

Ersättning för verklig skada vid varumärkesintrång

*Av jur. kand. Michaela Hamilton**

Immaterialrättsliga skadestånd har under många år varit föremål för diskussion med fokus främst på domstolens återhållsamhet med skadeståndets storlek. Denna artikel flyttar fokus till kärandens möjlighet att visa skada och skadans storlek. Därför blir ett nytt prejudikat på området skadeberäkning värdefullt och kan ge en bättre vägledning än tidigare.

Den 7 februari år 2017 kom ett nytt prejudikat¹ från Högsta domstolen (HD) gällande bland annat skadeberäkning, något som saknats tidigare. Tvisten var mellan företagen Hela Pharma och Cederroth och rörde kosttillskott. Hela Pharma sålde kosttillskottet i hälsofackhandeln under varumärket Mivitotal och flera år senare lanserade Cederroth en likande vara under varumärket Multi Total, först i dagligvaruhandeln och senare även i hälsofackhandeln. Efter att tingsrätten genom ett interimistiskt förbud förbjöd Cederroth att använda sitt varumärke – Multi Total – på grund av förväxlingsrisk med varumärket Mivitotal drog Cederroth tillbaka försäljningen av sin vara från marknaden. Det interimistiska beslutet kvarstod i nästan fyra år innan Svea hovrätt fastslog att det inte var fråga om varumärkesintrång och upphävde därmed förbudet. Efter att det interimistiska förbudet upphörde krävde Cederroth ersättning för den lidna skadan, vilken utgjordes av förlorad vinst på grund av det interimistiska förbudet. Huvudfrågan i målet var hur ersättning för utebliven vinst ska bestämmas när ett interimistiskt förbud enligt varumärkeslagen har meddelats och därefter upphävts av den anledningen att inget intrång hade skett.

Käranden yrkade ersättning om sammanlagt 29 954 964 kronor. Av det yrkade beloppet avsåg 2 175 612 kronor ersättning för lanserings-, utvecklings och införsäljningskostnader, kostnader för återtagande av varan, kostnader för destruktion och värdet av det lager som destruerades. Resterande del av kärandens yrkande, 27 779 352 kronor, avsåg ersättning för utebliven vinst av enbart planerad försäljning. Domstolen dömde slutligen ut två miljoner i skadestånd till käranden vilket är mindre än en tiondel del av det yrkade beloppet.

* Associate på Advokatfirman Delphi. Artikeln bygger på delar av mitt examensarbete Skada och ersättning vid varumärkesintrång – främst ur ett partsperspektiv, Stockholms universitet vårterminen 2017 med professor Marianne Levin som handledare.

¹ Högsta domstolens dom den 7 februari 2017, mål nr T 230-15 (NJA 2017 s. 9) (NIR 2017 s. 496) (Mivitotalmålet).

Vid ett immaterialrättsintrång är ersättning för liden skada en av de sanktioner som är av stor betydelse för immaterialrätters värde och fortskridande. Erfarenheten visar att utan kraftfulla och väl genomtänkta sanktioner tas inte rättsområdets stadgade gränser på allvar.² Min tes för denna artikel är att kärnan i de problem som finns ligger i svårigheten för kärande part att visa på den verkliga skada denne lidit på grund av intrång.

1. Rättsliga grunder

Förväxlingsprincipen är varumärkesrättsens huvudkriterium.³ Innebörden är att ingen annan än rättshavaren utan samtycke får använda ett med varumärket förväxlingsbart varukännetecken, 1 kap. 10 § Varumärkeslagen (VmL). Inom den moderna varumärkesrätten är det dock inte endast förväxlingsbara kännetecken som kan utgöra intrång. Det framgår av 1 kap. 10 § 1 st. p. 3 VmL att även inarbetade varukännetecken, således oavsett registrering eller inte, kan vara föremål för intrång.

HD har slagit fast att skada på varumärkets funktioner är en förutsättning för intrång.⁴ Detta har även EU-domstolen uttalat i Interfloramålet.⁵ Vilka funktioner som innefattas i skyddet för ensamrätten är omstritt.⁶ De funktioner som diskuterats i doktrin och praxis är varumärkets symbolkaraktär och särskiljningsfunktion, ursprungsangivelsefunktionen, garanti- och kvalitetsfunktionerna, marknadsstyrande funktionen och konkurrensfunktionen samt reklam-, investering- och kommunikationsfunktionen.⁷ Skyddet mot förväxlingsrisk fokuserar på varumärkets ursprungsangivelsefunktion, medan det vid intrång i inarbetade varukännetecken i stället handlar om investerings- och reklamfunktionernas centrala betydelse.⁸

När ett intrång skett uppsåtligt eller av oaktsamhet, har rättshavaren rätt till ersättning. Då är det grundläggande att hålla isär skäligen ersättning och ersättning för ytterligare skada i 8 kap. 4 § VmL. Att ersättning för ytterligare skada ses som ett skadestånd är ostridigt och i dessa fall gäller allmänna skadeståndsrättsliga principer. Beträffande den skäligen ersättningen i immaterialrättsmål råder skilda

² Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 10 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 s. 544. [cit. Levin 2011].

³ Levin 2011 s. 452.

⁴ NJA 2014 s. 580 (Layher).

⁵ Mål C-323/09, ECLI:EU:C:2011:604 (Interflora) s. 13.

⁶ Nordell, Per Jonas, *Varumärkesrättsens skyddsobjekt. Om ordkännetecknets mening och referens*, Stiftelsen MercuriUS, Stockholm, 2004 [cit. Nordell] s. 71.

⁷ Se bland annat Levin 2011 s. 409 ff.; Nordell s. 71 ff.; Tiili, NIR 1970, Om varumärkets funktioner; Holmqvist, NIR 1975, Om inarbetning av varukännetecken; Mål C-102/77, ECLI:EU:C:1978:108 (Hoffman-La Roche); Mål C-39/97, ECLI:EU:C:1998:442 (Canon); Mål C-517/99, ECLI:EU:C:2001:510 (Merz & Krell); Mål C-329/02 P, ECLI:EU:C:2004:532 (SAT.1); Mål C-10/89, ECLI:EU:C:1990:359 (HAG II); Mål C-9/93, ECLI:EU:C:1994:261 (Ideal Standard); Målen C-236/08 till C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (De förenade google-målen); Mål C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517 (Dior); Mål C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651 (Arsenal); Mål C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378 (L'Oréal m.fl.).

⁸ Walther, Carolina, Malmberg, Paulina, *Varumärkesintrång – en fråga om varumärkets funktioner*, Ny juridik, Vol. 2, s. 61 ff., 2015 s. 62.

meningar. Vissa anser att skäligen ersättning inte ska ses som ett skadestånd. Andra påstår motsatsen. Min uppfattning är att domstolarna inte tenderar att ifrågasätta den skäligen ersättningen. Men det kan förtydligas att skäligen ersättning inte är ett skadestånd om det utgår automatiskt. Det som ersätts är trots allt en fingerad skada. Det bör även påpekas att sanktionsdirektivet⁹ kräver skada för att ersättning ska utgå. Även om det inte blir någon skillnad i sak, är det därför enligt min mening fel att påstå att skäligen ersättning inte är ett skadestånd.

Den *skäligen ersättningen* för utnyttjandet avser den licensavgift som borde ha utgått om en licens mellan rättshavaren och inträngaren hade upplåtits i en frivillig överenskommelse. Den kan garantera en marknadsmässig minimiersättning,¹⁰ som rättshavaren i vart fall ska ha. Det hör till allmänna skadeståndsrättsliga principer att skadeståndet ska motsvara den skadelidandes totala skada, varken mer eller mindre.¹¹ Men för att full ersättning ska kunna utgå krävs att rättshavaren kan påvisa *ytterligare skada* än den skäligen ersättningen för utnyttjandet,¹² t.ex. förlorad ersättning och marknadsskada (goodwillskada). Eftersom den skäligen ersättningen inte ska utgå vid sidan av den ytterliga ersättningen om de avser samma skada, har rättshavaren möjlighet att yrka ytterligare ersättning och jämka den del som motsvarar den skäligen ersättningen. Innehavaren ska inte bli dubbelkompenserad.¹³

Att licensavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till de olika omständigheterna i det enskilda fallet och efter den aktuella branschens sedvana,¹⁴ låter relativt enkelt. Problemet är att det på varumärkesrättens område sällan finns några etablerade ersättningsnivåer.¹⁵ Uppfattningen om vad som kan anses utgöra skäligen ersättning skiljer sig ofta helt mellan rättshavaren och inträngaren.¹⁶ Vid beräkningen av en licensersättning är de procentsatser som används av de svenska domstolarna varierande. Vid varumärkeslicensiering är nivåerna ofta något lägre än vid exempelvis patentlicens, men kan trots allt variera mellan cirka 5–15 procent.¹⁷

När ett intrång fastställts blir den huvudsakliga praktiska frågan hur ersättningens storlek ska fastställas. Det framgår av 8 kap. 4 § andra stycket VmL att skilda hänsyn kan tas:

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (det s.k. civilrättsliga sanktionsdirektivet).

¹⁰ Prop. 2008/09:67 s. 226; Ds 1993:24 s. 45; prop. 1993/94:122 s. 50; SOU 2001:26 s. 350; se även von Heidenstam, Peter, immaterialrättsliga skadestånd, NIR 2/2002 [cit. von Heidenstam] s. 133.

¹¹ Hellner Jan, Radetzki Marcus, Skadeståndsrätt, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2010 [cit. Hellner/ Radetzki] s. 331.

¹² von Heidenstam s. 134.

¹³ Pehrson, Lars, Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång. Några teoretiska och praktiska aspekter i Festskrift till Marianne Levin s. 449 ff., Norstedts Juridik, Stockholm, 2008 [cit. Pehrson] s. 464; Förnell, Petra och Jilmstad, Jenny, Immaterialrättsliga skadestånd. Patent och upphovsrätt, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet (IFIM) nr 93, Jure Förlag AB, Stockholm, 1997 [cit. Förnell/Jilmstad] s. 30.

¹⁴ Prop. 1993/94:122 s. 70.

¹⁵ Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt, 11 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2017 [cit. Levin 2017] s. 584.

¹⁶ Pehrson s. 465.

¹⁷ von Heidenstam s. 134 med hänvisningar.

” /.../

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

Kriterierna har sin grund i artikel 13.1 a) i sanktionsdirektivet. Genom direktivet förstärks utgångspunkten att skador som den skadelidande drabbats av genom ett intrång ska ersättas. De flexibla beräkningsgrunderna och skälen 10, 17 och 26 i ingressen¹⁸ till sanktionsdirektivet visar tydligt att en hög skyddsnivå för immaterialrätter eftersträvas enligt EU-rätten.

Direktivet säger inte något om vilken bevisning som bör krävas för att en skada ska anses ha uppkommit som en följd av ett intrång eller för att bevisa storleken av en viss skada. Direktivet säger inte heller något om fördelningen av bevisbördan. Sådana moment i skadeståndsbedömningen måste därför enligt förarbetena till sanktionsdirektivet avgöras av nationell rätt.

I förarbetena¹⁹ till VmL ges ingen särskild ledning för hur ersättning ska beräknas vid skador på grund av uppsåtligt eller oaktsamt intrång. Sådana regler finns däremot vid försäkringsersättning där det uppställs schablonersättningar. Men vid varumärkesintrång är varje intrång unikt och det är normalt svårt att med hjälp av ett fall lösa ett annat.²⁰ Varumärkesutredningen²¹ har hänvisat till bevisregeln i 35 kap. 5 § rättegångsbalken (RB)²² avseende skador som uppenbart är svåra att bevisa. Om en skadeståndssökande har visat på förekomsten av skada, kan domstolen uppskatta skadan till ett *skäligt* belopp. Hur bevisregeln ska användas förtydligas i Mivitotalmålet och diskuteras nedan.

Vid brist på full bevisning kan enligt förarbetena samma regel användas för att uppskatta förlorad försäljning.²³ En mer preciserad beskrivning av hur skälighetsbedömningen ska göras lämnas tyvärr inte. Den svenska utredningens rekommendation har varit att skälighetsregeln ska ge utrymme för att utdöma ”tämli- gen betydande belopp” vid varumärkesintrång, och mer än tidigare.²⁴ Eftersom ersättningen enligt allmänna processuella regler inte kan överstiga det belopp som yrkats, se 17 kap. 3 § RB, är det viktigt att kärke part vågar yrka fullt ut för den lidna skadan när grund finns och inte håller tillbaka.

¹⁸ Citat från skäl 26 i ingressen: ”För att rättighetshavaren skall erhålla ersättning för den faktiska skada som har orsakats av ett intrång som har begåtts trots att intrångsgöraren visste eller rimligen borde ha vetat att det utgjorde ett intrång, bör skadeståndet fastställas med beaktande av alla relevanta aspekter, [...]”

¹⁹ Prop. 1993/94:122.

²⁰ Jfr Levin 2017 s. 579.

²¹ SOU 1958:10.

²² Rättegångsbalk (1942:740).

²³ Prop. 1993/94:122 s. 51 f.

²⁴ SOU 1958:10 s. 333.

2. Beräkning av skada och ersättningsbestämning

2.1 *Allmänna skadeståndsregler.* Principen om full ersättning är grundläggande inom svensk skadeståndsrätt.²⁵ Utgångspunkten för skadeståndsreglerna är att den skadelidande ska försättas i samma ekonomiska ställning som om skadan inte inträffat.²⁶ Skadeståndet ska motsvara den ekonomiska skillnad som den inträffade skadan orsakat för den skadelidande, varken mer eller mindre.²⁷ Det är omdiskuterat vilken praktisk betydelse principen om full ersättning har vid den faktiska skadeståndsberäkningen. Schultz framhåller att vid valet mellan olika beräkningsmodeller, kan principen även i konkreta fall ge ledning.²⁸ Radetzki menar i stället att principen är allt för allmän för att kunna vara en ledning i konkreta fall och ser snarare principen som en ”*allmän programförklaring avseende skadeståndets storlek*”.²⁹

Skadeståndets funktion är en fråga som över tid har varit föremål för diskussion.³⁰ De mest prominenta funktionerna som är relevanta för denna artikel och som oftast lyfts fram är den preventiva och den reparativa funktionen. Den *preventiva* syftar till att hindra presumtiva skadevällare från att orsaka skada genom att se till att skadeståndsreglerna är avskräckande och moralbildande, och den *reparativa* avser skadeståndets ersättningsfunktion, dvs. att återställa den skadelidandes förlust genom ersättning.³¹ De som förespråkar preventionstanken menar att utan regler om skadestånd skulle de skador som orsakats av vårdslöshet öka i samhället.³² Det ska inte löna sig att kalkylera med skadestånd. Det framhålls ofta att den reparativa funktionen är skadeståndets viktigaste funktion.³³ Därför krävs att den skadelidande får full ersättning för den uppkomna skadan.³⁴ Även för skadeberäkningen är reparationstanken av störst relevans.

2.1.1 *Utgångspunkter för skadeståndsskyldighet.* Skadeståndslagen utgör som bekant grunden även för de immaterialrättsliga skadestånden som finns särskilt reglerade, och det kan därför vara lämpligt att ha i åtanke att det inte är möjligt med *e contrario*-slut, och det finns således ingen tolkningsrelevans.³⁵ Ren förmögenhetsskada uppfattas ofta som ett ämne med en speciell ”nisch” inom respektive område. Därför uppkommer osäkerhet om sambandet mellan de allmänna principerna

²⁵ Se prop. 1975:12 s. 99; Schultz, Mårten, Full ersättning för sakens värde, JT 2009/10 nr 4. [cit. Schultz, Full ersättning för sakens värde] s. 858 samt Radetzki, Marcus, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2 uppl., Svenska Försäkringsföreningen, Stockholm, 2012. [cit. Radetzki] s. 16.

²⁶ Hellner/Radetzki s. 23.

²⁷ Hellner/Radetzki s. 331.

²⁸ Schultz, Full ersättning för sakens värde s. 858 f.

²⁹ Radetzki s. 16.

³⁰ Hellner/Radetzki s. 36 samt Andersson, Håkan, Skyddsändamål och adekvans: om skadeståndsansvarets gränser, Iustus Förlag, Uppsala, 1993 [cit. Andersson, Skyddsändamål och adekvans] s. 327.

³¹ Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, Skadeståndslagen: En kommentar, 5 uppl. Med tillägg och ändringar, version 15 april 2017, Wolters Kluwer, Stockholm. Källa: Zetete, zetete.wolterskluwer.se. [cit. Bengtsson m.fl.] s. 21 f.

³² Hellner/Radetzki s. 42 f.

³³ Se Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 327 med hänvisningar.

³⁴ Hellner/Radetzki s. 23.

³⁵ Prop. 1972:5 s. 446.

och det speciella området. Andersson har på ett intresseväckande sätt diskuterat sådana problem.³⁶ Visst är några frågor speciella för immaterialrätten. Men på det stora hela gäller de allmänna skadeståndsrättsliga principerna på området. Detta slår även HD fast i Mivitotalmålet. Det som gör den immaterialrättsliga ersättningsberäkningen problematiskt är att det är betydligt svårare att värdera skadan än i många andra fall.³⁷

HD har uttalat att: ”en grundsats inom skadeståndsrätten är att det ska föreligga adekvat kausalitet mellan en handling och en inträffad skada för att skadestånd ska kunna utgå.”³⁸ Skadan får således inte enbart vara orsakad genom naturens och samhällets beskaffenhet utan genom en handling där händelseförloppet kan anses normalt och någorlunda påräkneligt.³⁹ Innebörden av uttalandet är visserligen omdiskuterat, men syftet med att ha adekvans som ett krav är att skadeståndet endast ska avse skador som kan ses som rimliga.⁴⁰ Kravet på ett faktiskt orsakssamband är ett självklart påstående; om skadan inte orsakats av någons handlande ska den inte heller behöva ersätta den uppkomna skadan. Men kausalitetsbedömningar är komplicerade, särskilt i bevishänseende.⁴¹

2.1.2 Differensprincipen. För att kunna beräkna en ersättningsgill skada har traditionellt differensprincipen lagts till grund.⁴² Enligt den bestäms skadan utifrån en jämförelse mellan ett verkligt händelseförlopp (det som faktiskt har inträffat efter den skadegörande händelsen) och ett hypotetiskt händelseförlopp (det som rimligtvis skulle ha inträffat om den skadegörande händelsen inte ägt rum).⁴³ Sedan värderas såsom hörs av namnet, den ekonomiska differens som uppkommer i utfallet mellan de skilda händelseförloppen.⁴⁴

Differensprincipen och dess tillämplighet är omtvistad. En strikt användning av principen riskerar att leda till resultat som strider direkt mot gällande rätt.⁴⁵ Eftersom principen inte ger någon ledning om vilka skador som är eller inte är ersättningsgilla, har den kritiserats för att vara innehållslös och därmed opraktisk.⁴⁶ Det gäller främst då det saknas regler för hur skadeberäkningen ska göras, såsom vid ren förmögenhetsskada.⁴⁷

³⁶ Andersson, Håkan, Ersättningsbestämning vid icke materiella intrång I–III, Infotorg den 15–17 april 2014.

³⁷ Levin 2017 s. 566.

³⁸ NJA 1993 s. 41 I och II.

³⁹ Hellner/Radetzki s. 187.

⁴⁰ Schultz, Mårten, Adekvansläran: Vänbok till Jan Kleineman och Stockholm Centre for Commercial Law, Jure Förlag, Stockholm, 2010. [cit. Schultz, Adekvansläran] s. 7.

⁴¹ Hellner/Radetzki s. 188.

⁴² Persson, Ulf, Skada och värde, CWK Gleerup, Lund, 1953. [cit. Persson] s. 19.

⁴³ Persson s. 20.

⁴⁴ Radetzki s. 18.

⁴⁵ Radetzki s. 19.

⁴⁶ Radetzki s. 17.

⁴⁷ Bengtsson m.fl. s. 65.

3. Skada vid varumärkesintrång

3.1 Ersättningsgilla förluster. Avsikten med ersättningsreglerna är som sagt att rätts-havaren ska få full ersättning för den skada som ett intrång har medfört.⁴⁸ Det betyder att skador av många olika slag är ersättningsgilla. De skador som upp-kommer vid varumärkesintrång brukar delas upp i ekonomisk skada och mark-nadsskada.⁴⁹ Vid ekonomisk skada blir det endast aktuellt att se till den minskade försäljningen inom en överskådlig tid; mer långvarig försäljningsnedgång ersätts i stället som marknadsskada (goodwillskada).⁵⁰ Den största skadan vid intrång i varumärkesmål är ofta goodwillskadan, som ligger nära en ideell skada och eventuellt också skulle kunna förekomma vad gäller imageladdade varumärken.

Utebliven försäljning är ofta en stor förlust för innehavaren.⁵¹ Hit räknas både en nedgång i försäljningen och en förväntad utebliven försäljningsökning.⁵² Den senare är en hypotetisk förlust, som i de flesta fall är svårare för rättshavaren att bevisa.⁵³ Bakom ersättningen för den ekonomiska skadan ligger att om inget intrång hade skett, så skulle märkeshavaren kunnat sälja de varor eller tjänster som nu inträngaren i stället säljer. Förenklat utgörs skadan av antalet av inträngarens sålda produkter multiplicerat med rättshavarens vinst per produkt.⁵⁴ Men att situationen ter sig så enkel är ovanligt, inte minst vid varumärkesintrång.⁵⁵

Vid varumärkesintrång behöver det inte heller vara så att inträngaren tillverkar produkter som konkurrerar med rättshavarens. En intrångsgörare kan använda ett förväxlingsbart varumärke på en helt annan produkt. Detta är en betydande skillnad jämfört med patent- eller upphovsrättsintrång, där det vanliga är att inträngaren tillverkar en vara som är av konkurrerande art. Därför kan det också i vissa fall vara svårare att visa på nedgång i försäljning av en produkt vid varu-märkesintrång om det förekommit sådan skada.⁵⁶

Även interna kostnader brukar hänföras till den ekonomiska skadan och drab-bar rättshavaren indirekt på grund av intrånget.⁵⁷ Det kan handla om kostnad för att ta fram bevis för att konstatera ett intrång eller oväntade lagerkostnader på grund av osålda produkter.⁵⁸

Det är vanligt förekommande att en inträngare säljer sin produkt till ett lägre pris än originalet. I sådana fall kan det vara ofrånkomligt för rättshavaren att sänka priset på originalprodukterna för att ha möjlighet att konkurrera med intränga-ren, eller för att överhuvudtaget få sina produkter sålda. Sådant leder i sin tur till vinstbortfall för rättshavaren och kan i vissa fall anses ersättningsgrundande. Men

⁴⁸ Se prop. 1975:12 s. 99; Schultz, full ersättning för sakens värde s. 858 samt Radetzki s. 16.

⁴⁹ Alin Josephine, Larsson Helena, Skadestånd vid varumärkesintrång, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet (IFIM) Jure Förlag AB, Stockholm, 1998 [cit. Alin/Larson] s. 6.

⁵⁰ Alin/Larson s. 37.

⁵¹ Levin 2017 s. 586.

⁵² SOU 1958:10 s. 333 och SOU 2001:26 s. 350.

⁵³ Pehrson s. 471.

⁵⁴ Levin 2017 s. 586 f.

⁵⁵ Pehrson s. 471.

⁵⁶ Pehrson s. 471.

⁵⁷ Levin 2011 s. 575 f.

⁵⁸ Levin 2017 s. 588.

prissänkningen kanske inte har sin grund i intrånget utan i att andra näringsidkare på marknaden saluför liknande varor. I ett sådant fall kommer det att vara svårt att använda prissänkningen som underlag för skadestånd.⁵⁹

Marknadsskador är ofta skador som aldrig kan repareras fullt ut. De är ofta långvariga och i vissa fall beständiga, exempelvis om det äldre varumärkets anseende eller goodwill förstörts. Goodwillskador är svåra för den skadelidande att belägga, men ersätts emellanåt.⁶⁰ En varumärkeshavare kan ha lagt stora summor på att t.ex. bygga upp en kvalitetsimage. Skulle inträngarens varor vara av sämre kvalitet än rättshavarens finns en stor risk för imageförluster. Kvalitetsskillnad är en vanlig orsak till goodwillskada men det finns flera andra orsaker till skada på varumärkets anseende. Det kan handla om vad varumärket står för. Många märkeshavare lägger extra resurser på detta. Ett exempel kan vara att ett företag satsat på svenska ekologiska varor från grunden och vill ge ett skandinaviskt intryck till kunderna. Börjar inträngaren tillverka varor under ett förväxlingsbart varumärke, vilka inte alls är ekologiska och tillverkas i Asien, kan associationen till det äldre varumärket förstöras även om varornas kvalitet i sig inte är låg.⁶¹

En annan typ av goodwillskada är när ett varumärkes särskiljningsförmåga försämras i och med intrånget. Att ett varumärke skiljer ut sig från andra varumärken är en förutsättning för att bygga ett värdefullt varumärke. Inträngarens användning av det förväxlingsbara varumärket gör att det äldre varumärket urvattnas och ter sig mindre unikt. Detta leder till att särskiljningsförmågan försämras och det äldre varumärkets värde sjunker.⁶²

Det framgår uttryckligen av artikel 13.1 a) i sanktionsdirektivet att rättshavaren ska få ersättning för ideell skada vid intrång i immateriella rättigheter. Innan direktivet genomfördes var det endast upphovsrättslagen som i Sverige innehöll en liknande bestämmelse, ”lidande eller annat förfång” skulle beaktas vid den upphovsrättsliga skadeståndsberäkningen.⁶³ I varje fall enligt svensk rätt har ideell skada handlat om upphovsmannens ideella skada. Det industriella rättsskyddsområdet har inte ansetts ha samma personliga koppling mellan skadan och rättshavaren.⁶⁴ Däremot har man numera infört ideell skada som ett kriterium i alla immaterialrättsliga lagar och ska därmed tas i beaktande vid ersättningsbestämmande i alla intrång. Men det bör påpekas att det inte innebär att ideell skada alltid föreligger vid intrång.⁶⁵

Regeringen uttalade i samband med genomförandet av sanktionsdirektivet att ideell skada kunde likställas med ”lidande och annat förfång” i upphovsrättslagen. Det har lett till att den ideella rätten i svenska rättskällor har fortsatt att avse den personliga kränkning och det obehag som kan uppstå hos en rättshavare vid

⁵⁹ Pehrson s. 477.

⁶⁰ Levin 2017 s. 588.

⁶¹ Pehrson s. 478.

⁶² SOU 1958:10 s. 333.

⁶³ Det framgår av Ds 2007:19 s. 282 och prop. 2008/09:67 s. 231 att ”lidande eller annat förfång” kan likställas med ideell skada i sanktionsdirektivet.

⁶⁴ Prop. 1993/94:122 s. 52 och prop. 1985/86:86 s. 30 f. och 40 ff. Se även NJA 2005 s. 180 (NIR 2005 s. 539) (Formsprutarna).

⁶⁵ Pehrson s. 482.

intrång.⁶⁶ Därför har ideell skada fortsatt uppfattats som just upphovsmannens ideella skada. Men efter några mål i EU-domstolen⁶⁷ skulle man kunna se ideell skada som ett bredare begrepp. Det är viktigt att inte fastna i gamla spår. Hellberg tar upp problem i sin avhandling med fokus på patenträtten.⁶⁸ Även Levin nämner detta i sin senaste upplaga; hon påpekar att ideella skador kanske inte bör uteslutas i samband med industriellt rättskydd. Vad som i praktiken skulle kunna ses som ideell skada vid varumärkesintrång kan tänkas vara en ”varumärkespersonlighet” eller ett företags ideella skador, ”företagspersonlighet”. Ideell skada blir därmed något utöver goodwillskada.⁶⁹ Vid patent skulle man kunna säga att det är en skada på uppfinnarens rykte.⁷⁰

4. Metoder för att beräkna skadans storlek

I en tid med immaterialrätters ständiga värdeökning i samband med växande internationell piratindustri är det allt viktigare med fungerande och effektiva sanktioner på området. Utan verkningfulla sanktioner finns inget värde i någon immaterialrätt och än mindre om rättigheterna inte kan användas effektivt i domstol. Vid ett immaterialrättsintrång är ersättning för liden skada en av de sanktioner som är av stor betydelse för immaterialrätters värde och fortskridande. Erfarenheten visar att utan kraftfulla och väl genomtänkta sanktioner tas inte rättsområdets stadgade gränser på allvar.⁷¹

Vad som ska ersättas och hur beräkningen ska göras är de frågeställningar som är av störst relevans i ett mål avseende varumärkesintrång. Det handlar inte om givna beräkningsmetoder där en uppgift om ett exakt belopp ska tas fram för att visa storleken på skadan. Det handlar i stället om uppskattningar.⁷² Det ska även påpekas att det för kärande part kan vara lämpligt att använda sig av flera metoder samtidigt för att på ett tydligare sätt kunna visa rätt skada.

4.1 Beräkning av marknadsskada. Marknadsskador är ofta verkliga skador som kan värderas. Problemet ligger i stället i *hur* skadan ska värderas och *hur* den skadelidande ska lyckas visa på rätt skada. Det innebär en tung bevisbörda. Svårigheten att visa på den uppkomna skadan beror till stor del på att skadan i många fall visar sig långt senare.⁷³

Det finns inga färdiga modeller eller mallar för att bestämma en marknadsskada utan sådana uppskattningar får som sagt göras i varje enskilt fall.⁷⁴ Det

⁶⁶ Prop. 2008/09:67 s. 231.

⁶⁷ Se mål C-280/15, ECLI:EU:C:2016:467 (Irina Nikolajeva mot Multi Protect OU) samt mål C-99/15, ECLI:EU:C:2016:173 (Liffers).

⁶⁸ Hellberg, Jonas, Skadestånd vid patentintrång, Jure förlag AB, Stockholm, 2014 [cit. Hellberg] s. 150 ff.

⁶⁹ Levin 2017 s. 592.

⁷⁰ Prop. 2008/09:67 (Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG) s. 289.

⁷¹ Levin 2011 s. 544.

⁷² Borgenhäll, Håkan, reparation vid varumärkesintrång, NIR 2/2000 [cit. Borgenhäll] s. 158.

⁷³ Levin 2017 s. 588.

⁷⁴ Borgenhäll s. 154.

finns givetvis ett flertal faktorer som har betydelse för skadans storlek. Intrångets omfattning spelar vanligen roll. Ju större ett intrång är, desto större skada medför detta intrång – och vice versa.⁷⁵ Det behöver däremot inte vara så att ett intrång medför större skada på grund av att det pågår under en längre tid.⁷⁶ Naturligtvis har även varumärkets värde en stor betydelse för skadans storlek. Ett känt och väl inarbetat varumärke lider självfallet större skada vid ett intrång än ett nyss registrerat varumärke.⁷⁷ Detta påpekar även Levin i sitt utlåtande till Mivitotalmålet avseende skadeberäkning.⁷⁸

4.1.1 Relationen till varumärkets värde. När full bevisning inte kan föras har som tidigare nämnts domstolen möjlighet enligt 35:5 RB att döma ut ett skäligt belopp. I dessa fall har varumärkets värde ansetts vara en befogad utgångspunkt vid beräkning av skadans storlek.⁷⁹ Borgenhäll har föreslagit att i stället för att relatera licensavgiften till inträngarens försäljning kan skadan lika gärna relateras till varumärkets värde.⁸⁰ Borgenhäll menar att det utnyttjande av varumärkets värde som sker vid ett intrång sannolikt kan relateras till en viss procent av varumärkets värde, utan att man skulle behöva betrakta det som en licensavgift.⁸¹ Borgenhäll påpekar i sin artikel att det är nödvändigt att ekonomiska aspekter tas in i bedömningen för att skadan ska uppskattas till ett korrekt värde. Han förtydligar även att bedömningen fungerar som en koppling mellan juridik och ekonomi.

Enligt Karnell ska domstolen i möjligaste mån ha en klar bild av varumärkets värde. Det är nämligen detta värde, som inträngaren har tagit i anspråk och i många fall förstört, som utgör den verkliga skadan.⁸² Borgenhäll delar denna uppfattning och menar att man som kärande part bör ha relativt bra möjligheter att inför domstol lägga fram fakta kring ett varumärke. Om domstolen får tillgång till fakta, så kan den göra en ekonomisk och affärsmässig uppskattning av det varumärkeskapital som inträngaren tar i anspråk.⁸³

För att ett varumärkeskapital ska kunna fastställas behöver även den företags-ekonomiska sidan tas i beaktande vid utredning av skadestånd. Borgenhäll gör en tydlig koppling mellan ekonomi och juridik. Det är när ett varumärke kan sättas in i sin ekonomiska kontext som det finns en rimlig möjlighet att få fram det varumärkeskapital som skadats.⁸⁴ Det finns ett flertal nya modeller avseende varumärkets värde, utifrån ett ekonomiskt perspektiv. Urde har presenterat varumärkesvärdering utifrån ett ekonomiskt perspektiv. För att se till ett varumärkes ekonomiska och strategiska värde använder Urde sig av en analysmodell som tar

⁷⁵ Alin/Larson s. 33.

⁷⁶ Borgenhäll s. 158.

⁷⁷ Alin/Larson s. 33.

⁷⁸ Se Marianne Levins rättsutlåtande till mål nr T 230-15 [cit. Rättsutlåtande Mivitotalmålet].

⁷⁹ Se Karnell, Gunnar, Juridiska aspekter på vad ett märke är värt, licensavgifter, skadestånd, varumärken i konkurser NIR 3/1991 [cit. Karnell] s. 340 ff. samt Borgenhäll s. 159.

⁸⁰ Vilket förarbetena till sanktionsdirektivet ger fog för, se prop. 2008/09:67 s. 230.

⁸¹ Borgenhäll s. 159.

⁸² Karnell s. 345.

⁸³ Borgenhäll s. 154.

⁸⁴ Borgenhäll s. 155.

sikte på bland annat identitet, kommunikation och anseende. Analysmodellen förklarar på ett tydligt sätt ett varumärkes uppbyggnad och ger därmed insikt i dess grundläggande funktioner.⁸⁵

Enligt min mening är det en självklarhet att skadeberäkningen bör härledas utifrån ett varumärkes värde.⁸⁶ Jag kan däremot inte se att domstolarna verkar lägga någon stor vikt vid detta, oavsett om ett varumärke är av mindre eller högre värde. HD tar inte upp detta Mivitotal-målet, trots att Levin i sitt utlåtande var tydlig med att Cederroths varumärke som sådant inte hade något värde. Det var nyligen registrerat och inte inarbetat. En anledning till detta kan vara att den skada som åberopades var utebliven försäljning, en ren ekonomisk skada på grund av bristande tillgång till marknaden.

För att ett varumärkes värde ska kunna ligga till grund för en skadeberäkning, krävs en bestämd och etablerad metod för beräkningen av värdet. Alla varumärken måste kunna få samma objektiva bedömning utifrån samma kriterier. I ljuset av det förekommer ett flertal nya modeller för att värdera varumärken utifrån ett ekonomiskt perspektiv, har nytt fokus kommit att riktas på varumärkeskapitalet. Men beloppen i sådana beräkningar hamnar på så höga nivåer att de inte riktigt tas på allvar, eller inte kan läggas till grund för en svensk domstols dom avseende skadeberäkning innan tanken om procentsatser av värdet har vidareutvecklats.

Min förhoppning är att dessa nivåer i framtiden ska tas på allvar i den mån de kan påvisas och läggas fram som bevisning. Det är viktigt att domstolarna håller jämn takt med den samhällsliga och ekonomiska utvecklingen och ser vilket värde som kan finnas uppbyggt i olika immaterialrättigheter. Företagens immateriella rätter ses ofta som deras största värden. Därför är det särskilt viktigt att dessa värden också tas på allvar även i ett domstolsperspektiv.

4.1.2 Relationen till marknadsföringskostnader. Det kostar minst lika mycket att bygga upp ett varumärkes värde igen efter ett intrång som när det skapades. Därför borde den metod som ska redogöras för härnäst om ”relationen till marknadsföringskostnader” kunna vara en metod för att beräkna ett varumärkes värde. En teori som Levin formulerat är att ersättning för marknadsskador ska kunna svara mot kostnaderna för en reklamkampanj.⁸⁷ Borgenhäll förespråkar också denna metod då han framhåller att en marknadsskada (goodwill) ersätts på bästa möjliga sätt genom denna teori. Genom att kräva ersättning för de kostnader som skulle kunna reparera förlorad goodwill blir det ett tydligt samband mellan skada och kostnad. Svagheten i den här teorin är svårigheten att bedöma vad för typ av reklamkampanj som krävs och hur stor för att reparera skadan.⁸⁸

⁸⁵ Se Urde, Mats, The brand core and its management over time, *Journal of Product and Brand Management*, Vol. 25, No. 1, pp. 26. samt Urde Mats, Greyser S.A, The Corporate Brand Identity and Reputation Matrix – The case of the Nobel Prize, *Journal of Brand Management*, Vol. 23, No. 1, s. 89 ff.

⁸⁶ Detsamma konstaterade Alin & Larson i sitt examensarbete för nästan 20 år sedan, se Alin/Larson s. 79.

⁸⁷ Levin, Marianne, *Noveller i varumärkesrätt*, Juristförlaget, Stockholm, 1990 [cit. Levin] s. 215 ff.

⁸⁸ Borgenhäll s. 159.

Marknadsföring är ett viktigt medel för att skapa ett värdefullt varumärke. Det är visserligen inte enbart marknadsföringsverksamhet som bygger ett varumärkes värde. Men det är en av de komponenter som krävs för att vinna framgång med ett varumärke och som i längden skapar ett varumärkeskapital. Genom att få ersättning för marknadsföringskostnader kan ett varumärke återuppbyggas efter ett intrång. Man får se till vad som finns kvar och sedan bygga vidare på den grunden. Därför menar Borgenhäll att reparativa marknadsföringskostnader är en motiverad utgångspunkt för skadeberäkningen. De ger domstolen en bra inblick i de faktiska kostnaderna och gör det möjligt för domstolen att uppsätta en ersättningsnivå som rimligen kan reparera den uppkomna skadan.⁸⁹ Denna teori hade framgång i det s.k. Blöjmålet⁹⁰ och vann med ett försiktigt yrkande full framgång hos majoriteten i domstolen (se nedan).

4.1.3 Relationen till inträngarens otillbörliga vinst. Principen i artikel 13.1 a) i sanktionsdirektivet att använda inträngarens otillbörliga vinst som en alternativ metod för att beräkna marknadsskada har inget med den klassiska skadeståndsrätten att göra. Som konstaterats i förarbetena ses den snarast som ett bra instrument för bevisning och kan tyckas vara till psykologisk fördel. En tanke är att man åtminstone ska ersättas för inträngarens otillbörliga vinst. Syftet är inte att den skadelidande ska ha ersättning både för den uteblivna vinsten och för inträngarens vinst.⁹¹ I ett avgörande⁹² från 1997 yrkade käranden, med grund i inträngarens vinst, ekonomisk ersättning på sex miljoner kronor och för goodwillskada fyra miljoner kronor. Hovrätten dömde ut sammanlagt två miljoner i skadestånd, som vid den aktuella tidpunkten ansågs som generöst, särskilt som skadan inte fanns särskilt belagd i målet. Det är ofta lätt att få fram data och information om den otillbörliga vinsten, och därför kan denna metod vara användbar för den skadelidande som måste kunna visa någon typ av skada.⁹³

Tanken är inte ny. I samband med 1960 års varumärkeslag fanns det ett förslag om ersättning motsvarande otillbörlig vinst vid uppsåtliga skadestånd. Ett sådant ersättningstänkande ligger enligt min mening på ett mer moraliskt plan. Även om metoden inte är att likställa med ett straffskadestånd finns det enligt min uppfattning ett visst släktskap (se vidare avsnitt 5.3).

Borgenhäll är skeptisk till en sådan metod. Han menar att preventionsaspekten inte alls får någon nytta av detta. Skulle inträngaren endast riskera att mista sin vinst kan ett intrång bli lönsamt. Har man lyckats snylta på ett redan befintligt varumärke går det ofta snabbare att etablera sig på marknaden. Av den anledningen menar Borgenhäll att inträngaren i slutändan skulle kunna ses som vinnare.⁹⁴ Även Levin har sett problem med inträngarens vinst som alternativ beräknings-

⁸⁹ Borgenhäll s. 159 f.

⁹⁰ MD 2013:19, 2013-12-18 (Blöjmålet).

⁹¹ Prop. 2008/09:67 s. 229 f.

⁹² Svea hovrätt, Mål nr T 78/97, DT 32 (ABSOLUT RENT-målet).

⁹³ Se Borgenhäll, Håkan, Beviskrav vid immaterialrättsliga ersättningskrav i festskrift till Marianne Levin s. 147 ff., Norstedts Juridik, Stockholm, 2008 [cit. Borgenhäll festskrift] s. 147 f.

⁹⁴ Borgenhäll s. 159.

grund, eftersom en skada som beräknas på inträngarens marginaler ofta blir lägre än kärandepartens marginaler och snarare gynnar inträngaren än rättshavaren.⁹⁵

Jag kan hålla med om att otillbörlig vinst inte ska vara en utgångspunkt för skadeberäkningen. Men som ovan nämnts bör rättshavaren åtminstone få denna vinst, som i många fall bör kunna utgöra hjälpfakta vid skadeberäkningen. Man skulle kunna tycka att det finns ett gränsdragningsproblem till överkompensation. Men efter EU-kommissionens granskning av sanktionsdirektivets utfall kan noteras att det finns en positiv och öppen syn till att högre otillbörlig vinstersättning döms ut än visad förlorad försäljning.⁹⁶

4.2 Beräkning av ekonomisk skada. Genomförandet av sanktionsdirektivet år 2009 innebar att hänsyn uttryckligen tas till rättshavarens uteblivna vinst, dvs. den försäljningsnedgång som uppstått genom ett intrång eller den hypotetiska ökningen av försäljning som en rättshavare räknat med, men som efter ett intrång gått förlorad. Men sådana hypotetiska skador är emellertid tämligen svåra att bedöma. Det behöver inte vara så att försäljningsnedgången beror på intrånget. Den kan bero på flera olika faktorer såsom att efterfrågan minskar på grund av att produkten blivit omodern eller att fler konkurrenter tillkommit på marknaden. Andra orsaker kan vara mediernas kritiska uttalanden, misslyckad marknadsföring eller att käranden helt enkelt inte skött sitt varumärke och sina affärer på ett korrekt sätt. Ofta beror nedgång i försäljningen till viss del på intrånget, men problemet blir att visa hur stor del av förlusten som beror på intrånget. Om ett intrång begås av flera är det även svårt för den skadelidande att visa på skada i varje enskilt fall.⁹⁷

Vid beräkningen av utebliven vinst måste man som sagt i avsnitt 3.1 även se till den hypotetiska framtida vinst som gått förlorad. Vid ekonomisk skada blir det dock som tidigare nämnts i samma avsnitt endast aktuellt att titta på den minskade försäljningen inom en överskådlig framtid. Mer långvarig försäljningsnedgång ersätts i stället som marknadsskada (goodwillskada). Företag har i stort sett alltid en försäljningsbudget för flera år framåt, som kan utgöra en vägledning. För att få en rimlig uppskattning kan man även se till hur försäljningen sett ut under senare år.⁹⁸

⁹⁵ Levin s. 210.

⁹⁶ Se EU-kommissionens rapport: Rapport från kommissionen till Europaparlamentet m.fl. om Tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, KOM/2010/0779 slutlig den 22 december 2010, tillgänglig på: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0779:FIN:SV:HTML>. Under rubriken "Skadeståndens kompenserade och avskräckande effekter" framhåller kommissionen att "Huvudsyftet med att bevilja skadestånd är att rättighetshavarna ska befinna sig i samma situation som de hade gjort om intrånget aldrig ägt rum. I nuläget verkar dock intrångsgörarnas vinster (obehörig vinst) ofta vara avsevärt högre än den faktiska skada som rättighetshavarna lidit. I dessa fall kunde man överväga om domstolarna skulle ha befogenhet att tilldöma skadestånd i proportion till intrångsgörarens obehöriga vinst, även om det överstiger den faktiska skada som rättighetshavaren lidit."

⁹⁷ Alin/Larson s. 37.

⁹⁸ Alin/Larson s. 37.

Även om det många gånger finns en naturlig koppling mellan rättshavarens uteblivna vinst och inträngarens otillbörliga vinst,⁹⁹ kan det ändå finnas anledning att väga kärandes ersättningskrav på grund av utebliven vinst mot den redovisning som svaranden uppgett avseende sin vinning (otillbörliga vinst) för att få en rimlig uppskattning av skadans storlek. Ett sådant fall kan också balanseras genom att domstolen medger en viss övervikt för den kärande parten.¹⁰⁰

Tidigare har redogjorts för hur interna förluster blir en ersättningsgill skada i form av ekonomisk skada. För käranden är det ofta enklare att lägga fram trovärdig bevisning för denna typ av skada. Det kan vara reparativa åtgärder för att i högsta mån begränsa skadan i form av brev till inträngaren, telefonsamtal och brev till kunder för att informera om intrånget och även ersättning för den arbetstid som gått förlorad på grund av det förevarande arbetet. Kostnader för att anlita advokater eller andra konsulter för att utreda om intrång skett är en given post som tillkommer inom denna skadetyper.¹⁰¹ Även interna utredningar som omfattande marknadsundersökningar för att dels fastställa skada och dels för att undersöka om den har reparerats efter ett intrång är kostnader av intern karaktär. Mycket eget arbete läggs ofta ner vid intrångsmål, men dessa kostnader kan vara mera tveksamma från ersättningssynpunkt, om de inte motsvarar specifika utgifter, främst enligt allmänna skadeståndsprinciper.¹⁰²

4.3 Praxis – att visa skada och kärandens bevisbörda. Skada på varumärken kan uppkomma inte bara genom tredje mans intrångshandlingar utan även i andra avseenden, exempelvis i marknadsrättsliga mål. Det är viktigt att inbegripa även sådana fall för att få en mer fullständig analys av hur skadans storlek tidigare har bedömts av ett skadat varumärke och för att se vilka metoder som kärande part använt för att visa på skada.

HD:s avgörande i NJA 2005 s. 180, *Formsprutarna*,¹⁰³ är ett betydelsefullt mål som lagt en grund för skadeberäkningen. *Formsprutarna* hade yrkat 40 000 kronor i skäligen ersättning och 95 000 kronor för den ytterligare skada de lidit. Den skada som åberopades var ekonomisk skada för förlorad försäljning och goodwillskada. Domstolen ansåg att intrång förelåg i *Formsprutarnas* designrätt till de tvistiga varorna, men påpekade att det saknades bevisning avseende skadans storlek. HD förtydligade att den grundläggande utgångspunkten är att den skadelidande ska erhålla full ersättning för den lidna skadan men inte överkompenseras. Den som yrkar ersättning för skada har att styrka denna, även om det i vissa fall kan vara oskäligt att kräva full bevisning. I sådana fall är som tidigare nämnts vanligtvis 35:5 RB tillämplig. I målet ansåg domstolen att *Formsprutarna* inte förebragt någon som helst bevisning för sin skada. Därför var 35:5 RB inte tillämplig och någon skäligen ersättning kunde inte utgå.

⁹⁹ Prop. 2008/09:67 s. 230.

¹⁰⁰ Levin s. 210 f.

¹⁰¹ Alin/Larson s. 41.

¹⁰² Levin 2017 s. 589.

¹⁰³ NJA 2005 s. 180 (*Formsprutarna*).

Avseende den ytterligare ersättningen fann domstolen att Formsprutarna även i denna del försummat möjligheten att lägga fram bevis för sin åberopade skada. HD ansåg trots allt att en viss form av marknadsskada (sannolikt) hade uppkommit genom intrånget och bestämde skadans storlek till ett värde om 10 000 kronor. Domstolen vägrade i sin argumentation in att å ena sidan var överkompensation inte önskad, men å andra sidan ska även den skadeståndsrättsliga funktionen – skadeståndets preventiva verkan – beaktas.

Det s.k. Blöjmålet i Marknadsdomstolen från år 2013 kan belysa goodwillskada och utebliven vinst.¹⁰⁴ I målet påstod käre part (Liberio) att Pampers förstört Liberos anseende genom att i marknadsföring påstå att ”8 av 10 mammor rekommenderar Pampers.” Vidare påstods att budskapet under alla omständigheter saknade tillräckligt stöd samt att det hade skadat Liberio på både kort och lång sikt. Mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut hade därmed påverkats på grund av den otillbörliga marknadsföringen. Den skada som åberopades var utebliven vinst på grund av minskad försäljning, kostnader för skadebegränsande åtgärder i form av motkampanjer för att reducera den redan uppstådda skadan och goodwillskada i form av varumärkets anseende framöver.

Enligt majoriteten i Marknadsdomstolen hade Liberio lyckats visa liden skada genom en s.k. före- och eftermetod. Liberos marknadsandel borde ha legat på samma nivå som innan Pampers kampanj ”8 av 10 mammor rekommenderar Pampers”. Den här metoden kan sägas vara en blandning av före- och eftermetoden och marknadsandelsmetoden. Ett krav är som tidigare nämnts att kunna påvisa en skada med ett underbyggt hypotetiskt händelseförlopp, och utifrån detta kunna visa beräkningar av skadan. Det kan även noteras att Liberio endast yrkade cirka två tredjedelar av den skada som man ansågs lidit.¹⁰⁵ Tingsrätten uttrycker att ”Denna förklaringsmodell framstår som rimlig i det aktuella fallet och bör kunna tjäna som utgångspunkt vid bestämmande av skadan, om den inte motbevisas.” Tingsrätten ansåg även att Pampers varit oaktsamt och att skadan var adekvat. Marknadsdomstolen delade tingsrättens uppfattning. Det finns ingen närmare beskrivning av beräkningen av skadans storlek mer än att Marknadsdomstolen får uppskatta kostnaderna för den rörliga ersättningen efter fritt skön och att den yrkade ersättningen för goodwillskadan ansågs skälig. Ersättning till Liberio utgick därmed med ca 5 miljoner kronor samt att bolaget erhöll ersättning för sina rättegångskostnader.

Självklart kan den här uppvisade modellen ifrågasättas i flera delar, vilket diskuteras vidare avsnitt 5.1. Käranden visade att Liberio sålt sämre under kampanjen samt att företaget vidtagit motåtgärder för att begränsa skadan i bästa mån. En jämförelse kan göras med Hästens II-målet¹⁰⁶ där man inte genomfört någon faktisk motkampanj i syfte att reparera den uppkomna skadan. Marknadsdomstolen fann dessutom att skadan var av begränsad omfattning då den aktuella annonsen endast varat i fyra dagar.¹⁰⁷ En effektiv och lyckad metod för Liberio var även att

¹⁰⁴ MD 2013:19 (Blöjmålet).

¹⁰⁵ Efter en genomgång av de uträkningar som finns i tingsrätten avseende kampanjerna kan utläsas att käranden inte yrkar skadan fullt ut, se Stockholm tingsrätt mål nr T 12666-11.

¹⁰⁶ MD 2001:16, 2001-06-10 (Hästens II-målet).

¹⁰⁷ MD 2001:16 (Hästens II-målet) s. 34.

endast yrka ersättning för hälften av den skada de ansåg förelåg. Därmed kunde de hävda att den yrkade ersättningen trots allt borde utgå och ses som rimlig.

Det kan nämnas att Marknadsdomstolens ordförande Per Carlson var skiljaktig i målet och förtydligade att en skada av detta slag kunde vara resultatet av många olika faktorer. Han påpekade att beviskravet i fall som detta ska vara ”klart mer sannolikt”. I detta beviskrav ska en jämförelse göras mellan den skadelidandes påstående om orsaken till skadan och de alternativa orsaker som motparten invänt med i målet. Carlson menade att Liberos bevisning inte var klart mer sannolik än den motbevisning som Pampers lagt fram i målet beträffande orsakssambandet mellan Liberos skada och Pampers marknadsföringskampanj.

Mivitotalmålet. Käranden i målet yrkade ca 26 miljoner kronor, utöver de knappt fyra miljoner som svaranden redan hade betalat. Som inledningsvis nämnts dömde domstolen slutligen ut två miljoner i skadestånd till käranden. Ersättningen uppgår till mindre än en tiondel av det yrkade beloppet. Trots detta menade domstolen att käranden varit framgångsrik i den del som avsåg den skadebegränsande åtgärden. Av denna anledning fick båda parterna stå för sina egna rättegångskostnader i alla instanser. Detta kan ifrågasättas och kommer att diskuteras vidare i avsnitt 5.2.

Vad var skadans storlek? Utifrån domen är det av betydelse att stanna upp och fundera på skadans verkliga storlek. Mivitotalmålet handlade om ett tecken – en symbol – inte om en produkt, vilket även Levin betonade i sitt rättsutlåtande i målet.¹⁰⁸ Varumärket var i det här fallet nyligen registrerat och hade inte något utvecklat värde och en intressant fråga uppstår här hur en skada i detta fall kan definieras och uppskattas. Käranden yrkade ersättning om sammanlagt 29 954 964 kronor avseende ”förlorade vinster” av enbart planerad försäljning. I ett sådant fall är det viktigt att se till varumärkets funktioner och vari den faktiska skadan består. Som tidigare nämnts är huvudregeln och den allmänna utgångspunkten vid skadeberäkning att den skadelidande ska tillerkännas ersättning för all skada som den skadeståndsskyldige orsakat. Men det kräver också att en faktisk skada kan visas. Eftersom varumärket vid skadan var så pass nytt och saknade ett utvecklat värde kan skadans omfattning ifrågasättas.

HD tog upp olika faktorer som är av särskild betydelse för att fastställa storleken av en skada som består av vinstbortfall på grund av utebliven försäljning under en längre tidsperiod. En sådan faktor är skadebegränsningsskyldigheten, som innebär att den skadelidande parten ska vidta skäliga åtgärder för att begränsa den uppkomna skadan. Den kan även uttryckas så att den skadelidande ska göra vad som rimligen kan krävas eller att lämpliga åtgärder ska vidtas. Detta förekommer som ovan nämnts även vid intrångsmål och hanteras som interna kostnader vid skadeberäkningen. Detta är en allmän skadeståndsregel varför skadebegränsningen i alla skadeståndsmål måste tillämpas vid skadeberäkningen.

¹⁰⁸ Rättsutlåtande Mivitotalmålet.

Av direkt betydelse är även under vilken tidsperiod vinsten uteblivit, dvs. under hur lång tid. Ytterligare faktorer som HD tog upp var den skadelidandes försäljningspris, inköpspris samt fraktkostnaderna till köparna.¹⁰⁹ HD bekräftade även att differensprincipen bör tillämpas för att bestämma vilka följder av handlingen som ska läggas till grund för ersättningsbeloppet.¹¹⁰ Vidare tog HD upp krav på bevisning och skada som förutsättning för ersättning.¹¹¹

Bevisbördan. Liksom i NJA 2005 s. 180 var domstolen i Mivitotalmålet tydlig med att det är den skadelidande parten som typiskt sett bär bevisbördan för de avgörande omständigheterna, dvs. för skadan och kausalitet men även för bevissvårigheterna. Annars kan domstolen inte göra en skälighetsbedömning. Däremot förtydligade HD att själva skäligheten som sådan är en rättslig bedömning, som den skadelidande inte har att visa. Domstolen uttalade att bevislätnadsregeln i 35:5 RB i vissa fall inte blir direkt tillämplig på skadans storlek.

I ett komplext fall med med en mängd olika omständigheter kan det te sig så att bevisläget har kunnat föras i vissa avseenden men inte i andra. Om utebliven vinst uppskattas kan det till exempel krävas ”*utredning om det pris den skadelidande skulle kunnat sälja varan för, hur detta pris skulle ha utvecklats över tid, vilka inköpskostnader som den skadelidande hade, hur dessa utvecklats över tid, vilka volymer som skulle ha kunnat säljas under olika perioder och vilka kostnader som inbesparades genom att den skadelidande inte sålde varan under den relevanta perioden.*”¹¹²

Det framgår tydligt att det ställs höga krav på den skadelidande avseende bevisningen. HD uttalade att den prognos som utarbetats från kärke part i form av en leveransplan inte var tillräcklig för de volymer som yrkades i målet. Det saknades enligt HD bevis för uppgifterna. Exempelvis hade man enligt HD kunnat lägga fram ett revisorsintyg gällande den faktiska återförsäljningen till slutkonsument under lanseringsperioden. HD påpekade att man även hade kunnat ha förhör med de personer som gjort lanseringsplanen för att få en bättre förståelse för de siffror som lagts fram. Kärke part hade även, för att styrka sin skada, kunnat ta fram en oberoende expertutredning om en tänkbar försäljningsutveckling baserad på redovisat faktaunderlag.¹¹³ Domstolen godtog inte heller partens uppgifter om att det inte funnits några marknadsföringskostnader från kärkans sida och det framkom även i årsredovisningen att marknadsföringskostnader uppgått till 28 procent, varför denna del behövde beaktas i skadeståndsberäkningen.¹¹⁴ Enligt domstolen skulle försäljningskostnaderna därför bestämmas till 28 procent av nettoomsättningen av varan.¹¹⁵

¹⁰⁹ Mål nr T 230-15 p. 57–58 s. 23 f.

¹¹⁰ Mål nr T 230-15 p. 48.

¹¹¹ Mål nr T 230-15 p. 26–29 s. 11 f.

¹¹² Mål nr T 230-15 p. 55 s. 22 f.

¹¹³ Mål nr T 230-15 p. 74.

¹¹⁴ Mål nr T 230-15 p. 96.

¹¹⁵ Mål nr T 230-15 p. 97.

Vilken ersättningsgill skada yrkades ersättning för? Kärande part yrkade ersättning för förlorad försäljning i hälsofackhandeln, dagligvaruhandeln, apoteksmarknaden samt för utebliven försäljning i Danmark, Finland och Norge. Beträffande den uteblivna vinsten i de övriga nordiska länderna ansåg HD att den inte kunde anses som en typisk eller förutsebar följd av den skadegörande handlingen. Därför skulle inte denna post ingå i skadeberäkningen. De antaganden som käranden lagt fram avseende apoteksmarknaden, ansågs vara betydligt mer osäkra än den bevisning som lagts fram inom hälsofack- och dagligvaruhandeln, där kärandens bevisning byggde på uppgifter om att man lyckats sälja in varan till återförsäljningsledet. Detta var visserligen av naturliga skäl inte möjligt avseende apoteksmarknaden, som vid den aktuella tidpunkten utgjordes av en monopolmarknad. Men enligt domstolen hade bevisning kunnat föras om hur man avsåg att bearbeta monopolet Apoteket AB för att komma in på den delen av marknaden. Det ansågs inte heller finnas tillräcklig bevisning för det underlag som låg till grund för kärandens framförda försäljningsantaganden.¹¹⁶

Vilka slutsatser kan dras utifrån domen? I domen förlitade sig HD på grundläggande principer om skada och skadestånd. Det kan vara problematiskt, eftersom immaterialrätten, som nämnts i avsnitt 2.1.1, till viss del skiljer sig från andra rättsområden. Rekvisiten i skadeståndsbestämmelserna används som verktyg för att kunna bestämma skadeståndet snarare än som hjälpfaktorer för att avtäckas den faktiska skadan. För att se till den faktiska skadan i det enskilda fallet krävs, som ovan nämnts, andra metoder än enbart skadeståndsrättsliga principer. HD påpekade i domen att, enligt bestämmelserna för ersättning vid varumärkesintrång får hänsyn även tas till omständigheter som inte har relevans enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer såsom utebliven vinst, vinst som den som har begått intrånget har gjort, skada på varukännetecknets anseende, ideell skada och rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås.¹¹⁷

Något av det mest betydelsefulla med Mivitotalmålet är att domen ger betydligt bättre vägledning om bevislätnadsregeln i 35:5 RB än tidigare domar. Här framgår klart att bestämmelsen inte är någon ”ersättningsregel som innebär att domstolen kan uppskatta skadan till ett skäligt belopp om utredningen om den lidna skadan är bristfällig. Den är i stället en bevislätnadsregel som är tillämplig om full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras.”¹¹⁸ Det utesluter inte att en del ytterligare frågor kvarstår. Exempelvis påpekar HD att det ibland kan finnas skäl att lindra det beviskrav som gäller när en skadelidande part har bevissvårigheter gällande den uteblivna vinstens storlek. Samtidigt uttrycker domstolen att det i andra fall kan finnas skäl att strikt tillämpa 35:5 RB.¹¹⁹ Tyvärr förklarade HD endast ytterst kortfattat när vilken av dessa regler ska gälla.

¹¹⁶ Mål nr T 230-15.

¹¹⁷ Mål nr T 230-15 p. 24–25 s. 10–11.

¹¹⁸ Mål nr T 230-15 p. 53 s. 21.

¹¹⁹ Mål nr T 230-15 p. 52 s. 21.

4.4 *Lärdomar från praxis.* Efter att ha studerat de ovan refererade rättsfallen kan konstateras att kravet på ett välgrundat yrkande från kärke part är avgörande för att överhuvudtaget vinna framgång i en tvist rörande ersättning för liden skada. Efter genomgången av Mivitotalmålet förstärks det intrycket, samtidigt som behovet av att lindra beviskravet vid svårigheter att lämna en fullständig dokumentation kommer i förgrunden.

Mot den bakgrunden finner jag det särskilt intressant att se hur domstolen bedömer olika yrkanden av liden skada. Svenska domstolar har under lång tid anklagats för försiktighet vid utdömmande av skadestånd när 35:5 RB har tillämpats.¹²⁰ Det kan tyckas att de berörda rättsfallen ovan även pekar i en sådan riktning. I Formsprutan (NJA 2005 s. 180) påpekade HD att försiktighet bör tillämpas. Ändå har domstolen, utan någon som helst bevisning om liden skada, medgett 10 000 kronor i (allmänt) skadestånd. Det kan tyckas generöst.¹²¹ Domstolen konstaterade att Formsprutan "förmodligen" lidit en skada, men stöd för skadans storlek saknades helt. Domstolen tydliggjorde att 35:5 RB inte ska användas för att en kärke part ska ha möjlighet att spara arbete. Motsvarande har också utvecklats i Mivitotalmålet. 35:5 RB är såsom tidigare nämnts endast en bevislätnadsregel i de fall käreanden presterat en så bra bevisning som möjligen kan ske i det enskilda fallet.

Det som däremot kan ifrågasättas är domstolens olika sätt att komma fram till de utdömda beloppen i de skilda avgörandena. I Mivitotalmålet finns en tydlig beräkningstabell för skadan. I Formsprutan saknas en begriplig motivering. Sammantaget blir det svårt att förstå domstolens bedömning av skadans storlek i de olika målen och den vägledande effekten för rättstillämpningen uteblir i stort.

4.5 *Välgrundade yrkanden i centrum.* Det är tydligt att kärke parts ombud i dessa processer måste kunna prestera ett välgrundat yrkande. Efter att ha studerat flera fall blir min slutsats att kärke part många gånger missar denna viktiga och avgörande insats. Blöjmålet i Marknadsdomstolen är ett bra exempel på motsatsen med skada konkretiserad i försäljningsciffror både före och efter den kampanjen som angavs som orsak till den uppkomna skadan. Det kan påpekas att det ofta krävs stora resurser hos kärke part för att kunna visa på skada, eftersom bevisbördan till en början ligger på denne. Att få fram det material som krävs för att kunna visa på skada kräver ett omfattande arbete med hjälp av flera olika personer, såsom experter, revisorer och sakkunniga, samt marknadsundersökningar.

I Mivitotalmålet ges tydliga exempel på hur kärke skulle ha kunnat gå tillväga för att visa på skada. En slutsats av de berörda fallen sammantagna är att kärke part bör göra allt i sin makt för att visa på skada och lägga fram all bevisning som är möjlig för att staga upp sin yrkade skada. Har käreanden framgång med detta går bevisbördan över på svaranden (se vidare nedan i avsnitt 5.1).

¹²⁰ Levin 2017 s. 579 f.

¹²¹ För motsatt åsikt se Hulth, Lottie-Ann, Kommentarer till Högsta domstolen avgörande den 1 april 2005 (NJA 2005 s. 180) (Formsprutarna v. Merx), NIR 2005 s. 549 ff. Hulth beklagar det låga skadeståndet sett till det preventiva syftet.

5. Några tankar på vägen

Inledningsvis uttalades att många skribenter har dragit slutsatsen att skadestånden är både låga och otillräckliga i Sverige.¹²² Jag har tagit detta till utgångspunkt för min studie och försökt att reda ut de bakomliggande orsakerna till varför det i vissa fall ter sig på det viset, samt om den tesen stämmer. Att lagstiftningen syftar att ge ett fullständigt skydd i teorin är något som de flesta håller med om. Frågan är därför om lagstiftningen fungerar i praktiken och om man som rättshavare kan känna sig trygg med det system och regler som finns idag.

5.1 Bevissvårigheter och bevisbörd. Trots ansträngningar från lagstiftarens sida får rättshavare sällan full ersättning vid ett varumärkesintrång på grund av de bevissvårigheter som finns relaterade till skadeståndsprövningen.¹²³ Dessa är kända sedan lång tid tillbaka.¹²⁴ Frågor om bevisbördan har betydelse i de fall det från rättens sida råder osäkerhet om ett rättsfaktum föreligger utifrån det bevismaterial som lagts fram från båda parter. När det gäller skadeståndsmål är ofta den kritiska frågan om svaranden verkligen orsakat den skada som käranden kräver ersättning för.¹²⁵

Innebörden av bevisbörderegeln är att domstolen inte får grunda en dom på ett åberopat rättsfaktum om inte den part som har bevisbördan lyckats bevisa detta. En part som inte fullgör sin bevisbörd förlorar därmed ofta målet. Skulle en part lyckas lägga fram tillräcklig bevisning i ett rättsfaktum flyttas bevispunkten, så att motpart har att motbevisa vad som lagts fram från andra sidan.¹²⁶

I skadeståndsmål är det i huvudsak den skadelidande som har bevisbördan för den uppkomna skadan och, i varumärkesmål, även för licensavgiftens storlek när skäligen ersättning ska bestämmas.¹²⁷ Att det faller på den skadelidande att i största möjliga mån visa skadans omfattning bekräftas tydligt i Mivitotalmålet. En intressant fråga blir vad denna regel om bevisbördans placering innebär i praktiken och om ett sådant synsätt alltid är korrekt. Borgenhäll har skrivit om förhållandena och tar upp allmänna processrättsliga regler om bevisbörderegler och deras teorier.¹²⁸

Den så kallade bevissäkringsteorin som är utgångspunkten i den moderna bevisteoribildningen, är intressant i sammanhanget.¹²⁹ Den tar sikte på följande aspekter:

”– Den som har den skadande egendomen i sin besittning har bäst förutsättningar för att föra bevisning.

¹²² Se t.ex. Alin/Larson s. 69.

¹²³ Se Prop. 1993/94: 122 s. 53 samt Kur Annette, Levin Marianne (red), Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System. Proposals for reform of TRIPs, Edward Elgar, 2011 s. 112 f.

¹²⁴ Se t.ex. SOU 1958:10 s. 333.

¹²⁵ Ekelöf Per Olof, Edenstam Henrik, Pauli Mikael, Rättegång femte häftet, 8 uppl., Nordstedts Juridik AB, Visby, 2011 [cit. Ekelöf V] s. 78.

¹²⁶ Ekelöf V s. 79.

¹²⁷ Prop. 1993/94: 122 s. 51 f.; Hellner/Radetzki s. 141; Ekelöf V s. 118.

¹²⁸ Borgenhäll Festskrift s. 149 f.

¹²⁹ Borgenhäll Festskrift s. 150.

- Den som har bäst kontroll över händelseförloppet eller verksamheten anses ha bäst förutsättningar att föra bevisning.
- Den som har bäst kunskaper och resurser att lättast säkra bevisning får bevisbördan.”¹³⁰

Utifrån dessa aspekter är det inte helt självklart att bevisbördans placering i skadeståndsmål som rör varumärkesintrång i alla delar alltid bör hamna på den skadelidande.¹³¹ Men än så länge tycks det inte finnas något avgörande som tar fasta på denna teori.

Bevissvårigheter hänför sig både till omfattningen av förlusten och till det orsakssamband som krävs mellan den faktiska förlusten, t.ex. en utebliven försäljning, och intrånget.¹³² Det är ofta svårt, kostsamt och tidskrävande att få tillgång till de uppgifter som behövs för att överhuvudtaget kunna styrka en skadas omfattning. Det normala är att den skadevällande parten är den som kan visa på en tillräcklig utredning om eventuellt ökad omsättning och vinst vid ett otillbörligt utnyttjande av ett varumärke. Därför är som nämnts ovan i avsnitt 4.1.3 oftast den metod som tar hänsyn till otillbörligt förtjänad vinst användbar som en spegling av den lidna skadan.

Bevisbörderegeln är densamma för alla tvister som avser ersättning för skada. Problemet i immaterialrättsmål och inte minst varumärkesmål är, att det nästan alltid handlar om en marknadsskada som är av hypotetisk karaktär. Att en marknadsskada är svår att visa har konstaterats ett flertal gånger. Det är också svårt att visa på orsakssambandet mellan skadan och intrånget. Varumärkesskador kan ske dagligen och över tid. Det gäller att lyckas visa att just det aktuella intrånget förorsakat den påstådda skadan.

Mönsterskyddsutredningen¹³³ föreslog därför redan år 2001 att lagstiftningen borde kompletteras med en regel som tog sikte på kärnproblemet, nämligen den svårighet som föreligger för rättshavaren att bevisa skada. I utredningen föreslås även en omvänd bevisbörda i vissa fall.¹³⁴ Det föreslås att den skada som orsakats av en viss nedgång i försäljningen ska ha den omfattning som kärke part påstår om den kan anses skälig och inträngaren inte påvisar motsatsen. Motsvarande regel föreslås också när uppskattning av inträngarens vinst ska göras. Denna bevislättning skulle enligt min uppfattning vara önskvärd vad gäller immaterialrättsmål. Inte minst vad gäller de enorma kostnader och den tid det tar för kärke part att ta fram alla dessa uppgifter med hjälp av olika experter och revisorer. En sådan presumptionsregel skulle innebära att inträngaren blir tvungen att lägga fram en utredning och även visa sin försäljning och vinst för att undgå att betala det skäliga belopp som yrkats av kärke.

Det skulle enligt min mening skapa en bättre balanserad bevisbörda med högre krav på bevisning från inträngaren i ett tidigare skede i processen. Detta skulle även kunna ha en positiv inverkan på rättegångskostnaderna som ska beskrivas

¹³⁰ Borgenhäll Festskrift s. 151.

¹³¹ Till samma slutsats kommer Borgenhäll i Festskrift s. 151.

¹³² Se NJA 1981 s. 622 och NJA 1982 s. 421.

¹³³ SOU 2001:68.

¹³⁴ SOU 2001:68 s. 136 ff.

ytterligare nedan. Samma synsätt kan även bevissäkringsteorin som diskuterats ovan ge stöd för då inträngaren ofta har bäst kontroll över händelseförloppet och har därmed bäst förutsättningar att föra bevisning.

Kärandens beviskrav. HD har konstaterat att det bör vara tillräckligt att den skadelidandes påstående i sig är sannolikt utifrån omständigheterna samt att det i påståendet framstår som mer sannolikt än svarandens åberopade skadeorsak för att beviskravet för orsakssambandet ska ses som uppfyllt från kärandes sida.¹³⁵ Som tidigare redogjorts för, påpekade Marknadsdomstolen i Blöjmålet att det är svårt för den skadelidande att visa ett exakt orsaksförlopp. Därför ansåg domstolens majoritet att om en visad orsak förefaller mer sannolik än en motbevisad, får beviskravet anses tillfredsställt. Som noterades i avsnitt 4.3, yrkade inte den skadelidande parten i Blöjmålet ersättningen för hela den lidna skadan utan endast för två tredjedelar. Metoden fungerade på majoriteten i Marknadsdomstolen, men det kan ifrågasättas om detta för framtiden är en metod att rekommendera. Anledningen till att den är användbar är att det föreligger en svårighet för skadelidande att visa skada och yrkar man som kärande part då endast en del av skadan kan domstolens förtroende öka. Problemet är enligt min mening att den reparativa funktionen som är en av skadeståndsrättens viktigaste funktion fallerar. Därför menar jag att det krävs förändringar avseende bevisbördan.

Det kan påpekas att det räcker att visa risk för skada vid varumärkesintrång. Annars hade det varit ännu svårare att få framgång med goodwillskador, eftersom sådana skador i många fall uppkommer i ett senare skede. En fråga som man kan ställa sig är *var* skadan finns. Beträffande goodwillskador och skada på ett varumärke anseende finns skadan i konsumenternas egna föreställningar. I sådana fall är det förstaeligt att det inte är möjligt att föra en hundra procentig bevisning. Käranden måste finna en väg eller metod som på ett tillräckligt klart och tydligt sätt kan visa på den uppkomna skadan då bevislätnadsregeln i 35:5 RB, som tydligt framgår i Mivitotalmålet, inte är en bevislätnadsregel vad avser förekomsten av skada utan är till för att domstolen ska kunna uppskatta en skada utifrån det material som rimligen kunnat läggas fram från kärande part.

Det är givetvis en grundförutsättning för ersättning att skada faktiskt har uppkommit. Som redogjorts för ovan under avsnitt 4.3 framgår det av praxis från HD att påstådd skada i samband med immaterialrätt blir ersättningsgill först när denna har kunnat identifieras och omfattningen visats.¹³⁶ En rättshavare ska inte tjäna på att ett intrång skett i ett varumärke som man äger rättigheterna till, genom exempelvis registrering. Det understryks särskilt av att tiden för att kräva ersättning i det industriella rättsskyddet preskriberas efter fem år från kännedom om intrånget.¹³⁷ En konsekvens av detta skulle kunna leda till att varumärken registreras med förhoppning om att ett intrång ska ske. Från denna synpunkt kan det tyckas självklart att bevisbördan ligger på den skadelidande även vid varumärkesintrång.

¹³⁵ SOU 2001:68 s. 136 f.; NJA 1981 s. 622.

¹³⁶ NJA 2005 s. 180 (Formsprutarna).

¹³⁷ 8 kap. 6 § VmL.

5.2 *Rättegångskostnader*. En betydande och högst väsentlig fråga i tvistemål är vem av parterna som ska stå för rättegångskostnaderna. Detta gäller inte minst vid immaterialrättsliga tvister. De ersättningsgilla utgifterna, dvs. rättegångskostnaderna, regleras i 18:8 RB. Den utgift som i denna artikel är av betydelse är kostnaden för att ta fram bevisningen. Det kan exempelvis handla om att använda sig av sakkunniga, revisorer och experter. Sådant hör i många fall till de största kostnaderna i immaterialrättsmål. Frågan är därför vem som slutligen ska stå för dessa kostnader.

Det finns idag inom rättskipningen i stort sett två olika lösningar på vem som ska stå för rättegångskostnaderna. Den ena lösningen är att man låter *den tappande parten svara för samtliga rättegångskostnader* i målet eller så används en *kvittning*. Innebörden av kvittning är att vardera part ska stå sina egna rättegångskostnader. I det förstnämnda alternativet får den förlorade parten stå både sin egen och motpartens rättegångskostnad.¹³⁸ Huvudprincipen i tvistemål är enligt 18:1 RB att den tappande parten ska bära den vinnande partens kostnad i målet. Rättegångskostnaderna fyller på samma sätt som det civilrättsliga skadeståndet en reparativ funktion. När ett mål ogillas fyller kändens ansvar för svarandens rättegångskostnader nästintill samma funktion som skyldigheten för skadegöraren att ersätta den uppkomna skadan.¹³⁹

Ett problem är att man som part i många fall inte vet utgången i ett mål. Rättsläget kan vara svårt att bedöma. I immaterialrättsmål är det ofta bevisreglerna som utgör svårigheten, eftersom utgången i målet ofta hänger på bevisningen och inte endast på bedömningen av rättsfrågan i sig. I dessa fall är en möjlighet för parterna att träffa en förlikning.¹⁴⁰ En fördel är att kostnadsregeln i 18:1 RB aldrig kommer att bli aktuell, dvs. risken att behöva stå för samtliga rättegångskostnader bortfaller. I en förlikning kan rättegångskostnaderna antingen kvittas eller förhandlas fram genom avtal.¹⁴¹ Av denna anledning är praxis på området begränsad, eftersom många parter väljer att förlikas på grund av att rättegångskostnaderna ofta är så stora samt då osäkerhet råder om utgången i målet.

Ett praktiskt problem i arbetslivet som ombud är att man som känd part yrkar på låga belopp, eftersom man inte vill riskera att behöva stå för hela eller delar av rättegångskostnaderna. Yrkar en part på för högt belopp och sedan inte kan visa på en skada som motsvarar beloppet ses man oftast som förlorande part trots att man har rätt i sak. Detta leder till att man får stå sina egna rättegångskostnader.

I varumärkesmål stiger ofta rättegångskostnaderna till ett betydande belopp. Det är inte ovanligt att rättegångskostnaderna hamnar långt över det yrkade skadeståndet. I EU-kommissionens utredning framkom att rättshavarna klagat på skadeståndets storlek vid intrång. Enligt dem täcker ersättningen i många fall inte ens rättegångskostnaderna och kompenserar därmed inte för den faktiska

¹³⁸ Ekelöf Per Olof, Bylund Torleif, Edenstam Henrik, *Rättegång tredje häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik AB, Visby, 2006 [Ekelöf III] s. 280.

¹³⁹ Ekelöf III s. 281.

¹⁴⁰ Ekelöf V s. 21 f. och s. 64.

¹⁴¹ Ekelöf III s. 282.

skada intrånget orsakat.¹⁴² Sådana problem kan leda till att en rättshavare inte tycker att det är värt att ge sig in i en tvist när ett intrång uppmärksammas. Det gynnar enbart inträngaren. Eftersom det i Sverige är en huvudregel att den förlorande parten står för rättegångskostnaderna kan man som kärke part vid framgång slippa rättegångskostnaderna och detta problem behöver därmed inte uppstå i Sverige. Men det bör emellertid poängteras igen att det finns risk för kvittning och behöver man stå för sina rättegångskostnader är risken även här att rättegångskostnaderna överstiger skadeståndet.

Som tidigare påpekats kan rättegångskostnaderna i den senaste HD-domen ifrågasättas. Kärke part yrkade på nästan 30 miljoner kronor medan skadeståndet fastställdes av HD till två miljoner kronor. Trots detta fick båda parter stå för sina egna rättegångskostnader, en kvittning. Det är enligt min mening ett märkligt utfall. Under normala omständigheter borde kärke stått för sina egna rättegångskostnader, eftersom de kunde ses som förlorande part i förhållande till det höga yrkade ersättningsbeloppet. Jag kan även tycka att de borde fått stå för åtminstone en del av motpartens kostnader, eftersom den ersättning som till slut utgick var långt under en tredjedel av beloppet.

HD förklarade utfallet genom att kärke part varit framgångsrik i den del som handlade om krav på skadebegränsande åtgärder. Genom domslutet kommer parter än mindre kunna förutspå rättegångskostnadernas fördelning i mål om skadeståndsberäkning. Det är enligt min mening beklagligt. Som ombud blir det nästintill omöjligt att göra en riskbedömning för sin klient. Det riskerar att i många fall leda till antingen att rättshavarna bedömer att det inte lönar sig att stämma inträngaren, eller att parterna efter en stämning förlikas och får ut en betydligt lägre ersättning än skadans verkliga storlek. En sådan utveckling är enligt min mening inte bra vare sig för skadeståndets reparativa eller för dess preventiva funktion. Området skulle behöva mer vägledande praxis. I ljuset av de få fall som finns, riskerar ett avgörande som Mivitotalmålet i stället påverka utvecklingen negativt, dvs. spä på avsaknaden av praxis på området.

5.3 Preventiva respektive reparativa funktionen – inte tillräckligt avskräckande. En viktig fråga att ställa sig är vad skadeståndsrätten i kommersiella mål egentligen handlar om. Det handlar enligt min mening inte bara om reparation utan lika mycket om att normativt sätta ner foten. De här målen är ofta känslomässigt laddade. Här spelar moraliska frågor in och det uppstår önskemål om att intrång inte ska få passera ostraffat.

Intrång begås dagligen och piratindustrin växer och det är därför desto viktigare att det aldrig får löna sig att begå intrång. Därav är det av stor vikt att det finns fungerande sanktioner på området. Detta har som ovan nämnts även EU-kommissionen uttalat i sin senaste utredning. Sanktionerna är viktiga inte minst för att den skadelidande ska kunna begränsa eventuella skador genom intrånget, men även för att få fram underlag och information om ett begånget intrång. Dock

¹⁴² Se http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_grow_009_modernising_ipr_enforcement_en.pdf.

är det av stor vikt att skadeståndssanktionen vid varumärkesintrång uppfyller de grundläggande funktionerna i den allmänna skadeståndsrätten – den reparativa samt den preventiva funktionen.

Enligt min mening hör dessa principer i stor utsträckning samman. Om den skadelidande inte får ersättning fullt ut för liden skada – den reparativa funktionen – kommer inte presumtiva inträngare att känna oro för att begå intrång. Det leder till att den preventiva funktionen går förlorad. På ett likande sätt kan en fungerande reparativ funktion i större utsträckning skrämja framtida inträngsgörare och därmed stödja den preventiva funktionen. Med detta sagt är det tydligt att den reparativa funktionen vid varumärkesintrång måste fungera. I artikeln har det tydligt framkommit att det är svårt för den skadelidande att visa på liden skada och därmed få full ersättning. Den reparativa funktionen blir långt ifrån alltid uppfylld i varumärkesintrångsmål. Därför kan det finnas anledning att slutligen reflektera över vilka förändringar av gällande rätt som inom de givna målsättningarna kunde stärka skadeståndets preventiva funktion på immaterialrättsområdet.

De lege ferenda. För en preventiv verkan har straffliknande skadestånd ibland förespråkats, exempelvis av Engström med en Common Law-bakgrund.¹⁴³ Det är helt klart att straffskadestånd strider mot nordiska och europeiska allmänna skadeståndsrättsliga principer om full ersättning till det negativa kontraktsintresset; ersättning ska inte utgå till vare sig högre eller lägre belopp än den faktiska skadan. Skäl 26 i ingressen till sanktionsdirektivet uttalar att direktivet inte har som syfte att införa straffliknande skadestånd inom EU. Det motsägs inte av att artikel 2.1 i direktivet ger medlemsstaterna rätt att införa mer långtgående sanktioner om det kan gynna rättshavarna. Problemet tas upp i Engströms artikel, som sammanfattningsvis för fram att ett straffliknande skadestånd i form av en dubbel licensavgift skulle kunna vara ett komplement till det rent reparativa skadeståndet för att uppnå en avskräckande effekt på potentiella inträngsgörare. Det bör emellertid poängteras att sanktionsdirektivet är ett minimidirektiv. Inget hindrar således rättsliga myndigheter att döma ut mer än liden skada. Anledningen till detta är just att det aldrig ska löna sig att begå intrång, något som även har understrukits av HD.¹⁴⁴ Ett sådant tankesätt ska enligt EU-domstolen inte ses som ett straffskadestånd.¹⁴⁵

Efter att ha läst och reflekterat över Engströms artikel i Juridisk publikation har tanken slagit mig att en jämförelse skulle kunna göras med diskrimineringsersättningen. I förarbetena till diskrimineringslagen framgår att bedömningen av ersättningen ska göras utifrån det allmänna intresset av att diskriminering inte förekommer. Det förtydligas även att beloppen ska vara så pass höga att påföljden effektivt verkar preventivt.¹⁴⁶ Ersättningen ska även beräknas med utgångspunkt i allvaret av lagöverträdelsen. Man ska se till art och omfattning och till omstän-

¹⁴³ Se Engström, Amanda, Full ersättning vid patentintrång – vinst eller förlust?, Juridisk publikation, nummer 1/2016.

¹⁴⁴ Se NJA 2005 s. 180 (Formsprutarna).

¹⁴⁵ Jfr EU-domstolen i mål C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36.

¹⁴⁶ Prop. 2007/08:95 s. 554.

digheterna i det enskilda fallet.¹⁴⁷ Diskrimineringsersättningen benämns inte som skadestånd, men vad gäller de skadeståndsrättsliga funktionerna är det enligt min mening ingen större skillnad. Att en kränkning ska verka både reparativt och preventivt framgår tydligt ur förarbetena till diskrimineringslagen.

Faktum att ersättningen i dessa fall får överskrida skadan visar att det för skadeståndsrättarna inte är ett helt främmande synsätt enligt svensk rätt. I beräkningsmetoden vid diskriminering har man som utgångspunkt att dubbla skadan för kränkning. Skulle detta kunna vara något som i framtiden kunde vara användningsbart även inom immaterialrätten? Artikeln i Juridisk publikation förespråkar just en dubbel licensavgift och diskrimineringsersättningen är enligt min mening inne på samma tankegång. Ett införande av en sanktion av straffliknande art inom civilrätten skulle dock vara långt ifrån problemfritt. Det skulle som ovan nämnts strida mot de grundläggande skadeståndsrättsliga principerna, och även mot den mest grundläggande straffrättsliga principen, legalitetsprincipen. Därför skulle det krävas tydlig lagstiftning på området på samma vis som det i dag finns gällande diskrimineringsersättning.

Tanken på att införa ett skadestånd som har denna karaktär skulle varit orsakad av samma anledning som framhålls i förarbetena till diskrimineringslagen – att beloppen som döms ut vid intrång är så pass höga att den preventiva funktionen effektivt främjas och därmed avskräcker presumtiva intrångsgörare.

5.4 Patent- och marknadsdomstolarna. EU-kommissionen har i sin utredning uttalat att specialdomstolar på immaterialrättsens område är en positiv utveckling. Det är en uppfattning som jag delar avseende inte minst denna artikels problem och tes. De nya patent- och marknadsdomstolarna har byggts upp med domare som har särskild kompetens på det aktuella rättsområdet.¹⁴⁸ Det är en trolig utveckling att en tydligare praxis kommer att växa fram när alla mål bedöms av mer erfarna specialiserade domare.¹⁴⁹ Även om det faller utanför ramen för denna artikel så kan tilläggas att den framtida prejudikatbildningen på området gestaltas av två instanser samt med endast en hiss och ventil upp till HD. Det är dock troligt att skadeståndsprinciper förblir en sådan allmän förmögenhetsrättslig fråga, som HD kan komma att utveckla även i framtiden. Det blir en intressant utveckling att följa, inte minst då det idag finns tendenser till mer generösa immaterialrättsliga skadestånd i den pan-europeiska miljön. Det är en utveckling som de nya domstolarna med sin specialistkompetens kan antas föra vidare och främja.

5.5 Avslutande kommentarer. Ett intrång är som framkommit i avsnitt 1 en fråga om skada på någon av varumärkets funktioner. De ersättningsgilla skadorna vid ett varumärkesintrång tar antingen sikte på de ekonomiska skadorna eller på en marknadsskada. Om man som kalande part når framgång med att visa på någon av dessa skador märker man snart att domstolarna idag är mer generösa vad gäller

¹⁴⁷ Prop. 2007/08:95 s. 553 f.

¹⁴⁸ Prop. 2015/16:57 s. 159.

¹⁴⁹ Specialdomstolarna möjliggör även att de domare som arbetar där kan fördjupa sig ytterligare i sina aktuella områden och få den spetskompetens som krävs i många immaterialrättsliga tvister.

skadeståndet i immaterialrättsmål. Ändå är de skadestånd som döms ut enligt min uppfattning inte särskilt höga sett till den skada som i flera av de nämnda målen kan tänkas ha uppkommit. Ett försämrat anseende i ett varumärke kan som sagt kanske aldrig återställas. Det är enligt allmänna skadeståndsregler viktigt att skadestånd inte döms ut till ett högre belopp än den uppkomna skadan, men på samma sätt är det av stor vikt att skadeståndet inte döms ut till ett för lågt belopp. Levin påpekar i den senaste upplagan av sin bok att det idag inte finns särskilt mycket att invända mot domstolarnas hantering av skadestånden.¹⁵⁰ Efter en fördjupning på området har jag kommit fram till följande:

- Min tes för artikeln ”att problemet ligger i svårigheten för kärke part att visa skada” är bekräftad efter en utförlig utredning inom området. Ersättningarna ligger således i paritet med vad käreandena lyckas visa, och dessvärre är uppfattningen att skadeståndet inte svarar mot den förlust som sannolikt lidits av den skadelidande parten. Det har visats genom praxisgenomgången ovan i avsnitt 4.3.
- Som har redogjorts för i avsnitt 4 finns det ett antal metoder att tillgå för att som kärke part vinna framgång med att visa skadans storlek. Vilken metod som är mest framgångsrik för kärke part skiljer sig beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan ändå ofta vara positivt att kombinera flera metoder för att öka möjligheten till att få ut ersättning för liden skada. Ett sådant resonemang stöds även av Blöjmålet, ovan i avsnitt 4.3.
- Det är viktigt att domstolen förstår det verkliga värdet i ett varumärke; antingen som i Mivitotalmålet där varumärkets värde enligt min åsikt och som Levin tydligt påpekar i sitt utlåtande var nästintill noll, men även i de fall där det är ett väl inarbetat och etablerat varumärke. Beräkning av skada blir ofta en kontrafaktisk analys. Det är viktigt att försöka se verkligheten så som den är, varken mer eller mindre. Ofta handlar det om en hypotetisk händelseutveckling, som är extremt svår för båda parter att visa – och för domstolen att fastställa. Ett varumärkes verkliga värde bör få större påverkan på domstolen.
- Bevisbördan är tung för den skadelidande. Därför ska den part som har gott underlag för sin skada inte behöva känna oro för att domstolen är alltför försiktig i sin bedömning av skadans storlek. Jag anser att detta är av stor vikt då rättegångskostnaderna i denna typ av tvister ofta blir höga. Den moderna bevissäkringsteorin öppnar för argumentation angående bevisbördans placering vid skadeståndsmål avseende varumärkesintrång.
- Jag skulle gärna se en uppräknig vid skadeståndsbedömningen. Det behövs generösa skadestånd för att både den reparativa- och den preventiva funktionen ska fungera inom immaterialrätten. För ett sådant resonemang finns även stöd i EU-kommissionens utredning av sanktionsdirektivet. Som nämns i avsnitt 4.1.3 påpekar EU-kommissionen att det inte skadar om skadestånden blir för höga. Resonemanget kan tyckas likna straffskadestånd, men som diskuterats i avsnitt 4.1.3 samt i avsnitt 5.3 ska enligt EU-kommissionen och –domstolen en sådan uppräknig inte likställas med straffskadestånd.

¹⁵⁰ Levin 2017 s. 560.

- I en tid när betydelsen av immateriella tillgångar hela tiden ökar kan det vara nödvändigt med någon form av lagändring av svensk rätt. Jag har tagit upp en del *de lege ferenda*-resonemang ovan i avsnitt 5.3 som kan vara värda att beakta. Dit hör en ytterligare bevislätnad i något hänseende.

Min förhoppning är att den nya specialdomstolen på immaterialrättens område för med sig en djupare kunskap om ett varumärkes verkliga värde och en bredare förståelse för varumärkets funktioner. Förhoppningsvis blir också praxis tydligare genom de nya specialdomstolarna.

Sammanfattningsvis framgår det tydligt av artikeln att domstolen kräver ett tillräckligt underlag för att kunna göra en prövning och en skälighetsbedömning. Det ställer givetvis höga krav på ett välgrundat yrkande liksom på parternas bevisning och argumentation. Det beror alltså på parterna vad ersättningen slutligen kommer att bestämmas till. Jag kan visserligen instämma i att de skadeståndsregler som finns idag inte utgör hinder för en rättshavare att få full ersättning för liden skada vid varumärkesintrång, men bevissvårigheterna kvarstår. De leder i sin tur till fortsatt relativt låga skadestånd vid varumärkesintrång, som kan möjliggöra att intrång i vissa fall lönar sig. Det är inte i samhällets intresse.