtsson, Bertil; *Skadeståndsrätt : Några huvudlinjer*, Fritzes, 1994

Bengtsson, Henrik & Lyxell, Ralf; *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Norstedts Juridik AB, 2006

- Bergström Carl Fredrik & Hettne, Jörgen; *Introduktion till EU-rätten*, Studentlitteratur, 2014
- Bernitz, Ulf (m.fl.); *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 14:e uppl., Jure Förlag AB, 2017
- Bernitz, Ulf; *Om rätt till ersättning för obehörig vinst - särskilt i europarättsligt och immaterialrättsligt perspektiv*, i Festskrift till Gertrud Lennander, Jure Förlag, 2010, s. 15–25
- Borgenhäll, Håkan; i Bakardjieva Engelbrekt, Antonina (red.); *Festskrift till Levin*, 2008, Norstedts Juridik, s. 147–158.
- Carlén, Lars och von Essen, Richard; *Bli en varumärkesbyggare : verktygslåda och tips från framgångsrika företagare*, Liber, 2010
- Hellberg, Jonas; *Skadestånd vid patentintrång*, Jure Förlag AB, 2014
- Hellner, Jan och Radetzki, Marcus; *Skadeståndsrätten : en introduktion*, Norstedts Juridik, 2014
- Hellner, Jan och Radetzki, Marcus; *Skadeståndsrätt*, 10 uppl., Norstedts Juridik, 2018
- Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.); *EU-rättslig metod : teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik, 2 uppl., 2011
- Hettne, Jörgen (m.fl.); *Rättsprinciper som styrmedel : Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*; Norstedts Juridik, 2008
- Kleinman, Jan; *Ren förmögensskada - den fortsatta rättsutvecklingen*, i Festskrift till Gertrud Lennander, Jure Förlag, 2010, s. 157–175
- Kleinman, Jan; *Rättsdogmatisk metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Maurio (red.); *Juridisk metodlära*, 2 uppl. (2018), Studentlitteratur, s. 21–46
- Leczykiewicz, Dorota; *Compensatory remedies in EU-law : the relationship between EU law and national law*, in Giliker, Paula (red.); *Research handbook on EU tort law*, Edward Edgar Publishing, Northampton, 2017, s. 63–92
- Levin, Marianne; *Lärobok i immaterialrätt*, Norstedts Juridik, 11:e uppl., 2017

Levin, Marianne; *Lärobok i immaterialrätt*, Norstedts Juridik, 12:e uppl., 2019

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika; *Grundläggande Immaterialrätt*, Gleerups, 3 uppl., 2015

Olsson & Rosén; *Upphovsrättslagstiftningen: En kommentar*, 4:e uppl., Wolters Kluwer, 2016

Pehrson, Lars; *Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång : Några teoretiska och praktiska aspekter*, i Festskrift till Levin, Norstedts Juridik, 2008, s. 449–486

Pila, Justine & Torremans, Paul; *European Intellectual Property Law*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2019

Radetzki, Marcus; *Praktisk skadeståndsbedömning*, Studentlitteratur, 4 uppl., 2019

Reichel, Jane; *EU-rättslig metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, 2018, s. 109–142.

Sandgren, Claes; *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Norstedts Juridik, 3 uppl., 2015

Schultz, Mårten; *Kausalitet: Studier i skadeståndsrättslig argumentation*, Jure Förlag AB, 2007

Tritton, Guy (m.fl); *Intellectual Property in Europe*, Sweet & Maxwell, London, 2008

van Dam, Cees; *European Tort Law*, 2 uppl., Oxford University Press, 2013

Walter, Michel M and Goebel, Michael M; in Walter, Michel M and Silke von, Lewinski (red.), *ENFORCEMENT DIRECTIVE in European Copyright Law; A commentary*, Oxford University Press, 2010, s. 1193–1364

Artiklar

Andersson, Håkan; *Ersättningsbestämning vid icke-materiella intrång (I) - inledning om olika immateriella områden, intrång, skador och ersättningar*, Rättsbanken på Infotorg Juridik, publicerad 2014-04-15

Bernitz, Ulf; *Obehörig vinst genom angrepp på företagshemlighet – ersättningsgill i Sverige?*, Nordiskt immateriellt rättsskydd, 4/2018, s. 561–567

Borgenhäll, Håkan; *Reparation vid varumärkesintrång*, i Nordiskt immateriellt rättsskydd, 2/2000, s. 153–161

Engström, Amanda; *Full ersättning vid patentintrång – vinst eller förlust?*, i Juridisk Publikation 1/2016, s. 85–111

Hamilton, Michaela; *Ersättning för verklig skada vid varumärkesintrång*, i Nordiskt immateriellt rättsskydd, 2017/5, s. 468–495

Nordell, Per Jonas; *1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem*, i Nordiskt immateriellt rättsskydd, 3/1994, s. 309–320

Riis, Thomas; *Kompensation for ophavsretskrænkelser - økonomiske aspekter*, Nordiskt immateriellt rättsskydd, 6/2005, s. 606–614

von Heidenstam, Peter; *Immaterialrättsliga skadestånd*, i Nordiskt immateriellt rättsskydd, 2/2000 2, s. 132–137

Elektroniska källor

OECD (2019), *Counterfeiting and Piracy and the Swedish Economy : Making Sure "Made in Sweden" Always Is*, Illicit Trade, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/eb300f5b-en>, besökt 2019-11-05

Rättsfallsförteckning

Tingsrätt

Stockholms tingsrätt, dom i mål T 13730-03, meddelad 2004-02-11.

Högsta domstolen

NJA 1981 s. 622

NJA 1988 s. 183 (Sodastream)

NJA 1993 s. 41 I och II

NJA 1993 s. 764

NJA 2005 s. 180 (Formsprutorna)

NJA 2012 s. 975 (Bonnier Audio)

NJA 2017 s. 9 (Mivitotal)

EU-domstolen

Mål C-2012/04, domstolens dom (stora avdelningen) av den 4 juli 2006, Konstantinos Adeneler m.fl. mot Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG), ECLI:EU:C:2006:443

Mål C-481/14, domstolens dom (femte kammaren) av den 9 juni 2016, Jørn Hansson mot Jungpflanzen Grünwald GmbH, ECLI:EU:C:2016:419

Mål C-367/15, domstolens dom (femte kammaren) av den 25 januari 2017, Stowarzyszenie "Oławska Telewizja Kablowa" mot Stowarzyszenie Filmowców Polskich, ECLI:EU:C:2017:36 (Dubbel licens)