

Strikt ansvar vid interimistiska beslut om förbud och frågan om den skadelidandes skyldighet att vidta skadebegränsningsåtgärder – särskilt vid immaterialrättstvister

JAN KLEINEMAN*

Skadeståndsrättens regler kan uppträda på många olika ställen i rättsordningen och liksom det straffrättsliga regelverket innefattar lagstiftarens eller prejudikatinstansens beslut att t.ex. införa vidgat skydd med stöd av culparegeln ett ställningstagande för att effektivisera regelefterlevnaden. Att Högsta domstolen under senare år ibland vidgat culparegelns tillämpningsområde vid t.ex. ren förmögenhetsskada är blott ett bland flera exempel på sådan ansvarexpansionism.¹ Mera sällan tillåter sig HD eller för den delen lagstiftaren att införa strikt skadeståndsansvar eftersom ett sådant ansvar ofta upplevs som extremt strängt och svårt att skydda sig mot genom t.ex. försäkringslösningar.

För att effektivisera det processrättsliga regelverket tillgriper ibland lagstiftaren skadeståndsrätten som metod för att hantera spelreglerna mellan parterna i t.ex. civilprocessen. Bestämmelsen i RB 35:5 får väl antas vara en sådan regel som avser att motverka rättsförluster på grund av bevisrättens formella krav.

En regel av helt annat slag återfinns i utsökningsbalkens 3 kap. 22 § som i nu relevant hänseende har följande föreskrifter:

”Upphävs en exekutionstitel, skall sökt verkställighet omedelbart inställas.”

* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tillika ordförande för det vetenskapliga rådet vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Jfr Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga?, i SvJT 2003 s. 1319 ff.

samt

”Sökanden är även skyldig att ersätta skada som svaranden har lidit genom verkställigheten.”

Den bestämmelsen tar således sikte på att skydda den som drabbas av t.ex. ett interimistiskt beslut och används tydligen tämligen frekvent inom immaterialrätten för att hindra ”konkurrenter” från att göra sig skyldiga till immaterialrättsintrång genom att i avvaktan på att den immaterialrättsliga huvudfrågan blir slutligt avgjord motverka skada i form av förlorade intäkter på grund av det uppgivna intrånget.

Visserligen kan den mer försiktige immaterialrättshavaren nöja sig med att framställa skadeståndsanspråk, men man kan kanske föreställa sig att motparten som fortsätter att bruka den ifrågasatta immaterialrätten kan komma att sakna betalningsförmåga när väl intrångsfrågan är slutligt avgjord och det kan då framstå som mer effektivt att förhindra intrånget redan genom ett interimistiskt förbud.

Risken med att vidtaga denna eljest så effektiva åtgärd är naturligtvis att om man felbedömt påståendet om intrång och således genom det lägre beviskrav som uppställs för ett interimistiskt förbud istället riskerar att bli skadeståndsskyldig enligt just UB 3:22 där ju ansvaret är strikt och således gäller oberoende av vårdslöshet, samt dessutom omfattar all förmögenhetsskada, även ren förmögenhetsskada, att istället själv hamna i den besvärliga situationen att man under processens gång arbetar upp ett stort skadeståndsansvar gentemot den som drabbats av förbudet.²

I 1990 års köplag finns en uttrycklig bestämmelse i 70 § 1 st. av innebörd att den skadelidande är skyldig att vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Som påpekats av Håstad³ rör det sig om en ”gammal generell, skadeståndsrättslig princip”, men ”som ansetts så viktig att den bör komma till uttryck i köplagen.” Det kan därvid tyckas anmärkningsvärt att den inte är uttryckt också i skadeståndslagen. Man kan emellertid även se saken så, att den som inte begränsat sin skada härigenom medverkat till densamma genom eget agerande och kan då räkna med att skadeståndet kan jämkas enligt vad som stadgas i 6 kap. 1 § st. 2 och 3 SkL, d.v.s. när fråga som i detta fall är om ren förmögenhetsskada, eftersom ”vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan”. Ibland möter man den uppfattningen att det

² Se prop. 1993/94:122 s. 68. Jfr även prop. 1980/81:8 s. 337 ff.

³ Se Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 8 uppl. s. 211.

skulle vara en skillnad mellan köplagsprincipen och ansvaret för medvållande i skadeståndslagen, men det rör sig i grunden om uttryck för en och samma princip, nämligen den skadelidandes plikt att vara lojal mot skadevållaren.

Principen om skyldighet att begränsa skadans omfattning gäller således vid såväl kontraktsrättsligt- som utomobligatoriskt skadeståndsansvar men man får på goda grunder anta att regeln kan få olika tillämpning i dessa båda fall. Visserligen bygger ansvaret i båda fallen på en slags lojalitetsplikt, men medan lojalitet på kontraktsrättslig grund är tämligen klarlagt⁴ så kan frågan om utomobligatorisk lojalitet förefalla något mer svårångat, men det finns exempel härpå.⁵

I grunden handlar det således om samma sak, nämligen att den skadelidande måste visa lojalitet mot skadevållaren trots att den senare orsakat den förre en skada, så att inte skadorna blir onödigt stora. Det betyder att den skadelidande har vissa förpliktelser att vidtaga egna åtgärder som framstår som rimliga med hänsyn till den effekt det har på den slutliga skadans omfattning. Det kan däremot enligt mitt förmenande aldrig innebära att den skadelidande måste ens riskera att utsätta sig för nya risker, åsamka sig egna utgifter av betydelse eller på annat sätt agera mot sina egna intressen.

Såväl den inomkontraktuella som den utomkontraktuella lojalitetsplikten har således sina begränsningar och skyldigheten att vara lojal mot en skadevållare kan inte utsträckas för långt. Regeln får inte heller tillämpas så att det blir riskfritt att få till stånd interimistiska förbud eftersom ett sådant beslut då kan bli mer angeläget än ett klagande av om intrång föreligger.

Vi har här således ett klassiskt exempel på avvägning mellan i visst hänseende motstående intressen. Den som yrkat och på sannolika skäl fått bifall till ett interimistiskt förbud t.ex. vid patent- eller varumärkesintrång tar därigenom en medveten risk att åläggas skadeståndsansvar även om man haft fog för bedömningen att fråga varit om ett immaterialrättsintrång från tredje man. Eftersom det är ett starkt vapen för att få till stånd uppgörelser t.ex. i form av förlikningar med tredje man så får det antas vara populärt trots risken att åläggas skadeståndsansvar och skulle man då kunna kräva långtgående skadebegränsningsåtgärder från den som – som det sedermera visade sig – felaktigt utsatts för förbudet skulle det interimistiska förbudet ändra den balans som skadeståndsregeln i UB 3:22 är tänkt att säkerställa.

⁴ Se Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007.

⁵ Se t.ex. Kleineman, Utomkontraktuella lojalitetsplikter – ett sakrättsligt problem?, i Festskrift till Gösta Walin.

Här kan kanske jämföras med ett annat fall som jag haft anledning att studera inom det s.k. rådgivaransvaret, nämligen påståenden från s.k. finansiella rådgivare om att köparen av finansiella instrument sedan kunden utsatts för dålig rådgivning brustit i sin skadebegränsningsplikt, eftersom denne "borde" ha följt rådgivarens råd och vidtagit en annan och – ofta – större alternativ transaktion som, om densamma hade genomförts, hade "utplånat" den förlust som genom det dåliga rådet drabbade kunden. Tanken är då att om kunden underlåter att vidta denna efterföljande transaktion så skulle den skada som hade kunnat undvikas genom följdtransaktionen därmed avräknas på den slutliga skadan.

En sådan åtgärd är emellertid enligt mitt förmenande inte en skadebegränsningsåtgärd eftersom densamma innefattar att kunden då utsätter sig för nya och ofta större risker, vilket inte sällan kan medföra att skadan blir större. I vart fall finns i sådana fall alltid risk att den "begränsningsåtgärd" som kunden här får kritik för att inte ha accepterat skulle kunna leda till mer problem och i själva verket bidra till att den slutliga skadan blir ännu större.

En kund skall enligt mitt förmenande inte vara tvungen att göra nya och fler investeringar enbart för att dessa i och för sig skulle kunna "radera" tidigare förluster eftersom kundens beslut att riskera sitt kapital inte kan anses som en åtgärd som är rimlig för att uppfylla lojalitetsplikten mot en skadevällare. Egna nya risker går utöver vad kunden kan avkrävas i skadebegränsande hänseende. Endast åtgärder som inte utsätter den skadelidande för ytterligare kostnader som inte helt säkert kan återvinnas bör enligt mitt förmenande rymmas inom skadebegränsningsplikten.

Frågan är emellertid vilka skaderisker som den som fått igenom ett interimistiskt beslut utsätter motparten för. Jag har vid flera tillfällen fått exempel på sådana effekter där konkurrenter krävt att man skall upphöra med lanseringen av en vara därför att fråga uppges vara om intrång i patent- och varumärkesrätter. I sådana fall kan man emellertid tänka sig att den som fått det interimistiska beslutet – i efterhand – gör gällande att motparten i tvisten sedan förbudet hävts hävdar att denne borde ha bedrivit någon annan verksamhet, t.ex. lanserat motsvarande produkt utan att använda den tekniska lösning man ansett sig ha patent på eller lanserat ett annat varumärke och därmed antingen sålt andra produkter eller samma produkt men under annat varumärke.

Om man för ett ögonblick överväger denna tankegång från en skadevällares sida, skulle detta i praktiken innebära att den som utan laglig rätt till den tekniska lösningen eller det använda varumärket skulle erhålla en genom

det interimistiska beslutet reell ensamrätt och detta i praktiken utan någon skyldighet att utge ersättning till den vars rätt – som det visserligen först i efterhand visar sig – genom förbudet kränkts.

Principen skulle innefatta en skyldighet att lansera ett helt ny (eller i vissa fall gammal och rentav omodern) produkt eller ett helt annat varumärke som denne dessutom sedan skulle behöva upphöra med att lansera för att slutligen, när rättsläget klarlagts, ånyo påbörja lanseringen enligt den bättre tekniska lösningen eller som det sedermera visade sig, det aldrig felaktigt brukade varumärket. Utan att gå in på några patent- eller varumärkesekonomiska frågor som t.ex. vilken effekt det skulle ha på marknaden att man tvingades uppträda på densamma med en rad olika produkter eller varumärken avseende en och samma tekniska lösning eller produkt och den effekt det skulle kunna tänkas ha på konsumenters beslut i förvärvsögonblicket, inser man att ett sådant krav skulle medföra stora svårigheter för den som felaktigt drabbades av det interimistiska beslutet, därför att motparten lyckades få ett interimistiskt beslut.

Jag har emellertid hävdad, att det emellertid inte kan vara den skadelidandes plikt sedan det klarlagts genom en lagakraftvunnen dom att det var dennes rätt som kränktes genom förbudet, att fram till dess tvingas överge sin tekniska lösning eller sitt lagliga varumärke enbart därför att skadevällaren eljest skulle tvingas utge ett skadestånd. Inte ens om man i skadeståndet skulle inkludera en rätt till ersättning för t.ex. en s.k. ny-lansering av den tekniska lösningen eller det använda varumärket skulle detta enligt mitt förmenande vara tillräckligt. Det måste enligt min mening vara den som får till stånd det interimistiska förbudet som bör få stå risken för att motpartens produktionsapparat tvingas stå stilla under mellantiden.

Har det sedermera visat sig att den som utsattes för det interimistiska förbudet hela tiden haft en absolut rätt till sin tekniska lösning eller sitt varumärke skall inte aggressiva åtgärder från en motpart kunna innefatta en skyldighet för patenthavaren eller varumärkesinnehavaren att överge sitt patent eller sitt varumärke varken tillfälligt eller för gott. Det skulle emellertid kunna bli den oundvikliga konsekvensen om det förelåg en sådan skadebegränsningsplikt. Jag menar att den skadelidande varken skall vara skyldig att investera i lanseringen av en sämre teknisk lösning eller ett nytt varumärke för den aktuella produkten – även om den kostnaden i och för sig skulle ersättas – eller vara skyldig att sälja andra produkter medan processen pågår eller tillhandahålla sin produkt under annat varumärke än det man faktiskt åtnjutit lagligt stöd för att använda.

Man kan ju med fog säga, att den som erhållit förbudet ”chansat” och genom ett framgångsrikt yrkande om interimistiskt förbud och det lägre beviskrav som råder därmed fått till ett tillfälligt förbud för varumärkesinnehavaren att utöva sin lagligen förvärvade varumärkesrätt vilket i sin tur skulle ge en processuellt aggressiv part möjlighet att tränga undan möjligheten att bruka patentet eller varumärket från marknaden under mycket lång tid. Det ligger i de överväganden som den som fått till stånd förbudet måste göra, att noggrant överväga sådana risker inför framställandet av yrkandet om ett interimistiskt förbud. Att fråga kan bli om betydande skadeståndsanspråk från motpartens sida i form av ersättning för uteblivna intäkter när man framställer ett yrkande om interimistiskt förbud är något som typiskt ligger i farans riktning och därmed uppfyller kravet på adekvat kausalitet.

Man hade kunnat avstå från detta yrkande och väntat med att själv framställa egna anspråk till dess att frågan var slutligt avgjord. Man hade ju då kunnat erhålla skadestånd för den skada som motparten åsamkat patenthavaren eller varumärkesinnehavaren om denne i detta läge hade valt att fortsätta bruket av den tekniska lösningen eller varumärket medan man utsattes för talan från motpartens sida om patent- respektive varumärkesintrång. Båda parter befinner sig således i samma läge medan tvisten om immaterialrättsintrång pågår och måste noga överväga sin rättsliga ställning. Ingen av parterna skall kunna ta ställning till dessa frågor utan att behöva ta hänsyn till motpartens befogade intressen.

Svaranden i den tvisten måste överväga sin rättsliga ställning i så måtto att fortsatt verksamhet kan rendera ett stort skadeståndsansvar mot käranden i intrångstvisten och det faktum att om kärande får rätt kommer den fortsatta lanseringen av produkten medföra att man ackumulerar större skadeståndsskyldighet än om man avvaktar till dess tvisten lösts. Har man som käranden inte haft lust att låta sig åtnöjas med detta, utan haft ett behov av att omedelbart tränga undan motpartens produkt från marknaden får man vara medveten om skadeståndsrisker om man kräver interimistiskt förbud.

Man har därigenom nämligen också insett att en omedelbar vinst skulle erhållas på bekostnad av motparten om man rättsligt felbedömt sin situation. Den vinsten motsvaras inte bara av en minst lika stor skada för motparten utan också att dess lanseringskostnader blir onyttiggjorda samt att denne under lång tid kommer att vara borta från marknaden och dessutom skulle få stora svårigheter att nyetablera sitt lagligen skyddade patent respektive varumärke om man fick rätt i tvisten.

Det sagda innebär att den som trots allt tar risken och lyckas stoppa marknadsföringen av en produkt eller ett varumärke och sedan förlorar intrångsprocessen har ett betydande intresse och behov av att kräva – i vart fall i efterhand – att konkurrenten vidtar skadebegränsande åtgärder t.ex. i form av att använda sina produktionsresurser för att bedriva verksamhet som inte påverkar det omstridda patentet eller – som i en omfattande och i media uppmärksammas process⁶ – marknadsföra sina produkter under ett annat varumärke till dess att saken är slutligt avgjord.

I likhet med huvudregeln om strikt skadeståndsansvar enligt UB 3:22 är frågan omfattningen av den skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada föga uppmärksammas i praxis. Till skillnad från vad som gäller vid personskador där jämkning av det fulla skadeståndsansvaret förutsätter uppsåt eller grov oaktsamhet gäller ju vid saksador att jämkning alltid kan ske vid oaktsamhet när fråga är om saksador och rena förmögenhetsskador.

Eftersom uteblivna intäkter tveklöst utgör exempel på rena förmögenhetsskador kan vid oaktsamhet från den som belagts med förbudet ersättningen reduceras vid t.ex. underlåtenhet att begränsa skadan. Helt oberoende av den ovan berörda kontraktuella bestämmelsen i 70 § KöpL kan således den generella bestämmelsen i 6 kap. 1 § SkL jämfört med 1 kap. 1 § SkL alltid tillämpas här. Eftersom medvållandeprincipen ytterst är ett utflöde av principer om konkurrerande orsaker så handlar det här om adekvans- och kausalitetsfrågor.⁷

Som påpekats av Radetzki så är inte innebörden av skadebegränsningsplikten att den skadelidande ”till varje pris skall begränsa omfattningen av uppkommen skada”.⁸ Som uttrycktes av Hellner så har den skadelidande ”en skyldighet att söka begränsa sin förlust” och att detta därför måste ske utifrån ett rimlighetsrekvisit. Andersson talar för sin del om förevaro av en ”reduktionsregel” som innefattar att ersättningen ska omfatta ”den del [av skadan] som inte kunnat undvikas genom en lämplig begränsningsåtgärd av den skadelidande”.⁹ Nu betonar också Andersson att om det i ”bevishänseende kan vara svårt får man hypotetiskt söka bedöma hur situationen skulle utvecklats

⁶ Jag liksom flera kollegor har i den processen avgivit s.k. rättsutlåtanden och tvisten ligger när detta skrivs i HD med en ansökan om prövningstillstånd men något beslut föreligger inte.

⁷ Jfr Bengtsson, Om jämkning av skadestånd 1982 s. 181.

⁸ Se Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada 2 uppl. 2012 s. 178.

⁹ Se Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993 s. 481.

för det fall denna åtgärd satts in.” Man skall enligt Andersson bl.a. kunna ta hänsyn till om den skadelidande har försatts i en svår situation.

Det som rättsordningen kan kräva är blott vidtagandet av ”en lämplig begränsningsåtgärd”. Med en direkt hänvisning till lagmotiven¹⁰ påpekas att när frågan ligger inom den skadelidandes ”maktsfär att göra något åt situationen är de vidare följderna hänförliga till hans eget riskområde” och att man inte kan ställa alltför stränga krav på den skadelidande. Man bör som det påpekas i lagmotiven således vara försiktig med reduktion av skadestånd i sådana fall. Redan i det numera ålderstigna rättsfallet NJA 1911 s. 472 hade JustR Sjögren gjort vissa principiella utsagor om skadebegränsningsplikten och därvid uttalade han följande:

”Att ställa stora anspråk på vederpartens ingripande kan icke vara riktigt. Då det här icke är fråga om fullgörandet af åtagna, bör jämväl komma i betraktande, huruvida svårighet, respektive omöjlighet., kan anses hafva förelegat.”

Här finns anledning att notera att JustR Sjögren betonade just att förpliktelsen inte tillkommit som utflöde från en viljeyttring från den skadelidande utan genom vad väl vi idag närmast skulle betrakta som en lojalitetsplikt mot en skadevållare. Det finns också praxis beträffande frågan om stilleståndsersättning men rör då reparationer som måste utföras men där av någon anledning den skadelidande kommit att dröja med att göra vad som ändå måste göras. Andersson nämner som ett typfall när en arbetsgivare underlåtit möjligheter att permittera eller säga upp personal när egendomen de är sys-selsatta med skadats. Även här kan emellertid ett mer modernt synsätt leda till ett annorlunda resultat eftersom det kan finnas stora kostnader i samband med sådana åtgärder och det dessutom kan finnas omplaceringsskyldigheter och inte minst svårigheter att få tillbaka högkvalificerade specialister när väl egendomen reparerats.

Detta synsätt godtogs visserligen inte i NJA 1959 s. 552 där en arbets-givare förgäves anfört att han hade behov av van och kvalificerad personal och att han på grund av arbetsmarknadsläget riskerade att de som borde permitterats då hade sökt annan permanent anställning. Som bekant har den svenska arbetsmarknaden förändrats radikalt sedan 1950-talet och det framstår därför inte enligt mitt förmenande som helt övertygande argument.

Redan Jan Hellner ifrågasatte lämpligheten i HD:s dom i sina tidiga upp-lagor av läroboken *Skadeståndsrätt* då det var tveksamt om den rättspolitiska

¹⁰ Se prop. 1975:12 s. 151 och 153 som dock ej rör rena förmögenhetsskador.

bedömningen borde vara den att förlusten borde drabba den skadelidande istället för skadevällaren och att han menade – således redan för mer än trettio år sedan att man inte borde upprätthålla sådana rättspolitiska värderingar. Enligt mitt förmenande bör prejudikatvärdet av den bedömningen som då gjordes omprövas.

Även Andersson är i hög grad kritisk. Han menar att det är en sak att den skadelidande inte skall tillåtas

”att på skadevällaren övervältra den extra förlust som uppkommer vid hans passivitet, men att han istället ska välja att övervältra förlusten på en i förhållande till skadefallets uppkomst oskyldig tredje man är inte lika givet.” Andersson menar att en skadevällare ”inte vid övergående stillestånd [bör] kunna kräva att andra gör sådana uppoffringar för att minska hans skadeståndsansvar.”¹¹

Jag för min del menar att man här också bör betona de risker som den skadelidande utsätter sig för genom att avhända sig vitala delar av sin produktionsapparat. Skulle han vara berättigad till ersättning om han kan visa att han drabbades av en större inskränkning av verksamheten på grund av att han vidtog dessa åtgärder? Så är knappast fallet och därmed skulle arbetsgivaren tvingas ta en betydande risk för större skada enbart i syfte att begränsa skadevällarens ansvar. Det strider enligt mitt förmenande mot de krav som skäligen kan ställas på den skadelidande.

Även Radetzki har¹² behandlat det ovan berörda rättsfallet NJA 1911 s. 472 och menar där att man inte kunde i det hänseendet ställa krav på ”oskäligen uppoffringar” och Radetzki återger även i det sammanhanget JustR Sjögrens yttrande (tillhörde majoriteten) som klaggjorde att man inte får ställa ”stora anspråk” mot den skadelidandes agerande i sådana fall.

Någon praxis som direkt tar sikte på omfattningen av hur omfattande investeringar som den skadelidande är skyldig att göra i skadebegränsande syfte finns ännu så länge inte men att kravet på egna uppoffringar inte får drivas så långt att man utsätter den skadelidande för risk för mer skador som knappast går att ersätta kan enligt mitt förmenande inte uppställas. Att närmast kostnadsfritt underlåta att informera skadevällaren att man saknar egna ekonomiska resurser att vidta reparationsåtgärder och genom den passiviteten öka skadans storlek är naturligtvis inte acceptabelt som också framgår av rättsfallet NJA 1938 s. 147. I ett sådant fall har man ju påtagligt ökat

¹¹ Se a.a. s. 486.

¹² Se a.a. s. 186 ff.

skadans storlek något man hade kunnat undvika genom att om meddelandet hade lämnats hade ju skadevällaren och dennes försäkringsbolag själva kunnat vidta skadebegränsande åtgärder. Det är just för sådana situationer som principen om skadelidandes skyldighet att begränsa den egna skadans storlek fyller en viktig funktion.

Det synes föreligga ett behov av att formulera någon slags allmän princip avseende omfattningen av plikten att vidtaga skadebegränsande åtgärder och att denna princip bör utgå från begreppen risk och uppoffring. Sådana åtgärder som lätt kan vidtas för att informera skadevällaren eller dennes försäkringsgivare och som medför att dessa själva kan vidta åtgärder som inte den skadelidande är i stånd att själv vidta ligger helt klart inom den skadebegränsande plikten. Även mindre kostnader som säkert eller så gott som säkert kan täckas av kravet mot skadevällaren bör godtas.

Underlåter den skadelidande att inom rimlig tid efter det att skadan inträffat att vidta åtgärder som under alla förhållanden varit nödvändiga att vidta men han utan goda skäl dröjer med att vidta och därmed helt onödigt bidrar till att skadan blir större kan han inte påräkna att få dessa kostnader ersatta. Dessa fall är alla uttryck för egen oaktsamhet på den skadelidandes sida och bör medföra jämkning av ersättningen.

När man däremot ställer mer långtgående krav som kräver inte enbart finansiering av sådana kostnader som man helt säkert vet måste betalas som t.ex. reparationskostnader utan investeringar som medför nya och svårbedömbara risker eller som kan innefatta direkta nackdelar för den skadelidande så menar jag att man sträcker sig längre än vad som följer av kravet på en skälig uppoffring. Det kan tänkas vara kostnader där redan storleken på investeringen är sådan att det framstår som osäkert om skadevällaren kan eller förmår själv sedermera infria sina åtaganden i denna del mot den skadelidande. Det kan också röra sig om svårbedömbara beslutssituationer och där den skadelidande kan komma att felbedöma betydelsen av en åtgärd eller kostnaderna för densamma.

Det kan emellertid också vara fråga om mera affärsmässiga bedömningar som t.ex. att man inte vill visa sig på marknaden med föråldrad utrustning eller där man inte vill framträda med andra varumärken än de man anser sig vilja bedriva marknadsföringen av produkten under. Även svårbedömbara tidsfaktorer måste här beaktas. Finns risken att investeringen blir väldigt stor i förhållande till den tid då den kan nyttiggöras eller krävs provisoriska åtgärder som blir väldigt långvariga och som dessutom försvårar för den skadelidande att återgå till den normala verksamheten eller skulle det bli fråga

om dubbel- eller trippelinvesteringar har man enligt mitt förmenande klart gått över gränsen för vad man kan uppställa som krav på den skadelidande.

Sammanfattningsvis kan i denna del noteras att det aldrig har ifrågasatts att vid interimistiska förbud det finns en skadebegränsningsplikt eller att den skadelidande då kan ha en plikt att vidta vissa aktiva åtgärder ”som medför att denne utsätts för såväl de kostnader som de skaderisker som erforderlig skadebegränsande åtgärd medför omfattas av skadevållarens ersättningsansvar.”¹³ Det är också riktigt att den skadelidande inte endast skall tillse ”att kostnader till följd av skadan i möjligaste mån undvikas.” utan att den skadelidande dessutom skall aktivt bidra till ”att inkomstförlust/intrång i näringsverksamhet så långt det är möjligt minimeras.” Men – som Radetzki särskilt påpekar – då sådana åtgärder inte sällan torde medföra kostnader det därför kan ”förefalla svårt att förena med det nyssnämnda kravet på att kostnader till följd av skadan i möjligaste mån skall undvikas”.¹⁴ Som Radetzki vidare anger vad gäller åtgärder i syfte att begränsa inkomstförluster i näringsverksamhet bör de vidtas ”endast i den mån härmed förenade kostnader är lägre än den förlust de åsyftar till att undvika.” Radetzki påpekar också att den skadelidande inte äger rätt att genom aktiv handling ”förvärra uppkommen skada.”¹⁵ Det är alltså inte bara så att det saknas skyldighet att aktivera betydande kostnader i skadebegränsande hänseende utan det finns dessutom en plikt att inte vidtaga skadebegränsande åtgärder som skulle just kunna ”förvärra” redan uppkomna skador. Att en sådan ”dubbeleggad” plikt måste tolkas till förmån för en skadelidande vars förpliktelse uppkommit utan eget åtagande eller egen förskyllan framstår för mig som tämligen självklart.

Man har således att såväl principiellt som i varje enskilt fall att fastställa det rimlighetsrekvisit varifrån bedömningen av vilka skadebegränsande åtgärder en skadelidande skall vara pliktad att iakttaga. Plikten måste tolkas så, att den skadelidande inte i efterhand kan kritiseras för att ha varit alltför aktiv varför en betydande grad av passivitet ofta måste godtas.

Självklara åtgärder som att informera skadevållaren om sådant som gör att skadegöraren själv kan begränsa skadan när den skadelidande inte har möjlighet att vidtaga åtgärder som normalt borde vidtas av den skadelidande faller inom lojalitetsplikten. Det kan dessutom utgöra såväl fysiska som geografiska hinder. Det kan också vara brist på ekonomiska resurser eller egen okunskap hur man skall gå till väga för att begränsa skadan.

¹³ Se Radetzki, Skadeberäkning vid sakskada s. 170 ff.

¹⁴ Se a.a. s. 174.

¹⁵ Se a.a. s. 174 not 540.

Har den skadelidande inga ekonomiska hinder för att verkställa rimliga skadebegränsande åtgärder blir nästa fråga hur långt dessa åtgärder kan antas sträcka sig. En viktig fråga är säkerligen om den skadelidande redan från början kan överblicka hur vidlyftiga skadebegränsningsåtgärderna kommer att bli eller om det framstår som ett osäkert förhållande. Med hänsyn till karaktär av adekvansbedömning och konkurrerande skadeorsaker kan inte den skadelidande bära ansvaret för förhållanden som denne när skadan inträffade inte kunde överblicka eller saknade subjektiva förutsättningar att kunna överblicka.

Den bedömningen måste då verka i s.a.s. båda riktningarna. Väljer den skadelidande att vidta en skadebegränsande åtgärd som framstod som förnuftig vid beslutstidpunkten men visar det sig i efterhand att densamma kom att bli mer kostsam än vad som egentligen gynnade skadevållaren skall likväl den skadelidande hållas skadelös eftersom annars risken för felbedömningar vid skadebegränsningsplikten alltid skulle ligga på den skadelidande. Om på samma sätt det i beslutsögonblicket framstod som svåröverblickbart vilka åtgärder som behövde vidtas, alternativt hur stora kostnaderna skulle kunna komma att bli, kan inte en underlåtenhet att vidtaga åtgärderna läggas den skadelidande till last som skadestandsgrundande oaktsamhet.

Överför man nu dessa allmänna iakttagelser till det immaterialrättsliga området och försöker tillämpa dem när fråga är om patent- eller varumärkesintrång måste man först erinra sig att immaterialrätten är nära kopplad till konkurrensrätten. Erhållandet av immaterialrättsligt skydd ger utövaren en exklusiv rätt att marknadsföra produkter utan att riskera att andra aktörer skall under den (numera avsevärda) tid då skyddet består att tillgodogöra sig patentet eller varumärkets fördelar. Båda dessa rättigheter utgör ju också en del av egendomsskyddet enligt Europakonventionen och måste respekteras.

Den möjlighet att få till stånd interimistiskt förbud innebär i praktiken att man kan se den rättsligt ofullständiga förbudstalan som ett tvistemåls-substitut¹⁶ och att det utgör ett kraftigt incitament för förlikningsuppörelser medför även det att man bör vara försiktig med att lägga alltför långtgående krav på den skadelidande när denne fullföljer intrångstvisten och trots det interimistiska förbudet vinner framgång och förbudet hävs.

En stridsfråga här är således om man kan kräva att den skadelidande under det att själva intrångstvistens pågår, från det förbudet meddelats till

¹⁶ Jfr härtill Victoria Lönn, Interimistiska förbud i intrångsmål – en empirisk undersökning av underrettspraxis 2012 s. 67 ff.

dess att saken är slutligt avgjort – inte genom hävandet av förbudet – utan genom att talan ogillas skulle vara skyldig att under mellantiden lägga om sin produktion eller sin marknadsföring så att andra produkter respektive ett annat varumärke brukades under mellantiden. Genom detta skulle därmed skadan – som berörts – minskas genom att den skadelidande genererade andra inkomster under mellantiden. Det kan ju röra sig om en avsevärd tid intill dess lagakraftvunnen dom i intrångsfrågan föreligger och ett försäljningsstopp hos den som drabbats av förbudet skulle kunna leda till mycket stora förluster och därmed ett mycket stort skadestånd enligt UB 3:22.

Tanken skulle således vara den, att man först måste avveckla den produktion eller den marknadsföring som strider mot det interimistiska förbudet. Den skadan skulle ju alltid ersättas eftersom den följer av själva förbudet. Man skulle sedan påbörja produktion och försäljning under alternativ teknisk lösning något som i och för sig medför en extrakostnad som också skulle ersättas men med avräkning för de intäkter som verksamheten genererar. Slutligen skulle även denna verksamhet avvecklas för att därefter ersättas av den ordinarie när lagakraftvunnen dom i intrångsfrågan föreligger. Alla dessa kostnader skulle således ersättas med avräkning för alla intäkter som generades under processperioden.

Skulle man uppställa ett sådant krav, skulle detta säkerligen bidra effektivt såväl till förlikningar som att förbudet just blev ett substitut till att fullfölja en intrångstalan. Stort arbete och betydande kostnader som visserligen skulle ersättas men samtidigt försätta den skadelidande i svårigheter som medförde att man tvingades av praktiska skäl avstå från sin immaterialrätt därför att det blev alltför komplicerat att behålla den. Skadevällaren skulle ha ett incitament till att försvåra och utvidga intrångsprocessen för att därmed förmå den skadelidande att fortsätta den alternativa verksamheten och därmed skulle det interimistiska förbudet i praktiken få en avgörande betydelse för tvistens utgång oberoende av om beslutet var materiellt riktigt eller ej.

Frågan vilka tekniska lösningar och vilka varumärken som en marknadsaktör vill använda sig av bör enligt mitt förmenande vara en affärsmissig bedömning som omfattar inte bara vad man gör i dagsläget utan hur man vill inrätta sig inför framtiden. En sådan aktör skall inte tvingas bedriva en verksamhet som strider mot företagets affärsplan enbart därför att man något kan begränsa de intäktsbortfall som följer av att verksamheten står stilla under intrångsprocessen.

Med utgångspunkt i principen om skäliga begränsningsåtgärder som får antas ha gällt allt sedan HD:s dom i NJA 1911 s. 472 så skall inte en mark-

nadsaktör tvingas till tre olika marknads lanseringar enbart i syfte att därigenom hålla nere stilleståndskostnaderna utan ett sådant stillestånd är den affärsmässiga risk som den som fått tillstånd förbudet får medvetet anses ha tagit. Kanske är det förhoppningen om en förlikning eller motpartens egen osäkerhet om det rättsliga läget som gör att det interimistiska förbudet ändå framstår som attraktivt, men om beslutet sedermera visar sig vara materiellt felaktigt måste enligt mitt förmenande skadevällaren bära det strikta ansvaret enligt UB 3:22 och det innefattar även konsekvenserna av det produktionsstopp man valt att åstadkomma.

Tanken att i begränsningssyfte den skadelidande skulle behöva först ha kostnaderna för att lägga ner den ej tillåtna produktionen respektive marknadsföringen och därefter tvingas lansera något man egentligen inte alls vill föra ut på marknaden för att därefter tvingas återuppta den produktion som man hela tiden varit berättigad till att saluföra respektive marknadsföra framstår som något som i betydande utsträckning får antas ha passerat den offergräns som styr kravet på skadebegränsande åtgärder.

Slutligen vill jag gärna uttrycka ett önskemål om att frågan om skyldigheten att vidtaga skadebegränsande åtgärder rent generellt blev föremål för prejudikatinstansens prövning och att man därvid – om än blott i form av uttalanden *obiter dicta* – fick viss generell anvisning om hur principen om skyldigheten att vidta skäligen åtgärder i praktiken kan tänkas vara strukturerad.