

Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

AMANDA ENGSTRÖM

Full ersättning vid patentintrång – vinst eller förlust?

Särtryck ur häfte 1/2016

FULL ERSÄTTNING VID PATENTINTRÅNG – VINST ELLER FÖRLUST?

Av Amanda Engström¹

Utgångspunkten i svensk skadeståndsrätt är att skadestånd utgår i reparatoriskt syfte som kompensation för den skada som orsakats av det rättsstridiga handlandet, inte mer. Kritik har länge framförts mot de låga skadestånd som utdömts vid konstaterade patenträttsliga intrång. Med anledning av juridiska reformer under de senaste decennierna kan patenthavare i större utsträckning än tidigare erhålla full ersättning för liden skada. Även om utdömda skadestånd på senare tid har uppgått till större belopp så kvarstår ett problem; intrångsgörare som genom intrång erhåller en vinst som överstiger patenthavarens skada kan tjäna på att begå intrång. Eftersom skadeståndsberäkningen görs utifrån patenthavarens ekonomiska situation innebär det att reglernas utformning inte i tillräcklig utsträckning avskräcker potentiella intrångsgörare från att ägna sig åt rättsstridig verksamhet och kan i vissa situationer bidra till att skapa ett ekonomiskt incitament att begå intrång. Två potentiella lösningar till denna problematik är att införa straffliknande skadestånd eller vinstberäknat skadestånd i svensk patenträtt. Dessa skadeståndsregler tar sikte på att intrångsgörare inte ska kunna göra sig en förtjänst genom intrång. Denna artikel syftar till att illustrera varför vinstberäknat skadestånd utgör en lämplig alternativ skadeståndsgrund till skälig och ytterligare ersättning enligt 58 § patentlagen (1967:837) (PL) och skulle medföra att de svenska bestämmelserna ges tillräcklig preventiv verkan.

I. PATENTSKYDDETS OCH SKADESTÅNDETS FUNKTIONER

Patentskydd ger patenthavaren en exklusiv rätt till den patenterade uppfinningen under en begränsad tid, i Sverige under en tjuugoårsperiod från ansökningsdagen.² Ensamrätten till utnyttjande av patent är ägnat att vara ett incitament till att skapa och omsätta uppfinningen på marknaden.³ Beviljande av patent medför att innehavaren måste offentliggöra information om uppfinningen så att andra kan ta del av den.⁴ På så sätt sprids den tekniska lösningen och kommer till nytta för konsumenterna och samhället i stort. Vidare ligger det i patenthavarens intresse att den som bäst kan kommersialisera uppfinningen ska kunna erbjudas licensavtal, vilket bidrar till ytterligare spridning.

¹ Jur. kand., LLB och associate på Roschier Advokatbyrå AB. Artikeln bygger på delar av mitt examensarbete *Full ersättning vid patentintrång – vinst eller förlust?*, Stockholms universitet 2015.

² 40 § PL.

³ 3 § PL.

⁴ 22 § PL.

Effektiva sanktioner mot intrångsgörare är nödvändigt för att upprätthålla patentets värde. Patent kan utgöra en viktig resurs för företag och är ibland den huvudsakliga tillgången, främst inom företag som sysslar med industriproduktion.⁵ Kostnader förenade med att ta fram en ny uppfinning samt produktion och introduktion av uppfinningen på marknaden medför att det är angeläget att patenthavaren erhåller ersättning för sina ansträngningar. Om så inte sker finns en risk att intresset för att investera i sådan verksamhet minskar. Ekonomin är idag till allt större del kunskapsbaserad, vilket fått till följd att skyddet för immateriella rättigheter har blivit allt viktigare.⁶ Det anses därför vara av stor samhällsekonomisk betydelse att patent ges ett effektivt skydd och att intrångsmöjligheter motverkas.⁷

Utomobligatoriskt skadestånd är ett betydelsefullt, om inte det främsta, rättsmedlet vid immaterialrättsliga intrång. Utgångspunkten är att ersättningen ska motsvara den skada som patenthavaren orsakats av intrånget. Tanken är att den skadelidande ska försättas i samma situation som om intrånget inte hade skett; detta benämns som skadeståndets reparativa funktion.⁸ Ersättningen syftar till att motverka att faktiska och potentiella intrångsgörare genomför eller fortsätter att begå intrång, både i det aktuella fallet och mer generellt.⁹

2. SKÄLIG ERSÄTTNING OCH YTTERLIGARE ERSÄTTNING

Vid konstaterat intrång ska intrångsgöraren betala skälig ersättning för det otillbörliga utnyttjandet av uppfinningen, vilket regelmässigt utgår i form av den royalty som skulle ha erhållits om en licens hade upplåtits.¹⁰ Syftet bakom denna ersättningsgrund är att intrångsgöraren inte ska kunna undgå betalnings-skyldighet på grund av bevisvärigheter, och hamna i en ekonomiskt mer fördelaktig position än om ett frivilligt licensavtal hade ingåtts med patenthavaren.¹¹ Ersättningen bör fastställas till en nivå som anses ekonomiskt lönsam och marknadsmässigt fördelaktig både för intrångsgöraren och för patenthavaren. Vid en frivillig överenskommelse om licensavtal är det exempelvis inte troligt att licensavgiften skulle baseras på vare sig licenstagarens vinst eller patenthavarens uteblivna vinst.¹²

5 Hellberg, Jonas, *Skadestånd vid patentintrång*, Jure Förlag AB, 2014 [cit. Hellberg], s. 19.

6 SOU 2006:80 s. 110.

7 SOU 2006:80 s. 130 ff.

8 Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 8 u., Norstedts Juridik AB, 2010 [cit. Hellner/Radetzki], s. 39.

9 Hellner/Radetzki, s. 42 ff.

10 58 § PL. Se även Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, uppdaterad digital version, 2015 [cit. Levin], s. 416 ff.

11 Levin, Marianne, *Litteratur*, NIR 3/2006, s. 261.

12 Licensavgiften är vanligtvis omsättningsbaserad, men en sådan royalty uppgår endast till en

Utöver rätten till skäligen ersättning har patenthavaren rätt till ersättning för den ytterligare skada som intrånget har orsakat.¹³ Det totala skadeståndet får emellertid inte innebära att patenthavaren erhåller dubbel kompensation, dvs. både i form av en tänkt licensavgift och ytterligare ersättning om det avser samma skada. Den del av den ytterligare ersättningen som redan täcks av den skäliga ersättningen måste därmed jämkas med motsvarande belopp, förutsatt att den ytterligare ersättningen är större.¹⁴ Skadeståndet är såsom ovan nämnts reparativt till sin funktion och utgår därför endast som kompensation för liden skada, inte i bestraffande syfte.¹⁵

De patenträttsliga skadestandsreglernas utformning är ett resultat av ett flertal lagstiftningsärenden i syfte att stärka patenthavarnas rättighetsskydd och skapa effektiva rättsmedel mot intrång.¹⁶ Bl.a. ledde genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (Sanktionsdirektivet) till ett förtydligande av vissa exemplifierande faktorer som ska beaktas vid beräkningen av den ytterligare ersättningen, och i 58 § första stycket PL anges numera följande:

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör patentintrång ska betala skälig ersättning för utnyttjandet av uppfinningen samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. När ersättningens storlek bestäms ska hänsyn särskilt tas till

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

De uppräknade omständigheterna kan ses som en utökning av skadeståndets omfattning, som kunde tillerkänna patenthavaren en rätt till ersättning utöver

del av vinsten eftersom det inte skulle vara av ekonomiskt intresse för licenstagaren att den uppgår till hela vinsten.

13 58 § PL.

14 Lundgren, Ragnar, *Lönar sig patentintrång?*, NIR 1/1994 [cit. Lundgren], s. 68 f. och Förnell, Petra & Jilmstad, Jenny, *Immaterialrättsliga skadestånd. Patent och upphovsrätt*, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, nr 93, Jure Förlag AB, 1997 [cit. Förnell/Jilmstad], s. 30.

15 Prop. 2008/09:67 s. 230.

16 Se exempelvis NU 1963:6; prop. 1985/86:86 och prop. 1993/94:122.

skadan som orsakats av intrånget. I förarbetena till PL anges emellertid att förändringen inte ska betraktas som en saklig skillnad i förhållande till vad som tidigare gällt vid beräkning av skadestånd, utan endast utgöra ett förtydligande.¹⁷ Varken före eller efter lagändringen ger bestämmelsen patenthavaren rätt till större ersättning än för den faktiska skada som intrånget har medfört, även om omständigheter som inte direkt relaterar till patenthavarens skada ska beaktas, exempelvis intrångsgörarens vinst.¹⁸ Vilken (faktisk eller psykologisk) inverkan dessa omständigheter har på prövningen av ytterligare ersättning är emellertid oklar.¹⁹

3. BEVISSVÅRIGHETER

Det har trots lagstiftarens ansträngningar framförts kritik mot att patenthavare ofta får otillräcklig ersättning vid intrång på grund av de bevissvårigheter som är förknippade med skadeståndsprövningen.²⁰ Det är patenthavaren som har bevisbördan för skadans omfattning, och licensavgiftens storlek när skälig ersättning yrkas.²¹ Ojämna styrkeförhållanden mellan parterna medför inte någon bevislättning.²² När full bevisning om skadan inte alls, eller endast med svårighet kan föras, får rätten emellertid uppskatta skadan till ett skäligt belopp i enlighet med 35 kap. 5 § rättegångsbalken (1942:740) (RB). Regeln har tillkommit i syfte att undvika situationer där intrång konstaterats men där full ersättning för den lidna skadan inte kan utdömas på grund av att patenthavaren inte kan bevisa hela omfånget av skadan.²³ Även om 35 kap. 5 § RB utgör en bevislättningregel, innebär den inte att käranden befrias från att visa förekomsten av skada samt underlag för beräkningen av skadans storlek i den omfattning som är möjlig.²⁴

Utöver bevisning för själva skadan och dess omfattning krävs att kausalitet föreligger mellan intrånget och skadan, samt att intrånget begicks med

17 Prop. 1993/94:122 s. 52.

18 Prop. 2008/09:67 s. 228 ff. och Jacobsson, Måns, Tersmeden, Erik & Törnroth, Lennarth, *Patentlagstiftningen – en kommentar*, Norstedts Juridik AB, 1980 [cit. Jacobsson m.fl.], s. 349.

19 För en mer utförlig diskussion om de nuvarande skadestandsreglernas utformning och huruvida de ger full ersättning vid patentintrång, se Hellberg.

20 Se exempelvis prop. 1985/86:86 s. 30 f., Lundgren, s. 68 och The European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*, 2009 [cit. *Damages in Intellectual Property Rights*], s. 112 f.

21 Prop. 1985/86:86 s. 44.

22 Ibid.

23 Davidsson, Bo, *Skadestånd inom det industriella rättsskyddet*, NIR 2/1979 [cit. Davidsson], s. 139.

24 Jacobsson m.fl., s. 98.

uppsåt eller av oaktsamhet.²⁵ Det subjektiva rekvisitet vållar sällan problem.²⁶ Kausalitet kan däremot vara svårare att visa, särskilt avseende de annat än rent ekonomiska skadorna. Det största bekymret för patenthavare i intrångstvister består i att bevisa skadans existens och framför allt skadans storlek.²⁷ Inom patenträtten blir en bedömning av omfattningen av ekonomiska förluster till stor del beroende av de förväntningar patenthavaren har på utnyttjandet av patentet och huruvida de kommer att förverkligas.²⁸ Det kräver en uppskattning av om dessa förväntningar är berättigade och till vilken del intrånget kan tänkas ha påverkat deras förverkligande. Med andra ord utgör prövningen ofta ett hypotetiskt resonemang kring utebliven vinst snarare än faktisk skada.

Trots kritiken finns det stöd för motsatt uppfattning; exempelvis anser Levin att lagstiftningens nuvarande utformning möjliggör för patenthavare att erhålla full ersättning, och att det numera inte finns ”särskilt mycket att invända mot de svenska domstolarnas hantering av skadestånden”.²⁹ Rätten behöver tillräckligt underlag för att genomföra en prövning, och det ställer krav på parternas bevisning och argumentation vilket därmed blir avgörande för bestämningen av ersättningen. Det är min mening att skadestandsreglernas nuvarande utformning visserligen inte utgör hinder för att patenthavaren ges full ersättning för liden skada till följd av patentintrång, men att bevissvårigheter kvarstår och att avsaknaden av ersättning utöver skadan möjliggör för intrångsgörare att i vissa fall tjäna på att begå intrång.

4. ETT VINSTEXKLUDERANDE SKADEBEGREPP

Även om juridiska reformer och förändringar under de senaste decennierna kan ha underlättat för patenthavare att erhålla full ersättning för liden skada, kvarstår problemet att ett rent reparativt skadestånd inte är tillräckligt avskräckande för intrångsgörare som kalkylerar med en vinst som överstiger patenthavarens skada. Beräkningen av den skäliga ersättningen sker med utgångspunkt i patenthavarens ekonomiska förhållanden och kan resultera i skadeståndsbelopp som betydligt understiger den vinst som intrångsgöraren erhållit. Ett tydligt exempel är läkemedelsindustrin där vinstmarginalerna är mycket stora i förhållande till tillverkningskostnaderna. Detta beror delvis på att patenthavare ska kunna återfå investeringar i forskning och framtagning av den patenterade produkten som kan uppgå till miljardbelopp. Visserligen är royaltynivåerna i branschen relativt höga, men i jämförelse med den vinst

25 58 § PL.

26 Davidsson, s. 118.

27 Davidsson, s. 138. Se även *Damages in Intellectual Property Rights*, s. 112 f.

28 NU 1963:6 s. 335.

29 Levin, s. 416 ff.

som intrångsgörare kan erhålla i kombination med avsaknad av utvecklingskostnader står det klart att ett patenträttsligt skadestånd som enbart tar sikte på patenthavarens skada saknar preventiv verkan i dessa fall. Patenträttens speciella karaktär kräver därför skadeståndsbestämmelser som fråntar intrångsgörare de ekonomiska fördelar som intrång kan innebära, i syfte att åstadkomma ett effektivt rättsskydd.

Syftet bakom 1986 års lagändring, varigenom hänsyn till omständigheter av annat än rent ekonomisk natur infördes, var att tillförsäkra patenthavarna full ersättning för liden skada.³⁰ Det konstaterades att ”skadestånd som domstolarna dömer ut vid patentintrång ger sällan patenthavarna full ersättning för den skada som intrånget har medfört”.³¹ PL har sedan dess kompletterats ytterligare och tillhandahåller i sin nuvarande lydelse de verktyg som behövs för att patenthavare genom god argumentation ska erhålla full kompensation för både ekonomisk och icke ekonomisk skada. Det kan visserligen ifrågasättas om detta är sant för de fall där omständigheterna är mer komplicerade, eftersom betydande bevisvärigheter fortfarande föreligger. Generellt har emellertid utdömda skadestånd under senare år uppgått till mer betydande belopp.³² Trots det kvarstår ett problem som inte kan lösas av sänkta beviskrav. Skadestånd som endast utgår i form av kompensation för konstaterad skada utgör inte ett tillräckligt effektivt sanktionsmedel för att komma till bukt med situationen där intrångsgörare vars vinst överstiger patenthavarens skada kan tjäna på att göra intrång. Det medför en obalans mellan patenthavare och intrångsgörare, även om full ersättning erhålls. Följande fiktiva exempel illustrerar denna problematik:³³

Anta att en grupp forskare har satsat nio miljoner kronor på utveckling av ett nytt läkemedel som de vill omsätta på marknaden genom ett bolag. Innan de registrerat sin produkt hos läkemedelsverket har ett läkemedelsbolag med större resurser fått information om läkemedlet och erhållit registrering för detsamma. Genom goda marknadsföringsmöjligheter har de även hunnit göra en vinst om ca 500 miljoner kronor innan forskargruppen har registrerat produkten. Den hårda konkurrensen leder till dålig ekonomi för forskargruppen, som stämmer läkemedelsbolaget för patentintrång. Enligt nu gällande reglering tilldöms forskarna en skälig royalty på försäljningen, om exempelvis 10 % av intäkterna, vilket innebär att de erhåller

30 Prop. 1985/86:86 s. 30.

31 Ibid.

32 Damages in Intellectual Property Rights, s. 112 f. och Hellberg, s. 368 f.

33 Exemplet är inspirerat av Lundgren, s. 71.

50 miljoner kronor i skäligen ersättning. Givet att de inte haft tillräckliga resurser för marknadsföring skulle forskargruppen förmodligen ha varit tvungna att licensiera ut sin produkt, vilket innebär att de saknar grund för ytterligare ersättning. Efter att avdrag gjorts för läkemedelsbolagets registrerings-, tillverknings- och marknadsföringskostnader om exempelvis 125 miljoner kronor, uppgår vinsten till 316 miljoner kronor, medan forskargruppen endast erhåller 59 miljoner kronor i ersättning med anledning av intrånget.

I grunden handlar det om att lagstiftning i möjligaste mån ska motverka att rättsstridiga handlingar begås; en skadeståndsregel som medför att det kan löna sig att begå patentintrång är därför problematisk. Ett förslag till lösning på denna fråga presenteras i det följande.

5. BEHOVET AV ETT REFORMERAT SKADEBEGREPP INOM PATENTRÄTTEN

I Sanktionsdirektivet föreskrivs att hänsyn ska tas till intrångsgörarens vinst vid beräkning av skadestånd.³⁴ Om det ger utrymme för ersättning utöver själva skadan är en fråga som har tolkats olika i medlemsstaterna.³⁵ Den svenska hållningen är att det inte utvidgar skadeståndets funktion bortom den rent kompensatoriska. I England medges däremot vinstberäknat skadestånd även om vinsten överstiger den skada som patenthavaren lidit till följd av intrånget.³⁶ Likaså i grannlandet Norge, som dock inte är medlem i EU, finns möjlighet till ersättning motsvarande intrångsgörarens vinst.³⁷

I skäl 26 till Sanktionsdirektivet förtydligas att direktivet inte syftar till att införa ett straffliknande skadestånd. Artikel 2.1 medger emellertid att medlemsstaterna inför mer långtgående sanktioner förutsatt att dessa är mer gynnsamma för rättighetshavaren. Detsamma anges i en rapport från kommissionen med en utvärdering av genomförandet och effekterna av Sanktionsdirektivet.³⁸ I rapporten framförs även att skadestånden i nuläget inte verkar avskräcka

34 Artikel 13.1 Sanktionsdirektivet.

35 Se Damages in Intellectual Property Rights och KOM/2010/0779 Rapport från kommissionen till europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén om tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter [cit. KOM/2010], s. 4 f.

36 PA section 61(1)(d).

37 Lov om patenter av den 15 december 1968 nr 9 [cit. Patentloven] 58 §.

38 KOM/2010, s. 5.

potentiella intrångsgörare från att ägna sig åt olaglig verksamhet, särskilt när utdömda skadestånd inte motsvarar intrångsgörarnas vinster.³⁹ Kommissionen öppnar härmed upp för att skadestånd skulle kunna utgå i proportion till intrångsgörarens vinst.

EU-domstolen har mottagit ett antal begäranden om förhandsavgörande och dess avgöranden ger anledning att anta att ersättning motsvarande intrångsgörarens vinst skulle kunna införas enligt direktivet. I *Geistbeck*⁴⁰ angavs att skadan *åtminstone* uppgår till det belopp intrångsgöraren hade fått betala i royalty, vilket indikerar att det finns utrymme för högre skadeståndsbelopp. Under vilka omständigheter ett högre skadestånd skulle kunna utgå specificeras inte i målet. I ett annat mål har den polska överrätten begärt ett förhandsavgörande om huruvida direktivet ger utrymme för ersättning i form av en avgift som uppgår till flera gånger en sedvanlig royalty. Ett avgörande av denna fråga kommer att få direkta konsekvenser för tysk rätt där ersättning i form av en dubbel royalty medges i vissa fall.⁴¹

Skadeståndsnivåerna i Sverige har länge varit föremål för diskussion.⁴² Ett flertal gånger har det framförts att gällande utformning av skadeståndsbestämmelserna leder till alltför låga ersättningar till patenthavarna, som sällan får full kompensation. De förändringar som tillkommit under åren har fokuserats till att tydliggöra vilka faktorer som ska beaktas vid prövningen av själva skadan.⁴³ Skadeståndsreglerna borde istället reformeras och utökas till att omfatta ersättning utöver kompensation för den skada som kan visas.⁴⁴

Två huvudsakliga förslag till förändring diskuteras inom ramen för denna artikel. De är konceptet straffliknande skadestånd, även kallat *punitive damages* eller *exemplary damages*, och ersättning motsvarande den vinst som intrånget har inneburit. Vinstberäknat skadestånd är det alternativ som främst har diskuterats i tidigare lagstiftningsärenden och existerar inom norsk och engelsk rätt.⁴⁵ I det följande presenteras hur liknande konstruktioner skulle kunna utformas i svensk rätt.

39 KOM/2010, s. 8.

40 Mål C-509/10 *Geistbeck*.

41 Mål C-367/15 *Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa*; Brockmeier, Dirk, *Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public*, Mohr Siebeck, 1999, s. 53.

42 Prop. 2008/09:67 s. 234.

43 Prop. 2008/09:67 s. 235.

44 SOU 1942:58 s. 37; NU 1963:6 s. 336 och prop. 1985/86:86 s. 30 ff.

45 Se Patentloven 58 § och Patents Act 1977 [cit. PA] section 61(1)(d).

6. STRAFFLIKLANDE SKADESTÅND

6.1 INTRODUKTION

Straffliknande skadestånd finns inte i svensk rätt och utgör ett främmande koncept i civilrätten i de flesta europeiska länder. På det patenträttsliga området har skadeståndsgrunderna uttryckligt avfärdats i förarbeten.⁴⁶ Där- emot är straffliknande skadestånd mer vanligt förekommande i common law-jurisdiktioner,⁴⁷ men det är i dessa fall inte en bot som tillfaller staten. Det utgör ersättning till patenthavaren som går utöver kompensation för själva skadan i situationer där motpartens handlande har varit särskilt klandervärt. Syftet med denna typ av skadestånd är framför allt att avskräcka från och bestraffa rättsstridigt handlande.⁴⁸ Det kan även ses som ett effektivt medel för att skydda av rättsordningen erkända intressen.

Det finns inget gemensamt tillvägagångssätt för utdömande av straffliknande skadestånd i jurisdiktioner där sådana förekommer. Förhållandena skiljer sig mellan länderna avseende syftet bakom denna typ av ersättning, inom ramen för vilken sorts talan som ersättningen kan komma att aktualiseras, vilka omständigheter som påverkar prövningen samt var gränsen går mellan straffliknande skadestånd och ett omotiverat högt skadestånd.⁴⁹

Straffliknande skadestånd i form av en dubbel licensavgift har diskuterats inom EU och i Sverige. De förslag som lyfts fram redovisas i nästkommande avsnitt. I syfte att exemplifiera hur straffliknande skadestånd tillämpas i praktiken anges även nedan hur ersättningsgrunden har utformats i engelsk rätt, där kallat *exemplary damages*. Därefter följer en diskussion kring de huvudsakliga in- vändningarna som kan framföras mot straffliknande skadestånd och huruvida det straffliknande skadeståndet bör införas i den svenska patenträtten.

6.2 DUBBEL LICENSavgIFT

I kommissionens förslag till det som sedermera blev Sanktionsdirektivet angavs att skadestånd skulle kunna uppgå till två gånger den avgift som skulle ha följt av ett frivilligt licensavtal mellan parterna, eller kompensations- skadestånd där hänsyn tas även till icke ekonomiska faktorer.⁵⁰ Utöver detta

46 Prop. 1993/94:122 s. 52 och prop. 2008/09:67 s. 235.

47 McGregor, Harvey, *McGregor on damages*, 17 ed., Sweet & Maxwell Ltd, 2003, [cit. MgGregor] s. 226–27; Lawson, FH, *Remedies of English law*, 2 ed., Butterworths, 1980, s. 133 och Street, Harry, *Principles of the law of damages*, Sweet & Maxwell, 1962, s. 2829.

48 *Smith v. Wade* 461 U.S. 30, 54 (1983).

49 Se Law Commission for England and Wales, Report No 247, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1997).

50 KOM/2003/0046 Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om åtgärder och

angavs att det i särskilda fall är befogat att utdöma ersättning motsvarande intrångsgörarens vinst i den mån det inte beaktats vid fastställande av det kompensatoriska skadeståndet.⁵¹ Förslaget kan möjligen tolkas som ett försök att introducera straffliknande skadestånd i Europa, men formuleringen togs inte med i den slutliga utformningen av Sanktionsdirektivet. I nuvarande artikel 13 anges däremot att bland annat intrångsgörarens vinst ska beaktas vid fastställande av skadestånd. Om det ska tolkas som att vinsten kan tillräknas patenthavaren även om den överstiger skadan, eller om ersättningen i enlighet med den svenska lagstiftarens tolkning endast ska utgå motsvarande patenthavarens skada, anges inte i direktivet. Inte heller har det tillkommit prejudicerande praxis avseende denna tolkningsfråga. I skäl 26 förtydligas att syftet med direktivet inte är att införa ett straffliknande skadestånd. För ett klart besked krävs emellertid ett uttalande från EU-domstolen om att straffliknande skadestånd inte utgör en del av europeisk rätt eftersom domstolen tidigare har klargjort att utan dom eller lagtext kan man inte stödja sig på skälen.⁵²

Hellberg skriver i sin avhandling att det även efter genomförandet av Sanktionsdirektivet är svårt för patenthavare att få igenom sina yrkanden om ersättning enligt skadeståndsbestämmelserna i PL.⁵³ Han anser att en regel konstruerad som det amerikanska systemet där ersättning kan utgå i form av ett tredubbelt skadestånd vore att gå för långt,⁵⁴ men att svensk rätt behöver ett inslag av straffliknande skadestånd för att det inte ska kunna löna sig att begå patentintrång. Ett förslag till lösning som han för fram är att införa ett stadgande likt det förslag som lades fram av Kommissionen, som ger rätt till ersättning motsvarande en dubbel licensavgift.⁵⁵ Liknande idéer har framförts även tidigare utan framgång, bland annat i förarbetena till 1985 års lagändring,⁵⁶ och på senare tid av Pehrson.⁵⁷

6.3 STRAFFLIKLANDE SKADESTÅND INOM ENGELSK RÄTT

Det huvudsakliga syftet med skadestånd inom engelsk rätt är att reparera den skada som har uppkommit till följd av patentintrång, snarare än att bestraffa

förfaranden för att upprätthålla skyddet för immaterialrätter [cit. KOM/2003], artikel 17.

51 KOM/2003, artikel 17.

52 Jfr mål C-345/13 *Karen Millen Fashions Ltd v. Dunnes Stores* (designmål).

53 Hellberg, s. 374.

54 35 U.S.C. § 284 Damages.

55 Hellberg, s. 374 f.

56 Prop. 1985/86:86 s. 30.

57 Pehrson, Lars, *Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång. Några teoretiska och praktiska aspekter i Festskrift till Marianne Levin*, Norstedts Juridik AB, 2008, s. 485 f. och Pehrson, Lars, *Ersättning vid patentintrång – en kritisk granskning av nuvarande regler* i Ulf 50, Uppsatser tillägnade Ulf Bernitz på 50-årsdagen, IFIM nr 50, 1986.

intrångsgöraren.⁵⁸ Det finns ingen bestämmelse motsvarande det amerikanska systemet där tredubbelt skadestånd kan utdömas vid uppsåtligt intrång.⁵⁹ Straffliknande skadestånd, i England kallat *exemplary damages*, är visserligen ett etablerat begrepp men är begränsat till ett antal definierade yrkanden och omständigheter och utdöms endast om rätten anser det lämpligt.⁶⁰ I *Rookes v. Barnard*⁶¹ formulerade Lord Devlin tre kategorier av situationer då *exemplary damages* är tillgängliga enligt engelsk skadeståndsrätt:

(1) *oppressive, arbitrary or unconstitutional actions by the servants of the government;*

(2) *wrongful conduct which has been calculated by the defendant to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the claimant; and*

(3) *where such an award is expressly authorized by statute.*⁶²

Samtliga försvarande och förmildrande omständigheter ska även beaktas.⁶³ Det har visserligen i efterföljande praxis anförts att *exemplary damages* inte förekommer i engelsk patenträtt.⁶⁴ Men konceptet har genom House of Lords⁶⁵ dom i *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*⁶⁶ nu förklarats gälla i enlighet med de tre kategorier som formulerades i *Rookes v. Barnard* och som därmed får anses utgöra gällande rätt.

Det finns inga exempel på rättsfall där *exemplary damages* har dömts ut i patenträttsliga tvister, och det har framförts att konceptet inte existerar inom det

58 Busche, Jan, Trimborn, Michael & Fabry, Bernd, *Patent Infringement Worldwide: Claim Interpretation, Infringement, Damages*, Carl Heymanns Verlag KG, 2013 [cit. *Patent Infringement Worldwide*], s. 131.

59 35 U.S.C. § 284 Damages.

60 Lord Devlin i *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129. Exemplary damages utgör en så kallad *equitable remedy*, vilket i stora drag innebär att det är upp till rätten att avgöra om det ska tillämpas, se *Spring Form Inc v. Toy Brokers Ltd* [2002] FSR 17.

61 [1964] A.C. 1129.

62 *Patent Infringement Worldwide*, s. 131.

63 Miller, Richard, Burkill, Guy, Judge Birss, Campbell, Douglas, Terrell on the *Law of Patents*, 17 ed., Sweet & Maxwell, 2011 [cit. Terrell], s. 751.

64 *Morton-Norwich Products Inc v. United Chemicals (London) Ltd* [1981] F.S.R. 337; *Catnic Components v. Hill & Smith Ltd* [1983] F.S.R. 512 och *AB v. South West Water Services* [1993] Q.B. 507.

65 Numera Supreme Court vilket etablerades till följd av part 3 i the Constitutional Reform Act 2005.

66 [2002] 2 A.C. 122.

patenträttsliga området.⁶⁷ När *exemplary damages* har utdömts på andra immaterialrättsliga områden är det främst den andra av Lord Devlins grunder som har yrkats, nämligen att intrångsgöraren har begått intrång med avsikt att göra en vinst för sig själv till ett belopp som överstiger det kompensatoriska skadestånd som annars skulle utgå till patenthavaren.⁶⁸ Det krävs då att patenthavaren visar att det var intrångsgörarens avsikt eller förhoppning att tjäna på intrånget och att det var den potentiella vinsten som låg bakom beslutet att göra intrång i stället för att på laglig väg utnyttja den patentskyddade produkten eller processen.⁶⁹

6.4 ARGUMENT MOT STRAFFLIKNANDE SKADESTÅND

6.4.1 SKADESTÅNDETS FUNKTION

Skadeståndets huvudsakliga funktion är reparation, inte vedergällning. Det avviker från allmänna skadeståndsrättsliga principer att fokusera på gärningen i stället för skadan.⁷⁰ Ett införande av straffrättsligt skadestånd skulle innebära en radikal förändring av svensk skadeståndsrätt. Det är troligt att ett sådant förslag skulle möta stort motstånd med tanke på den skepsis som råder inte bara i Sverige, utan även i övriga Europa, mot skadestånd som går utöver ersättning för själva skadan.⁷¹

När skadestånd numera kan erhållas även för icke ekonomisk skada kan ett behov av att införa ersättning som går utöver själva skadan ifrågasättas. Ersättning för ideell skada utgör inom ramen för rådande lagstiftning en mer passande kompensation för icke ekonomisk skada än vedergällande ersättning. Det är i linje med skadeståndets reparativa funktion och tar sikte på patenthavarens personliga obehag eller olägenhet, inte intrångsgörarens handlande. Några skadestånd baserade på ideell skada har emellertid inte utdömts sedan en sådan möjlighet infördes i lagtexten år 2009, och det är därför oklart hur effektivt det är i praktiken.⁷²

Det har hävdats att det verkliga syftet bakom Lord Devlins andra skadeståndsgrund inte är att bestraffa en intrångsgörare utan att förhindra att denne gör en obehörig vinst genom intrånget.⁷³ Med en sådan utgångspunkt kan den andra

67 Patent Infringement Worldwide, s. 131.

68 Se *Time Inc v. Lokesh Srivastava* [2005] F.S.R. 33 avseende varumärkesrätt och *Microsoft Corp v. Deepak Raval* [2007] F.S.R. 11 avseende varumärkesrätt och upphovsrätt.

69 *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] Q.B. 586.

70 Schultz, Mårten, *Kritik mot kränkningsbegreppet*, SvJT 1/2008, s. 37.

71 Se exempelvis skäl 26 i ingressen till Sanktionsdirektivet.

72 Hellberg, s. 272.

73 *Broome v. Cassell & Co* [1972] A.C. 1027.

kategorin ses som en utvidgning av beräkningsgrunden för kompensatoriskt skadestånd, så kallat *account of profits*, som tar hänsyn till intrångsgörarens vinst (mer om detta i avsnitt 7.3).⁷⁴ Fråga uppkommer då om det över huvud taget finns ett behov av att tillämpa *exemplary damages* inom patenträtten.

6.4.2 GRÄNSEN MELLAN CIVILRÄTT OCH STRAFFRÄTT

Civilrätt och straffrätt utgör två separata och särpräglade juridiska system. Det är viktigt att gränsen mellan dem är klar och tydlig av ett flertal anledningar. I en straffrättslig rättegång har den åtalade tillgång till vissa processuella skyddsmekanismer som inte finns för civilrättsliga tvister. Beviskraven är i regel lägre ställda i tvistemål.⁷⁵ Vidare är det inom civilrätten möjligt att försäkra sig mot ansvar, något som inte är möjligt i förhållande till eventuella straffrättsliga böter.⁷⁶ Det kan också ifrågasättas om intrångsgörare alls bör kunna försäkra sig mot straffliknande skadestånd, eftersom en försäkring till viss del begränsar de avskräckande och vedergällande effekter som denna typ av ersättning syftar till att förstärka.

Ytterligare en betydande processuell skillnad mellan straffrätten och civilrätten är det faktum att käranden i brottmål utgörs av staten (när individer väcker talan anses de agera å statens vägnar).⁷⁷ I civilrättsliga tvister väcker den talan som har blivit utsatt för ett otillbörligt handlande och får i bästa fall full upprättelse. Straffet inom straffprocessen manifesterar främst ett samhälleligt fördömande av den brottsliga gärningen från statens sida, även om det samtidigt kan tjäna som upprättelse för individen.⁷⁸ Det skadestånd som döms ut i civilrättsliga tvister tillfaller däremot käranden, och straffliknande skadestånd kan i sådana fall leda till att patenthavaren berikas genom intrångsgörarens ansträngningar. Det är problematiskt av samma anledning som i motsatt situation där intrångsgöraren berikas på patenthavarens bekostnad, på grund av att det strider mot skadeståndets huvudsakliga syfte att ersätta skada, inte mer.⁷⁹ Vidare innebär en straffrättslig dom att den dömde antecknas i belastningsregistret⁸⁰, med allt vad det innebär i personligt och professionellt hänseende. Det kan även påpekas att brister avseende straffrättsliga sanktioner bör kompletteras inom det straffrättsliga området, inte det civilrättsliga. Om en

74 McGregor s. 381 f.

75 Se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång IV*, 7 u., Norstedts Juridik AB, 2009 [cit. Ekelöf IV], s. 94 ff.

76 Ekelöf IV, s. 133 ff.

77 Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång I*, 8:2 u., Norstedts Juridik AB, 2002 [cit. Ekelöf I], s. 13 ff.

78 Ekelöf I, s. 30.

79 Hellner/Radetzki, s. 39, prop. 1993/94:122 s. 52 och prop. 2008/09:67 s. 235 f.

80 Lag (1998:620) om belastningsregister.

intrångsgörande handling föranleder straffansvar samtidigt som civilrättsliga sanktioner riktas mot samma person finns det en risk för dubbelbestraffning.⁸¹

6.4.3 PATENTHAVAREN BERIKAS PÅ INTRÅNGSGÖRARENS ANSTRÄNGNINGAR

Den kanske främsta anledningen som framförts mot att straffliknande skadestånd introduceras som skadestandsgrund är att det leder till att patenthavaren berikas med anledning av intrångsgörarens ansträngningar. I ett engelskt rättsfall rörande *exemplary damages*, *Riches v. News Group Newspapers Ltd*⁸², överlämnade juryn ett meddelande till domaren där de anförde att *exemplary damages* visserligen skulle utdömas men undrade huruvida det var möjligt att förordna att skadeståndet skulle tillfalla en välgörenhetsorganisation i stället för patenthavaren. Detta var enligt domaren inte möjligt. Juryns resonemang är talande för de betänkligheter som uppstår när patenthavaren tillerkänns ett större belopp än det som kan knytas till skadan. Ytterst blir det en fråga om vilken part som anses mest skyddsvärd.

Ett sätt att begränsa omfattningen av straffliknande skadestånd vore att införa en proportionalitetsprincip varigenom de utdömda beloppen hålls på en skälig nivå. Skadeståndet skulle därmed relateras till graden av intrångets klandervärdhet. Det medför även en enhetlig tillämpning eftersom proportionalitetsprövningen kräver att domaren motiverar orsakssambandet mellan hur allvarligt det otillbörliga utnyttjandet är och det utdömda beloppet.

6.4.4 SCHABLONARTADE BELOPP – BEGRÄNSAD PREVENTIV VERKAN

Straffliknande skadestånd kan vara svåra att kalkylera, och risken finns att prövningen blir alltför beroende av domstolens skönsmässiga bedömning. Den oförutsebarhet som det medför är inte önskvärd varken från rättssäkerhets-synpunkt eller ur den enskildes synvinkel. Det finns ett stort antal faktorer som kan beaktas, exempelvis graden av förkastlighet i intrångsgörarens handlande eller vad som utgör ett lämpligt belopp i det enskilda fallet. Bedömningen blir då så pass subjektiv att det är svårt att genom praxis utveckla vägledande principer. I common law-jurisdiktioner, där straffliknande skadestånd är mer utbrett, är det inte lika kontroversiellt att subjektiva bedömningar överlämnas åt domstolen som traditionellt har en större roll i rättsbildningen än de svenska domarna. Praxis intar en stark position som rättskälla (om inte den främsta),

81 Förbud mot dubbelbestraffning är föreskrivet artikel 4 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, sjunde tilläggsprotokollet och artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

82 [1986] QB 256.

och hela juridiska områden har utarbetats enbart genom prejudikat.⁸³ Det har utvecklats en mängd principer kring hur subjektiva prövningar ska gå till och det finns ofta en gedigen praxis att utgå från.

Eftersom det i Sverige är främmande att svenska domare ges så pass långtgående tolkningsbefogenheter, är det vid ett eventuellt införande av straffliknande skadestånd lämpligt att lagstifta om tydliga regler avseende fastställande av ersättningen.⁸⁴ Det kan i sin tur ge upphov till standardiserade belopp med begränsat svängrum för hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Om det enkelt går att förutse vilka skadeståndsbelopp som kan komma att dömas ut motverkas syftet med straffliknande skadestånd, eftersom den beräkning kring intrång som skadeståndsgrunden syftar till att förhindra därigenom möjliggörs för intrångsgöraren.

6.4.5 ÖKAD PROCESSBENÄGENHET

Inom patenträtten har antalet rättstvister traditionellt sett varit lågt i vårt land.⁸⁵ De flesta patenthavare är förhållandevis små företag och det är troligt att mindre patenthavare avstår från långdragna, komplicerade och framför allt dyra processer på grund av att det sällan leder till några större skadestånd. Det är inte ofta som patenthavaren tillerkänns ersättning motsvarande det yrkade beloppet.⁸⁶ Därför kan det inte bortses från en viss risk för att införande av straffliknande skadestånd skulle kunna leda till ökad processföring. Chanserna till höga skadestånd kan locka. En sådan risk avser emellertid främst att oseriösa processer inleds, och domstolarna bör verka för att på ett tidigt stadiet i rättegången identifiera processer som oseriösa och avvisa dem, för att på så vis förhindra att de tar resurser från rättssystemet.

6.4.6 STAGNATION AV TEKNISK UTVECKLING

Det huvudsakliga syftet med patentskydd är att de produkter och processer som omfattas ska offentliggöras efter erhållet skydd och därmed kunna användas av andra aktörer för ny- och vidareutveckling samt kunskapsspridning.⁸⁷ Höga skadestånd kan utgöra en omständighet som leder till att företaget blir mer

83 Se exempelvis mord och doktrinen om *promissory estoppel*. För en mer utförlig analys av skillnaderna mellan *common law*- och *civil law*-rättsordningar, se Zweigert, Konrad; Kötz, Hein och Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, 3 ed. Clarendon Press, 1998.

84 Se Glenn, H. Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5 u., Oxford University Press, 2014.

85 Hellberg, s. 45.

86 Hellberg, s. 137.

87 Se avsnitt 1.

försiktiga i användningen av känd teknik på grund av risken att göra intrång, vilket kan medföra en inbromsning av den tekniska utvecklingen.⁸⁸

6.5 STRAFFLIKNANDE SKADESTÅND SOM SVENSK SKADESTÅNDSGRUND

Rättsordningen ska motverka möjligheten att tjäna på rättskränkningar. Straffliknande skadestånd kan utgöra ett effektivt rättsmedel för att skydda av rättsordningen erkända intressen och rättigheter. Även om patenträttsliga skadestånd enligt PL:s nuvarande lydelse har kapacitet att fullt ut täcka uppkommen skada, visas det i avsnitt 7 att situationer kan uppstå där en intrångsgörare erhåller en betydligt större vinst i förhållande till den skada som åsamkas patenthavaren; de kan tjäna på att begå intrång i stället för att ingå ett licensavtal på frivillig väg. De straffrättsliga, civilrättsliga och processuella sanktioner som finns tillgängliga är otillräckliga för att motverka sådana situationer och medvetna ageranden som kräver kraftigare rättsmedel än de som endast ger möjlighet till kompensation för själva skadan. Därför skulle straffliknande skadestånd i dessa särskilda fall komplettera det rent kompensatoriska skadeståndet.

En av de främsta anledningarna till tidigare reformer av patenträttsliga skadestånd under de senaste decennierna har varit att förhindra att intrångsgörare skor sig på intrång.⁸⁹ Det framgår exempelvis av följande uttalande från 1985 års förarbeten: ”Det får givetvis inte vara så att det skadestånd som utgår vid patentintrång är så lågt att det blir mer ekonomiskt lönsamt att handla på det sättet än att på laglig väg förvärva rätten att utnyttja ett patent, exempelvis genom licensavtal”.⁹⁰ Den andra av Lord Devlins kategorier inom den engelska skadeståndsrätten, där ersättning utgår på grund av intrångsgörarens otillbörliga motiv till handlandet, skulle kunna utgöra en passande utgångspunkt för en motsvarande svensk bestämmelse för straffliknande skadestånd, eftersom det tar sikte på just dessa situationer.

Till skillnad från reparativ ersättning fokuserar straffliknande skadestånd på det otillbörliga motivet bakom handlingen, inte själva skadan. Det kan därmed utdömas även när intrångsgöraren har räknat med en vinst till följd av intrånget, utan att vinst uppkommer. Straffliknande skadestånd är därför ett effektivt medel för att uppnå en avskräckande effekt.

⁸⁸ Hellberg, s. 373 ff.

⁸⁹ Se exempelvis prop. 1985/86:86 s. 31 och prop. 2008/09:67 s. 230.

⁹⁰ Prop. 1985/86:86 s. 31.

Det betyder inte att införandet av en straffliknande sanktion inom civilrätten skulle bli problemfritt. Tvärtom uppstår en mängd problem, eftersom det finns stora skillnader mellan den straffrättsliga och den civilrättsliga strukturen och fördelar med att hålla dem åtskilda. Vilken nivå beviskraven ska fastställas till och huruvida intrångsgörare ska ha möjlighet att teckna försäkring mot denna typ av sanktion är exempel på frågor som bör diskuteras.

Som framkommit ovan utgör oron för ökad processföring, främst med tanke på oseriösa mål, förmodligen inte ett allvarligt problem. Antalet patenttvister som drivs idag är relativt lågt. Om straffliknande skadestånd skulle införas med en proportionalitetsprincip skulle även det utgöra en spärr för skadeståndsbeloppen. Vidare är det svårt att förutspå om företag kommer att bli mer försiktiga i sin användning av vad som kan uppfattas som känd teknik. Med hänsyn till den vinning som kan följa av utnyttjandet av en teknisk lösning är det förmodligen ett svagt argument. Det kan potentiellt få positiva effekter genom att företag iakttar större försiktighet i sina efterforskningar om huruvida patentskydd föreligger.

Ett införande av straffliknande skadestånd bör lämpligast ske genom lagstiftning, eftersom den avskräckande funktion som det fyller strider mot grundläggande skadeståndsrättsliga principer. Från rättssäkerhetssynpunkt är det av vikt att det tydligt framgår av lagtext när straffliknande skadestånd kan aktualiseras och hur detta ska beräknas så att utrymmet för enskilda domares skönsmässiga bedömning begränsas. Exempelvis kan förtydligande begränsningar i skadeståndets storlek införas i form av en dubbel licensavgift. I så fall finns emellertid risk att den avskräckande effekten motverkas, eftersom schablonartade och förutsebara skadestånd skulle möjliggöra för intrångsgörare att även fortsättningsvis kalkylera vilka kostnader ett intrång medför i jämförelse med en licensöverenskommelse. Lagstiftningen bör därför utformas genom riktlinjer istället för på förhand fastställda belopp, liksom ett krav på proportionalitet varigenom rättstillämparen förmås motivera sina ställningstaganden på ett precist sätt, samt genom att skadeståndsnivåerna tydligare anpassas till graden av förkastlighet hos intrångsgöraren. Detta är emellertid också problematiskt. Domar där den utdömda ersättningen är starkt knuten till omständigheterna i det enskilda fallet skapar inte några starka prejudikat, och därmed ökar risken för skönsmässiga bedömningar.

Sammanfattningsvis skulle straffliknande skadestånd kunna utgöra ett komplement till nuvarande lagstiftning, genom att fungera som ett effektivt medel för att begränsa intrångsgörarens utsikter till ekonomisk vinning genom intrång. Men det ställer höga krav på både lagstiftning och domare avseende

utformning och tillämpning av tydliga regler och principer för hur prövningen ska gå till, i syfte att motverka godtycklighet. Samtidigt bör viss flexibilitet upprätthållas med tanke på den inneboende subjektiviteten i en sådan prövning så att de utdömda skadestånden inte uppfattas som orättvisa.

7. VINSTBERÄKNAT SKADESTÅND

7.1 INTRODUKTION

Syftet med vinstberäknat skadestånd är att förhindra att intrångsgörare gör sig en otillbörlig vinst genom användning av någon annans patenterade produkt eller process.⁹¹ Den uppkomna vinsten betraktas härigenom som tillkommen genom patenthavarens ansträngningar i den mån den kan härledas från de intrångsgörande handlingarna. Det maximala belopp som kan erhållas är således intrångsgörarens totala vinst. Det innebär att intrångsgörare som kalkylerat med att tjäna på intrång fräntas de ekonomiska fördelar som annars följer av intrånget.

7.2 VINSTBERÄKNAT SKADESTÅND INOM NORSK RÄTT

Det har i Norge, liksom i Sverige, länge förekommit ett allmänt missnöje över de låga skadestånd som döms ut vid patentintrång.⁹² Under 2013 reformerades den norska patentlagstiftningen med betydande förändringar avseende beräkning av skadestånd.⁹³ Det norska systemet bygger numera på att patenthavaren kan tillerkännas ersättning enligt den mest fördelaktiga av följande grunder:

- i) skälig ersättning i form av en tänkt royalty för det otillbörliga utnyttjandet, inklusive annan ekonomisk skada till följd av intrånget som inte hade åsamkats patenthavaren om ett frivilligt licensavtal hade existerat mellan parterna,
- ii) ersättning för skada orsakad av intrånget, eller
- iii) kompensation motsvarande intrångsgörarens vinst.⁹⁴

Därtill ska dubbel licensavgift utgå om intrånget begåtts uppsåtligt eller grovt oaktsamt och om patenthavaren yrkar det.⁹⁵ Kausalitet måste föreligga

91 Stenvik, Are, *Patentrett*, 3 u., Cappelen Damm, 2013 [cit. Stenvik], s. 495.

92 Prop. 81 L (2012–2013) s. 41 ff.

93 Prop. 81 L (2012–2013).

94 Patentloven 58 §.

95 *Ibid.*

mellan intrångshandlingen och den uppkomna skadan avseende den andra skadeståndsgrunden, och mellan intrångshandlingen och vinsten avseende den tredje skadeståndsgrunden. Därmed uppstår samma bevisvärigheter som enligt svensk rätt i förhållande till skadan, eftersom prövningen till stor del bygger på ett hypotetiskt resonemang.⁹⁶

Den tredje skadeståndsgrunden, enligt vilken ersättning beräknas utifrån intrångsgörarens vinst, tillkom i och med lagändringen 2013. Enligt förarbetena innefattar vinsten alla ekonomiska fördelar som kan härledas från intrånget.⁹⁷ Utgångspunkten för denna bedömning är försäljningsintäkterna med avdrag för de kostnader som kan knytas till tillverkning och försäljning av den intrångsgörande produkten. Om kostnader haft betydelse både för intrångshandlingen och för annan verksamhet, så måste den del som går att hänföra till intrånget särskiljas för att kunna läggas till det totala avdragsbeloppet. Vinsten kan bero på en mängd faktorer som inte har någon koppling till den intrångsgörande handlingen. Om det är en samverkan mellan flera orsaker som har föranlett vinsten kan allmänna skadeståndsrättsliga principer tillämpas för att uppskatta vilken del av vinsten som är hänförlig till intrånget.⁹⁸ Patenthavaren har bevisbördan för vinsten och intrångsgöraren har bevisbördan för kostnaderna.⁹⁹

Norge är inte medlem i EU och har därmed inte någon skyldighet att implementera Sanktionsdirektivet. I och med de förändringar som följde av 2013 års lagändringar har den patenträttsliga regleringen dock närmast sig de harmoniserande bestämmelserna i direktivet, även om de inte är identiska.¹⁰⁰

7.3 VINSTBERÄKNAT SKADESTÅND INOM ENGELSK RÄTT

7.3.1 ACCOUNT OF PROFITS

Utgångspunkten i engelsk rätt är att skadestånd ska kompensera patenthavaren för den skada som orsakats av intrånget och försätta denne i samma ställning som om intrånget inte hade inträffat.¹⁰¹ På det patenträttsliga området finns det en ytterligare skadeståndsgrund enligt vilken ersättning motsvarande intrångsgörarens vinst utgår, på engelska kallat *account of profits*.¹⁰² Denna beräkningsmetod liknar det norska vinstberäknade skadeståndet.

⁹⁶ Stenvik, s. 405.

⁹⁷ Prop. 81 L (2012–2013) s. 98.

⁹⁸ Stenvik, s. 405.

⁹⁹ Prop. 81 L (2012–2013) s. 99.

¹⁰⁰ Prop. 81 L (2012–2013).

¹⁰¹ *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* [1880] 5 A.C. 25.

¹⁰² PA section 61(1)(d).

Enligt Patents Act 1977 (PA) kan ersättning erhållas på grundval av de ovan nämnda beräkningsmetoderna. I section 61 PA anges det att patenthavare har rätt till antingen ersättning för den skada som följer av ett patentintrång eller ersättning motsvarande den intrångsgörande partens vinst.¹⁰³ Beräkningsgrunderna är alternativa, vilket innebär att en patenthavare inte kan få ersättning utifrån både skadan och motpartens vinst.¹⁰⁴ På så sätt undviks problemet med dubbel ersättning för samma skada. Valet mellan dem är beroende av vad patenthavaren yrkar. Därtill krävs att domstolen anser det lämpligt att utdöma skadestånd baserat på intrångsgörarens vinst eftersom det utgör en så kallad *equitable remedy*, vilket i stora drag innebär att det är upp till rätten att avgöra om det ska tillämpas.¹⁰⁵ När omfattningen av skadan fastställs tas inte någon hänsyn till intrångsgörarens vinst med anledning av intrånget.¹⁰⁶ Det blir endast aktuellt under den andra grunden. I den fortsatta framställningen under detta avsnitt används begreppet skadestånd såsom innefattande både ersättning för skadan och hänsyn till intrångsgörarens vinst.

I det följande redogörs för det flertal bestämmelser som begränsar möjligheterna till skadestånd enligt lag och i praxis. Skadestånd ska inte dömas ut mot så kallade godtroende (*innocent*) intrångsgörare, dvs. den som begått intrång utan att inse, eller bort ha insett, att ett patentskydd existerade.¹⁰⁷ Det kan exempelvis avse en situation som svarar mot section 62(2) PA. Enligt bestämmelsen kan domstolen underlåta att utdöma ersättning för skadan under den sexmånadersperiod¹⁰⁸ som ges en patenthavare att förlänga ett patent, efter att det har löpt ut, och innan de avgifter som ska betalas i samband med detta är erlagda.¹⁰⁹ När det har godtagits en period för ändringar av specifikationen av patentet ska rätten vid beräkning av ersättning för skadan ta hänsyn till följande faktorer: om (1) intrångsgöraren visste eller borde ha vetat att denne gjorde intrång i patentet, (2) specifikationen av patentet var författad i god tro och med erforderlig (*reasonable*) kunskap och kompetens, och (3) talan väcktes i god tro.¹¹⁰ Sådana faktorer ska även beaktas i de fall patentet endast är delvis giltigt.¹¹¹ Skadeståndet avser då enbart den del som förklarats giltig. Ytterligare en begränsning till förmån för intrångsgöraren föreligger när patenthavaren är

¹⁰³ PA section 61(1)(c–d).

¹⁰⁴ PA section 61(2).

¹⁰⁵ *Spring Form Inc v. Toy Brokers Ltd* [2002] FSR 17.

¹⁰⁶ *United Horse Shoe and Nail Co Ltd v. Stewart & Co* [1888] 5 R.P.C. 260.

¹⁰⁷ PA section 62(1).

¹⁰⁸ PA section 25(4).

¹⁰⁹ PA section 62(2).

¹¹⁰ PA section 62(3).

¹¹¹ PA section 63(2).

en licenstagare vars licens inte har eller kunde ha upptäckts¹¹² antingen för att intrånget skett efter en misslyckad registrering,¹¹³ eller efter att publicering har skett men innan patentet har meddelats. Skadeståndet ska då reduceras med ett belopp som rätten finner lämpligt.¹¹⁴

7.3.2 BERÄKNING AV INTRÅNGSGÖRARENS VINST

Vinstberäknat skadestånd anses inte ha en vedergällande funktion, även om skadeståndsbeloppet kan överstiga ersättning för själva skadan. Syftet med denna beräkningsgrund är inte att straffa intrångsgöraren, utan att tillse att denne inte berikar sig på patenthavarens bekostnad. Vinsten anses därför som intjänad å patenthavarens vägnar.¹¹⁵

Principerna bakom vinstberäknat skadestånd har fastställts i *Hoechst Celanese International Corporation v. BP Chemicals Ltd & Purolite International Ltd.*,¹¹⁶ och det som anges i det följande avseende beräkning av det skadeståndsgrundande vinstbeloppet är baserat på vad som där är föreskrivet. Precis som för ersättning för själva skadan, medges ersättning baserad på motpartens vinst på grundval av kausalitetsprincipen. Både skadan och vinsten måste uppkomma på grund av intrånget och patenthavaren har rätt till kompensation för både skada och vinst, även om storleken på ersättningen kan skilja sig åt beroende på vilken grund som åberopas. Beloppet reduceras inte av att intrångsgöraren hade kunnat göra sig samma vinst genom handlande som inte innefattar patentintrång. Huvudsaken är att vinsten kan härledas till intrånget. Det finns inte heller någon möjlighet för patenthavaren att göra gällande att beloppet ska ökas med anledning av att intrångsgöraren hade kunnat uppnå en ännu större vinst om denne använt sig av mer effektiva marknadsföringsåtgärder eller liknande. Vidare är det endast vinst som kan härledas från den patentskyddade produkten eller processen som ska tas med i beräkningen, oavsett om den skyddade produkten är del av en annan produkt eller inte.

Vinsten måste i sådana fall delas upp så att ersättning endast utgår för den del som tillkommit genom intrånget, även om den patentskyddade produkten utgör den avgörande komponenten i den färdiga och försålda produkten.¹¹⁷

112 *Moelnlycke AB v. Procter & Gamble* [1994] RPC 49.

113 *Minnesota Mining & Manufacturing Co v. Rennicks (UK) Ltd* [1992] F.S.R. 118.

114 PA section 69.

115 *Hoechst Celanese International Corporation v. BP Chemicals Ltd & Purolite International Ltd.* [1999] RPC 203 [cit. *Hoechst*].

116 *Hoechst*.

117 Terrell menar att det kan vara lämpligt att hela vinsten tas i anspråk när den patentskyddade produkten har en avgörande betydelse för den slutliga produkten eller processen. Han

Allmänna redovisningsprinciper används i regel för att avgöra hur denna uppdelning ska ske.¹¹⁸ Det är viktigt att domstolens beräkning av vinsten inte blir en förtäckt tillämpning av *exemplary damages* och att det slutliga beloppet kan härledas från intrånget. Från vinsten får intrångsgöraren dra av kostnader relaterade till forskning och vidareutveckling, inkomst från licensiering av den teknik som eventuellt har framtagits samt finansieringskostnader av den process som medförde intrångshandlingarna, om detta kan identifieras.¹¹⁹ Även tillverknings- och distributionskostnader får dras av.¹²⁰

Patenthavaren har bevisbördan för sin skada och för intrångsgörarens vinst.¹²¹ För att underlätta bevisanskaffningen finns möjligheten till informationsföreläggande, även avseende uppgifter av betydelse för valet mellan de två beräkningsgrunderna.¹²²

PA är exklusivt tillämplig avseende patenträttslig skadeståndstalan. Talan för otillbörlig berikning, *unjust enrichment*, vilket utgör en del av den allmänna engelska skadeståndsrätten, förekommer inte på patentområdet.¹²³ I övrigt är allmänna skadeståndsrättsliga principer tillämpliga, exempelvis principen om att skadestånd i grunden fyller en reparativ funktion och kausalitetsprincipen.¹²⁴

7.3.3 RÄTTSLÄGET EFTER SANKTIONSDIREKTIVETS IKRAFTTRÄDANDE

Implementeringen av Sanktionsdirektivet innebar inga större förändringar enligt engelsk patenträtt.¹²⁵ Direktivet är harmoniserande av miniminivån och syftar till att stärka skyddet för patenthavare vid intrång och förhindra att intrångsgörare skor sig på rättsstridiga handlingar genom att vända sig till jurisdiktioner där ersättningsnivåerna enligt nationella regler är förhållandevis låga. Numera ska hänsyn tas till samtliga relevanta omständigheter, såsom patenthavarens uteblivna vinst, intrångsgörarens otillbörliga vinst samt patenthavarens intresse av att intrång inte begås.¹²⁶ Detta suddar i viss

hänvisar till *Hoechst*, ett rättsfall där detta argument emellertid avfärdades med hänvisning till kausalitetsprincipen. Se Terrell, s. 756.

118 Se exempelvis *Hoechst*.

119 *Hoechst*.

120 Terrell, s. 756.

121 Terrell, s. 737 f.

122 *Island Records Ltd v. Tring International Plc* [1995] 3 All ER 444 (ChD). Se även Terrell, s. 738.

123 *Union Carbide Corporation v. BP Chemicals* [1998] FSR 1.

124 *Imperial Oil v. Lubrizol* [1996] 71 CPR 26.

125 Intellectual Property (Enforcement, etc.) Regulations 2006 (SI 2006 No. 1028).

126 Artikel 13 Sanktionsdirektivet.

mån ut gränsen mellan den skadeanknutna ersättningen och vinstberäknat skadestånd. Det saknas en närmare definition av vad som avses med patenthavarens intresse av att intrång inte begås och begreppet kan därför tolkas som ett vedergällande element vid beräkningen av skadestånd. Vidare skiljer inte direktivet mellan kompensatoriskt skadestånd och hänsyn till intrångsgörarens vinst. Det har bland annat lett till att intrångsgörarens vinst inkluderats som en omständighet att beakta i samband med skadeståndsprövningen, inte som en separat ersättningsgrund. Det finns ännu inga avgöranden från EU-domstolen där innebörden av artikel 13 klargörs på denna punkt.

7.4 VINSTBERÄKNAT SKADESTÅND SOM SVENSK SKADESTÅNDSGRUND

Ovan har identifierats att ett av de huvudsakliga problemen med dagens skadeståndsbestämmelser är att de är otillräckliga som sanktionsmedel i fall där intrångsgöraren har möjlighet att göra en större vinst genom intrång än genom att ingå ett frivilligt licensavtal med patenthavaren. Vinstberäknat skadestånd tar sikte på just sådana situationer. Skadeståndsgrunden skiljer sig således från beräkning av skäligen ersättning och ytterligare ersättning genom att prövningen fokuseras till intrångsgörarens vinst istället för patenthavarens skada.

Prövningen av vinstberäknad ersättning utgår från objektiva faktorer eftersom den sker utifrån en analys av intrångsgörarens vinst från försäljning, med avdrag för vissa kostnader, exempelvis för tillverkning och leverans av en intrångsgörande produkt. Bevisningen underlättas av processuella hjälpregler såsom rätten till informationsföreläggande, editionsplikt och vittnen.¹²⁷ Beräkningen förankras i konkreta uppgifter i stället för hypotetiska resonemang. Prövningen för visserligen med sig vissa problem såsom vilka uppgifter som är relevanta; om den patenterade produkten är sammanfogad eller på annat sätt del av en annan produkt som säljs av intrångsgöraren kan det vara särskilt svårt att avgöra hur stor del av vinsten som härrör från intrånget. Det är dock ett problem som redan finns i förhållande till beräkningen av den skäliga ersättningens storlek. Det har i praxis utvecklats metoder för hur sådana prövningar ska gå till, som kan vara vägledande också i förhållande till en bedömning av hur stor del av vinsten som härstammar från den patenterade uppfinningen.¹²⁸

¹²⁷ Se 57d § PL, 35 kap. 6 § RB och 36 kap. RB.

¹²⁸ Se exempelvis Stockholms tingsrätts dom 2009-05-05 i mål T 1327-09; Stockholms tingsrätts dom 2002-06-07 i mål T 7-886-96; Stockholms tingsrätts dom 2013-05-13 i mål T 16320; NJA 2011 s. 270; Svea hovrätts dom 1991-10-10 i mål T 742-89; Svea hovrätts dom 1985-12-02 i mål T 743-83; Svea hovrätts dom 1980-12-19 i mål T 186-79; Stockholms tingsrätts dom 2013-05-13 i mål T 16320;

Liksom enligt norsk och engelsk rätt kan vinstberäknad ersättning utformas som en alternativ skadeståndgrund. På så sätt kan dubbel ersättning till patenthavaren undvikas. Det är patenthavaren som har bevisbördan för skadan vid en prövning av ytterligare ersättning.¹²⁹ Detsamma gäller avseende vinsten vid en prövning av vinstberäknat skadestånd enligt norsk och engelsk rätt.¹³⁰ Det är emellertid upp till intrångsgöraren att påvisa omständigheter som ger anledning att begränsa beloppet, exempelvis genom att presentera bevisning till stöd för att vinsten har uppkommit på grund av omständigheter som inte kan hänföras till de intrångsgörande handlingarna.¹³¹ En sådan fördelning av bevisbördan medför en balans mellan patenthavare och intrångsgörare ur processuellt hänseende och vore en lämplig konstruktion av en motsvarande svensk bestämmelse.

8. ETT VINSTINKLUDERANDE SKADEBEGREPP?

Möjligheterna till full ersättning för skada orsakad av intrång har förmodligen ökat, eftersom utdömda skadestånd på senare tid har uppgått till allt större belopp.¹³² Så är åtminstone fallet i mål där omständigheterna är relativt uppenbara, och där det finns konkret redovisning att utgå ifrån. Trots att en positiv utveckling för rättighetsinnehavarna kan utläsas ur senare rättsfall, kan ett enbart kompensatoriskt skadestånd emellertid inte motverka faktum att resursstarka intrångsgörare kan göra sig en vinst genom intrånget, en vinst som överstiger det ekonomiska värdet av patenthavarens skada.

Sanktionsdirektivet ger visst stöd för uppfattningen att ersättning ska kunna fastställas utifrån intrångsgörarens vinst, eftersom intrångsgörarens vinst uttryckligt anges som en faktor att beakta vid skadeståndsprövningen. Direktivet uppmanar till en enhetlig tillämpning av de immaterialrättsliga skadeståndsreglerna.¹³³ Det råder idag skillnader mellan hur medlemsstaterna har genomfört Sanktionsdirektivet i patenträttsligt hänseende, både i lagstiftning och tillämpning.¹³⁴ I en undersökning som vidtogs på uppdrag av kommissionen i syfte att redogöra för direktivets genomförande, konstaterades att nationell lagstiftning ofta leder till att patenthavare, även där intrång ansetts föreligga, inte får full ersättning för sin skada eller en ersättning som uppgår till samma

Stockholms tingsrätts dom 2011-05-27 i mål T 13684-09; Stockholms tingsrätts dom 2008-06-19 i mål T 2286-04 och Stockholms tingsrätts dom 2004-02-09 i mål T 2948-01.

129 Hellberg, s. 252 ff.

130 Stenvik, s. 399 ff. och Terrell, s. 737 f.

131 Prop. 81 L (2012–2013) s. 99. Se även Stenvik, s. 409.

132 Hellberg, s. 358 ff.

133 Skäl 10 i ingressen till Sanktionsdirektivet.

134 Damages in Intellectual Property Rights, s. 1 och 15 ff.

belopp som den vinst motparten erhållit genom intrånget.¹³⁵ Följaktligen stannar en del av vinsten, eller andra ekonomiska fördelar som intrånget har medfört, kvar hos intrångsgöraren. Resultatet blir att den patenträttsliga skadestandsregleringen i själva verket försätter intrångsgöraren i en bättre ställning än om intrånget och intrångsprocessen aldrig hade inträffat. Ett rättssystem där en sådan situation kan uppstå upprätthåller inte skadeståndets preventiva funktion, utan riskerar i stället att fungera som ett ekonomiskt incitament till att begå intrång. Det är en tungt vägande kritik.

Jag anser däremot inte att införandet av straffliknande skadestånd, exempelvis i form av en dubbel licensavgift, utgör en lämplig lösning. Det vore en omotiverat långtgående ändring, som strider mot den grundläggande principen att skadestånd ska vara kompensatoriskt. Dessutom kan tillämpningen upplevas som alltför strikt i praktiken, eftersom omständigheterna kring intrånget kan skilja väsentligt mellan olika fall. Graden av skuld kan variera, och den ekonomiska vinst som intrångsgöraren har erhållit kan härtöra helt eller delvis från icke intrångsgörande verksamhet. Det kan även hända att intrångsgöraren inte erhåller någon vinst, eller att vinsten understiger straffavgiften. Det strider mot kausalitetsprincipen att utdöma skadestånd till ett i förväg bestämt belopp utan att detta kan kopplas vare sig till patenthavarens skada eller intrångsgörarens vinst. Straffliknande skadestånd är inte heller vanligt förekommande i övriga Europa.¹³⁶ Företeelsen existerar visserligen inom engelsk rätt, men tillämpas sällan och hittills aldrig inom det patenträttsliga området.¹³⁷ Sanktionsdirektivet har tillkommit i syfte att harmonisera medlemsstaternas bestämmelser och anger uttryckligen att det inte är avsett att införa straffliknande skadestånd inom unionen.¹³⁸ Medlemsstaterna får visserligen införa mer långtgående sanktioner om dessa är mer gynnsamma för patenthavaren men direktivet uppmanar även till enhetlig tillämpning av dess bestämmelser.¹³⁹ En introduktion av straffliknande skadestånd i svensk rätt kan därmed anses strida mot EU-rätten i dess nuvarande lydelse.

Vinstberäknat skadestånd ger liksom straffliknande skadestånd möjlighet till ersättning utöver den visade skadan, men skiljer sig från det straffliknande skadeståndet genom att utgå i enlighet med principen om att ersättningen ska vara reparativ och inte vedergällande. Utgångspunkten för beräkningen av skadeståndet är det otillbörliga handlandet, inte av rättsordningen fastställda

¹³⁵ Damages in Intellectual Property Rights, s. 1.

¹³⁶ Se Damages in Intellectual Property Rights.

¹³⁷ Terrell, s. 750.

¹³⁸ Skäl 26 i ingressen till Sanktionsdirektivet.

¹³⁹ Artikel 2.1 och skäl 10 i ingressen till Sanktionsdirektivet.

belopp eller domstolens bedömning av intrångsgörarens klandervärdhet. Vinstberäknad ersättning anpassas till omständigheterna i det enskilda fallet, och därmed även till graden av skuld. Trots att vinstberäknat skadestånd inte är bestraffande, har det en avskräckande verkan eftersom en intrångsgörare frångår den ekonomiska vinst som följer av intrånget; det signalerar att det inte ska löna sig att begå rättsstridiga handlingar.¹⁴⁰

Tillgången till informationsförelägganden, editionsförelägganden, vittnesmål och andra processuella hjälpmedel underlättar skadeståndsprövningen och fastställandet av intrångsgörarens vinst. Sådana säkerhetsåtgärder bör finnas tillgängliga inför patenthavarens val av skadeståndgrund. Det finns alltid en risk för förfalskning eller andra justeringar i räkenskaperna men man måste utgå från att de uppgifter som lämnas eller på annat sätt tillgängliga är sanna. Eftersom det är i intrångsgörarens intresse att begränsa skadeståndet, och denne har bättre möjligheter att frambringa bevisning avseende avdragsgilla kostnader, är det rimligt att bevisbördan avseende sådana uppgifter tillfaller svaranden.


Vinstberäknat skadestånd kan medföra situationer där patenthavaren tjänar på att intrång begås, exempelvis när intrångsgöraren genom mer omfattande marknadsföringsmöjligheter ökar försäljningen av produkten på ett sätt som även gynnar patenthavarens försäljning av samma produkt. Om patenthavaren tillerkänns ett skadestånd motsvarande intrångsgörarens vinst berikas patenthavaren med anledning av intrångsgörarens ansträngningar. Det skulle strida mot allmänna skadeståndsrättsliga principer om att skadestånd endast ska ersätta skadan, inte mer.¹⁴¹ Frågan blir då, något tillspetsat, vem av parterna som är mest skyddsvärd.

Enligt min mening är det patenthavaren som bör prioriteras av rättsordningen i detta avseende. I grunden härrör vinsten från den patenterade produkten och ett sådant ställningstagande kan därför motiveras med kausalitetsprincipen. Det utgör enligt mig även det mest rättvisa alternativet. Därtill finns det ett värde i den avskräckande effekt som ett vinstberäknat skadestånd skulle medföra. Inför risken att patenthavaren låter intrånget fortgå i syfte att erhålla en större ersättning i form av intrångsgörarens vinst har Hellberg framfört att patenthavare troligen har en skadebegränsningsplikt när denna får vetskap om intrång, och att det kan påverka ersättningsbedömningen om denna inte efterföljs.¹⁴²

140 Se *Hollister v. Medik Ostomy* [2012] EWCA Civ 1419.

141 Hellner/Radetzki, s. 39, prop. 1993/94:122 s. 52 och prop 2008/09:67 s. 235 f.

142 Hellberg, s. 205 f. och s. 366 f. Se även NU 1963:6 s. 338.

Med tiden kommer förmodligen EU:s medlemsstater att närma sig varandra i skadeståndsrättsligt hänseende, antingen genom nationellt anpassade regler eller tillkomsten av ytterligare lagstiftning på EU-nivå, och då är ett mer vidsträckt rättighetsskydd att föredra. Den engelska och norska modellen med vinstberäknat skadestånd framstår som en både rimlig och önskvärd utveckling, särskilt med tanke på vikten av att skadeståndet fyller en preventiv funktion.¹⁴³ 

143 En liknande formulering har framförts av Dag Sandart och Anders Kylhammar i *Immaterialrättsliga skadestånd i Storbritannien och Tyskland*, NIR 2/2000, s. 143.