

# HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 7 februari 2017

Mål nr

T 230-15

I lydelse efter rättelse 2017-02-13

## **KLAGANDE**

Bringwell Sverige AB med bifirma Hela Pharma AB, 556518-6789

Box 164

521 02 Falköping

Ombud: Advokat MW

## **MOTPARTER**

1. Orkla Care AB, 556052-5478

Box 1336

171 26 Solna

2. Pharbio Medical International Aktiebolag, 556170-9451

Box 1336

171 26 Solna

Ombud för 1 och 2: Advokat OP

Ombud för 1 och 2: Advokat GS

**SAKEN**

Skadestånd

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Göta hovrätts dom 2014-12-03 i mål T 2216-13

---

Hovrättens dom

se Bilaga

**DOMSLUT**

Högsta domstolen ändrar hovrättens dom i huvudsaken på så sätt att Högsta domstolen bestämmer det skadestånd som Bringwell Sverige AB (med bifirma Hela Pharma AB) ska betala till Orkla Care AB och Pharbio Medical International Aktiebolag till 2 000 000 kr jämte ränta.

Med ändring av hovrättens dom också i fråga om rättegångskostnader bestämmer Högsta domstolen att parterna ska svara för sina egna rättegångskostnader i tingsrätten, hovrätten och Högsta domstolen.

**YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN**

Bringwell Sverige AB (Hela Pharma) har yrkat att Högsta domstolen ska lämna Orkla Care AB:s och Pharbio Medical International Aktiebolags (gemensamt Cederroth) talan utan bifall.

Cederroth har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

## DOMSKÄL

*Bakgrund*

1. Hela Pharma var före 2006 den enda leverantören på den svenska marknaden av kosttillskott i flytande form. Tillskottet såldes i hälsofackhandeln under varumärket Mivitotal. I början av 2006 lanserade Cederroth en liknande vara under varumärket Multi total, inledningsvis i dagligvaruhandeln och kort därefter även i hälsofackhandeln. Cederroths vara marknadsfördes under två av Cederroths paraplyvarumärken, Pharbio och Multiplex.
2. I tvisten har såväl ordet Multitotal som orden Multi total använts som benämning på det varumärke som tvisten rör. Cederroth använde också båda versionerna på sina flaskor, där det på flaskor som såldes under beteckningen Multiplex angavs Multitotal och på flaskor som såldes under beteckningen Pharbio angavs Multi total. Det varumärke som registrerades var Multi total. Det är detta namn som används i det följande.
3. På yrkande av Hela Pharma förbjöd Sollentuna tingsrätt i interimistiskt beslut den 1 mars 2006 Cederroth att vid vite av en miljon kr använda kännetecknet "MULTITOTAL" eller kännetecknen vari "MULTITOTAL" är känneteckensdominant för kosttillskott i sin marknadsföring och försäljning av kosttillskott och därmed väsentligen liknande varor (se 37 b § varumärkeslagen, 1960:644, jfr numera 8 kap. 3 § varumärkeslagen, 2010:1877). Enligt beslutet var "MULTITOTAL" förväxlingsbart med Hela Pharmas svenska varumärke "MIVITOTAL". Med anledning av det interimistiska förbudet drog Cederroth helt tillbaka sin vara från marknaden.
4. Tingsrättens beslut fattades utan att Cederroth hade fått tillfälle att yttra sig. Efter att Cederroth hade begärt omprövning förordnade tingsrätten

den 31 mars 2006 att det tidigare beslutet skulle bestå. Hovrätten avslog Cederroths överklagande den 11 maj 2006, och Högsta domstolen beslutade den 15 juni 2006 att inte meddela prövningstillstånd.

5. Cederroth begärde 2008 åter att det interimistiska beslutet skulle hävas. Tingsrätten beslutade dock att förbudet skulle bestå. Också det beslutet överklagades av Cederroth. Hovrätten avslog emellertid överklagandet.

6. Till säkerhet för den skada som Cederroth skulle kunna drabbas av till följd av beslutet lämnade Hela Pharma bankgarantier om totalt 800 000 kr.

7. Det interimistiska vitesförbudet kom att bestå till den 26 februari 2010, då Svea hovrätt mellandomsvis fastställde att det inte var fråga om varumärkesintrång och upphävde förbudet. Högsta domstolen beslutade den 12 oktober 2010 att inte meddela prövningstillstånd.

8. Cederroths talan avser krav på ersättning i form av skadestånd för skada (utebliven vinst) som bolaget anser sig ha lidit på grund av det aktuella förbudet från och med den 1 mars 2006 till och med den 31 december 2010. Tingsrätten förpliktade Hela Pharma att till Cederroth utge 20 miljoner kr. Hovrätten har fastställt tingsrättens domslut.

#### *Frågorna i Högsta domstolen*

9. Huvudfrågan är hur ersättning för utebliven vinst ska bestämmas när ett interimistiskt vitesförbud enligt varumärkeslagen har meddelats och förbudet sedermera har upphävts på den grunden att inget intrång har skett.

10. I målet aktualiseras följande delfrågor.

- Vilken är ansvarsgrunden för skadeståndsansvar efter upphävt beslut om interimistiskt förbud enligt varumärkeslagen?
- För vilken period ansvarar den skadeståndsskyldige parten?
- Vilka principer ska tillämpas vid bestämning av skadans storlek?
- Vad omfattas av den skadelidandes skyldighet att begränsa skadan när ett interimistiskt förbud föranlett den skadelidande att upphöra med försäljningen?
- Omfattar ansvaret också effekter av att själva varan dras tillbaka till följd av förbudet?
- Hur ska skadeståndet beräknas när värdet i innehåll i skadebegränsningsskyldigheten har fastställts?
- När och hur kan 35 kap. 5 § rättegångsbalken – om uppskattning av skadan till ett skäligt belopp – eller grunderna för den paragrafen tillämpas vid bestämning av skadeståndets storlek?

#### *Ansvarsgrunden*

11. Varken den vid tiden för det interimistiska förbudet gällande varumärkeslagen, 1960:644, eller nuvarande lag, 2010:1877, innehåller någon regel om ersättningskyldighet för sökanden för det fall att ett interimistiskt vitesförbud upphävs. Det framgår emellertid av reglerna att sökanden måste ställa säkerhet för den skada som kan tillfogas svaranden (se 37 b § fjärde

stycket i 1960 års lag, jfr numera 8 kap. 3 § fjärde stycket i 2010 års lag).  
Regleringen förutsätter alltså att det finns ett skadeståndsansvar.

12. I 15 kap. rättegångsbalken finns bestämmelser bl.a. om kvarstad och om möjlighet att vid vite förbjuda någon att utöva viss verksamhet eller företa viss handling. Av 15 kap. 6 § följer att sådana åtgärder får beviljas endast om sökanden ställer säkerhet för den skada som kan tillfogas motparten. Paragrafen utgör i sig ingen grund för skadeståndsskyldighet; den förutsätter att rättsordningen tillhandahåller ett skadeståndsansvar.

13. Enligt 3 kap. 22 § utsökningsbalken ska, om en exekutionstitel upphävs, sökt verkställighet omedelbart ställas in. Av tredje stycket framgår att sökanden är skyldig att ersätta den skada som svaranden har lidit genom verkställigheten. Ersättningsskyldigheten enligt bestämmelsen gäller oberoende av vårdslöshet och omfattar all förlust – även ren (allmän) förmögenhetsskada – som har orsakats genom verkställigheten (jfr prop. 1980/81:8 s. 337 f. och Gösta Walin m.fl., Utsökningsbalken, Zeteo den 1 november 2013, kommentaren till 3 kap. 22 §).

14. Bestämmelsen i utsökningsbalken omfattar enligt ordalydelsen bara situationer där en exekutionstitel upphävs. Den anses emellertid omfatta även fall där en säkerhetsåtgärd har upphört på grund av en handling eller underlåtenhet från sökandens sida eller där det i efterhand kan konstateras att sökanden inte har haft något berättigat anspråk (jfr t.ex. Peter Fitger m.fl., Rättegångsbalken, Zeteo den 30 juni 2016, kommentaren till 15 kap. 6 § samt prop. 2008/09:67 s. 197 och 207 f.). I den rättsliga litteraturen har det ansetts att paragrafen utgör grunden för ett skadeståndsansvar när ett interimistiskt förbud upphävs (se t.ex. Peter Westberg, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, Bok 4, 2004, s. 228 f. och 232 f.; jfr dock Torkel Gregow, Kvarstad

och andra säkerhetsåtgärder, 2014, s. 110 ff.). Professorerna Jan Kleineman och Marianne Levin, som har avgivit sakkunnigutlåtanden i tvisten, är också de av uppfattningen att regleringen i 3 kap. 22 § utsökningsbalken utgör grunden för skadeståndsansvaret i ett fall som det föreliggande.

15. Inom EU gäller sedan 2004 det s.k. civilrättsliga sanktionsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter). Direktivet syftar till att medlemsstaterna ska tillhandahålla de åtgärder, förfaranden och sanktioner som är nödvändiga för att säkerställa skyddet för vissa immateriella rättigheter, däribland varumärken (se artikel 3). Av artikel 9.1 i direktivet framgår att medlemsstaterna ska se till att rättsliga myndigheter på sökandens begäran får utfärda ett interimistiskt föreläggande mot den påstådda intrångsgöraren i syfte att hindra ett omedelbart förestående immaterialrättsintrång eller tillfälligt förbjuda en fortsättning av det påstådda intrånget.

16. Enligt artikel 9.7 ska medlemsstaterna se till att rättsliga myndigheter – om en interimistisk åtgärd som beslutats i syfte att hindra ett påstått immaterialrättsintrång upphävs eller upphör på grund av en handling eller underlåtenhet från sökandens sida, eller om det i efterhand konstateras att det inte förelåg något intrång eller hot om intrång i en immateriell rättighet – har befogenhet att på begäran av svaranden förordna att sökanden ska betala lämplig ersättning till svaranden för skada som orsakats av åtgärden.

17. Vid genomförandet av direktivet konstaterades det – med hänvisning till 3 kap. 22 § utsökningsbalken och 15 kap. 6 § rättegångsbalken – att några

lagändringar inte var nödvändiga för att uppfylla kraven enligt artikel 9.7. Den förstnämnda bestämmelsen ansågs tillämplig även i andra fall där en säkerhetsåtgärd har upphört. (Se Ds 2007:19 s. 247 f. och prop. 2008/09:67 s. 207 f.; jfr prop. 1993/94:122 s. 68.)

18. Slutsatsen av det anförda är att regleringen i 3 kap. 22 § utsökningsbalken, analogiskt och direktivkonformt tillämpad, utgör den rättsliga grunden för sökandens skadeståndsansvar i ett fall där det interimistiska vitesförbudet upphör till följd av att sökanden inte har haft ett berättigat anspråk. Det innebär att sökanden har ett rent strikt skadeståndsansvar, dvs. ett ansvar oberoende av vårdslöshet, för all skada – alltså även för ren förmögensskada inbegripet utebliven vinst – som orsakas svaranden.

#### *Ansvarsperioden för skadeståndsansvaret*

19. Av 3 kap. 22 § utsökningsbalken framgår att skadeståndsansvaret omfattar den skada som svaranden har lidit genom verkställigheten. Det är alltså själva det interimistiska vitesförbudet som utlöser ansvaret. Ansvarsperioden inleds när vitesförbudet kommuniceras med svaranden och denne därför måste anpassa sig till domstolens beslut. Ansvarsperioden får på motsvarande sätt anses upphöra när domstol upphäver vitesförbudet och det alldeles oberoende av att beslutet ännu inte har vunnit laga kraft. En annan sak är att effekterna av förbudet kan bestå även en tid efter upphävandet. Exempelvis kan den som har förbjudits att använda ett varumärke behöva en viss tid för att åter kunna sälja sin vara eller tjänst på marknaden med användning av det varumärke som inte har kunnat användas under förbudstiden.



*Allmänna skadeståndsrättsliga principer ska tillämpas vid bestämmande av skadans storlek*

20. Av 3 kap. 22 § utsökningsbalken framgår endast att skadeståndsansvar föreligger för interimistiska beslut som upphävts och att skadeståndsskyldigheten omfattar skada som svaranden har lidit genom verkställigheten. Det krävs alltså att det är förbudet som har orsakat svarandens skada och sålunda att det föreligger kausalitet mellan förbudet och skadan.

21. Av regleringen framgår inte vad som i övrigt ska anses gälla för svarandens rätt till skadestånd. Enligt 1 kap. 1 § skadeståndslagen ska i den lagen meddelade bestämmelser om skadestånd tillämpas om inte annat är särskilt föreskrivet. Skadeståndslagen är i första hand avsedd för utomobligatoriska förhållanden. Av paragrafen framgår att reglerna i lagen är generellt tillämpliga och att det krävs något särskilt förhållande för att man ska gå ifrån dem.

22. Eftersom 3 kap. 22 § utsökningsbalken reglerar ansvarsgrunden följer av skadeståndslagen att den lagens ansvarsgrund, vårdslöshet, inte ska tillämpas vid fall av upphävda beslut. Däremot ska skadeståndslagens allmänna regler tillämpas. Liksom för övriga delar av skadeståndsrätten finns det vidare anledning att tillämpa allmänna skadeståndsrättsliga principer utöver de som kommer till uttryck i lagen (jfr prop. 1972:5 s. 448 ff., 623 och 648 samt Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, Skadeståndslagen, Zeteo den 26 maj 2016, avsnitt 1:1.1). Detta innebär att principer rörande sådana frågor som adekvat kausalitet, normskyddsläran, jämkning till följd av den skadelidandes medverkan, skadebegränsningsskyldighet, jämkning enligt

6 kap. 2 § skadeståndslagen och att rätten till ersättning omfattar endast den skadelidandes nettoförlust, ska tillämpas också på skadeståndsansvar som följer av 3 kap. 22 § utsökningsbalken analogiskt och direktivkonformt tillämpad.

23. Det finns här anledning att notera att varumärkeslagens skadeståndsbestämmelser (se 38 § i 1960 års lag och 8 kap. 4 § i 2010 års lag) inte kan tillämpas för beräkningen av skadestånd efter upphävande av ett interimistiskt förbud. Av dem följer att den som gör sig skyldig till varumärkesintrång ska betala skälig ersättning för utnyttjandet av varukännetecknet samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört.

24. Med skälig ersättning för utnyttjandet avses närmast den licensavgift som borde ha betalats om licens hade upplåtits. Den ersättningen ska i princip betalas även om varumärkesinnehavaren inte har lidit eller inte kan bevisa att denne har lidit någon skada. Vid bestämning av ersättningen skulle enligt 38 § i 1960 års lag hänsyn tas till rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Hänsyn kunde därför tas till sådant som intrångsgörarens vinst av intrånget och den omsättning som intrångsgöraren haft, liksom till om intrånget var uppsåtligt eller grovt oaktsamt varvid högre ersättning kunde utgå. (Se prop. 1993/94:122 s. 70 och prop. 1985/86:86 s. 43 ff.) I den nu gällande lagen, 8 kap. 4 §, anges på motsvarande sätt att hänsyn särskilt ska tas till utebliven vinst, vinst som den som har begått intrånget har gjort, skada på varukännetecknets anseende, ideell skada och rättighetshavarens intresse av att intrång inte begås.

25. Det framgår alltså av bestämmelserna vid varumärkesintrång att hänsyn ska tas även till omständigheter som inte har betydelse enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Sådana hänsyn bör däremot inte kunna tas vid beräkning av skadestånd som ska utgå till följd av att ett interimistiskt vitesförbud upphävs och 3 kap. 22 § utsökningsbalken är analogiskt tillämplig.

*Allmänna skadeståndsrättsliga principer*

26. Av läran om adekvat kausalitet följer att det för skadeståndsansvar inte är tillräckligt att det föreligger ett faktiskt eller logiskt orsakssamband mellan handling och effekt. Det krävs också att sambandet är av viss särskild beskaffenhet eller har viss kvalitet (jfr Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993, s. 87 ff., särskilt s. 95 med omfattande hänvisningar). Kausal-sambandet måste värderas för att utröna om, som det anförs i förarbetena till skadeståndslagen (se prop. 1972:5 s. 21 f.), skadan har framstått som en beräknelig och i viss mån typisk följd av det skadegörande beteendet. Skadan ska alltså ha varit i någon mening förutsebar (jfr exempelvis NJA 1991 s. 217). Det som ska skäras bort från ett konstaterat skadeståndsansvar är sålunda effekter av den skadegörande handlingen som är så osedvanliga eller osannolika att den skadevällande parten inte borde ha tagit dem i beräkning.

27. Av 6 kap. 1 § andra stycket skadeståndslagen framgår att skadestånd med anledning av sakskada eller ren förmögenhetsskada kan jämkas, om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. I tredje stycket anges det att jämkning av skadeståndet ska ske efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av vållande på ömse sidor och omständigheterna i övrigt. Regleringen har sin särskilda betydelse för bedömningen av initialskedet av ett

skadeförlopp där ställning måste tas till om, och i så fall i vilken utsträckning, den skadelidande har medverkat till att det över huvud taget blev ett skadefall. När skadeståndsansvaret är strikt, dvs. när ansvar föreligger utan att vållande behöver ha förekommit hos den part som är skadeståndsansvarig, går det inte att jämföra skuldgraden. I stället får normalt en allmän bedömning göras av hur stor del av skadan som den oaktsamme skadelidande rimligen bör få ersatt (jfr Bengtsson och Strömbäck, a.a., avsnitt 6:1.8).

28. Inom kontraktsrätten finns det en allmän skyldighet att begränsa skadan. Exempelvis framgår av 70 § första stycket köplagen att den skadelidande parten ska vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada och att han eller hon själv får bära en motsvarande del av förlusten om den skadelidande försummar det. Skyldigheten att begränsa skadan anses också gälla utanför kontraktsförhållanden (jfr exempelvis Andersson, a.a., s. 479 med omfattande hänvisningar i not 131 och Marcus Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2 uppl. 2012, s. 175 ff.).

29. Skyldigheten att vidta skäligen åtgärder för begränsning av skadan gäller under hela skadeförloppet. Det är alltså fråga om tiden från det att ersättnings-skyldigheten utlöses intill dess ytterligare skada, för vilken den skadevällande parten kan ansvara, inte längre uppkommer eller kan uppkomma. Skadebegränsningsskyldigheten skiljer sig sålunda normalt från den begränsning av ansvaret som följer av principen om den skadelidandes medverkan genom att skyldigheten aktualiseras också efter det att det skadeförloppet har inletts. Föreligger emellertid en grund för jämkning till följd av den skadelidandes medverkan också efter det att skadeförloppet har inletts kan båda principerna ha betydelse för bestämningen av skadeståndets storlek.

*Närmare om skadebegränsningsskyldigheten*

30. Skadebegränsningsskyldigheten bygger i viss utsträckning på det övergripande samhällsintresset att de skadeståndsrättsliga reglerna inte ska främja en misshushållning med ekonomiska resurser. Samhällsekonomiskt är det att föredra att skadan inte onödigtvis blir större genom passivitet eller aktiv handling på den skadelidandes sida. Skyldigheten bygger också i viss mån på lojalitetshänsyn. Detta är särskilt tydligt i kontraktsförhållanden.

31. Skyldigheten omfattar emellertid inte annat än att den skadelidande ska vidta skäliga åtgärder för begränsning av skadan (jfr NJA 1911 s. 472, där Högsta domstolen fann att den skadevållande parten inte visat att det för den skadelidande parten hade varit ”möjligt att utan oskälig uppoffring vidtaga de åtgärder, som erfordrats för att förekomma värdeminskning” på ett kvarstadsbelagt fartyg). Detta uttrycks också ibland som att den skadelidande parten ska göra vad som rimligen kan krävas eller att lämpliga åtgärder ska vidtas (jfr exempelvis NJA 1917 s. 514, Andersson, a.a., s. 481, Radetzki, a.a., s. 178 f. och för kontraktsrättens del Johnny Herre, Ersättningar i köprätten, 1996, s. 564 ff., särskilt 579 ff.; jfr härutöver artiklarna III.–3:705 och VI.–5:102 (1) i DCFR).

32. Vägledning kan sökas i hur en normal skadelidande under motsvarande omständigheter skulle ha handlat om han eller hon visste att ersättning inte skulle erhållas från motparten. En viktig utgångspunkt är vidare att plikten bör vara densamma oavsett hur den skadevållande parten har agerat. Det kan alltså typiskt sett inte krävas mindre långtgående åtgärder bara för att den skadeståndsskyldige har agerat med skadeavsikt eller mer långtgående åtgärder till följd av att denne har agerat närmast ursäktligt men ändå skadeståndsgrundande.

33. Skyldigheten inträder så snart den skadelidande får klart för sig att han eller hon har drabbats av en skadegörande handling. Däremot kan det inte krävas att den skadelidande i alla situationer omedelbart vidtar åtgärder. Ofta finns det tvärtom anledning att tillåta att den skadelidande under en tid överväger sina handlingsalternativ. Det viktiga för bedömningen är dels de alternativ som förelåg för den skadelidande, dels i vilken utsträckning denne kände eller borde ha känt till dessa (jfr NJA 1978 s. 207, där den skadelidande efter en skada på en personbil ansågs inte berättigad till ersättning för hyra av annan bil under längre tid än den som hade krävts för utredning om reparationskostnaderna och vissa andra överväganden; jfr för kontraktsrättens del prop. 1988/89:76 s. 206).

34. Frågan om skäligen och därmed tillräckligen skadebegränsande åtgärder har vidtagits ska bedömas utifrån det läge där den skadelidande befann sig när ansvaret för den skadevållande parten uppkom. Vid långvariga skadeverkningar innebär skyldigheten att den skadelidande kan behöva ompröva situationen efter vad som vid varje tidpunkt är känt.

35. Så länge åtgärderna kan bedömas som adekvata, vidtas de på den skadeståndsskyldiges risk. Att en faktisk åtgärd visar sig leda till större skada än vad en annan åtgärd, med facit i hand, skulle ha lett till ska därför inte påverka rätten till ersättning så länge åtgärden framstod som adekvat och därmed skälig när den vidtogs. Om den skadelidande alltså hade fog för att anta att den vidtagna åtgärden var den lämpligaste skadebegränsningsåtgärden, ska effekterna av den läggas till grund för beräkningen. Detta gäller även om utfallet blir sämre än förväntat eller till och med sämre än något annat alternativ som stod till buds vid det aktuella tillfället. Det blir här främst fråga

om en bedömning av åtgärdernas förväntade effekt, hur enkelt de kunde vidtas, vilka risker och eventuella olägenheter de skulle ha inneburit för den skadelidande samt i vilken utsträckning effekter och risker kunde ha förutsetts av den skadelidande.

36. Eftersom de skadebegränsande åtgärderna vidtas i den skadeståndsskyldige partens intresse kan det bara krävas att den skadelidande tar förhållandevis begränsade risker. Exempelvis krävs det normalt inte att komplicerade rättsliga processer inleds eller att åtgärder vidtas som innebär beaktansvärda risker för den skadelidandes anseende på marknaden. Mycket kostsamma åtgärder i förhållande till förväntad skada krävs typiskt sett inte heller (jfr exempelvis justitierådet Sjögrens tillägg för egen del i NJA 1911 s. 472, där han anförde att det inte kunde vara riktigt att ställa stora anspråk på den skadelidandes åtgärder och att det fanns skäl att vid bedömningen beakta de svårigheter som kunde föreligga för den skadelidande att vidta åtgärderna och att inte kräva oskäliga uppoffringar av denne). Däremot kan det exempelvis krävas att den skadelidande parten meddelar att han eller hon på grund av bristande ekonomiska resurser inte kan vidta en viss åtgärd och på så sätt bereder den skadeståndsskyldige parten möjlighet att vidta åtgärder (se NJA 1938 s. 147). Om en part drabbas av ett interimistiskt förbud att använda sig av ett varukännetecken, kan en skälig åtgärd vara att denne med rimliga insatser utnyttjar de rättsliga möjligheter som finns att få beslutet upphävt.

37. Utgångspunkten är att det är den skadeståndsskyldige parten som har bevisbördan för att den skadelidande parten hade kunnat vidta åtgärder som skulle ha begränsat skadan och att den skadelidande borde ha insett att denna möjlighet förelåg (jfr t.ex. NJA 1911 s. 472, där den skadelidande befanns ha rätt till ersättning eftersom den skadeståndsskyldige parten inte visat att det

hade varit möjligt för den skadelidande att begränsa skadans omfattning, och Lars Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, 2005, s. 393 f.; jfr även NJA 1998 s. 343, där Högsta domstolen anförde att det i målet inte var visat annat än att den skadelidande hade vidtagit tillräckliga åtgärder i syfte att begränsa skadan).

*Försäljning av varan under annat varumärke eller generisk beteckning kan normalt inte krävas som en skadebegränsande åtgärd*

38. Vid ett interimistiskt förbud enligt varumärkeslagen uppkommer den särskilda frågan om skadebegränsning kan krävas genom att varan säljs under ett annat varumärke än det som förbudet avser eller under en generisk beteckning. Frågan bör bedömas mot bakgrund av den koppling som typiskt sett finns mellan varumärket och varan.

39. Ett interimistiskt vitesförbud enligt 37 b § i 1960 års varumärkeslag (jfr 8 kap. 3 § i 2010 års lag) avser ett förbud om att göra eller medverka till ett varumärkesintrång. Om företaget använder ett visst varumärke eller annat varukännetecken, kan användningen av detta kännetecken interimistiskt förbjudas med stöd av regleringen. Förbudet tar alltså sikte på själva kännetecknet och inte på varan i sig.

40. Genom att använda sig av varumärken eller andra varukännetecken kan företag särskilja och framhäva sina varor och tjänster och därigenom få och behålla kunder. Varukännetecken har en viktig roll för ett företags möjligheter att nå framgång och många kännetecken har betydande ekonomiska värden. Inom varumärkesrätten talar man om att ett varukännetecken har vissa typiska syften och funktioner.



41. Bland funktionerna kan nämnas att kännetecknet utgör förbindelse-länken mellan det säljande företaget och kundkretsen (den s.k. ursprungs-angivelsefunktionen) och att det garanterar ursprunget (jfr exempelvis EU-domstolens avgörande *Hoffman-La Roche mot Centrafarm*, C-102/77, EU:C:1978:108, där det sägs att varumärkets grundläggande funktion är att för konsumenten eller slutanvändaren garantera märkesvarans ursprungs-identitet så att denne utan risk för förväxling kan särskilja varan från varor som har ett annat ursprung, p. 7, EU-domstolens avgörande *Google France och Google*, C-236/08–C-238/08, EU:C:2010:159, p. 82, och skäl 11 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar, där det anges att det registrerade varumärkets funktion framför allt är att garantera att varumärket anger ursprunget). Kännetecknet kan också ha en informationsfunktion som möjliggör för konsumenter att inför ett eventuellt inköp få en uppfattning om vilka varor de ska köpa och vilka egenskaper dessa varor har. Viktigt är också att varukännetecknet kan vara av betydelse för att konsumenter ska kunna skilja en viss vara från en annan vara med annat kommersiellt ursprung. Varumärket sägs också ha kommunikations-, investerings- och reklam-funktioner, liksom funktionen att garantera varornas eller tjänsternas kvalitet (se t.ex. *Canon Kabushiki Kaisha mot Metro-Goldwyn-Mayer*, C-39/97, EU:C:1998:442, p. 28 och *Google-målen*, p. 77).

42. Det är bl.a. dessa funktioner som medför att det finns eller skapas en mer eller mindre stark koppling mellan kännetecknet, varan och kundkretsen. (Jfr exempelvis Per Jonas Nordell, *Varumärkesrättens skyddsobjekt. Om ordkännetecknets mening och referens*, 2004, s. 69 ff. med omfattande hänvisningar samt Birger Stuevold Lassen och Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*,

3 utg. 2011, s. 25 ff.) Från innehavarens perspektiv är kännetecknet generellt sett viktigt för att bygga köptrohet genom att kundkretsen identifierar kännetecknet till varan och genom att kännetecknet förmedlar ett budskap om säljarens värderingar och varans egenskaper.

43. När ett företag förbjuds att använda ett varumärke som är avsett för en viss vara eller ett visst varuslag får varan med varumärket inte längre förekomma på marknaden. Det ligger då nära till hands att företaget också upphör med att sälja varan efter ett interimistiskt förbud. Att det i ett sådant fall kan gå miste om vinst som skulle följa på försäljning av varan är därför att betrakta som en naturlig följd av förbudet. Det innebär i sin tur att rätten till ersättning, bortsett från rena undantagssituationer, inte kan anses vara begränsad enbart till de kostnader som företaget har haft för att inrätta sig efter förbudet. Det framstår som en typisk och förutsebar följd av förbudet att varan dras tillbaka från marknaden.

44. En försäljning av varan med användning antingen av ett annat varumärke eller en generisk beteckning är typiskt sett förknippad med svårigheter. Den skadelidande utsätter sig genom en sådan lansering för risken dels att nya anspråk framställs till följd av eventuell osäkerhet beträffande det meddelade förbudets omfattning, dels att det nya varumärket skulle innebära intrång i annans rätt.

45. Den skadelidande kan vidare riskera beaktansvärda belopp i form av investeringar i ett varumärke som man inte har samma tilltro till som det man registrerat och valt vid lanseringen av varan. En sådan investering sker då i ett varumärke som ska användas under tiden intill dess förbudet hävs, dvs. under

en ibland relativt begränsad tid. Det nya varumärket kan därmed inte användas för att bygga en kundlojalitet under varans hela livscykel. Om den skadelidande i stället säljer varan med användning av en generisk beteckning, saknas det möjlighet till skydd mot intrång av andra. Den skadelidande skulle därmed exponera sig för risker som man genom användning av ett registrerat varumärke söker undvika. Det finns till sist också en betydande risk för att den skadelidande genom en sådan försäljning förstör eller förringar värdet i det registrerade varumärke som den skadelidande anser sig ha rätt att använda och till och med för att företaget i praktiken ger upp det registrerade varumärket.

46. Svårigheterna medför att utgångspunkten är att detta inte kan anses vara en begränsningsåtgärd som måste vidtas. Har den skadelidande således dragit tillbaka varan till följd av ett meddelat förbud behöver alltså normalt ingen hänsyn vid skadeberäkningen tas till vad som skulle ha blivit effekterna av en återlansering av varan under annat kännetecken eller under en generisk beteckning.

47. Att den skadelidande parten inte är skyldig att sälja varan under ett annat varumärke eller en generisk beteckning för att anses ha vidtagit skadebegränsande åtgärder utesluter emellertid inte att ett faktiskt agerande där den skadelidande vidtar en sådan åtgärd kan beaktas vid skadeberäkningen (jfr för dansk rätts del UfR 2000 s. 506H). Om nämligen den skadelidande har haft fog för bedömningen att åtgärden är lämplig och den kan anses vara adekvat utifrån de förutsättningar som gällde, ska effekterna av agerandet beaktas vid beräkningen av skadeståndet alldeles oavsett om detta medför ett lägre eller högre skadestånd än om åtgärden inte vidtagits.

*Allmänna utgångspunkter och bevisvärdering vid skadeberäkning*

48. Ett skadestånd ska bestämmas så, att den skadelidande tillerkänns ersättning för all skada som har orsakats av den skadeståndsskyldige parten. Vid bestämning av vilka följder av handlingen som ska läggas till grund för en sådan beräkning finns det ofta skäl att utgå ifrån differensprincipen. En beräkning av skada i form av utebliven vinst utgår vid tillämpning av principen ifrån en jämförelse mellan ett verkligt händelseförlopp (vad som rent faktiskt har inträffat efter den skadegörande händelsen) och ett hypotetiskt händelseförlopp (vad som sannolikt skulle ha inträffat om den skadegörande händelsen inte hade inträffat). I den mån skadeföljderna är ersättningsgilla ska de värderas. Det som ska beaktas är bl.a. adekvanskravet, normskyddet och skadebegränsningsskyldigheten. De belopp som framkommer genom beräkningarna utgör skadeståndsbeloppet.

49. Det är i princip den skadelidande som är bevisskyldig för såväl skada som kausalitet (se exempelvis NJA 1998 s. 633). Beviskravet kan beroende på omständigheterna variera från att skadan ska vara styrkt eller visad till att det är sannolikt eller antagligt att skadan är av viss storlek (se NJA 1988 s. 183 och NJA 2005 s. 180; jfr beträffande utebliven vinst Heuman, a.a., s. 389).

50. När det gäller ett skadeståndsanspråk mot den som har utverkat ett interimistiskt förbud för någon annan att använda ett varumärke, blir prövningen av vilken skada som har uppkommit med nödvändighet hypotetisk. Den kritiska frågan är vad som skulle ha inträffat om förbudet inte hade meddelats. Detta medför bedömningssvårigheter. Ett skäl till detta är att det inte är ens teoretiskt möjligt att bevisa hur en komplex utveckling skulle ha varit

under andra omständigheter. Vad som kan bevisas är endast omständigheter som kan ligga till grund för antaganden om en möjlig händelseutveckling. (Se NJA 2009 s. 104 och NJA 2014 s. 272 p. 41 ff.; jfr Ole-Andreas Rognstad och Are Stenvik, Hva er immaterialretten verd? Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser, Festskrift til Peter Lødrup, 2002, s. 511 ff., särskilt s. 533 ff. med hänvisningar.)

51. Det är alltså exempelvis inte möjligt att fastställa hur försäljningen av en vara skulle ha utvecklats om det inte hade meddelats ett interimistiskt förbud att använda ett visst varumärke vid marknadsföring och försäljning. Frågan blir då under vilka förutsättningar rätten ändå kan bestämma den ersättning som ska utgå för en liden skada.

52. Ibland kan det finnas skäl att lindra det beviskrav som gäller när den skadelidande parten möter bevissvårigheter avseende den uteblivna vinstens storlek (se p. 49 i det föregående). I andra fall kan det finnas skäl att tillämpa 35 kap. 5 § första meningen rättegångsbalken. Enligt den bestämmelsen får rätten, om det är fråga om en inträffad skada och full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras, uppskatta skadan till skäligt belopp. Av förarbetena framgår att bestämmelsen inte är avsedd att innebära att den som yrkar skadestånd befrias från skyldigheten att förebringa den utredning som skäligen kan åstadkommas (se NJA II 1943 s. 449).

53. Bestämmelsen är alltså inte en ersättningsregel som innebär att domstolen kan uppskatta skadan till ett skäligt belopp om utredningen om den lidna skadan är bristfällig. Den är i stället en bevislätnadsregel som är tillämplig om full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras. (Se exempelvis NJA 2005 s. 180, där Högsta domstolen kom fram till att det

saknades utrymme för en tillämpning av bestämmelsen, när den skadelidande parten i ett mönsterintrångsmål framfört ett antal påståenden om skadans art men inte hade åberopat någon bevisning eller skäl för att sådan inte presenterats.)

54. Det är typiskt sett den skadelidande parten som har bevisbördan för de omständigheter som är avgörande för att domstolen ska kunna göra en skälighetsbedömning, men däremot inte för själva skäligheten som ytterst beror av en rättslig bedömning (se NJA 2006 s. 367). En bevislättning avseende skadans storlek med tillämpning av 35 kap. 5 § första meningen rättegångsbalken bör därför endast kunna motiveras av svårigheter för den skadelidande att prestera full bevisning som är generella för bevissituationen. Bevislättning bör alltså bara komma i fråga om också en skadelidande i en motsvarande situation skulle ha haft svårt att prestera full bevisning om skadans storlek (jfr nyssnämnda NJA 2006 s. 367, där bestämmelsen ansågs inte vara tillämplig i ett fall där de faktiska kostnaderna hade kunnat styrkas genom en räkning eller liknande; jfr även Heuman, a.a., s. 294).

55. När en bestämning av skadans storlek är beroende av antaganden i flera hänseenden och avser en komplex framtida utveckling uppkommer särskilda problem. En uppskattning av en utebliven vinst kan exempelvis kräva utredning om det pris den skadelidande skulle ha kunnat sälja varan för, hur detta pris skulle ha utvecklats över tid, vilka inköpskostnader som den skadelidande hade, hur dessa skulle ha utvecklats över tid, vilka volymer som skulle ha kunnat säljas under olika perioder och vilka kostnader som inbesparades genom att den skadelidande inte sålde varan under den relevanta perioden. Bevisläget kan då vara sådant att bristerna i den samlade utredningen inte

medger en direkt tillämpning av 35 kap. 5 § första meningen rättegångsbalken, eftersom bevisning hade kunnat föras i vissa avseenden men inte i andra.

56. Det finns för nyssnämnda situationer typiskt sett skäl att analysera de enskilda momenten i skadeberäkningen och tillämpa grunderna för bestämelsen när det framgår att det har funnits svårigheter att föra full bevisning i ett visst avseende (jfr NJA 1981 s. 933, som gällde bestämning av expropriationsersättning med utgångspunkt i bl.a. ortsprisutvecklingen under en viss period, där Högsta domstolen tillämpade grunderna för 35 kap. 5 § rättegångsbalken för en uppskattning av ortsprisutvecklingen, NJA 1984 s. 404 om uppskattning av försäljning som grund för bestämning av efterprovision vid ett uppsagt agentavtal och NJA 2000 s. 325, där utrymme ansågs finnas för en tillämpning av paragrafen vid fastställandet av hur många abonnemang som skulle ha tillförts de skadelidande om skadevållaren inte hade sålt piratkort).

57. När skadan består av vinstbortfall på grund av utebliven försäljning av en vara under en tidsperiod om flera år, är det typiskt sett vissa faktorer som är av särskild betydelse.

58. En sådan faktor är om den skadelidande under perioden kunde ha vidtagit någon skadebegränsande åtgärd. Av direkt betydelse för bedömningen är också under vilken tidsperiod det kan antas att den skadelidande parten skulle ha gått miste om utebliven vinst. En ytterligare faktor är det försäljningspris som den skadelidande kunde få ut på marknaden och den därtill kopplade inköpskostnaden och fraktkostnaden till köparna. Dessa uppgifter skapar bedömningsunderlag för den bruttomarginal som skulle ha kunnat erhållas för varan. Här har också bruttomarginalutvecklingen över tid

relevans, dvs. hur försäljningspris, inköpspris och fraktkostnad skulle ha utvecklats under perioden. Antaganden eller utredning om försäljningsvolymen och försäljningsutvecklingen bör vägas in i bedömningen. Av betydelse är också om det finns skäl att beakta även andra kostnader som den skadelidande skulle ha haft till följd av den tänkta försäljningen.

*Hela Pharma är skadeståndsansvarigt*

59. Genom tingsrättens beslut den 1 mars 2006 förbjöds Cederroth vid vite bl.a. att använda kännetecknet Multi total. Beslutet gällde omedelbart. I och med hovrättens dom den 26 februari 2010 upphävdes tingsrättens interimistiska vitesförbud. I samma dom fastställde hovrätten att Cederroths användning av varumärket Multi total inte utgjorde ett varumärkesintrång i Hela Pharmas rätt till det registrerade varumärket Mivitotal. Högsta domstolen beslutade, efter Hela Pharmas överklagande, den 12 oktober 2010 att inte meddela prövningstillstånd.

60. Hela Pharma är därför skyldigt att utge skadestånd till Cederroth för de förluster som åsamkats Cederroth till följd av det interimistiska vitesförbudet. Rätten till ersättning omfattar också Cederroths vinstbortfall på grund av utebliven försäljning av det flytande vitamin- och mineraltillskott som bolaget önskat sälja under varumärket Multi total.

61. Ansvarsperioden sträcker sig från och med den 2 mars 2006 till och med den 26 februari 2010. Högsta domstolen återkommer i det följande till frågan om Cederroth ska anses berättigad till ersättning även för effekter av förbudet som uppkom efter hovrättens beslut att upphäva detta (se p. 75 ff.).



*Det yrkade skadeståndet*

62. Cederroth yrkade i tingsrätten ersättning med 29 954 964 kr. Av det yrkade beloppet avsåg 2 175 612 kr ersättning för lanserings-, utvecklings- och införsäljningskostnader, kostnader för återtagande av varan, kostnader för destruktion och värdet av det lager som destruerades. Hela Pharma har valt att i sin helhet ersätta dessa poster. Det saknas skäl att uppfatta Hela Pharmas betalning som något medgivande av betydelse för tvisten i övrigt.

63. Resterande del av Cederroths yrkande, 27 779 352 kr, avser ersättning för utebliven vinst. Hela Pharma har ersatt Cederroth med 1 649 773 kr i den delen och angivit att ersättningen avser kompensation av dels Cederroths tänkta kostnader för införsäljning under nytt varumärke under 2006 (880 975 kr), dels Cederroths tänkta kostnader för lansering av varan under nytt märke under 2006 (409 140 kr), dels utebliven vinst under sex månader (359 658 kr). Resterande yrkande uppgår därför till 26 129 579 kr.

64. Yrkandet avseende ersättning för utebliven vinst baseras i sin helhet på en kalkyl utförd av Cederroth avseende prognos för försäljning av Multi total under perioden 2006–2010. Prognosen baseras i sin tur på Cederroths ursprungliga lanseringsplan för de första tre åren. Kalkylen är uppdelad för försäljning inom hälsofackhandeln, försäljning inom dagligvaruhandeln, försäljning till apotek samt försäljning i Danmark, Finland och Norge (se p. 78 ff. i det följande). För varje område har en uppskattning gjorts av förväntat antal sålda flaskor per år, pris till butik, varukostnad och fraktkostnad. Exempelvis har för hälsofackhandeln antagits att 55 000 flaskor skulle säljas under 2006, att priset per flaska till butik skulle vara 67,91 kr,

att varukostnaden skulle vara 36,57 kr och att frakten skulle uppgå till 0,54 kr. Omsättningen skulle därmed uppgå till 3 735 050 kr och bruttovinsten till 1 693 820 kr för 2006 inom hälsofackhandeln. Cederroth har härutöver gjort antaganden om försäljningstillväxt, prisökning och kostnadsökning för varan och frakten för respektive år. Hela Pharma har godtagit Cederroths prognostiserade bruttomarginal per flaska under 2006 för såväl hälsofackhandeln som dagligvaruhandeln.

65. Cederroths skadeståndskalkyl hade följande innehåll:

Hälsofack	Tillväxt	Antal flaskor	Brutto-marginal	Brutto-vinst
2006		55 000	30,8	1 693 820
2007	18,20%	65 000	30,8	2 001 787
2008	15,40%	75 000	32,09	2 406 474
2009	10,70%	83 000	32,09	2 663 165
2010	10,80%	92 000	33,42	3 074 817

#### Dagligvaruhandel

2006		60 000	19,97	1 198 440
2007	18,20%	70 909	19,97	1 416 338
2008	15,40%	81 818	20,94	1 713 184
2009	10,70%	90 545	20,94	1 895 924
2010	10,80%	100 364	21,94	2 201 988

#### Apotek

2006				
2007				
2008		25 000	32,09	802 158
2009	40,00%	35 000	32,09	1 123 021
2010	42,90%	50 000	33,42	1 671 096

#### Danmark, Finland, Norge

2006				
2007				
2008		30 000	32,09	962 590
2009	33,30%	40 000	32,09	1 283 453
2010	25%	50 000	33,42	1 671 096

*Marknaden för den vara som Cederroth lanserade*

66. Marknaden för vitamin- och mineraltillskott bestod vid tiden för Cederroths lansering av tre huvudsakliga försäljningskanaler eller delmarknader. Den första av dessa var försäljning inom hälsofackhandeln, dvs. butiker som riktar in sig mot försäljning till konsument av varor som har eller anges ha egenskaper som att de främjar ett gott hälsotillstånd, minskar risken för ohälsa eller lindrar vissa obehag. En viktig del av införsäljningen i dessa butiker görs, såvitt framkommit av utredningen, av butikspersonalen som i betydande utsträckning fungerar som rådgivare och rekommenderar olika varor. Den andra delmarknaden var dagligvaruhandeln. Den tredje delmarknaden bestod 2006 av det statliga Apoteket AB som då hade monopol på försäljning av läkemedel till konsument.

67. När Cederroth lanserade Multi total fanns det försäljning av ett flytande vitamin- och mineraltillskott bara inom hälsofackhandeln. Hela Pharmas flytande kosttillskott Mivitotal var helt dominerande på den delmarknaden. Försäljningen av övriga flytande kosttillskott var i sammanhanget försumbar. Inom dagligvaruhandeln och hos Apoteket AB skedde ingen försäljning av en motsvarande flytande vara. Cederroths affärsidé vid lanseringen av Multi total var att inleda med försäljningen av varan dels inom hälsofackhandeln och där direkt konkurrera med Hela Pharmas Mivitotal, dels inom dagligvaruhandeln där Cederroth inte skulle möta någon konkurrens av en motsvarande vara och där Cederroth hade en stark ställning genom existerande försäljning av andra varor, bl.a. vitaminer och mineraler i tablettform. Först under 2008 skulle man enligt planen introducera varan hos Apoteket AB samt i Danmark, Finland och Norge.

*Cederroth hade inte en skyldighet att sälja varan under annat varumärke eller med generisk beteckning*

68. Enligt Hela Pharma borde Cederroth relativt snart efter det att det interimistiska vitesförbudet hade meddelats ha vidtagit åtgärder för försäljning av den vara som lanserades under varumärket Multi total. Varan borde enligt Hela Pharma ha sålts med användning av antingen ett annat varumärke eller en generisk beteckning under de paraplyvarumärken som Cederroth använde inom hälsofackhandeln respektive dagligvaruhandeln (Pharbio respektive Multiplex).

69. Av utredningen framgår att Cederroth vid tiden för det interimistiska beslutet befann sig i en situation där man inte kunde veta om eller när förbudet skulle upphävas. Inte heller efter Högsta domstolens beslut i juni 2006 att inte meddela prövningstillstånd kunde Cederroth med någon säkerhet bedöma hur länge förbudet skulle gälla. Detsamma får anses ha gällt när Cederroth sommaren 2008 åter fick avslag på sin begäran att förbudet skulle omprövas.

70. Högsta domstolen har i det föregående konstaterat att om den skadelidande har dragit tillbaka varan till följd av ett interimistiskt förbud, så behöver hänsyn vid skadeberäkningen normalt inte tas till vad som skulle ha blivit effekterna av en återlansering av varan under annat kännetecken eller under en generisk beteckning (se p. 38 ff.). Några särskilda förhållanden föreligger inte i detta fall. Att Cederroth valde att inte sälja varan ska alltså inte påverka vilken förlust bolaget ska anses berättigad till ersättning för.

*Cederroths utredning om beräkning av skadeståndet och invändningar däremot*

71. Cederroth har, som anförts i det föregående (se p. 64 ff.), som utredning åberopat en prognos för försäljning av Multi total under perioden 2006–2010. För de tre första åren var prognosen baserad på Cederroths ursprungliga lanseringsplan. Som alternativ till den skadeberäkningen, med ett lägre resulterande belopp, har också åberopats utredning om bruttomarginalen beräknad på basis av den försäljning som faktiskt ägde rum under den korta tiden mellan lanseringen och det interimistiska förbudet. Dessa uppgifter har därefter använts för att göra antaganden om förväntad försäljning under året 2006. Resultatet av den uträkningen har sedan använts med samma antaganden om försäljningsutveckling som i beräkningen baserad på lanseringsplanen. Som ett ytterligare alternativ har Cederroth utgått ifrån faktisk försäljning för 2006 med en försäljningsutveckling motsvarande vitamin- och mineralmarknaden under perioden 2006–2010.

72. Hela Pharma har övergripande invänt mot beräkningarna och i stället hävdar att uppgifter om Cederroths faktiska försäljning efter återlanseringen 2011 av Multi total utgör ett objektiva och tillförlitligt bedömningsunderlag för hur försäljningen skulle ha utvecklats under 2006.

73. Det har från Cederroths sida anförts att lanseringsplanen utarbetats med stor noggrannhet och att den utgjorde underlag när Cederroth fattade sitt beslut att lansera Multi total, först inom dagligvaruhandeln och kort tid därefter inom hälsofackhandeln. Bolaget har som stöd för detta hänvisat till uppgifter som har lämnats av bolagets verkställande direktör LW och vice verk-

ställande direktör MLH. Cederroth har vidare – med hänvisning till de förändringar som skett – anfört att marknadsförhållandena 2011 inte kan läggas till grund för en beräkning som avser 2006.

74. Som Hela Pharma har anfört finns det ett antal exempel på bevis som Cederroth utan större olägenheter skulle ha kunnat presentera och som hade bringat ytterligare klarhet i bedömningen av realismen i Cederroths prognos. Ett exempel är revisorsintyg avseende den faktiska försäljningen från återförsäljare till slutkonsument under lanseringsperioden. Ett annat exempel är en självständig och oberoende expertutredning om en tänkbar försäljningsutveckling baserad på ett redovisat faktaunderlag.

*Ersättning för utebliven vinst efter upphävandet av det interimistiska förbudet*

75. Cederroth har i sin skadeståndsberäkning krävt ersättning för utebliven vinst under hela 2010. Försäljningen av Multi total återupptogs den 19 januari 2011. Det interimistiska vitesförbudet upphävdes emellertid redan den 26 februari 2010. Ansvarsperioden upphörde när hovrätten upphävde vitesförbudet och det alldeles oberoende av att beslutet ännu inte hade fått laga kraft.

76. Efter hovrättens beslut befann sig Cederroth principiellt i en situation som motsvarade den, som skulle ha förelegat om Hela Pharma, när Multi total introducerades på marknaden, bara hade gjort gällande varumärkesintrång men inte hade begärt ett interimistiskt vitesförbud. Cederroth hade då haft valet mellan att antingen fortsätta med lanseringen, men med risk för skadeståndsansvar om Hela Pharma vann framgång med sin intrångstalan, eller att dra tillbaka försäljningen av varan i avvaktan på ett slutligt avgörande i in-

trångstvisten. När det interimistiska förbudet upphävdes kunde Cederroth inte veta om resultatet av den slutliga prövningen i intrångsfrågan skulle bli att man hade eller inte hade gjort sig skyldig till varumärkesintrång. Om Cederroth då valde att avvakta ett slutligt avgörande i den frågan skulle detta ha skett på Cederroths egen risk.

77. Av det anförda följer att Cederroth inte kan kräva ersättning av Hela Pharma för effekter som uppkommit efter den 26 februari 2010 och som beror på att Cederroth valde att avvakta Högsta domstolens beslut. Däremot får Cederroth anses ha rätt till ersättning för den period som krävdes för att anpassa sig till att förbudet hade upphävts och för att åter introducera varan med användning av varumärket Multi total. Cederroth borde dock ha haft en viss beredskap för att förbudet skulle kunna komma att upphävas. Med hänsyn till detta, men även till den långa tid som förbudet hade gällt, får Cederroth anses ha haft möjlighet att lansera varan på nytt efter cirka sex månader, i slutet av augusti 2010. Utebliven vinst under det årets sista fyra månader ska alltså inte ersättas.

*Utebliven försäljning i de övriga nordiska länderna är inte en typisk och förutsebar följd av det interimistiska förbudet*

78. En del av den skada som Cederroth anser sig ha lidit till följd av det interimistiska vitesförbudet avser utebliven försäljning i Danmark, Finland och Norge.

79. Enligt 37 b § i 1960 års varumärkeslag (jfr 8 kap. 3 § i 2010 års lag) avser det interimistiska förbudet ett förbud om att göra eller medverka till ett

varumärkesintrång. Intrånget kan avse ett skydd som någon har erhållit genom registrering eller inarbetning. Ett skydd genom registrering omfattar alltid hela Sverige. Skydd genom inarbetning kan erhållas för hela landet eller en del av landet. (Se 1 och 2 §§ i 1960 års lag; jfr 1 kap. 6 och 7 §§ i 2010 års lag.) Det interimistiska förbudet ska utgöra ett skydd mot varumärkesintrång som äger rum i Sverige och i vissa fall, beträffande varukännetecken, bara i delar av Sverige.

80. Högsta domstolen har i det föregående (se p. 11–18) kommit fram till att 3 kap. 22 § utsökningsbalken, tillämpad analogiskt, utgör den rättsliga grunden för skadeståndsansvaret och att rätten till skadestånd omfattar utebliven vinst avseende de varor som svaranden upphörde att sälja som en följd av förbudet. Normskyddet för regleringen omfattar i första hand sådana konsekvenser som inträffar i Sverige till följd av att det interimistiska förbudet efterlevs. Utgångspunkten bör därför vara att utebliven försäljning i andra länder, för vilka förbudet inte gäller, är en oförutsebar konsekvens av den skadegörande handlingen och som innebär att kravet på adekvans inte är uppfyllt. Endast om det finns särskilda omständigheter bör ersättning kunna utgå. Ett exempel skulle kunna vara att den som begär det interimistiska förbudet vet om att svaranden ska lansera varan också utomlands men att detta inte kommer att vara möjligt om försäljningen i Sverige stoppas.

81. Det framgår inte av utredningen att Hela Pharma hade sådan kunskap om Cederroths lanseringsplan att Hela Pharma därför ska ansvara också för den uteblivna försäljningen i Danmark, Finland och Norge. Inte heller i övrigt finns det stöd i utredningen för att adekvat kausalitet mellan förbudet och den uteblivna försäljningen ska anses föreligga. Den av Cederroth yrkade ersättningen för bruttovinsten avseende de nordiska länderna, som totalt uppgår till drygt 3,9 miljoner kr, ska därför inte beaktas som en post i beräkningen.



*Utredning om Cederroths bruttomarginal*

82. Cederroth har i sin lanseringsplan utgått från ett försäljningspris till butik för alla de marknadssegment, där bolaget hade för avsikt att sälja varan. Uppgiften om bruttomarginal för segmenten hälsofackhandel och dagligvaruhandel har vitsordats av Hela Pharma för 2006, dvs. det år då varan också såldes inom dessa segment under en kortare tid. Cederroth har utgått från en mindre prisökning och en motsvarande ökning av inköpspriset 2008 och en motsvarande procentuell ökning 2010. Underlaget är sådant att det finns skäl att lägga bruttomarginalerna för dessa båda segment under de relevanta åren till grund för beräkningen. Cederroth har därutöver påstått att motsvarande marginaler som för dagligvaruhandeln skulle ha erhållits också vid försäljningen till Apoteket AB.

*Utredning om försäljning under det inledande året*

83. Hela Pharma har hävdats att Cederroths försäljning efter återlanseringen 2011 kan läggas till grund för en beräkning som avser 2006 (se p. 72). Det står emellertid klart att flera viktiga förändringar hade ägt rum inom de relevanta marknadssegmenten mellan 2006 och 2011. Det är exempelvis fråga om att apoteksmarknaden avreglerades, att Hela Pharma lanserade Mivitotal inom detta segment och inom dagligvaruhandeln samt att försäljningen ökade av s.k. egna märkesvaror, dvs. varor som detaljhandeln inte tillverkar själv men säljer under eget varumärke. Dessa förhållanden gör att Cederroths försäljningsresultat 2011 inte tillför något egentligt bevisvärde rörande tänkbar försäljning under tidigare år.

84. Cederroth har till grund för beräkningen lagt att man under 2006 skulle sälja 55 000 flaskor inom hälsofacksegmentet och 60 000 flaskor inom dagligvaruhandeln. Uppgifterna är baserade på Cederroths ursprungliga lanseringsplan. Det finns, som del i en objektiverad bedömning, generellt anledning att fästa betydande avseende vid sådana uppgifter som faktiskt har legat till grund för den skadelidandes ekonomiska beslutsfattande, särskilt om det också har innefattat ekonomiska åtaganden i form av investeringar eller andra kostnader.

85. Cederroth har inte presenterat någon detaljerad budget för bolaget eller för varan och inte heller någon generell information om marknaden och marknadsutvecklingen som utgjorde en grund för innehållet i lanseringsplanen. Det innebär vidare att Cederroth inte har presenterat någon närmare information, utöver vad som framgår av professor Clas Bergströms sakkunnigutlåtande, om Cederroths erfarenheter av tidigare lanseringar och hur dessa erfarenheter beaktats vid utarbetandet av lanseringsplanen. Något förhör med den eller de personer inom Cederroth som arbetade fram lanseringsplanen har inte heller åberopats. Betydelsefullt underlag för bedömningen kunde också ha framkommit genom förhör med inköpare bland återförsäljarna rörande deras intresse att fortsätta att köpa Multi total vid tidpunkten för det interimistiska beslutet. Det finns inget av betydelse i målet som medger bedömningen att information av nu aktuellt slag skulle ha varit svår att lägga fram. Dessa brister medför att Cederroths prognos inte utan vidare kan läggas till grund för skadeberäkningen.

86. Eftersom det interimistiska förbudet kom Cederroth till del den 2 mars 2006 och Cederroth därefter återkallade varan från sina återförsäljare, något

som skedde i vart fall senast den 3 april samma år, hann varan inte säljas inom hälsofackhandeln eller dagligvaruhandeln under mer än en begränsad tid. Försäljningssiffror avseende försäljning till slutkonsument under den korta perioden skulle inte ha medgett bedömning av vilken försäljning som skulle ha kunnat uppnås för hela perioden 2006–2010. Sådan information skulle emellertid ha utgjort ett betydelsefullt underlag vid bedömningen av den försäljning under 2006 som Cederroth gick miste om genom förbudet. Cederroth har inte lagt fram någon utredning om antalet sålda flaskor från återförsäljare till slutkonsument under lanseringsperioden. Det finns inget i målet som visar att sådan utredning, genom ett revisorsintyg eller liknande, skulle ha varit svår för Cederroth att lägga fram.

87. I stället har Cederroth lämnat information och styrkt genom revisorsintyg hur många flaskor som såldes till återförsäljarna inom de båda marknadssegmenten. Dessa uppgifter har emellertid lågt bevisvärde med avseende på hur varan togs emot av slutkonsumenterna. Uppgifterna förklarar bara att Cederroth i samband med lanseringen lyckades väl med att få Multi total listad, dvs. att få hyllplats i många butiker för varan. I utredningen finns också uppgifter om hur många flaskor som destruerades. Uppgifterna är emellertid gemensamma för Cederroths egna lager och flaskor som återtagits från handeln utan någon uppdelning mellan kategorierna.

88. Det är inte möjligt att fastställa en exakt nivå på den försäljning som Cederroth skulle ha haft under den aktuella perioden och en uppskattning måste därför göras (p. 50 ff.). Utredningen ger inte tillräckligt belägg för Cederroths påstående om att 55 000 respektive 60 000 flaskor skulle ha sålts under 2006. Utredningen ger dock stöd för bedömningen att Cederroth skulle

ha lyckats relativt väl med sin lansering och att bolaget skulle ha sålt ett betydande antal flaskor inom de båda marknadssegmenten. Av betydelse för den bedömningen är bl.a. den prisfördel per dos som Multi total hade i jämförelse med Mivitotal, den nya fördelaktiga förpackningsstorleken, Cederroths framgångar med att få varan listad på så många butiker inom båda marknadssegmenten och den initiala försäljningen till återförsäljarna. Högsta domstolen uppskattar därför att försäljningen skulle ha uppgått till cirka 30 000 flaskor inom hälsofackhandeln och 50 000 flaskor inom dagligvaruhandeln det aktuella året.

*Utredning om försäljningsutveckling under relevant tidsperiod*

89. Cederroth hade redan i sin lanseringsplan gjort vissa antaganden om tillväxten på respektive marknad under 2007 och 2008. Också beträffande dessa antaganden finns det anledning att fästa betydande avseende vid uppgifterna, eftersom de faktiskt har legat till grund för Cederroths ekonomiska beslutsfattande. Det kan dock noteras att lanseringsplanen bara omfattade 2006–2008 medan prognosen, och därmed skadeberäkningen, baseras på hela perioden 2006–2010. Lanseringsplanen täckte alltså inte de sista två åren i prognosen. Någon närmare information om vilka överväganden som har legat till grund för antagen försäljningstillväxt under dessa båda år har inte lämnats. Samma vikt kan alltså inte fästas vid informationen avseende dessa två år.

90. Det har från Cederroths sida inte åberopats någon bevisning om vilket underlag man baserade sin bedömning av marknadsutvecklingen på. Också i nu aktuellt avseende (jfr p. 85) saknas vidare förhör med den eller de personer inom Cederroth som arbetade fram lanseringsplanen och som hade kunnat

stärka tillförlitligheten i bedömningen. Det hade även varit möjligt för Cederroth att presentera en självständig och oberoende expertutredning om en sannolik försäljningsutveckling. Avsaknaden av uppgifter av detta slag medför att lanseringsplanen inte utan vidare kan användas vid beräkningen.

91. Tillförlitlig statistik avseende försäljning av kosttillskott i allmänhet och flytande vitamin- och mineraltillskott i synnerhet kunde också ha utgjort ett betydelsefullt underlag för bedömningen av den försäljningsutveckling som kunde förväntas avseende Multi total inom de olika marknadssegmenten under perioden 2006–2010. Enligt Cederroth saknades sådan statistik. Det saknas skäl att här göra en annan bedömning.

92. Uppgifter om Hela Pharmas försäljning av Mivitotal under de olika åren inom de relevanta marknadssegmenten kunde ha haft betydelse som bevis för bedömning av tänkbar marknadstillväxt. Tingsrätten avlog emellertid Cederroths begäran om edition och anförde att Hela Pharma hade att överväga konsekvensen av att bolaget inte frivilligt lämnade ut sina försäljningssiffror. Något annat sätt att få fram relevant information om marknadsutvecklingen än att få uppgifterna från den helt dominerande aktören på marknaden för flytande vitamin- och kosttillskott synes inte ha funnits. I detta hänseende har alltså full bevisning inte alls eller endast med svårighet kunnat föras, vilket är något som måste beaktas vid bedömningen av Cederroths kalkyl. I den mening får alltså den skadeståndsskyldige partens processföring betydelse vid bevisprövningen (jfr för dansk rätts del Sø- og Handelsrettens dom den 12 maj 1987, publicerad i NIR 1990 s. 269 och Eva Aaen Skovbo, Erstatning for ophavsretlige krænkelse, 2005 s. 331).

93. I den bakgrund till tvisten som tecknas i ett av Hela Pharma åberopat sakkunnigutlåtande daterat den 26 november 2012 anges att försäljningsutvecklingen för Mivitotal var sådan att försäljningen fördubblades vart femte år. Enligt utlåtandet uppgick försäljningen 2005 till 30 miljoner kr och 2010 till 60 miljoner kr. Hälsotackhandeln anges fortfarande ha varit den viktigaste försäljningskanalen. Av andra uppgifter lämnade i målet framgår att Mivitotal lanserades i dagligvaruhandeln 2008 och inom apoteksmarknaden 2009. Hela Pharma har i målet i Högsta domstolen, utan någon närmare förklaring, angivit att Hela Pharma inte kan ställa sig bakom uppgifterna om försäljningsutvecklingen och att de inte kan läggas till grund för bedömningen. En omsättning om cirka 60 miljoner kr för Mivitotal per år uppgavs emellertid av Hela Pharma också i intrångsmålet och återges i Attunda tingsrätts dom den 20 mars 2009 och i Svea hovrätts dom den 26 februari 2010.

94. Det finns utrymme för att tillämpa de principer som kommer till uttryck i 35 kap. 5 § rättegångsbalken beträffande vilken försäljningsutveckling som ska läggas till grund för beräkningen. Av särskild betydelse för den bedömningen är uppgifterna i lanseringsplanen, vad som har kommit fram om Mivitotals försäljningsutveckling och Cederroths svårigheter att föra full bevisning om utvecklingen, bl.a. till följd av Hela Pharmas processföring. Högsta domstolen utgår därför i det följande från att Cederroth skulle ha uppnått antagen försäljningstillväxt inom hälsotackhandeln och dagligvaruhandeln.

*Andra kostnader som den skadelidande kunde antas ha fått till följd av försäljningen*

95. Cederroth baserar sitt ersättningsanspråk på den bruttovinst som bolaget anser sig ha gått miste om. Bruttovinsten har beräknats utifrån skillnaden mellan antaget försäljningspris med avdrag för Cederroths varukostnad och kostnad för transport till återförsäljare. Syftet med skadeståndet är emellertid att den skadelidande ska försättas i samma situation som om den skadegörande handlingen inte hade ägt rum. Från uppskattad försäljningsintäkt ska därför dras alla kostnader som en vara orsakar och som inte skulle uppstått om varan inte såldes, s.k. särkostnader (jfr exempelvis NJA 1998 s. 873; jfr Radetzki, a.a., s. 140 ff., Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, s. 604 ff. och Aaen Skovbo, a.a., s. 231 f.).

96. Cederroth har inte gjort något avdrag för exempelvis kostnader för marknadsföring och försäljning av Multi total under perioden efter initial införsäljning i samband med lanseringen. Av bevisningen framgår att Cederroth planerade kampanjer och annan marknadsföring av Multi total och avsåg att ägna betydande ansträngningar åt försäljningen av varan i de olika marknadssegmenten. Enligt LW skedde emellertid den stora delen av marknadsföringen i form av samordnade kampanjer som man ändå behövde göra för andra varor och införsäljningen med en säljarkår som kunde ägna sig åt annat när varumärket förbjöds. Hela Pharma har emellertid invänt att Cederroth under åren haft betydande försäljningskostnader för försäljning av sina varor. Av årsredovisningarna för 2008 och 2009 framgår att försäljningskostnaderna uppgick till 28 respektive 32 procent av nettoomsättningen för bolaget.

97. Det framgår inte varför försäljningskostnaderna för Multi total skulle

ha varit lägre och till och med försumbara under den relevanta tidsperioden. Tvärtom ger utredningen vid handen att det torde ha krävts betydande försäljningsinsatser för att dels penetrera ett nytt marknadssegment – dagligvaruhandeln – med en i jämförelse med vitaminer och mineraler i tablettform relativt dyr vara, dels skaffa sig betydande marknadsandelar inom hälsofackhandeln där den konkurrerande varan Mivitotal hade den helt dominerande positionen. Mot den nu angivna bakgrunden bör försäljningskostnaderna bestämmas till 28 procent av nettoomsättningen av varan.

98. Vad som i övrigt har framkommit ger inte stöd för att ytterligare avdrag ska göras vid skadeberäkningen.

#### *Apoteksmarknaden*

99. Enligt lanseringsplanen skulle Cederroth inleda arbetet med försäljning på apoteksmarknaden först under 2008. I skadeberäkningen har vidare antagits mycket omfattande försäljningsökningar under 2009 och 2010. Dessa antaganden får anses vara betydligt mer osäkra än antagandena om försäljningen och försäljningsutveckling inom dagligvaruhandeln och även inom hälsofackhandeln. För dessa båda delmarknader har presenterats uppgifter om att Cederroth hade lyckats sälja in varan till återförsäljarledet. Några sådana uppgifter har Cederroth av naturliga skäl inte kunnat lämna om apoteksmarknaden. Däremot kunde Cederroth ha fört bevisning om hur bolaget avsåg att bearbeta monolet Apoteket AB för att komma in på den delmarknaden. Inte heller har det förts bevisning om vilket underlag som låg till grund för Cederroths försäljningsantaganden. Avsaknaden av bedömningsunderlag medför att det inte är möjligt att tillämpa grunderna för 35 kap. 5 § rättegångsbalken beträffande beräkningen i den delen. Cederroth kan därför inte tillerkännas någon ersättning för utebliven vinst inom det marknadssegmentet.



*Sammanfattande slutsatser avseende skadeberäkningen*

100. Slutsatsen av det anförda är att skadestandsberäkningen omfattar följande moment (för 2010 åtta månader, se p. 77):

Hälsofack	försäljning	bruttomarginal	bruttovinst	förs.kost.	Netto
2006	30 000	30,8	924 000	570 444	353 556
2007	35 460	30,8	1 092 168	674 265	417 903
2008	40 921	32,09	1 313 150	801 479	511 671
2009	45 299	32,09	1 453 657	887 226	566 431
2010	33 461	33,42	1 118 271	675 042	443 229
					2 292 790

*Dagligvaruhandel*

2006	50 000	19,97	998 500	798 000	200 500
2007	59 100	19,97	1 180 227	943 236	236 991
2008	68 201	20,94	1 428 137	1 121 143	306 994
2009	75 499	20,94	1 580 948	1 241 113	339 835
2010	55 769	21,94	1 223 562	944 258	279 304
					1 363 624

Cederroth får därför anses ha lidit en förlust om knappt 2,3 miljoner kr avseende försäljningen inom hälsofackhandeln och drygt 1,35 miljoner kr inom dagligvaruhandeln, eller totalt drygt 3,65 miljoner kr. Från detta belopp ska dras de knappt 1,65 miljoner kr som Hela Pharma redan har betalat. Det skadestånd som Cederroth är berättigat till blir alltså 2 miljoner kr.

*Rättegångskostnader*

101. Cederroth har i huvudsaken yrkat ersättning med drygt 26 miljoner kr utöver de belopp som Hela Pharma redan har betalat. Den tillerkända ersättningen uppgår till knappt en tredjedel av vad som har yrkats. Cederroth har dock varit framgångsrikt beträffande den fråga som parterna ägnat en mycket

betydande del av målet åt, nämligen om Cederroth hade en skyldighet att, som en skadebegränsande åtgärd, efter en tid sälja varan under ett annat varumärke eller en generisk beteckning. Parterna bör mot bakgrund härav och vad som i övrigt förekommit i målet svara för sina egna rättegångskostnader i alla instanser.

---

---

---

---

---

---

I avgörandet har deltagit: justitieråden Gudmund Toijer, Johnny Herre (referent), Lars Edlund, Stefan Johansson och Mari Heidenborg  
Föredragande justitiesekreterare: Karin Annikas Persson