



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

David Johansson
Några perspektiv på immaterialrättsliga skadestånd

Särtryck ur häfte 2/2020

NÅGRA PERSPEKTIV PÅ IMMATERIALRÄTTSLIGA SKADESTÅND

Av David Johansson¹

När immaterialrättsliga skadestånd fastställs måste ett flertal faktorer beaktas. Bland annat ska hänsyn tas till rättighetshavarens uteblivna vinst, skadan på rättighetens anseende, intrångsgörarens vinst, den ideella skadan och rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås.² Så vad betyder egentligen det nu sagda? I det följande diskuteras och problematiseras en handfull sätt att ta sig an ersättningsbestämningen på immaterialrättsområdet, med särskilt fokus på de perspektiv som vanligtvis gör sig gällande vid skadeståndsrättslig problemantering i allmänhet.

I. EPILOG OCH INLEDNING

När jag skriver den här texten³ har jag precis avslutat arbetet med min doktorsavhandling om skadestånd vid intrång på immaterialrättsområdet.⁴ Under flera år har jag mer eller mindre grubblat på en enda sak, och det är hur man kan ta sig an fastställandet av ersättning på ett område där det har visat sig mycket svårt att genomföra fullständiga beräkningar. Jag har inte hittat ett enda fall där någon av parterna på ett övertygande sätt har lyckats visa den fulla omfattningen av den faktiska skadan, vare sig med dokumentation eller ekonomiska modeller. Problemen stannar emellertid inte vid frågan hur vi bör gå till väga för att övervinna de rena beräkningssvårigheterna. Att fastställa immaterialrättsliga skadestånd innebär nämligen att ett flertal normativa överväganden måste göras, i varje enskilt fall.

På immaterialrättsområdet kommer det mer eller mindre alltid att finnas ett glapp mellan våra vanliga föreställningar om den faktiska skadan och det skadeståndsbelopp som döms ut. Dessutom är det tydligt att de allmänna

¹ Jag har sedan 2012 varit verksam vid Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet som forskare och lärare. Den 18 september 2020 disputerade jag på en doktorsavhandling inom områdena immaterialrätt och skadeståndsrätt. Jag har tidigare bl.a. varit verksam vid von Lode advokat i Stockholm.

² Bestämmelserna återfinns i 8 kap. 4 § varumärkeslagen (2010:1877), 58 § patentlagen (1967:837), 54 § upphovsrättslagen (1960:729) och 36 § mönsterskyddslagen (1970:485). Ersättningen ska fastställas utifrån faktorerna i fråga vid intrång som bedöms som i vart fall oaktsamma. Alldeles oavsett ska därutöver skälig ersättning för utnyttjandet av rättigheten utgå, men den formen av ersättning kommer inte att behandlas närmare här.

³ Jag vill rikta ett tack till min kollega Johanna Chamberlain, som har bidragit med givande synpunkter på artikeln.

⁴ Johansson, Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång (Uppsala 2020).

skadeståndsrättsliga principerna, som vi skadeståndsjurister vanligtvis vurmar för, inte alltid kan ge ordentlig stadga åt bedömningarna på området såsom vi kanske skulle önska.⁵ Åtminstone har det för mig blivit tydligare hur olika traditionella principer för att fastställa skadestånd ofrånkomligen överlappar varandra. Den överlappningen sker ofta i en sådan grad att det inte utan vidare går att slå fast att en viss princip alltid bör användas för en viss del av ersättningsbestämningen. Inte heller framstår det som en bra idé att alltid hålla sig till en ensam princip för att hantera hela problemet.

Det innebär emellertid inte att fastställandet av vissa typer av skadestånd måste bli hopplöst svårt, utan det för även med sig en mängd spännande möjligheter i fråga om ersättningsbestämningen. Den jurist som närmare studerar de olika verktygen som finns för att bestämma ersättningen och funderar på hur de förhåller sig till varandra får också bättre möjligheter att aktivt bygga en resonemangsstruktur kring olika skadestandsfrågor. I vart fall kommer sannolikt vissa skadestandsproblem som tidigare tett sig som hopplöst svårlösta att framstå som möjliga att ta sig an. Och kanske gäller det nu sagda inte enbart för immaterialrättsliga skadestånd.

Med det sagt kommer jag inte att kunna sammanfatta alla mina resonemang i avhandlingen på ett rättvisande sätt och jag kommer inte heller att försöka mig på något i den riktningen. I stället lyfter jag i det följande fram ett par utvalda ersättningsbestämningsaspekter, som jag själv uppfattar som både grundläggande och spännande.⁶ Fokus ligger därför i första hand på hur vi på ett mer övergripande plan kan *tänka* kring immaterialrättsliga skadestånd, snarare än hur vi ska gå till väga för att fastställa dem i olika situationer. Förhoppningsvis blir det därigenom tydligare varför frågeställningar av det mer traditionella slaget som rör kausalitet, adekvans, sannolikhetsövertikt, bevislättnad, skadedefinitioner och full ersättning inte utan vidare låter sig överföras på immaterialrättsområdet. De traditionella perspektiven kan visserligen användas för att behandla vissa aspekter av ersättningsproblemen, men som snart

5 Se även Andersson, Ersättningsbestämning vid icke-materiella intrång (I) – inledning om olika immateriella områden, intrång, skador och ersättningar. Artikel på InfoTorg Juridik publicerad den 15 april 2014. Andersson framhåller vikten av att inte "topprida" på de skadeståndsrättsliga koncepten, vilket enligt honom skulle kunna göra att vissa för området särartade och avvikande egenheter förbises i bedömningen.

6 Den läsare av Juridisk Publikation (JP) som vill få en bättre överblick över olika slags specifika immaterialrättsliga skadestånd och hur de ibland diskuteras rekommenderas att exempelvis läsa Engström, Full ersättning vid patentintrång – vinst eller förlust? (JP 1/2016), Hellberg, Skadestånd vid patentintrång (Stockholm 2014), Eltell & Radetzki, Skadestandsbedömning vid intrång i upphovsrätt (NIR 2005 s. 225 ff.) samt Pehrson, Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång. Några teoretiska och praktiska aspekter s. 449 ff., ur festskrift till Marianne Levin (Stockholm 2008).

kommer att framgå är det långt ifrån säkert att de klarar av att hantera alla de utmaningar som uppkommer när immaterialrättsliga skadestånd ska fastställas. Det innebär även att större tonvikt kan och bör läggas vid de faktorer för ersättningsbestämningen som anges i lagtexten.

2. DEN SKADESTÅNDRÄTTSLIGA TRESTEGSMODELLEN

Alla som någon gång har ställts inför skadeståndsrättsliga problem vet att det är brukligt att bryta ner bedömningen i vissa specifika moment.⁷ Inte sällan börjar vi med att (1) fastställa en ansvarsgrund. En sådan grund kan exempelvis utgöras av ett oaktsamt agerande. Ibland föreligger ett så kallat strikt ansvar, varför det varken krävs uppsåt eller culpa för att skadeståndsskyldighet ska föreligga. I nästa led brukar vi (2) fundera på ifall det finns ett tillräckligt orsakssamband mellan den ansvarsgrundande handlingen och den påstådda skadan. Det innebär att vi tittar både på det faktiska orsakssambandet och huruvida sambandet i fråga är adekvat. Om det finns en ansvarsgrundande handling och ett adekvat orsakssamband mellan handlingen och skadan brukar vi andas ut. Det enda som återstår är nämligen (3) att fastställa skadans storlek. I bästa fall kan vi då förlita oss på någon form av ekonomisk kalkyl som har gjorts av någon som är bättre på att räkna än vad jurister i allmänhet är. Kanske kan vi till och med använda oss av olika slags värderingsintyg. Och i värsta fall får vi väl göra någon form av skönsmässig uppskattning av skadans storlek, med hjälp av bevislätnadsregeln i 35 kap. 5 § rättegångsbalken. Givetvis kan det uppkomma krångliga värderingsfrågor, men den övergripande ordningen för att ta sig an problemen behöver knappast ifrågasättas.

Trestegsmodellen erbjuder en handfast och enkel struktur som gör det möjligt att behandla skadeståndsproblemen på ett mer eller mindre heltäckande sätt.⁸ Så länge det rör sig om den typen av sedvanliga skador som på något sätt yttrar sig på det fysiska planet brukar allt vara frid och fröjd. Men så snart vi ska närma oss icke-fysiska skador, i form av exempelvis ideella skador som inte låter sig värderas efter en allmän måttstock eller rena förmögenhetsskador, blir situationen en annan. Då kommer flera av de skadeståndsrättsliga principerna att bete sig annorlunda, även om det inte måste bli omedelbart uppenbart att principerna i fråga faktiskt gör olika saker beroende på den aktuella kontexten. Ytterst mynnar ju bedömningen alltid ut i ett ekonomiskt belopp, låt vara att detta även kan bli noll kronor, och det gäller oavsett om vi hanterar fysiska

7 Bedömningsmomenten förekommer ofta vid fastställandet av utomobligatoriska skadestånd men de kan så klart även dyka upp vid fastställandet av inomobligatoriska skadestånd.

8 Se särskilt Anderssons boktrilogi Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013), Gränsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) och Ersättningsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2017), som är uppbyggd kring den ifrågasättande tankemodellen.

sak- och personskador eller icke-fysiska konsekvenser till följd av ett immaterialrättsligt intrång. Vi jurister är visserligen ofta medvetna om att skada och skadestånd ytterst är rättsliga koncept, men vi är inte alltid särskilt uppmärksamma på vad det nu sagda förhållandet närmare för med sig när vi ska göra de konkreta skadeståndsbedömningarna.

För att tydliggöra vad jag menar med att samma skadeståndsrättsliga principer betar sig olika beroende på situation och skadetyper följer här tre exempel, som alla tar sikte på fastställandet av utomobligatoriska skadestånd. I sammanhanget bör särskild uppmärksamhet riktas på hur de olika principerna och frågeställningarna förhåller sig till varandra i de olika situationerna.

3. TRE TYPSSITUATIONER

A) Föreställ er en student som precis har fyndat åtta blomkrukor på Ikea för tio kronor styck. Halvvägs till lägenheten, i en snäv och dold kurva, cyklar studenten in i ett klaverinstrument⁹ som två flyttgubbar tillfälligt har ställt ner. Studenten voltar med cykeln och blomkrukorna slås i tusen bitar. Efter att vi har utrett de presumtiva ansvarssubjekten och huruvida det finns någon som omfattas av principalansvar går vi vidare och slår fast att flyttgubbarna har agerat försumligt, utifrån all den information vi har tillgänglig och som inte presenteras närmare här. Därefter undersöker vi orsakssambandet. Ganska snabbt kan vi konstatera att blomkrukorna inte hade förstörts där och då om flyttgubbarna agerat med den omsorg som vi har rätt att förvänta oss. Vidare framstår de förstörda blomkrukorna som en fullt påräknelig följd av det oaktsamma agerandet. Den som vill kan säkerligen förlora sig i filosofiskt inriktade resonemang om betingelser, alltings förgänglighet och de insikter som kvantmekaniken har fört med sig, men vi kommer sällan att behöva genomföra en så pass djuplodande orsaksprövning. Blomkrukorna har gått sönder för att flyttgubbarna klantade till det och ställde klaverinstrumentet på ett dumt ställe.

Ersättningsbestämningen kommer att göras utifrån 5 kap. 7 § skadeståndslagen (1972:207), och det enda som kan komma i fråga är att ersätta sakens värde. Priset på tio kronor per blomkruka gällde bara som ett tillfälligt reapris, och därför ligger det nog närmast till hands att utgå från det högre ordinarie priset om tjugo kronor per blomkruka. Det motsvarar återanskaffningsvärdet, och vi påminner oss om att den skadelidande ska försättas i samma ekonomiska läge som om skadan inte uppkommit. Med andra ord kan vi använda den så kallade differensläran för att ringa in den övergripande målsättningen med

9 "Piano" kanske ni tänker nu, men i det här fallet råkar det olyckligtvis vara en cembalo.

skadeståndet i den aktuella situationen.¹⁰ Mer spännande än så blir det inte. Frågorna om orsakssamband och skadeståndets storlek har kunnat behandlas separat utan att det har lett till några särskilda konstigheter.

B) Föreställ er sedan en person som utsätts för en kränkande handling, utan att personen i fråga är medveten om att handlingen har ägt rum.¹¹ Eftersom vi i sådana fall inte alls kommer att behandla frågan om personskada i form av psykiska besvär ligger hela fokuset för bedömningen på den ideella skadan. Efter att ha utrett att den kränkande handlingen utgör ett sådant brott som avses i 2 kap. 3 § skadeståndslagen kan vi slå fast att det finns en ansvarsgrund. Därefter tittar vi närmare på kausalitetsfrågan. Något orsakssamband finns kanske inte i sedvanlig mening, men så noterar vi att bestämmelsen föreskriver att ersättning ska utgå för den skada som kränkningen ”innebär”. Efter en genomgång av rättspraxis blir det också tydligt att bestämmelsen inte ska förstås som att det måste ha uppkommit några reaktioner från den som har utsatts för kränkningen.¹² Frågorna om kausalitet och adekvans blir därmed inte en del av bedömningen. Således är det även tydligt att vi inte ska sätta ner ersättningen bara för att vi inte hittar någon manifesterad skada i ersättningsbestämmelsledet.

Avsaknaden av ett traditionellt orsakssamband och frånvaron av en sedvanlig skada är i det här fallet två sidor av samma mynt, och ersättning ska uppenbarligen alltjämt utgå. I det här fallet kan vi återigen utgå från den vanliga restegsmodellen, men vi hoppar i sådana fall över steg två för att i stället göra en form av typiserad ersättningsbestämning, där individens upplevelser eller faktiska skada inte spelar in.¹³ Därmed kommer samma omständigheter som kvalificerade ansvarsgrunden att läggas till grund för ersättningsbestämningen. Så länge vi håller i minnet att den här formen av ersättning tar sikte på *kränkningen i sig* snarare än de *faktiska konsekvenserna* blir det också tydligt vilken roll, eller icke-roll, de tre bedömningsmomenten måste få.

C) Så har vi till slut kommit till det immaterialrättsliga exemplet. Föreställ er att studenten i det första scenariot lyckades filma hela det spektakulära händelseförloppet med en hjälmmonterad kamera. Studenten lägger upp filmen

10 Se vidare Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt s. 343 ff. (Stockholm 2018).

11 Ett exempel skulle kunna vara att en känslig bild på personen i fråga läggs ut på sociala medier.

12 Se särskilt NJA 2007 s. 540. Jfr uttalandena i prop. 2000/01:68 s. 48, som just i det här sammanhanget framstår som en smula ambivalenta. Avgörande i sammanhanget är även att de brott som grundar rätt till ersättning för kränkning enligt den aktuella bestämmelsen innefattar ett angrepp på den skadelidandes personliga integritet; se t.ex. NJA 2019 s. 607.

13 Jfr vidare prop. 2000/01:68 s. 49.

på Facebook, varpå den snabbt får en enorm spridning. Tack vare det upphovsrättsliga skyddet för filmen lyckas studenten inledningsvis tjäna pengar på de annonsintäkter som visningarna genererar på en av de stora plattformarna. Dessvärre sprids filmen även via en annan populär webbplats som är känd för att olagligen distribuera material, och mycket snart har studenten inte möjlighet att kontrollera och plocka ner de olika uppladdningarna. Drömmen om att slippa ta CSN-lån framstår plötsligt som avlägsen, varför studenten vill ha skadestånd av den eller de som kan hållas ansvariga.

Vi hoppar för enkelhetens skull över de olika frågorna kring huruvida exempelvis webbplatsägaren själv är ett ansvarssubjekt och tar oss direkt till trestegsmodellen.¹⁴ Den skadeståndsrättsliga ansvarsgrunden tillika ersättningsbestämmningsregeln återfinns i 54 § upphovsrättslagen. Ganska snabbt kan vi konstatera att upphovsrättsintrång har ägt rum. Den fråga vi nu ställer oss är vilken ekonomisk skada som studenten har drabbats av till följd av intrånget. Vår vana trogen gör vi en sedvanlig kausalitetsprövning och försöker att jämföra eventuell försäljningsstatistik. Problemet är bara att vi sannolikt får mycket svårt att avgöra om och i vilken utsträckning visningarna på den lagliga plattformen har gått ner till följd av de olagliga visningarna.¹⁵ Och då är scenariot ändå ovanligt renodlat, med ett fåtal aktörer och en unik immateriell rättighet.¹⁶ Vi kan så klart hoppas på att vår efterföljande utredning ska ge oss entydig visningsstatistik, där kurvorna enkelt går att tolka och där skiftningarna i antalet lagliga visningar är tydliga i förhållande till förekomsten av de olagliga visningarna. I de allra flesta fall kommer det inte att hända.

För att återgå till trestegsmodellen händer det något mer jämfört med i scenario A, precis som det gjorde i scenario B. Kausalitetsfrågan och frågan om skadans storlek sammanfaller med varandra, och de sammanfaller fullständigt. Att fråga sig *om* en viss händelse på marknaden alls har inträffat till följd av ett intrång är samma sak som att fråga sig om händelsen är en skada. Och att fråga sig *vilka* händelser som är skador är samma sak som att fråga sig hur *stor* skadan är.

14 Förutsättningarna för att innehavare av plattformar ska vara ansvariga behandlas i skrivande stund i de förenade målen C-682/18 och C-683/18 (YouTube), men i exemplet kan vi utgå från att skadeståndstalan givetvis riktar sig mot den eller de som domstolen anser får hållas ansvarig.

15 Jfr t.ex. RH 2013:27 (Pirate Bay), NJA 2011 s.270 (DeLaval) och MD 2013:19 (Blöjorna), som bara är toppen på isberget av en mängd fall där klargörande orsaksprövningar har varit mycket svåra att genomföra.

16 Dessutom avser intrångshandlingen hela den immateriella rättigheten och inget mer, till skillnad från alla de situationer där intrångsgörande element endast är en del av en produkt eller en marknadsföringskampanj.

Vid en vanlig sak- eller personskada är det praktiskt möjligt och oftast en bra idé att hålla isär frågorna.¹⁷ Så är inte fallet när den tänkta skadan saknar vad vi här kan kalla *fysiska demarkationslinjer*. När frågorna överlappar varandra på det sätt som beskrivs ovan skulle vi visserligen aktivt kunna välja att lägga all kraft på kausalitetsanalysen, för i sträng mening innebär det att vi samtidigt hanterar frågan om att identifiera skadan och utreda dess storlek. Den brännande frågan blir emellertid ifall kausalitetsperspektivet verkligen är det bästa verktyget för att hantera hela ersättningsbestämningsfrågan.¹⁸

Kausalitetsprövningen är nog egentligen allra lättast att genomföra i alla de situationer där vi har en skada som manifesterar sig på det fysiska planet. I de fallen kan vi gå tillbaka och fråga oss om skadan orsakades av den ansvarsgrundande handlingen. Därför kan kausalitetsprövningen ofta betraktas som ett slags facitlösning.¹⁹ Den innebär närmare bestämt att vi i själva verket inte prövar orsak och verkan, i sträng mening, utan att vi utgår från verkan för att sedan ta oss till orsaken. På ett visuellt plan skulle man kunna föreställa sig två punkter där den ena utgör verkan och den andra orsak, som båda är tydligt avgränsade. Frågan blir då om det går att dra en linje från verkan tillbaka till orsaken. De prövningarna brukar i många fall vara fullt möjliga att göra, låt vara att flera bevisproblem givetvis kan uppkomma som i sin tur måste hantearas. I de situationerna är kausalitetsperspektivet hur som helst ett oumbärligt problembehandlingsverktyg.

När vi däremot endast har en orsak, i form av ett immaterialrättsligt intrång, men de möjliga effekterna på marknaden inte går att identifiera före själva kausalitetsanalysen, blir bedömningen desto svårare att genomföra på ett tillfredsställande sätt.²⁰ I stället för att endast avgöra förhållandet mellan två

17 I scenario A behöver vi exempelvis inte fundera närmare på om de små sakerna på marken är skärvor av den trasiga blomkrukan eller om det rör sig om något annat gammalt skräp.

18 Jfr även Schultz, Orsaksbedömningar vid skadestånd för otillbörlig marknadsföring ur *Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016* s. 510 (Stockholm 2017), angående att orsaksfrågan inte på egen hand kan avgöra skadestandsfrågan.

19 Se Carlsson, *Arbetskada* s. 282 f. (Stockholm 2008).

20 Till det nu sagda kommer även normativa bedömningsmoment som följer av att kausalitetsfrågan och differenstagningen överlappar varandra. Jag kommer inte att gå djupare in på dem här, men en viktig fråga är vad som menas med själva intrånget som orsak. För att göra en orsaksprövning måste vi föreställa oss vad som hade hänt om intrånget inte hade ägt rum, och frågan blir därför vilken situation vi avser. Ska vi jämföra med en situation där det intrångsgörande objektet inte alls hade funnits i sin helhet eller ska vi jämföra med ett objekt som hade en annorlunda utformning som inte utgjorde intrång? Beroende på vad vi väljer att jämföra med kommer orsaksprövningen att bli annorlunda. Se också Andersson, *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten* s. 310 (Uppsala 2017). I det nu aktuella fallet ligger det visserligen nära till hands att tänka bort videon som helhet, men bedömningen blir inte lika självklar när det intrångsgörande elementet utgör en integrerad del

distinkta händelser behöver vi starta vid intrånget, för att sedan bedöma på vilket sätt det har påverkat samtliga observerbara skeenden på marknaden och därtill hur utvecklingen kommer att bli i framtiden. I bästa fall kan vi göra vissa allmänt hållna antaganden, men det kommer sällan bli fråga om en kausalitetsprövning värd namnet.

Även om kausalitetsperspektivet visserligen ger oss en logiskt riktig form för att tänka kring immaterialrättslig skada blir det på det här sättet tydligt varför det inte går att basera hela bedömningen på själva orsaksfrågan, om vi vill avgöra om ersättning ska utgå och hur stor den i sådana fall ska vara. Frågan blir då vilka andra verktyg som finns att tillgå, för att komplettera det renodlade kausalitetsperspektivet, när immaterialrättsliga skadeståndsfrågor ska behandlas.

4. ADEKVAT KAUSALITET

När det är svårt att fastställa det faktiska orsakssambandet framstår det som lockande att hoppa över de krångliga leden, för att i stället gå direkt på adekvansfrågan och likställa adekvansen vid den faktiska kausaliteten. Att göra en adekvansprövning är i de flesta fall betydligt enklare än en faktisk utredning om orsak och verkan. Bedömningen skulle emellertid bli alltför grovhuggen och den skulle dessutom missa ett flertal viktiga aspekter.

Vi kan visserligen göra *antaganden* och *typisera* bedömningen inom ramen för den vanliga kausalitetsprövningen, vilket ofta kan vara en nödvändighet, men adekvansläran tar sikte på någonting annat. Den ska skära bort skadeföljder som framstår som alltför avlägsna eller av andra skäl inte anses tillräckligt relevanta för att ersättning ska utgå.²¹ För att avgöra om skadan låg i farans riktning måste vi först ha identifierat en skada till följd av intrånget, och när vi väl har gjort det borde svaret alltid bli att ekonomiska och ideella skador till följd av intrånget ska betraktas som adekvata. Med andra ord kan vi konstatera att eventuella sakskador eller fysiska personskador inte ska ersättas, men den typen av skador uppkommer hur som helst knappast till följd av immaterialrättsliga intrång.²² Trots att adekvansen utgör ett obligatoriskt bedömningssteg har den sällan särskilt mycket att tillföra den immaterialrättsliga skadeståndsbedömningen.²³

i en produkt. Jfr vidare Rogstad & Stenvik, *Hva er immaterialretten verd? Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelseser* s. 29 ff., ur festskrift till Peter Lødrup (Oslo 2002). Särtryck. Se även Johansson, *Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång* s. 327 ff., där jag resonerar mer utförligt kring den nu aktuella frågeställningen.

21 Se t.ex. Hellner & Radetzki s. 197 (Stockholm 2018) och Andersson, *Skyddsändamål och adekvans* s. 98 (Uppsala 1993).

22 Jfr däremot icke-fysiska, psykiska, personskador som ska beaktas inom ramen för den ideella ersättningen.

23 Jfr emellertid NJA 2019 s. 9 (Hela Pharma), där Högsta domstolen använde adekvansläran

5. SANNOLIKHETSÖVERVIKT

När det är svårt att genomföra fullständiga kausalitetsbedömningar på ett tillfredsställande sätt finns det däremot en möjlighet att tillämpa en form av allmän *bevislättnad* för just orsakssambandet. Man talar i sådana fall om att det ska föreligga övervägande sannolikhet för att en viss skada har orsakats av den ansvarsgrundande handlingen, alternativt att en orsaksförklaring ska framstå som klart mer sannolik än övriga förklaringar vid en samlad bedömning. Med andra ord krävs inte att ett orsakssamband ska vara *visat*.

En tillämpning av sannolikhetsöverviktsbedömningar är något som har etablerats genom rättspraxis på ett flertal områden och i en mängd olika situationer.²⁴ Vid exempelvis miljöskador finns numera även en uttrycklig bestämmelse om sannolikhetsövervikt i 32 kap. 3 § miljöbalken (1998:808). För personskador återfinns en motsvarande bestämmelse i patientskadelagen (1996:799). Sannolikhetsövervikt är alltså ett väletablerat verktyg för att behandla orsakssamband. Bevislättnad har sannolikt även bidragit till att göra det praktiskt möjligt att processa om ersättning på flera områden, låt vara att sannolikhetsövervikt i sträng mening innebär att vissa bedömningssteg inte görs lika noggrant eller till och med kan förbises i vissa fall.

Sannolikhetsövervikten verkar ha fått starkast fäste på områden där skadorna i första hand har en fysisk karaktär, men principen har även tillämpats på bedömningar kring ren förmögenhetsskada.²⁵ Frågan är om det inte i de fallen behövs viss försiktighet eller i vart fall förståelse för hur frågorna om orsakssamband och skadans existens och storlek hänger samman. Med tanke på att frågorna överlappar varandra skulle en överbetoning på kausalitetsperspektivet och en övertro på sannolikhetsöverviktsverktyget riskera att slå ut alla andra frågor som är så viktiga för att fastställa den samlade ersättningens storlek. Det gäller inte minst på immaterialrättsområdet.

för att slå fast att skador som inträffat i utlandet till följd av ett senare upphävt interimistiskt förbud inte skulle ersättas. Vid sedvanliga immaterialrättsliga intrång skulle det visserligen vara möjligt att göra snarlika bedömningar, även om bedömningar av det nu sagda slaget knappast skulle ge vägledning för ersättningsbestämningen i stort. I stället handlar det om att på ett principiellt plan slå fast ifall negativa ekonomiska konsekvenser i utlandet ska ersättas i en svensk talan eller om parterna, underförstått, förväntas processa i respektive land.

24 Se t.ex. NJA 1952 s. 104, NJA 1977 s. 176 och NJA 1981 s. 622.

25 Se t.ex. MD 2013:19 och Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål T 4207-10 från den 15 augusti 2013 (även känd som Prosolvía-domen). I de båda nu angivna fallen kan det för övrigt ifrågasättas om tillämpningen av sannolikhetsövervikt egentligen bidrog till att underlätta ersättningsbestämningen.

Om alla ersättningsbestämningsproblem på immaterialrättsområdet omvandlades till frågor om orsakssamband skulle man snart tvingas konstatera att det fanns alltför stora svårigheter med att upprätthålla den sedvanliga bedömningsstandarderna. Och om man därefter tillämpade någon form av bevislättnad för orsakssambandet skulle det i praktiken kunna innebära att någon egentlig bedömning inte gjordes. Därför är det viktigt att frågan om skadans och i förlängningen ersättnings storlek, snarare än orsakssambandet som sådant, alltid får en särskild behandling oavsett vad man har kommit fram till i fråga om kausaliteten. Annars skulle ersättningsbestämningsproblemen löpa en avsevärd risk att reduceras till frågan om hur pass sträng, eller för den delen snäll, domstolen ska vara mot käranden i den givna situationen.

En processföring från parterna som anpassades efter den frågan skulle minst sagt bli märklig och riskera att leda till onödigt svåra tillika abstrakta bedömningsfrågor, vilket i sin tur skulle mynna ut i bedömningar av det mer godtyckliga slaget. Det nu sagda gör också att ett större fokus måste läggas på de *materiella bestämmelserna*, som fokuserar på hur själva ersättningsbestämningen ska gå till, och de bestämmelserna ska vi snart titta närmare på. Möjligheten att använda sig av bevislättnad för själva orsakssambandet kan givetvis alltså tjäna som en påminnelse om att alltför stränga krav inte kan uppställas på att bevisa ett orsakssamband till samtliga påstådda händelser på marknaden, men det betyder inte att hela skadestandsfrågan bör avgöras med resonemang om sannolikhetsövertikt.

6. BEVISLÄTTNADSREGELN

Bevislättnadsregeln i 35 kap. 5 § rättegångsbalken syftar bland annat till att göra det möjligt för domstolen att göra en skälighetsuppskattning i de situationer där det är omöjligt eller orimligt svårt att få kännedom om den verkliga skadan.²⁶ Enligt förarbetena till de immaterialrättsliga ersättningsbestämmelserna syftar regeln till att förhindra det oskäligen resultatet att domstolen ogillar ett framfört skadestandskrav därför att full bevisning om skadans omfattning eller värde inte är möjligt att förebringa.²⁷ Med andra ord ska regeln inte ge någon bevislättnad i största allmänhet, utan de sänkta beviskraven ska avse de omständigheter som framstår som särskilt svåra att utreda.²⁸

Immaterialrättsliga skador är ofta mycket svårutredda. Att avgöra hur mycket utebliven försäljning som har uppkommit till följd av ett intrång och att få

26 Se Hager, Värderingsrätt s. 333 (Stockholm 1998).

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

28 Jfr vidare NJA 1986 s. 398, NJA 2005 s. 180 (Formsprutarna) och NJA 2017 s. 9 (Hela Pharma).

visshet kring statistiskt material har visat sig närmast omöjligt i ett flertal situationer.²⁹ Frågan om skadans storlek och frågan om differens och orsakssamband, som tidigare har behandlats här, sammanfaller ju på immaterialrättsområdet. Dessutom har det närmast varit uteslutet att göra tillförlitliga värderingar av värdet på en immateriell rättighet före respektive efter intrånget, vilket inte minst är kopplat till de nyss nämnda svårigheterna med att fastställa vilka konsekvenser ett intrång har haft på marknaden. Därför kan det kanske framstå som om bevislätnadsregeln är räddningen så snart det handlar om immaterialrättsliga skadestånd.

Dessvärre är bevislätnadsregeln inte särskilt lämpad att agera som en ersättningsbestämmningsregel. Enligt bestämmelsen får domstolen göra en skälighetsuppskattning, men det framgår inte hur den uppskattningen ska gå till. I sträng mening innebär bevislätnadsregeln snarare att någon bedömning inte alls ska göras, när det är alltför svårt att göra den. De närmare principerna för hur ersättningsbestämningen ska gå till återfinns alltså inte i den generellt utformade bevislätnadsregeln, utan passande nog finns det materiella bestämmelser i de immaterialrättsliga lagarna och i sanktionsdirektivet³⁰ som åtminstone på ett tydligare sätt pekar ut de omständigheter som ska vägas in när ersättningsens storlek bestäms.

De materiella bestämmelserna får så klart inte åsidosättas, men bevislätnadsregeln kan tjäna som ett *komplement* till dem. Som exempel skulle bevislätnadsregeln kunna användas för att överbrygga vissa hål i utredningen, om domstolen kommer fram till att det vore orimligt att kräva bevisning för en viss omständighet.³¹ Regeln skulle även kunna tillämpas analogt på sådana omständigheter som ska beaktas vid ersättningsbestämningen, trots att de inte har någon omedelbar koppling till skadan. Däremot kan en ren skälighetsuppskattning, och i praktiken avsaknaden av en närmare bedömning, aldrig fungera som ett substitut för ersättningsbestämningen i sin helhet och den samlade bedömning som ska göras på immaterialrättsområdet enligt de rådande bestämmelserna. Precis som när det kommer till sannolikhetsövertikt får bevislätnadsregeln inte bli en ursäkt för att slippa göra ordentliga bedömningar, bara för att vi befinner oss på ett område där rena skadeberäkningar är mycket svåra att göra.

29 I själva verket skulle i princip varje fall som behandlar immaterialrättsliga skadestånd kunna tjäna som illustrativa exempel, men för några särskilt belysande exempel ur rättspraxis, se t.ex. NJA 1988 s. 183, NJA 1988 s. 543, NJA 2011 s. 270 och RH 2013:27 (Pirate Bay). Jfr även de marknadsföringsrättsliga domarna MD 2001:16 och MD 2013:19.

30 Art. 13 i direktiv 2004/48/EG.

31 Se t.ex. NJA 2017 s. 9.

7. SKADEBEGREPPET

Om nu frågorna om skadans befintlighet, orsakssamband och storlek överlappar varandra och flyter ihop borde det vid det här laget anses klarlagt att det går att lägga olika mycket tonvikt vid de olika perspektiven. Det i sig ger problemhanteringen olika förutsättningar vilket i sin tur skulle kunna leda till olika resultat. Men om alltför mycket fokus på just orsakssambandsfrågorna riskerar att mynna ut i icke-bedömningar, vilket även är fallet om storleksfrågan görs till en renodlad beräkningsfråga, kanske vi kan hitta mer vägledning för bedömningen genom att rikta blicken mot själva skadebegreppet som sådant. Vore det inte praktiskt om vi kunde åstadkomma en välavvägd ersättningsbestämning genom en närmare förståelse av själva skadebegreppet?

När det kommer till den *ideella* skadan blir skadedefinitionen avgörande för ersättnings storlek. En bredare förståelse kommer att leda till högre ersättning, medan en snävare förståelse leder till det motsatta resultatet. Anledningen till att det begreppsliga perspektivet blir helt avgörande är att det just i fråga om ideell skada inte finns några andra perspektiv eller ersättningsbestämningssverktyg som kan komma in och ta över eller modifiera ersättningen. Om den ideella skadan till följd av ett intrång i ett patent eller ett upphovsrättsligt skyddat verk värderas till, och därmed definieras som, 10 000 kronor med hänsyn till de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet så kommer givetvis ersättningen i den delen också att bli just 10 000 kronor.

Ideell skada är nämligen just en sådan skada som inte kan värderas i pengar efter en allmän måttstock.³² Det medför även att all ersättningsbestämning som tar sikte på den ideella skadan oundvikligen innebär en definitions- och översättningsoperation där icke-ekonomiska omständigheter omvandlas till en ekonomisk ersättning. Att därefter göra något mer såsom att tillämpa olika allmänna principer, som alla är avpassade för en tänkt verklig ekonomisk skada, skulle oundvikligen leda till missvisande resultat. Om de sedvanliga verktygen för ersättningsbestämning ändå ska användas i fråga om ideell skada, bör de i sådana fall göras i ett tidigare led med avseende på eventuell personskada i form av exempelvis psykologiska besvär som därefter alltså måste omvandlas till ett lämpligt ekonomiskt värde.³³

32 Se t.ex. Andersson, Ekonomisk-ideell skada s. 9, ur festskrift till Nils Nygaard (Bergen 2002). Se även Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten s. 264 (Uppsala 2017).

33 Jfr mål C-99/15 (Liffers), där EU-domstolen uttalade att den ideella skadan ska ersättas i den mån den är styrkt. Uttalandet kan förstås på olika sätt, och beroende på hur den ideella skadan definieras kommer det kunna bli aktuellt att styrka vissa konkreta omständigheter som sedan kopplas till den ideella skadan. Därför skulle det även kunna bli aktuellt att tillämpa vissa kausalitetsmodeller på sambandet mellan intrånget och det påstådda lidandet, även om de modellerna av naturliga skäl sannolikt måste hållas rudimentära och bygga på antaganden som mer eller

Vad gäller då i fråga om skadebegreppet och den *ekonomiska* skadan? Den som redan nu har funderat över de omständigheter som särskilt ska beaktas vid ersättningsbestämningen på immaterialrättsområdet har nog noterat att utebliven vinst och skada på rättighetens anseende³⁴ passar bäst in på ett traditionellt skadebegrepp, medan intrångsgörarens vinst och rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås avviker från de mer traditionella tankarna om skada. Med tanke på att de materiella bestämmelserna redan pekar ut vilka omständigheter som ska beaktas, uppkommer frågan ifall ett mer allmänt hållet skadebegrepp skulle kunna tjäna som vägledning för ersättningsbestämningen. Även om all tillgänglig vägledning och inspiration givetvis kan vara bra på ett område där oklarheterna kan uppfattas som många och betydande, framstår det som osannolikt att ett allmänt hållet skadebegrepp skulle kunna bli vägledande för ersättningsbestämningen på området. Närmare bestämt skulle det knappast bidra med någon användbar förståelse för hur vi kan ta oss an ersättningsbestämningens problemen. Ett sådant begrepp skulle nämligen behöva förstås som att skada är alla negativa ekonomiska konsekvenser som har drabbat rättighetshavaren och rättigheten, och blir därför så pass brett att det endast tjänar som en erinran om att det just inte bör snävas av.³⁵ Det är alltså svårt att finna någon form av närmare konkretisering i förståelsen av skada genom att utgå från själva skadebegreppet, och de eventuella problemen kring bevisning och orsakssamband kommer alltså att kvarstå.

8. PRINCIPEN OM FULL ERSÄTTNING

I förarbetsuttalandena till de nuvarande bestämmelserna om immaterialrättsliga skadestånd anges att rättighetshavaren ska tillförsäkras möjligheten till full ersättning efter ett intrång.³⁶ Således ska man vid ersättningsbestämningen sträva efter att *undvika under- och överkompensation*. Principen om full ersättning för sannolikt tankarna tillbaka till skadebegreppsperspektivet. Ett uppreparande av mantrat ”inte för mycket och inte för lite” kommer knappast att vara klagörande för den närmare ersättningsbestämningen, på ett område där det inte bara är mycket svårt att utreda samtliga negativa ekonomiska konsekvenser utan där även en mängd andra omständigheter än den traditionella ekonomiska skadan ska färga ersättningsens storlek. I de nyss angivna förarbetsuttalandena anges visserligen att ersättningen inte ska uppgå till mer än den faktiska skadan, vilket åtminstone kan tjäna som en markering mot att

mindre hålls på ett typiserat plan.

34 På åtminstone varumärkesområdet ligger s.k. renomméskada närmast till hands.

35 Detsamma händer ifall vi försöker att förstå skada utifrån förlustbegreppet. Jfr t.ex. Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt s. 343 (Stockholm 2018) och Ussing, Erstatningsret s. 134 (Köpenhamn 1962).

36 Se prop. 2008/09:67 s. 230.

domstolen dömer ut belopp på rent godtyckliga grunder. Ibland kan man se påståenden i immaterialrättslig litteratur som närmast tangerar uppfattningen att skadestånden ofta är för låga i förhållande till den verkliga skadan,³⁷ men problemet är att det inte går att veta vad den verkliga skadan i själva verket var, vilket också är den primära katalysatorn för problemen med att bestämma ersättningen på området.

Att domstolen däremot ska beakta en mängd omständigheter och att den måste göra en mängd antaganden och uppskattningar framstår som tydligt redan vid en läsning av den svenska lagtexten. Det blir dessutom tydligare vid en jämförelse med direktivtexten att ersättningsbestämningen i praktiken ofta förutsätter att olika typiseringar görs, vilket innebär att det kommer finnas ett glapp mellan den i strikt mening bevisade kausala skadan och ersättningen. Vad en domstol sannolikt däremot inte får göra är att medvetet utdöma en ersättning som överskrider den faktiska skadan, när denna för ovanlighetens skull har gått att utreda, eller på godtyckliga grunder sväva i väg så pass mycket att det ändå framstår som tydligt att domstolen har gått utöver vad som framstår som den sannolika skadan. I sådana fall kan det röra sig om rättsmissbruk, vilket inte är tillåtet enligt sanktionsdirektivet.³⁸

I övrigt är det mycket svårt att komma fram till några användbara slutsatser kring hur erinrandet om över- och underkompensation skulle kunna bli omedelbart vägledande för den närmare ersättningsbestämningen.³⁹ Full ersättning och under- och överkompensation är helt enkelt alltför generella och intetsägande uttryck. Saken hamnar inte heller i ett nytt ljus om vi försöker att tillämpa differensläran, som egentligen bara säger att vi ska försätta den skadelidande i samma ekonomiska situation som om den ansvarsgrundande handlingen inte hade inträffat.⁴⁰ I stället kan termerna förstås i olika kontextuella avseenden, vilket gör att vi exempelvis kan betrakta full ersättning

37 Se t.ex. Hamilton, Ersättning för verklig skada vid varumärkesintrång s. 494 f. (NIR 2017 s. 468 ff.)

38 Jfr vidare EU-domstolens uttalanden i mål C-367/15 (OTK).

39 Se Borgenhäll, Reparation vid varumärkesintrång s. 160 (NIR 2000 s. 153 ff.), som uttrycker uppfattningen att skadestånden på området präglas av en rädsla för att överkompensera. Just i det avseendet skulle man visserligen kunna försöka att använda det motstående påpekandet om att man heller inte får underkompensera, för att ingjuta en motsvarande och uppvägande rädsla för alltför låga skadestånd, men mycket längre än så kommer man nog inte.

40 Se vidare Persson, Skada och värde s. 92 (Lund 1953), Stang, Erstatningsansvar s. 288 f. (Oslo 1927) och Hellner & Radetzki, Skadestånd s. 343 (Stockholm 2018). Att repetera denna klassiska fras kan kanske vara bra om man nu exempelvis skulle glömma bort vad som avses med skada och att ersättning även ska utgå för utebliven försäljningsökning, vilket även skulle kunna yttra sig i form av uppåtgående försäljning som alltjämt sannolikt skulle ha varit ännu större om det inte varit för intrånget i fråga.

som en påminnelse om att mer än den faktiska *ekonomiska* skadan ska ersättas.⁴¹ Därutöver kan full ersättning förstås i bemärkelsen ”ojämka ersättning”,⁴² vilket i vissa fall påminner oss om att skadeståndet inte utan vidare bör jämkas ner enligt de allmänna bestämmelserna i skadeståndslagen trots att de har en öppen formulering.

I en bredare mening tjänar full ersättning även som en erinran om att samtliga relevanta faktorer alltid ska beaktas vid ersättningsbestämningen, varför den inte får ske på för snäva grunder. Även om det är närmast omöjligt att visa att ett skadeståndsbelopp är för lågt i förhållande till den verkliga skadan, blir det i stället aktuellt att fråga sig om ett ersättningsbelopp har satts för lågt i förhållande till de faktorer som ska vägas in vid själva ersättningsbestämningen. För att hitta grunderna för fastställandet av skadestånd måste vi alltså titta på de särskilda reglerna för ersättningsbestämningen och inte bara utgå från de allmänna principerna. Således har vi slutligen kommit till de kanske mest centrala av de verktyg som finns för fastställandet av immaterialrättsliga skadestånd, som alla bedömningar i själva verket bör ta avstamp i.

9. ERSÄTTNINGSBESTÄMNINGSFAKTORERNA

Till syvende och sist ska immaterialrättsliga skadestånd fastställas med hänsyn till bland annat rättighetshavarens uteblivna vinst, skadan på rättighetens anseende, intrångsgörarens vinst, den ideella skadan och rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås. Inledningsvis frågade jag mig vad det nu sagda innebär för ersättningsbestämningen. Jag skulle vilja framhålla just det som vid en första anblick framstår som mer eller mindre självklart: *De faktorer som anges ska faktiskt vägas in så att de färgar ersättningens storlek.*

Den som åtminstone är lätt bekant med skadestånds- och bevisrättslig problemhantering skulle kunna hävda att de nu sagda är en sanning med modifikation. Det är givetvis fullt möjligt att läsa lagtexten på olika sätt beroende på hur traditionellt skadeorienterad man är. Om vi hela tiden försöker att koppla de angivna faktorerna till renodlad ekonomisk skada kommer de att te sig annorlunda. Närmare bestämt framstår det då som om vissa av faktorerna passar väldigt illa in i den tänkta skadeståndsrättsliga systematiken, varför de också kommer att tonas ner rejält i problembehandlingen. Om intrångsgörarens vinst och rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås bara ska beaktas i den mån de motsvarar den faktiska skadan, är det nog bättre att helt tänka bort de faktorerna. I praktiken skulle faktorerna endast undantagsvis

41 Se t.ex. EU-domstolens uttalanden i mål C-99/15 (Liffers), om att ersättningen även alltid måste omfatta den ideella skadan som har uppkommit till följd av intrånget.

42 Se prop. 1985/86:86 s. 30.

kunna kopplas till rättighetshavarens ekonomiska skada, och i sådana fall blir det ändå inte möjligt att omsätta dem som självständiga omständigheter. I själva verket skulle vi till och med kunna sortera in alla skadekategorier under utebliven vinst och ideell skada, med tanke på att även anseendeskada är en variant av framtida utebliven vinst.

Så snart vi påminner oss om att skadestånd utöver att *reparera* även syftar till att fylla en *preventiv* funktion, och att denna funktion även framhålls i det bakomliggande sanktionsdirektivet,⁴³ hamnar emellertid saken i ett nytt ljus. Åtminstone blir det lättare att förstå varför vi både får och bör beakta en mängd olikartade omständigheter. Vissa av omständigheterna framstår som rent reparationsbetonade medan andra har en tydligare preventiv prägel, varför de ger oss ytterligare hållpunkter för de otaliga situationer där det inte riktigt går att avgöra storleken på den verkliga skadan.

En ofrånkomlig följd är att omständigheterna som anges i lagtexten inte låter sig omvandlas till separata skadeposter som kan beräknas var och en för sig för att i nästa led adderas ihop. För hur sätter man ett exakt värde på preventionsintresset jämte reparationsintresset och hur räknar man på intrångsgörarens vinst i förhållande till rättighetshavarens skada? I stället för att separera och addera bjuder den rådande systematiken in till att göra en samlad bedömning av samtliga relevanta omständigheter. Beroende på det enskilda fallet kommer intrångsgörarens vinst liksom preventionsintresset att kunna väga olika tungt, och hur mycket vikt man fäster vid de omständigheterna kan också komma att bli beroende av hur mycket utredning det har varit möjligt att lägga fram om rättighetshavarens skada.⁴⁴ Därför sker oundvikligen en *förskjutning* från det rena skadeberäkningsperspektivet mot ett mer allmänt ersättningsorienterat förhållningssätt, även om det fortfarande blir viktigt att i första ledet noga utreda omständigheterna som kan kopplas till varje enskild faktor. Det är först i nästa led som den samlade avvägningen måste göras, men det betyder att

43 Se särskilt art. 3.2, om att sanktionerna som föreskrivs i direktivet ska vara avskräckande.

44 Se t.ex. prop. 1985/86:86 s. 44. Jfr emellertid uttalandena i prop. 2008/09:67 s. 230, där ersättningsbestämningens faktor beskrivs som ett klargörande av att den uteblivna vinsten ibland kan beräknas utifrån intrångsgörarens vinst. Om de senare uttalandena lästes motsatsvis skulle det i praktiken innebära att intrångsgörarens vinst reducerades till ett hjälpverktyg i förhållande till just utebliven vinst, och i sådana fall skulle omständigheten i fråga sakna självständig betydelse. En sådan läsning framstår som mycket snäv. Angående intrångsgörarens vinst som ersättningsbestämningens grund, se vidare Bernitz, Om rätt till ersättning för obehörig vinst – särskilt i europarättsligt och immaterialrättsligt perspektiv s. 23 f., ur festskrift till Gertrud Lennander (Stockholm 2010). Jfr även Hellberg, Skadestånd vid patentintrång s. 181 (Stockholm 2014).

varje faktor faktiskt tillåts att färga den slutliga ersättningen, och det gäller alltså även för de faktorer som inte direkt kan härledas ur tanken om ekonomisk skada i form av utebliven vinst och anseendeskada.

10. AVSLUTNING

Vill vi kategorisera själva skadan på immaterialrättsområdet skulle vi nog vara tvungna att beteckna den som en form av hybrid som inte riktigt går att definiera på ett bra sätt, men tittar vi i stället på ersättningsbestämningen kan vi konstatera att den inte behöver kategoriseras under ett samlat begrepp. I stället bör vi alltså hålla i minnet att ersättningsbestämningen innehåller komponenter som inte alltid är likriktade eller ens kompatibla med varandra. Det skapar en mångfald i ersättningsbestämningen som sannolikt kan upplevas som spretig, men det ger å andra sidan ett stort mått av frihet som medför att både reparativa och preventiva hänsyn ska vägas samman. Vidare innebär det att det inte går att hitta det korrekta eller perfekta ersättningsbeloppet i varje enskilt fall, som utgör den perfekta avvägningen mellan olika målsättningar eller som svarar mot en viss utslagsgivande princip på området.

För vissa personer som skulle föredra enkla och entydiga principer framstår det nu sagda kanske som jobbigt och svårhanterligt. För mig personligen har förhållandena på området gett upphov till mångårig huvudvärk, men till slut har jag mer eller mindre varit tvungen att omfamna alla de variationsmöjligheter som finns. Och helt ärligt kan jag i dag säga att jag uppskattar den dynamik som finns när det kommer till fastställandet av immaterialrättsliga skadestånd, för utan den skulle problemen på området knappast kunna betraktas som normativa eller ens juridiska. Dessutom finns det alltså en mängd konkreta hållpunkter som det går att ta fasta på vid ersättningsbestämningen. De hållpunkterna blir inte mindre konkreta bara för att det inte är möjligt att använda de olika principerna och ersättningsbestämningfaktorererna för att med visshet fastställa skadeståndet till det exakta, perfekta eller annars korrekta, beloppet på kronan och öret.

Ekonomiska beräkningar kommer även fortsättningsvis att utgöra en viktig del av ersättningsbestämningen på immaterialrättsområdet, liksom för en mängd andra skadestandsformer. Men precis som på skadestandsområdet i stort blir det allt viktigare att kunna hantera fler verktyg än de som omedelbart kan kopplas till skadeberäkning i sin renaste form. Uppskattningar, typiseringar, skönsmässiga bedömningar och normativa överväganden och vägval behöver inte bara vara ett nödvändigt ont som vi tillgriper när de ekonomiska verktygen inte räcker till. När vi vänjer oss vid att hantera fler slags verktyg kommer

ersättningsbestämningen att berikas med fler perspektiv och fler möjligheter att åstadkomma mer nyanserade och välavvägda bedömningar. Det råder inga tvivel om att ersättningsbestämningen på immaterialrättsområdet går att utveckla vidare och att den även kan göras mer handfast inom ramen för den befintliga lagstiftningen, men det förutsätter att vi också aktivt tar ställning till fler aspekter än de rena beräknings- och kausalitetsproblemen. 🙌