



LUND UNIVERSITY

Säljarens möjlighet att friskriva sig från ansvar för immaterialrättsligt fel

Axhamn, Johan

Published in:

NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd

2021

Document Version:

Annan version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Axhamn, J. (2021). Säljarens möjlighet att friskriva sig från ansvar för immaterialrättsligt fel. *NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd*, 89(4), 523-541. Artikel 2.

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Säljarens möjlighet att friskriva sig från ansvar för immaterialrättsligt fel*

*Av jur. dr Johan Axhamn***

1. Introduktion

Den här artikeln undersöker några rättsliga frågor som har samband med så kallade immaterialrättsliga fel. Med immaterialrättsligt fel avses i huvudsak att en köpare genom användning av avtalsföremålet gör intrång eller påstås göra intrång i någon immateriell rättighet som tillkommer tredje man.¹ Om en vara är belastad med immaterialrättsligt fel står köparen risk att tredje man, som är rättighetshavare, framställer krav på skadestånd eller vid domstol yrkar förbud – även interimistiskt – vid vite för köparen att använda varan. Även andra sanktioner kan bli aktuella, till exempel beslag och i vissa fall straffrättsliga sanktioner.

Risken för immaterialrättsliga fel ökar om det finns skillnader i de immaterialrättsliga regelverken i skilda länder. Samtidigt ökar betydelsen av immaterialrättigheter och immaterialrättsligt skyddade produkter för tillväxt och handel.² Som bekant finns på internationell nivå ett flertal konventioner om immaterialrätt som i viss utsträckning tillgodoser behovet av enhetlighet. De mest betydande är Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk³, Pariskonventionen för industriellt rättsskydd⁴ och avtalet om handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter (TRIPS-avtalet)⁵.

* Artikeln har genomgått peer review-granskning. En tidigare version av artikeln är under publicering i Festskrift till Rolf Dotevall (2021).

** Universitetslektor vid institutionen för handelsrätt, Ekonomihögskolan vid Lunds universitet.

¹ Se till exempel Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 626 och Gomard & Henschel, *International kobelov (CISG) med kommentarer*, 2014, s. 231.

² Se till exempel Europeiska kommissionen, *Commission Staff Working Document: Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries*, SWD(2019) 452 final/2, och *The Office of the United States Trade Representative (USTR), 2018 Special 301 Report: Review of the global state of intellectual property rights (IPR) protection and enforcement*. Se även *International Chamber of Commerce (ICC), Intellectual Property: Powerhouse for Innovation and Economic Growth* (2011), samt *World Intellectual Property Organization (WIPO), Intellectual Property – A Power Tool for Economic Growth* (2003).

³ Konventionen den 9 september 1886 för skydd av litterära och konstnärliga verk, senast reviderad den 28 september 1979 (Bernkonventionen).

⁴ Pariskonventionen för industriellt rättsskydd, undertecknad i Paris den 20 mars 1883, senast reviderad i Stockholm den 14 juli 1967 och ändrad den 28 september 1979 (Pariskonventionen).

⁵ Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, bilaga 1 C till Marrakechavtalet

Baserat på de internationella konventionerna finns inom EU ett fördjupat samarbete med enhetliga och mer harmoniserade regler om immaterialrätt. Utöver den rättsutveckling som har skett genom direktiv och förordningar, har EU-domstolen haft en betydande roll för utvecklingen och harmoniseringen (genom rättspraxis) av immaterialrätten inom EU.⁶ Historiskt har det nordiska samarbetet varit starkt inom immaterialrättsområdet⁷, liksom inom förmögenhetsrätten i övrigt⁸. Utrymmet för nordiskt samarbete har dock minskat i takt med den ökande europeiseringen av rätten.⁹

Även om det på internationell och EU-nivå kan uppställas krav på vissa likheter i det immaterialrättsliga regelverket så förekommer ofta skillnader på nationell nivå, såväl i enskildheter som i mer principiella frågor. Sådana skillnader kan leda till osäkerhet och risker för immaterialrättsliga fel i internationell handel, framförallt för köparen, eftersom det finns en osäkerhet om den kan använda varan på avsett sätt. Ett exempel på en situation när ett immaterialrättsligt fel kan uppstå är när köparen avser att tillhandahålla varor för försäljning i ett land där varorna omfattas av ett immaterialrättsligt skydd som är unikt för det landet och där tredje man är rättighetshavare. Exempelvis förekommer i vissa länder och regioner immaterialrättsliga skydd (skyddsformer) som inte har någon direkt motsvarighet i internationella konventioner, såsom skydd för bruksmönster i Tyskland och viss utsträckning också det formgivningsskydd (mönsterskydd) som finns inom EU. Ett immaterialrättsligt fel kan också uppstå i situationer där den rättighet som felet grundas i visserligen omfattas av viss internationell harmonisering på konventionsnivå, men där förutsättningarna för skyddet skiljer sig åt på sådant sätt att de immateriella rättigheterna tillkommer tredje man. Exempelvis varierar förutsättningarna för patenträttsligt skydd – såsom nyhetskrav och uppfinningshöjd – så att en uppfinning som är patentskyddad i ett land kan sakna förutsättningar för att vara skyddad i en annan och vice versa. Vidare kan bedömningen av vem som är ursprunglig rättighetshavare till ett upphovsrättsligt skyddat verk skilja sig åt mellan länder. I vissa länder erkänns inte juridiska personer som ursprungliga rättighetshavare, medan andra länders upphovsrättsliga regler anger att rättigheterna ursprungligen ska tillkomma en viss fysisk person oavsett om den står för den kreativa insatsen.

Immaterialrättsliga fel skiljer sig från andra kategorier av fel – såsom faktiska fel, rättsliga fel och rådighetsfel – i det att det ofta kan vara svårt att bedöma om ett intrång föreligger i en immaterialrättighet eller inte.¹⁰ Det gäller särskilt oregistrerade rättigheter, såsom upphovsrättigheter, företagshemligheter och inarbetade varumärken.

om upprättande av Världshandelsorganisationen, undertecknat i Marrakech den 15 april 1994 (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS-avtalet).

⁶ Se härom till exempel Axhamn, *Striving for Coherence in EU Intellectual Property Law: A Question of Methodology*, i *Liber Amicorum Jan Rosén* (red. Karnell m.fl.), 2016, s. 35 ff.

⁷ Se till exempel Karnell i *NIR* 1987 s. 27.

⁸ Jfr Lorange Backer, *Styrket nordisk lovsamarbeid: Muligheter og utfordringer*, Nordiska ministerrådet (2018).

⁹ Se till exempel Axhamn, *Databasskydd* (2016), s. 10 ff.

¹⁰ Se till exempel Runesson i *Festschrift till Karnell* (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 631.

Att skillnader i immaterialrättsligt skydd kan leda till osäkerhet vid internationell handel uppmärksammades i samband med förhandlingarna om FN:s köplagskonvention (CISG).¹¹ I konventionens artikel 42 finns bestämmelser om immaterialrättsliga fel. Den svenska köplagen (1990:931), som i stor utsträckning är baserad på CISG, uppställer emellertid inte några motsvarande bestämmelser. I samband med införandet av köplagen bedömdes att några särskilda bestämmelser om immaterialrättsliga fel inte var nödvändiga. Det ansågs finnas svårigheter med en sådan reglering på grund av den breda innebörden av begreppet immaterialrättsliga fel. Vidare bedömdes utmaningar med immaterialrättsliga fel främst höra ihop med internationella situationer där en såld vara kunde göra intrång i immateriella rättigheter i andra länder.¹² Enligt förarbetsuttalanden skulle immateriella fel istället bedömas enligt ”allmänna regler”¹³ – ett uttalande som i doktrinen har kritiserats för sin otydlighet.¹⁴ Gällande rätt för immaterialrättsliga fel i svensk rätt kan därför betecknas som oklar¹⁵, även om den tongivande uppfattningen tycks vara att immaterialrättsliga fel som utgångspunkt bör bedömas enligt reglerna för faktiska fel i 17 § köplagen.¹⁶ Någon vägledande svensk praxis finns inte och feltypen är relativt sparsamt behandlad i litteraturen.¹⁷

CISG gäller som internationell köplag i Sverige (se 1 § lagen (1987:822) om internationella köp). Om svensk rätt ska tillämpas ska enligt 5 § köplagen den internationella köplagen ges företräde om den är tillämplig. Av första artikeln i CISG framgår att konventionen är tillämplig i två huvudsakliga situationer. Den första är när båda parter affärsställen ligger i stater som har tillträtt CISG. Den andra situationen är när internationella privat- och processrättsliga regler leder till att lagen i en konventionsstat ska tillämpas. För inomnordiska köp finns undantag (se 2 § internationella köplagen).

¹¹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 11 April 1980, UN Document Number A/CONF 97/19, 1489 UNTS 3.

¹² NU 1984:5 s. 189 och s. 241.

¹³ Prop. 1988/89:76 s. 141 f.

¹⁴ Se till exempel Håstad, Köprätt – och annan kontraktsrätt, 6 uppl., 2009, s. 146 och Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål, 2013, s. 92 ff. Se även Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 625 ff. med hänvisningar.

¹⁵ Se till exempel Håstad, Köprätt – och annan kontraktsrätt, 6 uppl., 2009, s. 146. Jfr Hultmark i JT 1993–94 s. 689.

¹⁶ Se Ramberg & Herre, Internationella köplagen (CISG). En kommentar, 4 uppl., 2016, s. 281 f., Ramberg & Herre, Köplagen. En kommentar, 2 uppl., 2013, s. 187 f., Kihlman, Fel, 1999, s. 272 f., Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål, 2014, s. 96, och Kihlman, Munukka & Svensson, Köplagen – En kommentar, 2017, s. 197. Jfr Rosén, Upphovsrättens avtal, 3 uppl., 2006, s. 111, Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 649 ff. och Hultmark i JT 1993–94 s. 689. För en beskrivning och analys av äldre svensk köprätts bestämmelser om rättsliga och faktiska fel tillämpat på vissa avtal på upphovsrättsområdet, se Rosén, Förlagsrätt, 1989, s. 256 ff.

¹⁷ Se till exempel Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 625 ff., Kihlman, Fel, 1999, s. 272 ff., Ramberg & Herre, Köplagen. En kommentar, 2 uppl., 2013, s. 187 f., Håstad, Köprätt – och annan kontraktsrätt, 6 uppl., 2009, s. 146, och Hultmark i JT 1993–94 s. 687 ff.

Såväl CISG som köplagen är dispositiva och frågan om immaterialrättsliga fel regleras i många fall i avtalet mellan säljare och köpare i kombination med omfattande ansvarsfriskrivningar eller garantibestämmelser, definitioner av ”immateriella rättigheter” med mera och skiljeklausuler. Det råder dock viss osäkerhet om i vilken utsträckning en säljare helt kan friskriva sig från ansvar för immaterialrättsliga fel, till exempel i situationer när säljaren har agerat uppsåtligt eller grovt oaktsamt. Det traditionella svenska synsättet har varit att det inte är möjligt att friskriva sig från uppsåtliga eller grovt oaktsamma överträdelser. Emellertid indikerar ett tämligen nytt avgörande från Högsta domstolen, NJA 2017 s. 133, att det finns vissa möjligheter till friskrivning i sådana situationer.

Mot nu skisserade bakgrund syftar den här artikeln till att beskriva och analysera förutsättningar och gränser för immaterialrättsliga fel enligt CISG och svensk rätt. Artikeln syftar också till att analysera förutsättningarna och gränserna för säljarens möjligheter att friskriva sig från ansvar för immaterialrättsliga fel.

2. Immaterialrättsliga fel enligt artikel 42 CISG

2.1 Introduktion

CISG baseras på grundtanken – som kommer till uttryck i artikel 30 i konventionen – att säljaren till köparen ska överföra äganderätten till varorna. Att äganderätten går över innebär emellertid inte nödvändigtvis att köparen kan freda sig från sakrättsliga anspråk från tredje man. Även om köparen har blivit ägare kan varan vara belastad av tredje mans nyttjanderätt eller någon annan rätt som begränsar köparens möjligheter att förfoga över varan. De flesta sådana belastningar regleras i artikel 41 om rättsliga fel. CISG omfattar endast obligationsrättsliga frågor, vilket framgår direkt av artikel 4. Frågan om köparen faktiskt får det sakrättskydd som åsyftas av avtalet regleras alltså inte av konventionen. Den är inte ”concerned with the effect which the contract may have on the property in the goods sold”. Sakrättsliga frågor regleras i stället i nationella bestämmelser.¹⁸

Trots att CISG inte omfattar de sakrättsliga effekterna regleras den obligationsrättsliga dimensionen av immaterialrättsliga fel i artikel 42. Där föreskrivs en riskfördelning mellan köpare och säljare som gäller om de inte avtalat om annat.¹⁹ Skälet till att de immaterialrättsliga felen regleras i en egen artikel är att bestämmelserna i artikel 41 om säljarens ansvar för rättsliga fel har bedömts vara för stränga att tillämpa på immaterialrättsliga fel. Artikel 41 baseras på ett objektivt ansvar, vilket har ansetts innebära betydande osäkerhet för säljaren, eftersom immaterialrättigheter i regel är nationellt bestämda. Det har framförts att säljaren inte bör bära ansvar för sådan risk för anspråk från en

¹⁸ Kihlman, CISG. En kommentar, 2015, s. 306 f., Lookofsky, Understanding the CISG in Scandinavia, 2 uppl. 2002, s. 101 och Lookofsky, Understanding the CISG, 5 uppl., 2017, s. 100 f.

¹⁹ Att konventionens bestämmelser som utgångspunkt är dispositiva framgår av artikel 6 i konventionen.

tredje man som inte säljaren har haft möjlighet att bedöma vid tidpunkten för avtalets ingående. Säljaren måste med hänsyn till sin huvudförpliktelse att till köparen överföra äganderätten till varan garantera att den förpliktelsen i alla avseenden har fullgjorts.²⁰ En säljare har typiskt sett kontroll över vanliga sakrättsliga belastningar, men saknar i regel information om all nationell lagstiftning som kan ligga till grund för immaterialrättsliga belastningar.²¹ Bestämmelserna om säljarens ansvar för immaterialrättsliga fel enligt artikel 42 anses utgöra en mellanväg mellan ansvaret för rättsliga fel enligt artikel 41 och ansvaret för faktiska fel i artikel 35.²²

I svensk och officiell engelsk språkdräkt har artikel 42 följande lydelse:

Artikel 42

1. Säljaren skall avlämna en vara som inte belastas av någon rätt för eller något krav från tredje man, som grundas på något industriellt rättsskydd eller någon annan immaterialrätt som säljaren kände till eller inte kunde ha varit omedveten om vid avtalsslutet, under förutsättning att rätten eller kravet grundas på något industriellt rättsskydd eller någon annan immaterialrätt
 - a) Enligt lagen i den stat där varan skall säljas vidare eller användas på annat sätt, om parterna vid avtalsslutet förutsåg att varan skulle säljas vidare eller användas i den staten; eller
 - b) i övriga fall enligt lagen i den stat där köparen har sitt affärsställe.
2. Säljarens skyldigheter enligt föregående stycke omfattar inte fall då
 - a) köparen vid avtalsslutet kände till eller inte kunde ha varit omedveten om rätten eller kravet; eller
 - b) rätten eller kravet är en följd av att säljaren har följt tekniska ritningar, modeller, former eller andra sådana specifikationer som köparen har tillhandahållit.

Article 42

1. The seller must deliver goods which are free from any other right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:
 - a) Under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or
 - b) In any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.
2. The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:
 - a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right of claim; or

²⁰ Ramberg & Herre, Internationella köplagen (CISG), 4 uppl., 2016, s. 277.

²¹ Kihlman, CISG. En Kommentar, 2015, s. 307 och Lookofsky, Understanding the CISG in Scandinavia, 2 uppl., 2002, s. 102.

²² Brunner & Gottlieb, Commentary on the UN Sales Law (CISG), 2019, s. 301.

- b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

Utgångspunkten enligt artikel 42 är att säljaren är skyldig att avlämna en vara som inte belastas av ett immaterialrättsligt fel, varmed i bestämmelsen avses "någon rätt för eller något krav från tredje man som grundas på något industriellt rättsskydd eller någon annan immaterialrätt som säljaren kände till eller inte kunde ha varit omedveten om vid avtalsslutet". Uttrycket "industriellt rättsskydd eller någon annan immaterialrätt" bör ges en bred och konventionsautonom innebörd.²³ Vägledning kan hämtas från definitionen av "intellectual property rights" i artikel 2 (viii) i konventionen som upprättar FN:s specialorgan för immaterialrätt – Världsorganisationen för immaterialrätt (WIPO).²⁴ Med "intellectual property" förstås:

- i. Literary, artistic and scientific works,
- ii. Performances of performing artists, phonograms, and broadcasts,
- iii. Inventions in all fields of human endeavor,
- iv. Scientific discoveries,
- v. Industrial designs,
- vi. Trademarks, service marks, and commercial names and designations,
- vii. protection against unfair competition,
- viii. and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.

Motsvarande definition i TRIPS artikel 1.2 synes något snävare. Till skillnad från TRIPS artikel 1.2 inbegriper WIPO-konventionen artikel 2 (viii) "unfair competition", alltså bestämmelser om illojal konkurrens.

Begreppet "illojal konkurrens" har inte någon etablerad innebörd. Allmänt hållna bestämmelser om illojal konkurrens finns i artikel 10*bis* i Pariskonventionen, men det är en svårtolkad bestämmelse och litteraturen på området är sparsam. Uppfattningarna om vad som ska anses som illojal konkurrens har skiftat från land till land och från tid till annan²⁵, samtidigt som nationella lagstiftare och domstolar har sett svårigheter med att avgränsa ett lojalt agerande från ett illojalt.²⁶ I en rapport om bestämmelser om illojal konkurrens i skilda länder har WIPO uttryckt att begreppet tar sikte på "any act that a competitor or another market participant undertakes with the intention of directly exploiting another person's industrial or commercial achievement for his own business purposes without substantially departing from the original achievement".²⁷ I svensk rätt kommer skydd mot illojal konkurrens framförallt till uttryck i marknadsföringslagens (2008:486) bestämmelse om förbud mot vilseledande

²³ Ibid. s. 302.

²⁴ Ibid. s. 303.

²⁵ Se till exempel SOU 1966:71 s. 46.

²⁶ Se till exempel Axhamn, Databasskydd, 2016, s. 21 ff.

²⁷ Se WIPO, Protection against unfair competition: analysis of the present world situation (1994) s. 55.

efterbildningar och generalklausulens skydd mot renommésnyltning.²⁸ Enligt min mening är det mycket osäkert om bestämmelserna om immaterialrättsliga fel i artikel 42 CISG även omfattar illojal konkurrens. Skydd mot illojal konkurrens kan till skillnad från traditionella immaterialrättigheter, som är privaträttsliga ensamrätter, inte vara föremål för överlåtelse och liknande.²⁹ Inte heller företagshemligheter eller *know-how* torde omfattas av definitionen av immateriella rättigheter, eftersom det inte är fråga om privaträttsliga ensamrätter, även om företagshemligheter med mera ofta behandlas och nämns i samband med immateriella rättigheter.³⁰ Bestämmelserna om immaterialrättsliga fel torde av samma skäl inte heller omfatta namnrättigheter och andra med immaterialrätt besläktade rättigheter. Mer osäkert är vad som gäller för domännamn. Skyddet för dem omfattas inte av definitionerna i de nämnda internationella konventionerna. Den rättsliga klassificeringen av domännamn skiljer sig också åt mellan skilda rättsordningar. Ett domännamn är enligt svenskt synsätt inte en immateriell rättighet i betydelsen privaträttslig ensamrätt.

Det råder således viss osäkerhet om vad som omfattas av uttrycket ”immateriella rättigheter”. I överlåtelseavtal av olika slag – i vilka ansvar för immaterialrättsliga fel regleras – är det vanligt att begreppet ges en särskild avtalad definition.³¹

En vara kan emellertid vara belastad av immateriella rättigheter utan att det utgör fel enligt CISG. Artikel 42 innehåller fyra begränsningar av säljarens ansvar. De gäller i förhållande till territorialitet, säljarens vetenskap, köparens vetenskap och köparens instruktioner. Dessa behandlas i det följande.

2.2 Territoriella begränsningar

Säljarens skyldighet att avlämna en vara fri från immaterialrättsliga belastningar är begränsad till krav som kan framföras enligt de lagar som gäller i den stat som varan ska användas eller säljas vidare i, om båda parterna vid avtalets ingående förutsåg att varorna skulle användas eller säljas i den staten.

Bedömningen av vilka länder som parterna förutsåg ska göras i enlighet med i första hand bestämmelserna om avtalstolkning i artikel 8 i CISG, det vill säga att det är av relevans i vilka länder som en *förnuftig person* i säljarens ställe skulle ha förstått att köparen tänkte sälja eller på annat sätt använda varan.³² Det torde inte krävas mycket för att en part ska anses ha förutsett att varorna skulle användas eller säljas i en viss stat. Om köparen exempelvis önskar leverans till

²⁸ Se härom till exempel Axhamn, Databasskydd, 2016, s. 44 ff. Se även Bernitz i Festskrift till Hellner (red. Bernitz m.fl.), 1984, s. 115 ff. och Bernitz, Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare (1993).

²⁹ Se till exempel Axhamn, Otillbörlig konkurrens, god marknadsföringssed och otillbörlig affärsmetod, i *Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016* (red. Carlsson m.fl.), 2017, s. 85 ff.

³⁰ Se till exempel Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2017 och Levin & Hellstadius, *Lärobok i immaterialrätt*, 2019.

³¹ Sådana definitioner är också vanliga i upplåtelseavtal, men det är då inte fråga om en sådan rättsdisposition – rättsövergång (köp) – som omfattas av CISG eller köplagen.

³² Kihlman, CISG. En Kommentar, 2015, s. 308.

en viss stat eller om säljaren är medveten om att köparen vanligtvis handlar på en viss marknad, torde det vara tillräckligt för att parterna ska anses förutse att det är i den staten som varorna avses användas. Som framgår av artikel 42 är dock inte platsen för avlämnande avgörande. En vara kan vara avtalsenlig även om den gör intrång i rättigheter enligt lagen i det land där avlämnandet sker, eftersom artikeln anger att det i första hand är destinationslandets regler som är avgörande för bedömningen.³³ I fråga om varor i transit är den förhärskade uppfattningen att artikel 42 är tillämplig endast om de är avsedda att användas i transitlandet, till exempel genom ompaketering eller förädling.³⁴

Om parterna inte beaktat frågan om platsen för varans användning, gäller i stället lagen i det land där köparen har sitt affärsställe (artikel 42(1)(b)). Har köparen flera eller inget affärsställe gäller den generella bestämmelsen om affärsställe och hemvist i artikel 10.³⁵ Om köparen har affärsställen i flera länder, är det således avgörande vilket av dem som har "the closest relationship to the contract and its performance".

2.3 Säljarens vetskap

Artikel 42 CISG innehåller en begränsning som medför att endast immaterialrättsliga belastningar som säljaren känt till eller inte kunnat vara omedveten om vid avtalets ingående kan medföra ansvar. Om säljaren varken haft kännedom om eller inte kunnat vara omedveten om att varorna hade immaterialrättsliga belastningar kan denne därför inte hållas ansvarig för det, utan köparen får stå den obligationsrättsliga risken. Felansvaret enligt artikel 42 är därmed av subjektiv natur, med inslag av objektiverat ansvar i andra ledet, till skillnad från det garantiansvar för rättsliga fel som regleras i artikel 41. I litteraturen har säljarens ansvar enligt artikel 42 beskrivits som "påfallande lindrigt".³⁶ Bevisbördan för att säljaren känt till eller inte kunnat vara omedveten om immaterialrättsliga belastningar vid avtalets ingående åligger köparen.³⁷

Kunskapen ska ha funnits vid avtalstillfället. Kunskap som säljaren får därefter saknar betydelse för tillämpningen av artikel 42. Däremot kan säljaren möjligen ha en skyldighet att vidarebefordra sådan kunskap till köparen.³⁸ Tidpunkten för avlämnandet har emellertid betydelse för felbedömningen som sådan, eftersom lydelsen i artikel 42(1) – "deliver goods... free of any right or claim" – pekar på att avlämnandet är avgörande. Köparen kan således i princip inte göra gällande fel innan tidpunkten för avlämnade, utan säljaren kan intill denna tidpunkt undanröja tredje mans krav eller potentiella krav.³⁹

Uttrycket "inte kunnat vara omedveten om" anses innebära att säljaren har en viss undersökningsplikt för om en vara belastas av några immaterialrättsliga

³³ Ibid. s. 307.

³⁴ Brunner & Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, s. 308 f.

³⁵ Ramberg & Herre, *Internationella köplagen (CISG)*, 4 uppl., 2016, s. 280.

³⁶ Ibid. s. 277.

³⁷ Brunner & Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, s. 314.

³⁸ Kihlman, *CISG. En kommentar*, 2015, s. 307.

³⁹ Runesson i *Festskrift till Karnell* (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 637.

begränsningar. Säljaren måste ha känt till allt sådant som ”reasonable persons of the same kind as the seller” skulle ha känt till, men behöver följaktligen inte känna till mer än så.⁴⁰

Baserat på uttalanden av CISG-sekretariatet torde säljaren inte kunna anses vara omedveten om förekomsten av registrerade och offentliggjorda rättigheter – till exempel en publicerad patentansökan, ett beviljat patent eller registrerade varumärken och mönster – i de länder som omfattas av ansvaret.⁴¹ För oregistrerade immaterialrätter – till exempel upphovsrättigheter, skydd för kretsmönster och känneteckensrättigheter som gäller på grund av inarbetning – råder däremot skilda uppfattningar om hur långt säljarens undersökningsplikt sträcker sig.⁴² Vissa författare anför att säljaren inte har någon undersökningsplikt alls gällande sådana rättigheter. Andra författare anför att omfattningen av undersökningsplikten är starkt beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, bland annat med beaktande av vilken information som säljaren haft tillgång till. En säljare som också har producerat varan har i allmänhet tillgång till mer information än en säljare som endast agerar som mellanhand. Det torde dock kunna uppställas ett krav på mellanhanden att hålla sig väl informerad om ursprunget hos de varor som mellanhanden vidare säljer, till exempel genom kontakter med producenter. För att uppfylla sin undersökningsplikt kan säljaren behöva rådfråga immaterialrättslig expertis i skyddslandet.⁴³

I litteraturen har anförts att det för att fel ska anses föreligga är tillräckligt att en tredje man innan överlåtelsen har *hävd*at att han har ett anspråk på grund av att säljaren begår (eller att köparen kommer att begå) intrång i en tredje man tillkommande immateriell rättighet, men att det inte uppställs något krav på att anspråket ska vara på visst sätt befogat.⁴⁴ Om säljaren före avtalslutet har mottagit ett varningsbrev så bör – enligt det synsättet – ett felansvar kunna utlösas. För att undvika felansvar bör säljaren förse köparen med sådan information att denne själv kan bedöma riskerna.⁴⁵ Jag ställer mig tveksam till att felansvaret skulle ha denna innebörd. I artikeln anges att kravet från tredje man utlöser felansvar, på sätt som nu beskrivits, ”under förutsättning att rätten eller kravet grundas på något industriellt rättsskydd eller någon annan immaterialrätt”. En nödvändig förutsättning för att ett felansvar skulle kunna utlösas för att säljaren inte har informerat köparen om varningsbrevet torde alltså vara att tredje man innehar den påstådda immateriella rättigheten, eller i vart fall har skäl för sitt påstående. En annan sak är att det kan vara osäkert, men det är en inneboende osäkerhet när det gäller de immaterialrättsliga felen.

⁴⁰ Kihlman, CISG. En kommentar, 2015, s. 307 f. och Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 642.

⁴¹ Se härom till exempel Brunner & Gottlieb, Commentary on the UN Sales Law (CISG), 2019, s. 306.

⁴² Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 641 f. och Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål, 2014, s. 93.

⁴³ Brunner & Gottlieb, Commentary on the UN Sales Law (CISG), 2019, s. 306.

⁴⁴ Ibid. s. 301 f. och 304 f.

⁴⁵ Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 636 f. och 641.

2.4 Köparens vetskap

Den kanske viktigaste begränsningen i artikel 42 CISG är att säljaren inte är skyldig att avlämna en vara fri från immaterialrättsliga belastningar om köparen vid avtalslutet kände till eller inte kunde ha varit omedveten om belastningen enligt artikel 42(2)(a) CISG. Någon motsvarande begränsning gäller inte för säljarens ansvar för rättsliga fel enligt artikel 41. Om säljaren vill åberopa köparens vetskap så bär säljaren också bevisbördan.⁴⁶

Skilda uppfattningar råder i frågan om köparens vetskap enligt artikel 42(2)(a) – bestämmelsen har samma lydelse som bestämmelserna om säljarens vetskap i artikel 42(1). Medför köparens ställning på marknaden och dennes erfarenhet av branschen att köparen inte kunnat vara omedveten om belastningarna? Liksom för säljarens ansvar (se ovan) torde bedömningen ske utifrån vad en förnuftig person i köparens ställe skulle ha känt till. Köparen måste alltså (antas) känna till allt som en förnuftig person i motsvarande situation skulle ha känt till.⁴⁷ Det kan innebära att även köparen omfattas av en undersökningsplikt, även om den många gånger är mer begränsad än säljarens undersökningsplikt, eftersom köparen i regel – men förstås inte alltid – har mindre information om produkten och dess komponenter än vad säljaren har.⁴⁸ I rättspraxis har franska *Cour de Cassation* bedömt att en professionell köpare inte har kunnat vara omedveten om att de produkter som säljaren levererade gjorde intrång i tredje mans varumärke.⁴⁹

Det är vanligt att säljaren ger köparen möjlighet att undersöka föremålet för transaktionen ingående, till exempel genom att förse köparen med information så att denne kan genomföra en s.k. due diligence-undersökning. Om säljaren har tillhandahållit information där det framgår att immaterialrättsliga fel kan föreligga, måste köparen rimligen anses känna till köpet. En försiktig säljare bör med andra ord förse köparen med så mycket information som möjligt, naturligtvis under sekretess.

I sammanhanget bör framhållas att det immaterialrättsliga regelverket innehåller skadeståndsrättsliga bestämmelser som i rättspraxis har tolkats till att innebära en undersökningsplikt för köparen. I avgörandet NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika) var bland annat fråga om ett oaktsamt intrång i annans upphovsrätt förelåg. Högsta domstolen uttalade att bedömningen av köparens undersökningsplikt behövde anpassas till bland annat varuslag, leverantör och risken för intrång. Kravet på köparens undersökning blev strängare om denne handlade av någon som kunde misstänkas inte vara främmande för efterbildningsverksamhet. Enligt domstolen påverkades bedömningen av köparens vetskap av om parterna haft tidigare affärsförbindelser. Högsta domstolens uttalanden om köparens undersökningsplikt påminner om den undersökningsplikt som gäller – för såväl säljare som köpare – *in casu* enligt artikel 42 i CISG.

⁴⁶ Brunner & Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, s. 314.

⁴⁷ Kihlman, *CISG. En kommentar*, 2015, s. 309.

⁴⁸ Brunner & Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, s. 311.

⁴⁹ Se *Cour de Cassation*, dom av den 19 mars 2002. Avgörandet kommenteras bland annat av Lookofsky, *Understanding the CISG*, 5 uppl., 2017, s. 101.

2.5 Köparens instruktioner och liknande

Enligt artikel 42(2)(b) CISG är säljaren inte heller ansvarig om intrånget i annans immaterialrätt beror på köparens design, instruktioner eller ritningar. Det krävs dock att köparens instruktioner är så precisa att det går att konstatera att intrånget beror på dem. Köparens ansvar för sådana instruktioner är oberoende av dennes vetskap om intrånget. Om säljaren vill göra gällande ansvarsfrihet på grund av köparens instruktioner, så bär säljaren bevisbördan för sitt påstående.⁵⁰

Avgörande för bedömningen är om köparens instruktioner har varit sådana att säljaren har givits en möjlighet att välja mellan en lösning som gör intrång och en som inte gör det.⁵¹ För att denna ansvarsbegränsning ska gälla krävs därför att specifikationerna är så preciserade att säljaren inte kan tillmötesgå specifikationen på flera tänkbara sätt. När köparen således endast angett funktionskrav, undgår säljaren inte felansvaret, vilket däremot i regel borde bli fallet när köparen föreskrivit de tekniska lösningarna.⁵²

3. Säljarens ansvar för immaterialrättsligt fel enligt svensk rätt

Någon motsvarighet till artikel 42 CISG gällande immaterialrättsliga fel finns inte i den svenska köplagen. I köplagberedningens betänkande föreslogs att immaterialrättsliga fel skulle jämföras med rättsliga fel.⁵³ De immaterialrättsliga felen tycks ha betraktats som en särskild form av rådfel, dock med ett behov av specialreglering.⁵⁴ Förslaget innebar att om varan eller dess användning – i strid mot vad köparen vid köpet hade skäl att förutsätta – gjorde intrång i tredje mans immaterialrätt, så skulle köparen få göra prisavdrag som svarade mot belastningen eller, om inskränkningen i hans rätt var väsentlig, häva köpet. Skadestånd kunde utgå om köparen vid köpet inte visste eller inte borde ha vetat att varan var föremål för tredje mans immaterialrätt. Köplagberedningen antog vidare att köparen inte borde ha någon reklamationskyldighet, bland annat därför att det mötte svårigheter att avgöra när reklamationen borde ske. Inte heller ansågs regeln om två-årspreskription vara tillämplig vid immaterialrättsliga fel.⁵⁵ Köplagberedningens förslag ledde inte till några nya bestämmelser.

Under arbetet med 1990 års köplag övervägde representanter för de nordiska länderna om en särskild regel om immaterialrättsliga fel skulle införas. Det ansågs dock finnas svårigheter med en sådan reglering på grund av den breda omfattningen av begreppet immaterialrättsliga fel.⁵⁶

⁵⁰ Brunner & Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, s. 314.

⁵¹ Kihlman, *CISG. En Kommentar*, 2015, s. 309 och Brunner & Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, s. 312.

⁵² Runesson i *Festskrift till Karnell* (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 644.

⁵³ Se *SOU 1976:66* s. 343 f.

⁵⁴ Se *ibid.* s. 152 och 344. Hellner analyserar gällande rätt i fråga om rådfel i *Festskrift till Ramberg* (red. Bernitz m.fl.), 1996, s. 209 ff.

⁵⁵ Se *ibid.* s. 343.

⁵⁶ *NU 1984:5* s. 189 och s. 241.

Baserat på det nordiska arbetet finns i 41 § köplagen däremot en bestämmelse om rättsliga fel, baserad på artikel 41 i CISG. Enligt denna är säljarens ansvar objektivt och oberoende av om köparen var i god tro vid köpet eller inte.

Att tillämpa ett objektivt ansvar även på immaterialrättsliga fel ansågs dock alltför långtgående. I propositionen till köplagen anförs att immaterialrättsliga fel inte skulle likställas med rättsliga fel, eftersom det inte handlade om ”liknande rätt”.⁵⁷ Några bestämmelser om immaterialrättsliga fel infördes inte. Istället uttalades i propositionen att inverkan av tredje mans immaterialrättigheter på förhållandet mellan köpare och säljare skulle bedömas ”enligt allmänna regler”.⁵⁸ Vad detta innebär i praktiken har uppfattats på skilda sätt i litteraturen.⁵⁹ Uttalandet torde innebära att bestämmelserna i 41 § köplagen om säljarens garantiansvar för rättsliga fel inte är tillämpliga (analogt) på immaterialrättsliga fel. Snarare torde bestämmelserna om faktiska fel – särskilt så kallat ändamålsfel i 17 § 2 st. 1 och 2 p. och den kompletterande regeln i 17 § 3 st. om ”vad köparen med fog kunnat förutsätta” – kunna bli tillämpliga.⁶⁰ Härigenom blir emellertid säljarens ansvar enligt svenska köprättsliga regler betydligt strängare jämfört med vad som gäller enligt artikel 42 i CISG. Ett sådant objektivt ansvar för immaterialrättsliga fel innebär att en mycket svårbedömd risk allokeras till säljaren – särskilt i fråga om oregistrerade rättigheter.⁶¹

Skillnaden i regleringen av immaterialrättsliga fel mellan köplagen och CISG skulle möjligen kunna motiveras av att begränsningen av ansvaret enligt CISG i första hand motiveras av att säljarens ansvar enligt artikel 41 – som bestämmelsen syftar till att begränsa – omfattar alla jurisdiktioner i världen, medan ansvaret enligt köplagen i praktiken nästan alltid är begränsat till svenska förhållanden.⁶² Vidare saknar CISG motsvarighet till köplagens distinktion mellan direkta och indirekta förluster. Samtidigt kan konstateras att CISG uppställer begränsningar i ansvaret jämfört med rättsliga fel både i territoriellt hänseende och i fråga om vad såväl säljaren som köparen kände till eller inte kunde ha varit omedvetna om vid avtalslutet.

I 20 § köplagen finns bestämmelser om köparens vetskap som i viss utsträckning motsvarar bestämmelserna i 42(2)(a) CISG. I 20 § första stycket anges att köparen inte får åberopa fel i varan om köparen ”måste antas ha känt till” felet vid köpet. Bestämmelsen är utformad med inspiration från artikel 35(3) i CISG. Bestämmelsen har betydelse främst i situationer där felbedömningen

⁵⁷ Se prop. 1988/89:76 s. 141 f.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Se till exempel Håstad, Köprätt – och annan kontraktsrätt, 6 uppl., 2009, s. 146, Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 625 ff. och Hultmark i JT 1993–94 s. 689.

⁶⁰ Se till exempel Ramberg & Herre, Internationella köplagen (CISG). En kommentar, 4 uppl., 2016, s. 281 f., Ramberg & Herre, Köplagen. En kommentar, 2 uppl., 2013, s. 187 f., Kihlman, Fel, 1999, s. 272 f., Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål, 2014, s. 96, och Kihlman, Munukka & Svensson, Köplagen – En kommentar, 2017, s. 197. Jfr Runesson i Festskrift till Karnell (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 649 ff. och Hultmark i JT 1993–94 s. 689.

⁶¹ Se till exempel Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål, 2014, s. 96, 345 och 354.

⁶² Kihlman, CISG. En kommentar, 2015, s. 312.

baseras på en abstrakt bedömning av att varan avviker från normal standard eller på en avvikelse från vad som avtalats.⁶³ Vidare anges i 20 § andra stycket att om köparen före köpet har undersökt varan eller utan godtagbar anledning underlåtit att följa säljarens uppmaning att undersöka den, får såsom fel inte åberopas vad som borde ha märkts vid undersökningen, om inte säljaren har handlat i strid mot tro och heder. Bestämmelsen innebär inte någon generell undersökningsplikt för köparen. Den saknar direkt motsvarighet i CISG. Att CISG inte innehåller någon motsvarande bestämmelse motiveras av att upphovsmännen till CISG förutsatt att köparen på eget initiativ och i eget intresse undersöker varan när en sådan undersökning är möjlig.⁶⁴ De ”allmänna regler” som immaterialrättsliga fel omfattas av enligt uttalanden i förarbetena torde omfatta också bestämmelserna om köparens undersökning av varan i 20 § köplagen. En skillnad mellan de bestämmelserna och bestämmelserna om köparens vetskap i artikel 42(2)(a) i CISG är att de senare bestämmelserna även innebär en viss undersökningsplikt för köparen.

Vid en jämförelse med de övriga nordiska länderna kan konstateras att regleringen av immaterialrättsliga fel inte har en enhetlig lösning. Regleringen av immaterialrättsliga fel i Finland motsvarar den svenska regleringen, dvs. det saknas uttryckliga bestämmelser.⁶⁵ Visst stöd finns dock i finländsk praxis att bestämmelserna om rättsligt fel kan tillämpas på immaterialrättigheter i vissa fall.⁶⁶ I finsk doktrin har också anförts att bestämmelserna om rättsliga fel är av relevans för bedömningen av immaterialrättsliga fel.⁶⁷ Någon enighet finns dock inte om hur immaterialrättsliga fel ska bedömas i finländsk köprätt.⁶⁸

I Norge har dock en annan lösning valts, där ansvaret för immaterialrättsliga fel jämföras med faktiska fel ”dersom det ikke følger av avtalen at kjøperen skal overta tingen med den begrensning tredjemanns rett medfører” (se § 41(4) och § 41(1) i den norska kjøpsloven). Till skillnad från vad som gäller för rättsliga fel är ansvaret för de immaterialrättsliga felen (i likhet med de faktiska) begränsat till ett kontrollansvar. Den för faktiska fel uppställda regeln om tvåårspreskription ska dock inte tillämpas.⁶⁹ I dansk rätt tycks man vara benägen att medge köparen en rätt att häva avtalet vid väsentliga immaterialrättsliga fel. Om köparen också ska kunna utfå skadestånd beror på om säljaren har varit vårdslös eller utfäst att varan är fri från immaterialrättsliga anspråk.⁷⁰

⁶³ Se till exempel prop. 1988/89:76 s. 94.

⁶⁴ Se härom Ramberg & Herre, Köplagen: En kommentar, 2 uppl., 2013, s. 217 f.

⁶⁵ I Finland finns bestämmelser om varans avtalsenlighet i 17–21 §§ i köplagen (355/87) av den 27 mars 1987. Av den finska Reg. prop. (93/1986) med förslag till köplag framgår på s. 90 f. att ”stadgandena om rättsligt fel inte [bör] tillämpas.”

⁶⁶ Se FHD 1990:147.

⁶⁷ Se till exempel Wilhelmsson, Sevón & Koskelo, Huvudpunkter i köplagen, 2006, s. 104.

⁶⁸ Se Sandvik i JFT 1/2011 s. 33.

⁶⁹ Se Ot.prp. nr 80 (1986–1987) s. 42. Bestämmelserna om immaterialrättsligt fel i norsk rätt behandlas mer ingående av Lange i *Immaterialrett, kontrakter og erstatning* (red. Irgens-Jensen & Vislie), 2020, s. 190 ff.

⁷⁰ Se till exempel Theilgaard, Amiri & Jacobsen, *Købeloven med kommentarer*, 2008, s. 1053 ff. Se även Runesson i *Festskrift till Karnell* (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 650.

I doktrinen har diskuterats om frånvaron av uttryckliga bestämmelser om immaterialrättsliga fel i svensk rätt är ändamålsenlig. Enighet tycks råda om att ansvarsbegränsningen i artikel 42 CISG till vad säljaren kände till eller inte kunde ha varit omedveten om vid avtalsslutet är lämplig. Bestämmelserna om faktiska fel i 41 § köplagen medger dock inte någon sådan begränsning av ansvaret.⁷¹ *Runesson* har anfört att uttalandet i propositionen om att ansvaret för immaterialrättsliga fel ska bedömas enligt ”allmänna regler” skulle kunna ges en friare tolkning, nämligen att säljarens ansvar begränsas till de immaterialrättsliga fel som denne kände till eller borde ha känt till – alltså ett subjektivt ansvar liknande det som påbjuds i artikel 42 i CISG. *Kihlman* har framfört kritik mot *Runessons* lösning och betonat att begreppet allmänna regler inte kan sägas syfta på en sådan bedömning (utanför köplagens regler) av säljarens ansvar.⁷² Jag kan dela denna kritik.

4. Dispositivitet

Såväl CISG (enligt artikel 6) som köplagen (enligt 3 §) är dispositiva, dvs. att såväl konventionens som lagens bestämmelser kan ersättas av parternas avtalsbestämmelser. Inom många områden sker också detta i betydande utsträckning, till exempel genom standardavtal eller individuella avtal som i åtskilliga avseenden avviker från och preciserar vad som gäller enligt CISG eller köplagen.⁷³

Den traditionella synen på parternas avtalsfrihet enligt grunderna i den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen, innan genomförandet av 36 § avtalslagen, beskrevs av den så kallade Generalklausulsutredningen på följande sätt i SOU 1974:83 s. 31:

”Dessa lagar präglas av den sedan gammalt förhärskande uppfattningen att en inom det förmögenhetsrättsliga området i laga form och utan viljefel tillkommen rättshandling så gott som undantagslöst skall vara bindande för den som har företagit rättshandlingen. Lagstiftaren har betraktat avtalskontrahenterna som två socialt och ekonomiskt likställda parter och har i konsekvens härmed överlämnat åt dem att själva ta till vara sina intressen.”

Att CISG och köplagen är dispositiva innebär inte att avtalsfriheten är obegränsad. Köpeavtal som omfattas av svensk rätt är liksom andra avtal underkastade 36 § avtalslagen som gör det möjligt att jämka avtalsvillkoren om de i det enskilda fallet medför ett oskäligt resultat för den ena parten. Enligt 36 § andra stycket avtalslagen ska man därvid ta särskild hänsyn till part som har en underlägsen ställning enligt avtalsförhållandet. I dessa fall kan den dispositiva rätten utgöra ”en viktig jämförelsepunkt för bedömningen”.⁷⁴

⁷¹ *Runesson* i *Festskrift till Karnell* (red. Gorton m.fl.), 1999, s. 652 och *Kihlman, Fel*, 1999, s. 273. Jfr *Ramberg & Herre, Köplagen: en kommentar*, 2 uppl., 2013, s. 186 ff. och *Hultmark i JT* 1993–94 s. 693.

⁷² *Kihlman, Fel*, 1999, s. 272.

⁷³ Se till exempel *Ramberg & Herre, Köplagen. En kommentar*, 2 uppl., 2013, s. 217.

⁷⁴ Se prop. 1988/89:76 s. 66.

Enligt en uppfattning som har förts fram i litteraturen skulle det inte vara möjligt för säljaren att helt friskriva sig från det ansvar som regleras i artikel 42 CISG, eftersom bestämmelsen förutsätter att säljaren – för att kunna hållas ansvarig för det immaterialrättsliga felet – kände till eller inte kunde ha varit omedveten om belastningen. Argumentet är att det inte är möjligt att friskriva sig från ansvar för uppsåtliga eller grovt oaktsamma överträdelser. Det skulle möjligen kunna gå att friskriva sig i situationer där nationell rätt definierar grov oaktsamhet på annat sätt än *att kunna ha varit omedveten om* enligt artikel 42.⁷⁵

Den dominerande uppfattningen i svensk rätt – uttalad i såväl förarbeten⁷⁶ som doktrin⁷⁷ – var länge att det fanns en princip om att det inte är möjligt att genom avtal begränsa skadeståndsansvaret för skador som orsakats uppsåtligt eller av grov vårdslöshet. Principen har även ansetts vara gällande rätt i Norge⁷⁸ och Danmark⁷⁹. Rättsläget i Sverige kunde dock betecknas som i viss utsträckning osäkert, bland annat eftersom begreppet ”grov vårdslöshet” är starkt beroende av det rättsliga sammanhang där frågan uppkommer.⁸⁰ Efter hand har i litteraturen också oftare uttrycks uppfattningen att frågor om det finns skäl att åsidosätta ansvarsbegränsningar bör hanteras (endast) inom ramen för 36 § avtalslagen.⁸¹

Ett avgörande från Högsta domstolen från 2017, NJA 2017 s. 113 (*Den övertagna överlåtelsebesiktningen*), tycks dock klargöra att principen inte gäller och att verkningarna av sådana ansvarsbegränsningar framöver ska bedömas inom ramen för 36 § avtalslagen, som anger att ett avtalsvillkor kan jämkas eller lämnas utan avseende, så länge det inte finns tvingande lagstiftning (till exem-

⁷⁵ Brunner & Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, s. 310.

⁷⁶ Se till exempel prop. 1973:138 s. 138. Jfr SOU 1974:83 s. 177, NJA 1992 s. 118 (Det inrasade bamba-taket) och NJA 1996 s. 118 (Den grovt vårdslösa skärbränningen).

⁷⁷ Se till exempel Lindskog i *Aftaleloven 100 år* (red. Andersen m.fl.), 2015, s. 314, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, 8 uppl., 2013, s. 103, Hellner m.fl., *Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt*, 2 häftet, 6 uppl., 2016, s. 246, Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 9 uppl., 2014, s. 87. Jfr Kleineman i *Festskrift till Heuman* (red. Kleineman m.fl.), 2008, s. 261 ff., Bengtsson i JT 2017–18 s. 269 och Kleineman i *Festskrift til Andersen* (red. Udsen m.fl.), 2018, s. 525 och 540 f.

⁷⁸ Se till exempel Hagström i TfR 1996 s. 421 ff. och i *Obligationsrett*, 2 uppl., 2011, s. 478.

⁷⁹ Se till exempel Andersen, *Praktisk aftaleret – Aftaleretten II*, 4 uppl., 2015 s. 431 och Ussing, *Obligationsretten – Almindelig del*, 4 uppl., 1961, s. 161 f.

⁸⁰ Se till exempel NJA 2017 s. 113, p. 22–23 med hänvisningar, bl.a. till NJA 1992 s. 130 och SOU 1974:83 s. 178 f. Se även Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, 6 uppl., 2010 s. 117, Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 10 uppl., 2016 s. 257 och Ullman i *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* (red. Bengtsson m.fl.), 2 uppl., 2013, s. 135 ff. Jfr Arvidsson i *Modern affärsrätt. En antologi* (red. Nyström m.fl.), 2017, s. 76 ff., som kritiserar Högsta domstolens beskrivning av rättsläget i NJA 2017 s. 113. Jfr också Hellner i JT 1998–99 s. 153 och Johansson i JT 2015–16 s. 63.

⁸¹ Se till exempel litteraturen i föregående fotnot, Lundmark, *Friskrivningsklausuler: Giltighet och räckvidd*, 1996, s. 133 ff., och Ramberg i JT 2010–11 s. 918 ff.

pel på konsumentområdet⁸²) som anger något annat.⁸³ Jämkning innebär att ett avtalsvillkor tillämpas med annat innehåll än vad som följer av en korrekt utförd tolkning. Att ett villkor lämnas utan avseende innebär att det betraktas som obefintligt.⁸⁴ Högsta domstolen anförde att en sådan ordning har fördelen att den ger möjlighet till en mer flexibel tillämpning än en bedömning som enbart baseras på allvaret i den skadeståndsskyldiges beteende och som endast kan resultera i att villkoret är antingen giltigt eller ogiltigt.⁸⁵ Som har framhållits av *Arvidsson* medför ökad flexibilitet bristande förutsägbarhet.⁸⁶ Till stöd för sin bedömning anförde domstolen också att svensk rätt skulle hamna i bättre överensstämmelse med rättsläget på internationell nivå.⁸⁷ Domstolen hänvisade bland annat till bestämmelser i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law, och Draft Common Frame of Reference. Som bland annat framhållits av *Munukka* är det dock mycket tveksamt om domstolen uppfattat det internationella rättsläget korrekt. Det tycks snarare vara så att det finns en internationell uppfattning att grov oaktsamhet innefattar i vart fall en presumtion för att en ansvarsfriskrivning ska anses oskälig och inte tillämpas.⁸⁸

I 2017 års avgörande bedömdes frågan om en ansvarsbegränsning i ett avtal om en så kallad överlåtelsebesiktning av en bostadsfastighet är verksam med tillämpning av 36 § avtalslagen. Med hänsyn till omständigheterna ansågs tillräckliga skäl för jämkning inte föreligga. Högsta domstolens dom är i linje med skiljenämndens uppfattning i en mycket uppmärksammas skiljedom från år 2010.⁸⁹

Högsta domstolen gjorde i avgörandet några uttalanden om hur skälighetsprövningen enligt 36 § avtalslagen närmare ska gå till. Som faktorer av betydelse nämndes omständigheterna vid avtalets ingående, senare inträffade omständigheter, försäkringsmöjligheter, graden av oaktsamhet samt parternas möjlighet att precisera risken.⁹⁰ Om fråga är om ett konsumentförhållande har såväl effekten av ett avtalsvillkor som orsakerna till denna effekt betydelse. Ju mer överraskande och ingripande effekten är för konsumenten, desto mer talar det för jämkning. Om effekten har orsakats av medkontrahentens avtalsbrott

⁸² EU:s konsumentskyddsdirektiv, direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal, innefattar ett jämningsförbud. Se härom EU-domstolens dom av den 14 juni 2012 i mål C-618/10, Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349. Avgörandet analyseras av Bernitz i SvJT 2019 s. 679.

⁸³ Se härom Arvidsson i Modern affärsrätt. En antologi (red. Nyström m.fl.), 2017, s. 71 ff. och Dryselius, Avtalsviten – effekter och rättsverkningar, 2019, s. 270 ff.

⁸⁴ Se härom prop. 1975/76:81 s. 34.

⁸⁵ Se NJA 2017 s. 133, p. 26.

⁸⁶ Se Arvidsson i Modern affärsrätt. En antologi (red. Nyström m.fl.), 2017, s. 83.

⁸⁷ Se NJA 2017 s. 133, p. 26.

⁸⁸ Se Munukka i JT 2017–18 s. 401. Se även Kleineman i Festskrift til Andersen (red. Udsen m.fl.), 2018, s. 536 och Arvidsson i Modern affärsrätt. En antologi (red. Nyström m.fl.), 2017, s. 80 och Hagström, Obligasjonsrett, 2 uppl. 2011, s. 69 f.

⁸⁹ Skiljedomen återges av Lindskog i Aftaleloven 100 år (red. Andersen m.fl.), 2015, s. 305 ff. Skiljenämndens avgörande har kommenterats av Blomkvist i JT 2011–12 s. 299 ff.

⁹⁰ Se NJA 2017 s. 133, p. 27.

bör arten och graden av överträdelsen beaktas. Typiskt sett innebär det att ett brott mot en huvudförpliktelse talar för jämkning av en ansvarsbegränsning i större utsträckning än brott mot biförpliktelser samt att det har betydelse om den avtalsbrytande parten har handlat särskilt klandervärt eller till och med uppsåtligt.⁹¹ Vidare uttalade domstolen att en viktig och generell utgångspunkt för skälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning är om den ger uttryck för en rimlig och skälig omfördelning av risken mellan parterna. Om så är fallet beror främst på vilka skyddsbehov som gör sig gällande.⁹²

Den viktigaste förändringen (eller beskedet) som följer av NJA 2017 s. 113 är att domstolar och andra rättstillämpare numera kan upprätthålla ansvarsbegränsningar även i situationer där skadan orsakats genom uppsåt eller vårdslöshet. Det leder dock till osäkerhet om i vilken utsträckning sådana ansvarsbegränsningar kommer att upprätthållas.⁹³

För säljarens ansvar för immaterialrättsliga fel innebär NJA 2017 s. 113 att säljaren torde ha vissa möjligheter att friskriva sig från ansvar även för immaterialrättsliga fel som han kände till eller inte kunde ha varit omedveten om. Men en bedömning måste naturligtvis göras i varje enskilt fall utifrån de ramar som Högsta domstolen anger i avgörandet. Sedan tidigare gäller också att den dispositiva rätten är en allmän utgångspunkt vid en skälighetsprövning.⁹⁴

Vid en skälighetsbedömning torde det också ha betydelse vad köparens syfte är med förvärvet av varorna och i vilken utsträckning som ett immaterialrättsligt fel påverkar eller hindrar förverkligandet av detta syfte. Det torde till exempel ha betydelse om köparens syfte är att sälja varorna vidare, att de ska ingå som delar i en mer sammansatt produkt eller om köparen avser att förädla varorna i något avseende. De immateriella ensamrätterna omfattar som bekant inte all användning (nyttjande) av en immaterialrättsligt skyddad produkt och rättigheternas omfattning varierar bland annat beroende av vilken immaterialrätt det är fråga om och om något undantag eller någon inskränkning i skyddet kan bli aktuella.⁹⁵ Exempelvis omfattar det industriella rättsskyddet i regel endast nyttjanden i näringsverksamhet eller yrkesverksamhet, medan upphovsrätten endast omfattar användning i form av exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten. Alla immateriella rättigheter omfattas av bestämmelser om konsumtion, vilket bland annat innebär att en vara som har släppts på marknaden i regel får säljas vidare. Omfattningen av konsumtionsreglerna varierar dock – inom EU gäller s.k. regional konsumtion.

I köparens perspektiv innebär NJA 2017 s. 113 en motsvarande potentiell risk som han bör vara medveten om i förhandlingar med en säljare. I syfte att ta tillvara sina intressen bör köparen också i avtalet med säljaren söka föra

⁹¹ NJA 2017 s. 113, s. 30 och 41.

⁹² NJA 2017 s. 113, p. 36. Att acceptabla riskfördelningar bör stå i centrum framhålls också av Kleineman i Festskrift til Andersen (red. Udsen m.fl.), 2018, s. 526.

⁹³ Se Arvidsson i Modern affärsrätt. En antologi (red. Nyström m.fl.), 2017, s. 83 f.

⁹⁴ Se SOU 1974:83 s. 137 f. och 170 samt prop. 1975/76:81 s. 142. Se även Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, m.m., prop. 1971:15 s. 71.

⁹⁵ Se härom avsnitt 1.

in bestämmelser som anger den avsedda användningen av varorna. Sådana bestämmelser torde ha betydelse för möjligheten att i en framtida tvist vid behov få jämkat eller ogiltigförklarat eventuella ansvarsfriskrivningar som säljaren insisterar på.

5. Avslutande diskussion med slutsatser

De särskilda bestämmelserna om immaterialrättsliga fel i artikel 42 CISG motiveras av intresset att minska säljarens risk att bli ansvarig i förhållande till köparen för att de försålda varorna utgör intrång i tredje mans immaterialrättigheter. I detta syfte uppställs i artikel 42 en rad begränsningar av säljarens ansvar i förhållande till territorialitet, säljarens vetskap, köparens vetskap och köparens specifikationer.

I den svenska köplagen saknas en motsvarande särskild reglering. I förarbetena till lagen anges att säljarens ansvar ska följa "allmänna regler", vilket torde innebära att köplagens regler om faktiska fel i 17 § köplagen blir tillämpliga på immaterialrättsliga fel. Dessa bestämmelser är strängare för säljaren än regleringen i CISG.

En uttrycklig reglering av ansvaret för immaterialrättsliga fel skulle, enligt min bedömning, ha flera fördelar. Handeln med immaterialrättsligt skyddade produkter ökar i omfattning och betydelse och immateriella rättigheter utgör ofta en integrerad del av många produkter. En uttrycklig reglering skulle leda till ökad förutsebarhet (rättssäkerhet), i jämförelse med nuvarande ordning där referens i förarbetena till "allmänna regler" öppnar upp för skilda tolkningar. En reglering av de immaterialrättsliga felen skulle också kunna inkludera sådana begränsningar av ansvarsfriheten som kommer till uttryck i artikel 42 CISG och som är relevanta även vid handel med immaterialrättsligt skyddade produkter i en nationell kontext. Det gäller bestämmelserna om ansvarsfrihet för såväl vad säljaren som köparen kände till eller inte kunde ha varit omedvetna om vid avtalsslutet (jfr 20 § köplagen som anger att köparen inte får åberopa fel som han måste antas ha känt till), samt köparens instruktioner med mera. En utformning av ansvaret för immaterialrättsliga fel som inkluderar dessa aspekter av ansvarsbegränsningen i artikel 42 CISG har fördelen att den skulle omfattas av en flexibilitet som öppnar för bedömningar *in casu*, samtidigt som såväl säljaren som köparen båda omfattas av en viss undersökningsplikt (vilket köparen inte gör enligt 20 § köplagen). Omfattningen av undersökningsplikten skulle också vara beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. En sådan reglering skulle också öppna för att hänsyn kan tas till vilken slags rättighet tredje man hävdar gentemot köparen – till exempel om fråga är om registrerad eller oregistrerad rättighet.

Betydelsen av en undersökningsplikt för köparen har, enligt min mening, underskattats i tidigare framställningar. I avsnitt 2.4 om köparens vetskap har framhållits att det immaterialrättsliga regelverket innehåller skadeståndsrättsliga bestämmelser som i rättspraxis har tolkats till att innebära en undersökningsplikt för köparen. I sammanhanget hänvisas till avgörandet NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika), i vilket bland annat var fråga om ett oaktsamt intrång i

annans upphovsrätt förelåg. Högsta domstolens uttalanden om köparens undersökningsplikt påminner om den undersökningsplikt som gäller – för såväl säljare som köpare – *in casu* enligt artikel 42 i CISG. Med en sådan, särskild, reglering skulle de immaterialrättsliga felens särpräglade karaktär få betydelse vid ansvarsfördelningen. En uttrycklig reglering skulle innebära ökad förutsebarhet – åtminstone i förhållande till förarbetenas uttalanden om ”allmänna regler” – och ligga i linje med köplagens systematik och de ovan nämnda uttalandena av den nordiska köplagsutredningen om att ett helt objektivet ansvar för säljaren är för strängt.

Avgörandet NJA 2017 s. 113 innebär att domstolar och andra tvistlösningsorgan i viss utsträckning kan upprätthålla ansvarsbegränsningar (friskrivningar) även om en skada som följer av ett immaterialrättsligt fel har orsakats genom säljarens uppsåt eller grova oaktsamhet. Sådana ansvarsfriskrivningar torde dock kunna bli föremål för jämkning, eller ogiltighet, om de strider mot ett uttalat syfte som köparen har med förvärvet av varorna och som framgår av avtalet.