

# Erstatning og vederlag for krænkelse af immaterielle rettigheder

## Damages for infringements of intellectual properties

af KATHRINE MEHLSSEN SØNDERGAARD og NICOLAI HUUS ANDERSEN

*Emnet for afhandlingen er at fastlægge rammerne og grænserne for den kompensation rettighedshaveren kan kræve som følge af en krænkelse af dennes immaterielle rettighed. Afhandling analyserer i den forbindelse lovgivning, litteratur og retspraksis for erstatning ved krænkelse af immaterielle rettigheder.*

*I Danmark er det for rettighedshaveren muligt at kræve erstatning svarende til et rimeligt vederlag, eller det faktiske tab rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen.*

*Vederlaget beregnes som det vederlag, krænkeren under normale omstændigheder skulle have betalt rettighedshaveren for benyttelse af rettigheden. En sådan kan beregnes ud fra licens betragtninger. I de tilfælde, hvor rettighedshaveren tidligere har givet licens til andre mod betaling af en royalty, bør vederlaget derfor svare til sådanne royalties. I de tilfælde hvor rettighedshaveren normalt ikke ville give licens til tredjemand, er det mere problematiske at udregne det rimelige vederlag. I afhandlingen behandles det endvidere, hvilke værdier vederlaget skal beregnes på baggrund af f.eks. solgte eller producerede vare, prisen med eller uden moms mv.*

*Ud over vederlaget er det muligt at få erstatning for den yderligere skade, som rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen. Der kan kræves erstatning for afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab. Det kan være yderst vanskeligt for rettighedshaveren at bevise, hvilke tab han har haft som følge af krænkelsen. Som en konsekvens heraf er det vanskeligt for domstolene at beregne erstatningens størrelse. Erstatningen bliver derfor tit udmålt på baggrund af dommerens skøn, hvilket kan resultere i en vis tilbageholdenhed i udmålingen af erstatningen størrelse.*

*Afhandlingen behandler endvidere hvordan erstatning udmåles i Sverige og i England. Det konkluderes at retsområdet ikke er ensartet på tværs af EU, dette på trods af, at retshåndhævelsesdirektivet blev introduceret i 2004/48/EC, med det formål at skabe harmonisering på området.*

*Endelig konkluderer afhandlingen, at der ikke er en ensartethed eller en fast praksis på området, og mulige løsninger analyseres.*

# Indholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>Indledning</b> .....	<b>4</b>
1.1	Problemformulering .....	5
1.2	Afgrænsning .....	6
1.3	Metode.....	6
1.4	Systematik.....	6
<b>2</b>	<b>Retsgrundlaget for rimeligt vederlag og erstatning</b> .....	<b>6</b>
2.1	International ret.....	6
2.1.1	TRIPS.....	7
2.1.2	Retshåndhævelsesdirektivet .....	7
2.2	National ret.....	8
2.3	Ansvarsgrundlaget.....	8
2.3.1	Handlinger foretaget i god tro.....	11
<b>3</b>	<b>Rimeligt vederlag</b> .....	<b>12</b>
3.1	Begrebets oprindelse.....	12
3.2	Begrebet udbredes til øvrige love om immaterielle rettigheder.....	12
3.3	Begrebet licensafgift og licensaftalen .....	14
3.4	Principper ved fastsættelsen af det rimelige vederlag .....	14
3.4.1	Rimeligt vederlag på baggrund af licensaftaler .....	15
3.4.1.1	<i>Retspraksis, hvor der er fremlagt licensaftaler</i> .....	15
3.4.2	Branche kutyme og arbejdshonorar .....	17
3.4.3	Rimeligt vederlag beregnet ud fra en hypotetisk licensafgift .....	17
3.4.3.1	<i>En på forhånd fastsat licenssats</i> .....	18
3.4.4	Betydningen af arten af den immaterielle rettighed.....	19
3.4.5	Betydningen af arten af produktet.....	19
3.4.5.1	<i>Parallelimporteret medicin</i> .....	20
3.4.6	Markedsmæssig værdi .....	21
3.4.7	Betydningen af Købelovens § 5.....	22
3.4.8	Andre forhold.....	23
3.5	Beregningen af det rimelige vederlag.....	25
3.5.1	Antal solgte eller antal producerede enheder .....	25
3.5.2	Omsætning med eller uden moms.....	27
3.5.3	Rabatter og bonusordninger mv. ....	28
<b>4</b>	<b>Erstatning for yderligere skade</b> .....	<b>29</b>
4.1	Rettighedshaverens tab .....	30
4.1.1	Afsætningstab .....	30
4.1.1.1	<i>Substitution og markedsfortrængning</i> .....	31
4.1.1.2	<i>Dokumentation for afsætningstab</i> .....	36
4.1.1.3	<i>Øvrige bemærkninger om afsætningstab</i> .....	38
4.1.2	Markedsforstyrrelse .....	38
4.1.2.1	<i>Betingelser</i> .....	39
4.1.2.2	<i>Krænkerens handlinger</i> .....	40
4.1.2.3	<i>Udmåling af erstatning for markedsforstyrrelse</i> .....	42
4.1.3	Andre tab.....	44
4.1.4	Årsagssammenhæng og adækvans.....	45
4.2	Andre forhold ved udmålingen af erstatning og vederlag.....	46
4.2.1	Erstatning og vederlag er fastsat skønsmæssigt.....	46
4.2.2	Krænkerens uberettigede fortjeneste.....	47
4.2.3	Processuel skadevirkning.....	49
4.2.4	Økonomiske betragtninger ved krænkelsen.....	50
4.2.5	Retshåndhævelsesdirektivets betydning for gældende ret .....	52

<b>5</b>	<b>Vederlags- og erstatningsreglens formål .....</b>	<b>53</b>
5.1	Vederlagsreglens formål.....	53
5.2	Formålet med erstatning for yderligere skade .....	54
5.3	Afsluttende om reglernes formål .....	55
<b>6</b>	<b>Årsager til domstolenes udmåling af vederlag og erstatning.....</b>	<b>55</b>
<b>7</b>	<b>Implementering af retshåndhævelsesdirektivet i Danmark .....</b>	<b>56</b>
<b>8</b>	<b>Fremmed ret .....</b>	<b>58</b>
8.1	Svensk ret.....	58
8.2	Engelsk ret .....	61
<b>9</b>	<b>Harmonisering.....</b>	<b>64</b>
<b>10</b>	<b>Forslag til forbedringer af gældende ret.....</b>	<b>65</b>
<b>11</b>	<b>Konklusion.....</b>	<b>68</b>
<b>12</b>	<b>Litteraturliste .....</b>	<b>70</b>

## English summary

The subject of this Master's thesis is to determine the damages obtained due to an infringement of intellectual property rights. The Master's thesis reviews the legislation, literature, and case law for damages of intellectual property rights.

In Denmark, it is possible for the owner of the right to claim damages, either as a royalty fee or as the harm caused by the infringement. The fee is calculated according to a reasonable royalty, which the infringer should have paid under contractual circumstances. If the owner of the right grants a license, the damages should correspond to the royalty fee. However, when the owner does not grant a license, it is much more difficult to calculate the fee. The Master's thesis also determines which figures the fee should be calculated on, e.g. sale or produced products.

It is possible to obtain damages for losses that exceed the reasonable royalty. The amount of damages is normally calculated on the basis of the losses suffered by the owner of the right through the infringer's competition, e.g. lost profit, loss of goodwill, and other losses. Generally, it is difficult for the owner of the right to prove the loss caused by the infringer, and as a consequence, it can be difficult for the court to determine and calculate the damages. The damages are often established based on the court's own assessment.

The Master's thesis also examines how damages are assessed in Sweden and the UK. It is concluded that the area is not coordinated across the EU, even though the enforcement directive 2004/48/EC was introduced in 2004.

Finally, the thesis concludes that it is difficult to determine uniformity within the area and suggests some possible solutions to this problem.

Det følger af studieordningen, at det skal fremgå af afhandlingen, hvilke afsnit vi hver især er ansvarlige for. Det bør dog hertil bemærkes, at det samlede speciale, herunder hvert enkelt afsnit, er fremkommet efter en ligevægtig fælles indsats. Herunder angives det, hvilke afsnit vi hver især bærer hovedansvaret for.

**Kathrine Mehlsen Søndergaard** (20102595): Afsnit 2, 2.1, 2.1.1, 2.3, 2.3.1, 3.3, 3.4.3, 3.4.3.1, 3.4.4, 3.4.6, 3.4.8, 3.5, 3.5.2, 2.5.3, 4.1.1, 4.1.1.1, 4.1.1.2, 4.1.1.3, 4.1.4, 4.2, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 5, 5.1, 8.2, 9.

**Nicolai Huus Andersen** (20102862): Afsnit 2.1.2, 2.2, 3, 3.1, 3.2, 3.4, 3.4.1, 3.4.1.1, 3.4.2, 3.4.5, 3.4.5.1, 3.4.7, 3.5.1, 4, 4.1, 4.1.2, 4.1.2.1, 4.1.2.2, 4.1.2.3, 4.1.3, 4.2.4, 4.2.5, 5.2, 5.3, 7, 8, 8.1.

**Fælles:** Afsnit 1, 6, 10, 11 og 12.

## 1 Indledning

Immaterielle rettigheder har eksisteret som en del af vores samfund i mange år. De første immaterielle rettigheder, der kendes til, rækker helt tilbage til omkring 500 f.Kr. Dengang blev der i den græske bystat Sybaris hvert år afholdt en kokkekonkurrence. Vinderen af konkurrencen fik i præmie et års eneret til at tilberede og sælge sit måltid, som nu var eftertragtet.<sup>1</sup> Op gennem tiderne har immaterialretten udviklet sig fra den primitive kokkekonkurrence til også at omfatte mange andre typer af rettigheder.

I England blev den første patentlov vedtaget i 1624. Ligeledes var en af de første immaterielle rettigheder, der blev lovgivet om i Danmark patentretten. Den første patentlov blev vedtaget i 1894. Der findes i dag flere forskellige immaterialretlige love. Lovene beskytter frembringelser af vidt forskellige art. Immaterielle rettigheder kan eksempelvis være en opfindelse af teknisk eller industriel karakter, et design, en brugsgenstand, et varemærke eller et kunstnerisk værk for eksempel et maleri. Den immaterielle rettighed er en form for ejendomsret, der gælder selve ideen eller konstruktionen bag frembringelsen, og ikke den enkelte frembringelse.

En indehaver af en immaterialrettighed er den eneste, som må fremstille kopier, eller på anden måde udnytte den rettighed, der er beskyttet, og rettighedshaveren kan dermed forbyde andre at gøre brug af den beskyttede rettighed. Krænker andre indehaverens rettighed, har vedkommende mulighed for at gøre indsigelser mod krænkelsen. Fortsætter krænkelsen kan indehaveren gennem domstolene få nedlagt et forbud mod krænkerens produktion og salg af den krænkende vare. Endeligt kan indehaveren via erstatningsbestemmelserne i de immaterielle love få kompensation i form af vederlag og erstatning for den skade, der er lidt i forbindelse med krænkelsen. Traditionelt begrundes erstatningsretten i to hovedhensyn – et genopbyggende og et forbyggende. Skadelidte bliver som følge af genopbyggelseshensynet kompenseret for lidt eller fremtidige tab. Det forbyggende hensyn ligger i, at risikoen for at ifalde et erstatningsansvar skal påvirke potentielle skadevolderes handlinger og dermed medvirke til at forhindre at skaden opstår.

Vi lever i et moderne samfund. Selvom der med det moderne samfund følger mange privilegier og nye teknologier, der kan gøre livet lettere, må det erkendes, at de moderne teknologier gør det lettere at kopiere immaterielle rettigheder. Krænkelser af immaterielle rettigheder kan have vidtrækkende konsekvenser både for den enkelte rettighedshaver, men også for samfundet. I de senere år er fokus på konsekvenserne øget, blandt andet har EU oprettet enheden: Det Europæiske Observationscenter for Krænkelser af Intellectuelle Ejendomsrettigheder. Enheden har blandt andet fået til opgave at fastlægge, hvilken betydning krænkelse af immaterielle rettigheder har inden for forskellige kommercielle områder. Enheden skal undersøge 12 forskellige områder. Indtil videre har enheden fremlagt tre rapporter: kosmetik og personlig pleje; tøj, sko og accessories; og senest området for sportsudstyr. Alene den første rapport om kosmetik mv. fastslår, at kosmetikbranchen hvert år har et tab på 4,7 milliarder

---

<sup>1</sup> <http://historienet.dk/teknik/opfindelser/hvordan-opstod-patentet>

euro i mistet omsætning, hvilket svarer til, at sektoren mister 7,8 % af omsætningen hvert år. Ifølge rapporten mister kosmetiksektoren i Danmark et beløb svarende til 5 % af omsætningen i Danmark hvert år. Desuden mistes der ca. 50.000 jobs i EU som følge af krænkelse. Det er ikke kun sektoren som sådan, som lider et tab. Det er også den offentlige sektor. Rapporten fastslår, at det offentlige i EU mister 1,7 milliarder euro hvert år i mistede indtægter i form af skatter og afgifter.<sup>2</sup> Selvom der er visse usikkerheder forbundet med udregningerne i rapporten belyser den, at krænkelse af immaterielle rettigheder har vidtrækkende konsekvenser for hele samfundet. Det er derfor vigtigt med effektive midler mod krænkelse. Et sådant effektivt retshåndvælsessystem bør indeholde forebyggende foranstaltninger, der fjerner incitamentet for at foretage en krænkelse, og genopbyggende foranstaltninger, der sikrer effektiv konkurrence, og hermed fremmer incitamentet for, at personer og virksomheder fremkommer med nye ideer. En effektiv og tilstrækkelig udmåling af erstatning og vederlag kan bidrage til dette værn.

I den generelle immaterialretlige litteratur ligger fokus i høj grad på, hvorvidt der er sket en krænkelse, mens selve udmålingen af vederlag og erstatning ikke har haft samme bevågenhed. Der findes dog i mindre omfang speciallitteratur, som behandler emnet indgående. I den litteratur synes der at være en generel kritik af domstolenes udmåling af erstatning og vederlag. Kritikken fokuserer især på, at vederlag og erstatning udmåles for lavt og domstolene er inkonsekvente ved udmålingen. Se for eksempel Deichmanns kommentar til U 2009.1018H (Burberry) i NIR 2010.177: *”Endnu en pyrrhussæjr kan således føjes til listen af sager om grove og helt åbenbare krænkelse, hvor rettighedshaveren efter omfattende bevissikring, forbud og retssag i to instanser nok vinder sagen, men må erkende, at det har været en ualmindelig dårlig forretning overhovedet at føre denne. Mens krænkeren formentlig samlet set har haft overskud på sit salg af ulovlige kopivarer. Afgørelsen understreger dermed endnu engang behovet for den revision af de immaterialretlige sanktionsregler, der skete i 2005 i forbindelse med implementeringen af retshåndvælsesdirektivet. Hidtidig og nuværende praksis er i det hele taget præget af en stor tilbageholdenhed fra domstolenes side med hensyn til at udmåle erstatninger, der kan siges at batte noget, i hvert fald set i forhold til de store og uberettigede fortjenester, der ofte opnås ved at markedsføre og sælge et produkt, der i større eller mindre grad ligner et produkt, der allerede er på markedet.”*

Formålet med afhandlingen er i høj grad at undersøge om ovenstående citat er udtryk for retsstillingen i Danmark. I forbindelse med afhandlingen er der fundet og undersøgt 169 domme, hvor der er sket en krænkelse af en immateriel rettighed og rettighedshaveren har krævet erstatning og/eller vederlag. En oversigt over dommene kan findes i bilag 1. I bilaget er der desuden en grafisk oversigt, som blandt andet viser, at rettighedshaverne i gennemsnit får tilkendt mellem 30 % og 50 % af det påståede beløb alt efter, hvilken immaterialretlig lov, der er overtrådt.

## 1.1 Problemformulering

Afhandlingen skal belyse, hvad der i forbindelse med krænkelse af immaterielle rettigheder i litteraturen og lovgivningen forstås ved henholdsvis vederlag og erstatning. Endvidere analyseres det, hvordan domstolene anvender begreberne. Det er en tese i opgaven, at domstolene er tilbageholdende ved udmålingen af vederlag og erstatning, hvorfor det analyseres, hvordan domstolene beregner henholdsvis vederlag og erstatning. Retshåndvælsesdirektivet har betydning for samtlige medlemslande i EU, derfor vurderes det, i hvilket omfang to udvalgte europæiske lande divergerer fra dansk ret, og hvorvidt landene kan give inspiration til ændringer i dansk ret, hvorefter der i opgaven endeligt gives forslag til forbedringer af den retlige regulering ved erstatning og vederlag for krænkelse af immaterielle rettigheder.

---

<sup>2</sup> Wajzman and Arias Burgos, 2015

## 1.2 Afgrænsning

I opgaven behandles hovedsageligt afgørelser afsagt med hjemmel i ophavs-, varemærke-, patent- og designloven samt produktefterligningsværnet i markedsføringsloven. Det forudsættes gennem hele opgaven, at der er sket en krænkelse, hvorfor selve krænkelsesproblematikken ikke belyses nærmere.

Kun i det omfang de erstatningsretlige betingelser findes relevante i forbindelse med krænkelse af immaterielle rettigheder, er de belyst i opgaven. På den baggrund er det for eksempel ikke redegjort nærmere for tabsbegrænsningspligten samt lempelsesreglerne i erstatningsansvarsloven. Endvidere er godtgørelse for ikke-økonomisk skade ikke behandlet nærmere i afhandlingen. Dette er alene sket efter grundige analysemæssige årsager.

Endelig redegøres der ikke nærmere for bødestrafte og andre sanktioner, selvom det også kan have indflydelse på det samlede indtryk af retsområdet. Sagsomkostninger inddrages kun i begrænset omfang.

## 1.3 Metode

Det teoretiske udgangspunkt for afhandlingen er den juridiske metode, da formålet med opgaven er at afdække gældende ret.<sup>3</sup> Afhandlingen inddrager lovforarbejder, lovgivning, faglitteratur, betænkninger, tidsskriftsartikler og retspraksis. Afhandlingen beskriver, analyserer og systematiserer førnævnte.

## 1.4 Systematik

Afhandlingen indledes med en gennemgang af retsgrundlaget, dernæst hovedafsnit om vederlag og erstatning. Herefter følger et afsnit om fremmed ret, og afsnit om harmonisering og implementering. Til slut gives forslag til ændringer i gældende ret. Afsnittene er opbygget, således at både lovgivning, litteratur og retspraksis for det enkelte emne gennemgås og gældende ret vurderes.

På området findes der omfattende retspraksis, 169 domme. En oversigt over dommene kan findes i bilag 1. I opgaven er parterne i sagerne benævnt henholdsvis RH og K. RH angives for rettighedshaveren, mens K er krænkeren. I de tilfælde, hvor beskrivelsen er af mere generel betydning angives blot rettighedshaveren og krænkeren. En del af dommene analyseres i flere afsnit, hvorfor de for overblikkets skyld er givet et populærnavn, der er angivet i parentes efter domsnummeret.

I opgaven forkortes lovene. De vigtigste love er patentloven (PTL), ophavsretsloven (OHL), varemærkeloven (VML), brugsmodelloven (BML), designloven (DSL) og markedsføringsloven (MFL).

## 2 Retsgrundlaget for rimeligt vederlag og erstatning

### 2.1 International ret

Immaterielretten er i høj grad præget af overnationalt samarbejde. Traditionelt har der været et nordisk samarbejde vedrørende immaterielle rettigheder. Desuden er der flere forskellige konventioner,

---

<sup>3</sup> Evald and Schamburg-Müller, 2004: s. 212 ff

som har betydning, heriblandt Pariserkonventionen fra 1883 til beskyttelse af industriel ejendomsret, Bernerkonventionen om beskyttelse af ophavsrettigheder samt TRIPS-aftalen. Endelig er der på EU-plan også sket en omfattende regulering af immaterielle rettigheder, og ikke mindst håndhævelse af immaterielle rettigheder. Det skete med retshåndhævelsesdirektivet 48/2004/EF. Selvom der er sket omfattende samarbejde mellem stater, er det vigtigt at holde sig for øje, at det som hovedregel er dansk ret, der skal lægges til grund ved udmålingen af vederlag og erstatning. Dog er det relevant at undersøge, hvad der er angivet i TRIPS og retshåndhævelsesdirektivet om vederlag og erstatning, da dansk ret i høj grad er baseret på det internationale samarbejde.

### 2.1.1 TRIPS

Aftalen vedrørende "Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights" (TRIPS) trådte i kraft d. 1. januar 1995. Aftalen blev indgået under WTO og har til formål at harmonisere reglerne for beskyttelse af immaterielle rettigheder. Det sker gennem en række minimumsstandarder, som fastlægges i aftalens art. 45. Ifølge artiklen skal krænkeren, der handler i ond tro, kunne pålægges at betale rettighedshaveren kompensation i det omfang, der er lidt skade som følge af krænkelsen. Endvidere skal rettighedshaverens udgifter, herunder udgifter til advokat, kunne kræves betalt af krænkeren. I visse sager skal det tillige være muligt at pålægge en krænker i god tro at godtgøre rettighedshaveren dennes tabte indtjening eller den påførte skade.<sup>4</sup>

Artikel 45 skal ses i sammenhæng med art. 41, der vedrører aftalens bestemmelser om håndhævelsesmidler.<sup>5</sup> Ifølge art. 41. Stk. 1 skal medlemmerne sikre, at de nationale bestemmelser effektivt griber ind over for krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Ifølge aftalen indebærer det både foranstaltninger, der kan forhindre at krænkelsen forsætter samt forbyggende foranstaltninger.

### 2.1.2 Retshåndhævelsesdirektivet

I 2004 blev direktiv 48/2004/EF om håndhævelse af intellektuelle rettigheder vedtaget. Formålet med direktivet er at sikre beskyttelse af intellektuelle rettigheder i EU. Ifølge bemærkningerne i forslaget til direktivet er der et behov for harmonisering inden for området, således at beskyttelsen af intellektuelle og industrielle rettigheder<sup>6</sup> er ensartet og effektiv i hele EU.<sup>7</sup> Behovet kan ikke sikres alene ved national lovgivning, men ved lovgivning på fællesskabsplan. Det er dermed tilsigtet, at reglerne skal være ensartede i medlemslandene. Beskyttelsen er vigtig både for at fremme innovation, kreativitet, forbedre beskæftigelsen og konkurrenceevnen. Direktivet er et minimumsdirektiv, og de enkelte medlemslande har mulighed for at skærpe reglerne yderligere. Desuden er det tilsigtet, at direktivet skal ligge inden for rammerne af TRIPS aftalen og den øvrige EU-ret jf. betragtning 4 og 5 til direktivet.

Direktivet indeholder blandt andet regler om erstatning og vederlag. Af ordlyden i betragtning 26 og art. 13 fremgår det, at krænkeren, som har handlet uagtsomt eller forsætligt, er forpligtiget til at betale en erstatning, der står i rimeligt forhold til det tab, som rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen. Ifølge direktivets art. 13, stk. 1, litra a og b, er der to metoder til at udregne erstatningen. Erstatning kan udmåles med hensyntagen til alle relevante aspekter, for eksempel de tab, som den forurettede har lidt, krænkerens uberettigede fortjeneste, og når det er relevant andre elementer end de økonomiske for eksempel den ikke-økonomiske skade, som rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen. Erstatning kan også udmåles svarende til det gebyr eller den afgift, som krænkeren skulle have betalt, hvis vedkommende havde anmodet om tilladelse til at benytte rettigheden. Den sidstnævnte metode anvendes som et alternativ til den førstnævnte, når det er hensigtsmæssigt. Det kan

---

<sup>4</sup> Se Andersen, et al., 2006 for yderligere gennemgang af TRIPS

<sup>5</sup> Riis, 2005: s. 203

<sup>6</sup> Kommissionen har udstedt meddelelse 2005/295/EC vedrørende fortolkning af direktivets art. 2. Af meddelelsen fremgår, at samtlige intellektuelle og industrielle enerettigheder er omfattet af direktivet.

<sup>7</sup> Kommissionen, 2003/0024: s. 16

især være i tilfælde, hvor det er vanskeligt at dokumentere et tab. Art. 13, stk. 2 giver hjemmel til, at medlemslandene kan vedtage regler om erstatning ved krænkelse begået i god tro. I de tilfælde er erstatningen begrænset til tilbagebetaling af et overskud eller betaling af et på forhånd fastsat erstatningsbeløb.

Reglerne i direktivet har ikke til formål at indføre en pligt til at fastsætte en erstatning, der har karakter af en straf, men at give mulighed for en erstatning på et objektivi grundlag, hvor der samtidig tages hensyn til rettighedshaverens udgifter til for eksempel påvisning og efterforskning af krænkelsen.

## 2.2 National ret

Retshåndhævelsesdirektivet har ført til ændringer i dansk ret. Det skete ved ikrafttrædelsen af Lov nr. 1430 af 21.12.2005, der ændrede PTL, VML, DSL mv. Herefter har bestemmelserne i de danske love følgende ordlyd:

*”Den, som forsætligt eller uagtsomt [krænker en immaterialret], skal betale*

- 1) et rimeligt vederlag til den forurettede for udnyttelsen og*
- 2) en erstatning til den forurettede for den yderligere skade, som overtrædelsen har medført.*

*Stk. 2. Ved fastsættelsen af erstatning efter stk. 1, nr. 2, skal der tages hensyn til blandt andet den forurettedes tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste.*

*Stk. 3. I sager, der omfattes af stk. 1, kan der derudover fastsættes en godtgørelse til den forurettede for ikke-økonomisk skade.*

Reglerne om vederlag og erstatning var ikke en nyskabelse i dansk ret. Før implementeringsloven kunne rettighedshaveren kræve vederlag og erstatning.

Det har været diskuteret i teorien, hvad vederlagsreglen skal karakteriseres som. Riis anfører, at det ikke er klart, om reglen skal betegnes som en erstatningsregel, en bevisregel eller noget helt tredje, men kommer frem til, at reglen har karakter af en kompensationsregel, der er mere ”ubunden” af traditionelle erstatningsbetingelsers krav.<sup>8</sup> Skovbo er af den opfattelse, at der er tale om en erstatningsretlig regel, da betænkningen<sup>9</sup> beskriver den som en erstatningsretlig regel, som skal bruges til at beregne en minimumsgodtgørelse i de tilfælde, hvor det kan være vanskeligt at bevise tabet.<sup>10</sup> Madsen er af den opfattelse, at reglen skal anses for en minimumsregel for erstatningens størrelse og dermed en erstatningsretlig regel.<sup>11</sup> Skovbos argumentation er overbevisende, og henset til betænkningen<sup>12</sup> må vederlagsreglen anses for en erstatningsretlig regel. Desuden fastlægger retshåndhævelsesdirektivet, at der er tale om en erstatning. Erstatningen kan blot udmåles, så den svarer til en passende licensafgift. Endvidere udtalte Sø- og Handelsretten i SH 2013.V.0056.11 (Rolex II): ” [Direktivets] erstatningsbegreb dækker også over vederlag efter varemærkeloven og ophavsretsloven.” Hvorefter vederlagsreglen må anses for en erstatningsretlig regel.

## 2.3 Ansvarsgrundlaget

Efter dansk ret er det hovedreglen, at en person kun pålægges erstatningsansvar uden for kontraktforhold, hvis vedkommende har handlet culpøst. Traditionelt fremstilles culpereglen, således at der indtræder ansvar for den skade, som forvoldes ved en handling, der kan tilregnes den handlende som forsætlig eller uagtsom. Det samme gør sig gældende i immaterialretten jf. eksempelvis PTL § 58 ” ... den, som forsætligt eller uagtsomt begår patentindgreb”. Krænkelser i god tro udløser dermed ikke noget ansvarsgrundlag.

---

<sup>8</sup> Riis, 2005: s. 226

<sup>9</sup> Samarbejdende danske, 1964

<sup>10</sup> Skovbo, 2005: s. 208

<sup>11</sup> Madsen, 2008: s. 308

<sup>12</sup> Samarbejdende danske, 1964



Skovbo anfører, selv i den klassiske uagtsomhedslæres mest afdæmpede form kan spørgsmålet om skadevolderens subjektive forhold ikke stilles anderledes end; "Handlede han uforsigtigt?".<sup>13</sup> Frigør man sig fra den traditionelle opfattelse kan spørgsmålet ifølge Eyben m.fl. formuleres således: "*Var den måde hvorpå skadevolderen handlede den rette?*". I almindelighed undersøges det i den forbindelse, om der af skadevolderen er sket overtrædelse af en forskrift, en almindelig handlemåde, retspraksis, sædevane, eller om andre faktorer kan begrunde et ansvar.<sup>14</sup>

Ved immaterialretlige krænkelse skal culpavurderingen ske i sammenhæng med lovene på området. Ansvar efter culpareglen forudsætter, at skaden rammer en interesse, der er beskyttet af de immaterialretlige regler. I det følgende redegøres for hvad der skal til, før en part i relation til immaterielle krænkelse kan siges at have handlet som minimum uagtsomt.

I litteraturen er der forskellige eksempler på, hvad der bør lægges til grund ved uagtsomhedsbedømmelsen. Skovbo anfører, at der gælder en undersøgelsespligt på området for ophavsret og for enerettigheder, hvor der skal ske registrering.<sup>15</sup> Heri ligger en pligt for frembringeren til at undersøge markedet for varer/rettigheder, der er tilnærmelsesvis identiske med frembringerens egne. Overholdes undersøgelsespligten ikke, er der handlet uagtsomt. Endvidere anfører Skovbo, at en rettighedshaver ikke sjældent selv vil holde øje med, om nye produkter på markedet krænker dennes rettigheder. Viser det sig at være tilfældet, sender rettighedshaveren som regel en advarselsskrivelse til krænkeren. En sådan advarselsskrivelse bringer krænkeren i ond tro. Andersen m.fl. beskriver også branchekendskab som en skærpende omstændighed i forbindelse med domstolens vurdering af krænkerens ansvar.<sup>16</sup> Udgangspunktet må ifølge teorien være: Er krænkeren bekendt med rettighedshaverens produkt eller varemærke, har krænkeren handlet uagtsomt ved at lave sit eget produkt. Ofte vil omstændighederne ved fremstillingen af krænkerens produkt kunne bekræfte, om krænkeren kendte til rettighedshavers produkt.

Ifølge litteraturen er der ikke tvivl om, at der må foreligge særlige omstændigheder, før krænkeren undgår et erstatningsansvar. Det er begrundet med, at der i forbindelse med et spørgsmål om et ansvarsgrundlag ved en immateriel krænkelse foreligger en overtrædelse af en forskrift, hvilket ifølge både den generelle erstatningsret og immaterialretten har umiddelbar betydning for culpavurderingen.<sup>17</sup>

I det følgende analyseres og vurderes det, hvilke krav domstolene stiller til et ansvarsgrundlag. Det sker ofte i retspraksis at domstolene ikke udtaler sig nærmere om, hvorvidt der er handlet uagtsomt, men blot konstaterer, at der er sket en krænkelse. Herefter udmåles erstatning og vederlag.<sup>18</sup> Ud fra denne betragtning kan det overvejes, om krænkelse alene er nok til at statuere uagtsomhed. Se i den forbindelse SH 2014.V.0071.12 (Converse). Hovedspørgsmålet i sagskomplekset var, hvorvidt der på det danske marked var markedsført og solgt varemærkeforfalskede sko. Sø- og Handelsretten fandt det bevist, at skoene var varemærkeforfalskede, men fandt ikke, at der var handlet forsætligt eller uagtsomt, blandt andet fordi K havde anmodet om og fået en advokaterklæring fra sælger. K blev herefter frifundet for de påstande, der vedrørte erstatning og vederlag. På den baggrund må det som udgangspunkt afvises, at en krænkelse i sig selv statuerer en uagtsom eller forsætlig handling, også selvom der sker en overtrædelse af en immaterialretlig lov.

---

<sup>13</sup>Skovbo, 2005: s. 183

<sup>14</sup> Von Eyben and Isager, 2007: s. 66, Se i øvrigt denne for en nærmere gennemgang af den generelle culpavurdering.

<sup>15</sup> Skovbo s. 183ff

<sup>16</sup> Andersen, et al., 2006: s. 438

<sup>17</sup>Skovbo, 2005: s. 183 Andersen, et al., 2006: s. 438 ff Borchert, 2003: s. 251.

<sup>18</sup> Se for eksempel U 1999.1678 2/H, U 2003.1020H, U 2007.1896H, U 2015.1782H og U 2011.3451H

Domstolene er tilbøjelige til at fastslå et ansvarsgrundlag, når krænkelsen sker i form af en slavisk efterligning. I U 2012.256H (Alfi kander) udtalte Højesteret: *"Ligheden mellem termokanderne er af en sådan karakter, at det er ubetænkeligt at lægge til grund, at den er bevidst og tilstræbt"*. Herefter fastslog Højesteret, at K havde handlet ansvarspådragende. I U 2012.2693H (New Balance) udtalte Højesteret: *"Det er rettens opfattelse, at [de krænkende sko] kun kan være frembragt med [RH's sko] som forlæg, og at efterligningen er sket med forsæt til at tilegne sig original skoens design og særpræg til at bringe efterligninger på markedet."* Det tyder på, at der ved slaviske efterligninger, er en stærk formodning for, at krænkeren har handlet ansvarspådragende. Det er dog ikke det eneste, domstolene lægger vægt på.

I visse sager har domstolene i overensstemmelse med teorien konstateret, at der gælder en undersøgelsespligt. I U 2012.3383H (Elite) fandtes et selskabs EF-varemærke krænket ved K's benyttelse af et lignende varemærke, hvori ordet "Elite" var fremtrædende. Højesteret lagde til grund, at K ved registrering af det omtvistede varemærke ikke nærmere havde undersøgt, om det ville være i strid med RH's varemærke. I den forbindelse lagde Højesteret vægt på, at det efter K's forklaring stod klart, at K kendte RH's virksomhed. Endvidere var det en skærpene omstændighed, at K fortsat gjorde brug af varemærket efter RH's indsigelser.<sup>19</sup> Under de omstændigheder fandt Højesteret, at K på ansvarspådragende måde havde krænket RH's varemærke og derfor skulle betale vederlag og erstatning. U 2012.2706H (Puma/Fakta) omhandlede K's indkøb og salg af sko med RH's velkendte formstrip. Sø- og Handelsretten fandt, at K's indkøber burde have vidst, at formstrippen var RH's varemærke. Ifølge Sø- og Handelsretten forekom indkøbet af en sko med næsten identisk mærke meget uprofessionelt. K burde som minimum have gennemført en kontrolprocedure, der var egnet til at sikre K mod, at K's indkøbere begik sådanne fejl, ikke mindst på et så "varemærketungt" område som sportssko. Sø- og Handelsretten fandt herefter, at varemærkekrænkelsen måtte tilregnes K som forsætlig eller uagtsom. Højesteret stadfæstede afgørelsen. I modsætning til de netop omtalte domme fandt Højesteret i U 2007.1112H (Bestseller T-shirts), at K ikke havde mulighed for at undersøge hele markedet for T-shirts, da der alene på det danske marked findes 5.000-7.000 forskellige T-shirts, K havde derfor ikke handlet på ansvarspådragende måde. På baggrund af ovenstående kan konkluderes, at krænkeren som regel ifalder ansvar, hvis der ikke foretages en undersøgelse af markedet. Det nærmere indhold af pligten må fastlægges fra sag til sag efter de konkrete omstændigheder.

Et andet moment domstolene ofte vægter ved uagtsomhedsbedømmelsen er, hvorvidt krænkeren har handlet som professionel. Det var tilfældet i U 2012.2693H (New Balance), hvor Sø- og Handelsretten udtalte: *"Man kan og bør ikke kunne drive en så betydende virksomhed som Bestsellers uden at have særdeles indgående kendskab til markedet og til andre produkter, navnlig de trendsættende."* Det samme var tilfældet i U 2012.2706H (Puma/Fakta), hvor Sø- og Handelsretten fandt, at K havde handlet meget uprofessionelt. De fleste sager vedrørende immaterielle krænkelser er mellem professionelle parter. Derfor vil uagtsomhedsbedømmelsen ofte være skærpet. Det faktum kan begrunde, hvorfor domstolene i nogle sager statuerer, at der er handlet uagtsomt uden at behandle spørgsmålet nærmere.<sup>20</sup>

Ud fra ovenstående må det derfor konkluderes, at der er overensstemmelse mellem teori og praksis på området, hvorefter der ikke skal meget til, førend der kan statueres et erstatningsansvar. Det er ikke altid krænkeren ifalder ansvar, hvorfor der bør ske en uagtsomhedsbedømmelse.

---

<sup>19</sup> Det står klart, at der ved forsæt brug efter rettighedshaveres indsigelse generelt vil være handlet uagtsomt se i denne forbindelse for eksempel U 2000.1838H og U 2002.212SH

<sup>20</sup> Se for eksempel U 2003.1020H og U 2007.1896H

### 2.3.1 Handlinger foretaget i god tro

God tro foreligger, når en krænker hverken vidste eller burde vide, at en handling ville medføre en krænkelse af en immateriel rettighed. Det afgørende i den forbindelse er ikke, hvad krænkeren rent faktisk indså, men hvad der burde være indset. Indtil implementeringen af retshåndhævelsesdirektivet, kunne krænkeren blive erstatningsansvarlig for krænkelse begået i god tro, men reglerne om god tro udgik pr. 1. januar 2006 af samtlige immaterialretslige love, da bestemmelsen ifølge forarbejderne sjældent fandt anvendelse.<sup>21</sup> Er der handlet i god tro bør krænkeren som følge heraf frikendes for ansvar, trods den skete krænkelse. I MFL er der omvendt pr. 1. juli 2006 indført en god tros bestemmelse i lovens § 20, stk. 4, hvorefter krænkeren kan blive erstatningsansvarlig, uanset at handlingerne er foretaget i god tro.

Selvom der ikke skal meget til, førend der er handlet ansvarspådragende, findes der domme hvor krænkeren frifindes for påstanden om erstatning og vederlag på grund af manglende ansvar. I den forbindelse kan advokaterklæringer have betydning.

I SH 2014.V.0071.12 (Converse) fandtes krænkerne at have handlet i god tro. Ved uagtsomhedsbedømmelsen lagde Sø- og Handelsretten vægt på, at der ikke var nogen faktiske omstændigheder, som gav anledning til at undersøge varens oprindelse nærmere. Sø- og Handelsretten udtalte endvidere: *”En køber af parallelimporterede varer kan ofte ikke forvente at få oplyst samtlige led i omsætningskæden, såfremt der ved at oplyse om salgskanalerne er en reel risiko for, at varemærkeindehaveren vil lægge pres på den autoriserede forhandler. I sådanne tilfælde er køberne henvist til alene at få forelagt advokaterklæringer om, at varen er ægte og frit omsættelig inden for EU. Retten finder, at en køber som udgangspunkt er berettiget til at lægge en sådan erklæring til grund, medmindre der foreligger omstændigheder, der kan skabe tvivl om erklæringens indhold.”* K havde dermed handlet, som man ville forvente af en professionel køber endvidere var det af betydning, at K havde anmodet om en advokaterklæring.

SH2015.V.45.13 (Dealsites) omhandlede import og salg af varemærkeforfalskede T-shirts. Sø- og Handelsretten fastslog, at der forelå et ansvarsgrundlag. Sø- og Handelsretten lagde i den forbindelse blandt andet vægt på, at K selv var opmærksom på risikoen for forfalskninger og derfor krævede en erklæring fra leverandøren, men ikke tillige en uafhængig advokaterklæring, som kunne bekræfte en ubrudt fakturakæde. SH2015.V.39.14 (Superdry) omhandlede også salg og markedsføring af varemærkeforfalskede T-shirts. I sagen havde K ikke anmodet om en advokaterklæring eller anden dokumentation vedrørende produktets oprindelse. K havde dermed ikke sikret sig, at de omhandlede T-shirts hidrørte fra rettighedshaveren, og K havde dermed handlet uagtsomt.

I vurderingen af om der er handlet med tilstrækkelig forsigtighed, synes domstolene ifølge overstående domme at lægge særlig vægt på advokaterklæringer, når krænkeren påstår, at der er tale om parallelimport. En begrundelse må være, at køberen ikke kan forlange at få oplyst samtlige led i omsætningskæden af sælger. Ofte må det antages, at en advokaterklæring er et krav for at kunne fastslå, at krænkeren ikke har handlet uagtsomt.

I nogle tilfælde fastslår domstolene, at krænkeren ikke har mulighed for at undersøge hele markedet, hvorfor krænkeren har handlet i god tro. Se for eksempel U 2007.1112H (Bestsellers T-shirts), hvor K's T-shirts krænkede RH's EF-design. K blev til trods herfor frifundet for påstand om erstatning og vederlag, idet retten ikke fandt, at K hverken vidste eller burde vide, at T-shirtene krænkede RH's T-shirts. Højesteret lagde til grund, at der var så mange forskellige T-shirts på markedet, at K ikke havde mulighed for at undersøge hele markedet. K havde dermed handlet i god tro.

---

<sup>21</sup> Se i overensstemmelse hermed Skovbo, 2005: s.313 f, der anfører at bestemmelsen ikke er anvendt i nyere praksis.

### 3 Rimeligt vederlag

I afsnittet behandles begrebet rimeligt vederlag. Først gennemgås oprindelsen af begrebet rimeligt vederlag og udbredelsen til lovene om de andre immaterielle rettigheder. Herefter følger en analyse af, hvad det rimelige vederlag skal svare til, og hvordan det rimelige vederlag skal udmåles, herunder hvilke momenter og værdier, der skal lægges til grund ved udmålingen.

#### 3.1 Begrebets oprindelse

Udtrykket rimeligt vederlag stammer fra den patentlov, der blev vedtaget i 1967.<sup>22</sup> Indtil da kunne rettighedshaveren kun kræve erstatning efter de almindelige regler. Loven blev vedtaget på baggrund af den Nordiske Betænkning 1963:6. I betænkningen angives, at der kan være problemer forbundet med udregningen af erstatningen, og der er et behov for hjælperegler ved udmålingen af krænkelsens omfang. Der fremføres tre forskellige muligheder, der kan bruges som hjælperegler: 1) nedgangen i rettighedshaverens omsætning, som følge af patentindgrebet, 2) manglende licensafgift for den ulovlige udnyttelse eller 3) krænkernes opnåede gevinst. Det kan konkluderes, at hjælpereglen med erstatning på baggrund af manglende licensafgift er den mest brugbare: *"Genom att utgå från att skadan motsvarar ersättning för skälig licensavgift undviks många av de svårigheter som är förbundna med övriga beräkningsmetoder, särskilt att ersättning på grund av bevissvårigheter sättes alt för låg"*.<sup>23</sup>

Desuden angives det i lovbemærkningerne til bestemmelsen i PTL, at der med rimeligt vederlag menes en passende licensafgift.<sup>24</sup> Formålet med indførelse af bestemmelsen var at lette bevisproblematikken for rettighedshaver. Før indførelsen af bestemmelsen, havde domstolene i nogle sager fastslået, at der var sket en krænkelse, men rettighedshaveren blev ikke tilkendt erstatning eller den blev udmålt lavt, da der var problemer med at føre bevis for tabet. Se for eksempel U 1941.484H (Novo) hvor der forelå en krænkelse, men domstolene havde ikke oplysninger, der kunne danne grundlag for at bestemme en erstatning. Se også U 1940.1013H (barberblade), hvor Højesteret fastsatte erstatningen til 2.000 kr.

#### 3.2 Begrebet udbredes til øvrige love om immaterielle rettigheder

Efter indførelsen af begrebet rimeligt vederlag spredte begrebet sig løbende til lovene om immaterielle rettigheder, dvs. til VML, OHL, DSL, BML og til sidst til MFL. Det kan derfor overvejes, om begrebet skal fortolkes ens i samtlige love.

Efter en gennemgang af forarbejderne til bestemmelserne om rimeligt vederlag i VML,<sup>25</sup> OHL,<sup>26</sup> DSL<sup>27</sup> og BML<sup>28</sup> kan det konstateres, at de alle henviser til bestemmelsen i PTL § 58. Bestemmelserne skal dermed fortolkes i overensstemmelse med PTL. Se eksempelvis forarbejderne til OHL § 83: *"Ved udformningen af stk. 1 er der taget udgangspunkt i patentlovens § 58, stk. 1, der bestemmer følgende: Den, som forsætligt eller uagtsomt begår patentindgreb, er pligtig at udrede rimeligt vederlag for udnyttelsen af opfindelsen samt erstatning for den yderligere skade, som indgrebet måtte have"*

---

<sup>22</sup> Lov nr. 479 af 20/12/1967

<sup>23</sup> Samarbejdende danske, 1964: s. 215

<sup>24</sup> FT, 1967-68 (1. samling) sp. 1457

<sup>25</sup> Lov nr. 341 af 06/06/1991 Forarbejder: FT, 1990-91 (2.samling) tillæg A, sp 1922

<sup>26</sup> Lov nr. 479 af 14/6/1995 Forarbejder: FT, 1994-95 tillæg A s. 1410

<sup>27</sup> Lov nr. 218 af 27/5/1970 Mønsterloven, men videreført i DSL. Forarbejder: FT, 1969-70 tillæg A sp 2587

<sup>28</sup> Lov nr 1431 af 21/12/2005 Forarbejder: FT, 2005-06. bemærkninger til L 49, § 55 Det bemærkes, at der ikke, i forarbejderne FT, 1991-92 tillæg A, sp. 2533 til den tidligere udgave af Brugsmodelloven er en direkte henvisning til PTL, men ordlyden af bemærkningerne er den samme som ved bemærkningerne til PTL § 58, og skal dermed forstås i overensstemmelse hermed.

medført. Tilsvarende bestemmelser findes i § 43, stk. 1, i varemærkeloven af 6. juni 1991 og i § 40 i brugsmodelloven af 26. februar 1992”.<sup>29</sup>

Forarbejderne<sup>30</sup> til MFL<sup>31</sup> angiver, at man vil indføre samme mulighed for at få rimeligt vederlag, som det kendes fra immaterialretten. Dermed må rimeligt vederlag i MFL fortolkes i overensstemmelse med den øvrige immaterialret.

I øvrigt implementerede lovgivningsmagten retshåndhævelsesdirektivet ved Lov nr. 1430 af 21.12.2005, hvorefter samtlige bestemmelser om erstatning og vederlag i immaterialretlige love blev næsten enslydende. I bemærkningerne til loven angives, at udtrykket ”vederlag” allerede kendes fra de tidligere bestemmelser om ”rimeligt vederlag”.<sup>32</sup> Det tyder dermed på, at der ikke er tilsigtet en ændring af gældende ret. På samme måde anfører Skovbo, at grundlaget for erstatning for immaterielretskrænkelser efter de nye erstatningsbestemmelser stadig er tilkendelse af et rimeligt vederlag for udnyttelsen, og dermed blot en videreførelse af de allerede gældende regler.<sup>33</sup> Den opfattelse er der i øvrigt enighed om i teorien.<sup>34</sup>

Det kan dermed konkluderes, at der ikke er tilsigtet ændringer i fortolkningen af ”rimeligt vederlag” ved implementeringen af retshåndhævelsesdirektivet.<sup>35</sup> Desuden kan det konkluderes, at lovene skal forstås og fortolkes ens med hensyn til begrebet rimeligt vederlag.

Domstolene har i flere sager om krænkelse af forskellige immaterielle rettigheder udmålt vederlaget svarende til en passende licensafgift. Se U 2007.1219H (Pomi), hvor vederlaget blev udregnet på baggrund af en licensbetragtning. Højesteret udtalte: ”[K har] herefter pådraget sig en pligt til at betale [RH] en godtgørelse svarende til en passende licensafgift ...”

Princippet blev efterfølgende fulgt i patentretlige sager. For eksempel i U 2015.1216H (Taneposer), hvor K havde krænkede RH’s patent ved produktion af en ”tanepose”, der blev anvendt til tørring af blandt andet minkskind. Højesteret udtalte: ”Vederlaget skal som udgangspunkt fastsættes i overensstemmelse med, hvad rettighedshaveren kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt som licenssats.” Højesteret udtalte herefter, at det grundet manglende oplysninger fra K ikke kunne opgøres, hvad en sædvanlig licensafgift af omsætningen ville have udgjort. Et tab kunne heller ikke opgøres, hvorfor erstatning og vederlag skønsmæssigt blev fastsat til 1 mio. kr.<sup>36</sup>

I U 2014.3428S (Oister), der omhandlede krænkelse af RH’s ophavsret til en reklametekst og et musikstykke, fastsatte Sø- og Handelsretten vederlaget som svarende til den licensafgift, som K tidligere havde betalt for udnyttelse af RH’s rettighed. I U 2014.2876H (Tivolistolen), der omhandlede krænkelse af RH’s varemærkerettigheder, blev vederlaget også fastsat til en passende licensafgift.

Det må derfor konkluderes, at reglerne også fortolkes ens i retspraksis. Der er dermed ikke forskel på, hvilken lov krænkeren har overtrådt. Krænkeren skal betale et rimeligt vederlag svarende til en passende licensafgift. I den forbindelse skal det tages i betragtning, at niveauet for en passende licensafgift kan variere ved de forskellige immaterielle rettigheder, da der kan være stor forskel på de produk-

---

<sup>29</sup> FT, 1994-95 tillæg A s. 1410

<sup>30</sup> FT, 2005-06 (1.samling) tillæg A s. 711 Bemærkningerne til § 18, stk. 3 og 4.

<sup>31</sup> Lov nr. 1389 af 21/12/2005

<sup>32</sup> Samling, ERU alm. del - bilag 273: s. 12

<sup>33</sup> Skovbo, 2006

<sup>34</sup> Se for eksempel Schovsbo and Rosenmeier, 2013: s. 675

<sup>35</sup> Samling, ERU alm. del - bilag 273: s. 10

<sup>36</sup> Det kan diskuteres, om princippet blev fulgt i sagen, da vederlaget blev fastsat skønsmæssigt af Højesteret uden nærmere begrundelse for beløbet.

ter, der beskyttes efter de forskellige immaterialretlige regelsæt. Forskellene kan betyde, at det kan være sværere at godtgøre, hvad rettighedshaveren ville have forlangt for eksempel ved intellektuelle rettigheder, da de kan være af mere kunstnerisk karakter, og hensigten ikke er erhvervsmæssig udnyttelse i modsætning til kommercielle rettigheder. Det må dog anerkendes, at mange rettigheder, også kunstneriske, anvendes kommercielt i dag, hvorfor princippet må antages at kunne finde anvendelse i de tilfælde, hvor intellektuelle rettigheder har kommerciel karakter. Det kan derfor ikke på baggrund af ovenstående konkluderes, at udmålingen af vederlaget sker efter samme metoder eller i samme niveau. Udmålingen af det rimelige vederlag svarende til en passende licensafgift gennemgås i det følgende.

### 3.3 Begrebet licensafgift og licensaftalen

Forarbejderne definerer ikke begrebet passende licensafgift yderligere. En licensafgift udspringer af en licensaftale, det er derfor relevant at definere, hvad der forstås ved en licensaftale.

En licensaftale er en gensidigt bebyrdende aftale, hvor den ene part overdrager hele eller dele af retten til udnyttelse af sine immaterielle rettigheder til en anden part. Det sker mod betaling af en licensafgift – også kaldet royalty. Hovedforpligtelsen for licensgiver er at levere en rettighed. Licenstageren stiller som hovedregel produktionskapacitet og salgsnet til rådighed. Der bliver i stort omfang indgået licensaftaler på markedet for immaterielle rettigheder. Ofte kan indehaveren ikke udnytte produktets potentiale til fulde og vælger derfor at give licens på produktet. Licensaftalen kan angå et bestemt antal enheder eller et særligt geografisk område. Desuden kan der være tale om en eksklusiv licens, hvor kun licenstageren må udnytte produktet, eller det kan være en simpel licens, hvor flere må udnytte produktet.<sup>37</sup>

Ifølge Schmidt, 2002: s. 31 f varierer fastsættelsen af licensafgiften mellem de enkelte brancher. Normalt har parterne i aftalen det nødvendige kendskab til branchen, så parterne kender niveauet for licensafgifter. Der er dog en lang række forhold, der influerer på fastsættelsen af licensafgiften for eksempel om der er tale om købers eller sælgers marked, og om der er tale om et stort patent, et kendt varemærke eller et ubetydeligt patent. Licensafgiften kan udmåles på forskellige måder, der kan betales en engangsydelse, en løbende ydelse eller en kombination af disse. Den generelle teori om licensaftaler giver ikke megen vejledning i fastsættelse af licensafgiften, men angiver dog hvilke momenter, der skal tages i betragtning ved udmålingen af licensafgiften.

### 3.4 Principper ved fastsættelsen af det rimelige vederlag

Teorien giver ikke megen vejledning i, hvordan det rimelige vederlag skal fastsættes. Derfor må domstolene fastsætte det rimelige vederlag på andet grundlag. Riis anfører, at rettighedshaveren har bevisbyrden for, hvad en passende licensafgift svarer til.<sup>38</sup> Det blev fremhævet i U 2007.1219H (Pomi), hvor Højesteret udtalte: *"Højesteret finder, at denne [licens]afgift som udgangspunkt skal fastsættes i overensstemmelse med, hvad [RH] kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt"*. Princippet blev senere gentaget i U 2015.1216H (Taneposer), ligesom U 2014.876H (Noma), hvor K blev dømt for at udnytte RH's velkendte varemærke. K var som følge heraf pligtig til at betale vederlag. Højesteret udtalte: *"Vederlaget skal som udgangspunkt fastsættes i overensstemmelse med, hvad [RH] kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt"*.

Det kan dermed konkluderes, at rettighedshaveren har bevisbyrden for, hvad en passende licensafgift svarer til. Det er op til rettighedshaveren og dennes rådgivere, herunder advokaten, at fremkomme med oplysninger, der kan danne grundlag for udmålingen af vederlaget. Sker det ikke kan rettigheds-

---

<sup>37</sup> Schmidt, 2002: s. 31

<sup>38</sup> Riis, 2005 s. 334.

haver risikere, at der ikke tilkendes vederlag, eller at det udmåles lavt. Se for eksempel SH 2007.V.0160.05 (Diesel) hvor Sø- og Handelsretten udtalte: *"Erstatningen må på den baggrund udmåles skønsmæssigt og med forsigtighed, og det samme gælder vederlaget for benyttelsen af markedet. Herefter fastsættes [RH's] krav på erstatning og vederlag til 25.000 kr."* I sagen havde RH ikke fremlagt noget, der kunne støtte påstanden om betaling af 100.000 kr. i erstatning og vederlag, ligesom RH's advokat under procedure alene fremførte som anbringende, at RH havde krav på erstatning og vederlag, uden at specificere nærmere, hvordan vederlaget skulle beregnes. Det forekommer korrekt, at Sø- og Handelsretten udmålte vederlaget med forsigtighed. Sø- og Handelsretten havde intet grundlag for at bedømme størrelsen af et vederlag, hvorfor vederlaget måtte fastsættes skønsmæssigt alene ud fra rettens egne vurderinger. Selvom tilkendelsen af et vederlag ikke kræver dokumentation for et egentligt tab, er rettighedshaver derfor i et vist omfang nødsaget til at give domstolene vejledning i, hvilken størrelse vederlaget bør have, hvis rettighedshaveren vil undgå, at vederlaget udmåles lavt.

### 3.4.1 Rimeligt vederlag på baggrund af licensaftaler

Det følger af forarbejderne til blandt andet OHL, at vederlaget skal fastsættes svarende til en sædvanlig licensafgift, at en licensafgift kan være sædvanlig forudsætter, at der indgås licensaftaler på det enkelte område. Derfor kan det være relevant for rettighedshaver at fremlægge tidligere licensaftaler.

#### 3.4.1.1 Retspraksis, hvor der er fremlagt licensaftaler

Når rettighedshaver skal godtgøre, hvad vedkommende ud fra markedsforholdene med rimelighed ville have forlangt som passende licensafgift, kan tidligere licensaftaler have betydning. Det var blandt andet tilfældet i U 2005.1438H (Tivoli-småkager), hvor Højesteret udtalte: *"... der må tages udgangspunkt i den aftale, som parterne indgik om brugen af [rettigheden] i 1988."* Det må dermed formodes, at Højesteret anvendte den tidligere licensaftale ved vurderingen af markedsforholdene.

En anden relevant sag i den forbindelse er U 2012.3383H (Elite). I sagen havde K krævet RH's varemærket, og som følge heraf var K pligtig at betale vederlag. Ved udmålingen af vederlaget udtalte Højesteret: *"Der må endvidere tages hensyn til de foreliggende oplysninger om den licensafgift, som [RH] har opkrævet ved to af sine licenstagere."* Af licensaftalerne fremgik royaltysatser mellem 5 % og 6 % af omsætningen. På den baggrund og sammenholdt med en omsætning på 250.000 produkter i perioden, fastsatte Højesteret skønsmæssigt vederlaget til 250.000 kr.<sup>39</sup>

Selvom rettighedshaveren fremlægger oplysninger om tidligere licensaftaler, og domstolene udtaler, at licensaftalerne har betydning ved udmålingen af vederlaget, synes det usikkert om det rent faktisk er tilfældet.

I U 2005.1438H (Tivoli-småkager) havde K i perioden d. 01.9.88-31.08.91 betalt RH 20.000 kr. med tillæg af moms, for tilladelse til at anvende fotografiet af Tivoli-slottet og figurmærket Tivoli. K havde efterfølgende udnyttet rettighederne frem til 2001. Ifølge Højesteret måtte det antages, at der skulle aftales en ny pris for eventuel forsat brug efter periodens udløb. Endvidere udtalte Højesteret, at det var nærliggende, at RH ville have krævet en betydelig forhøjelse af beløbet som betingelse for ikke at opsigte aftalen. RH havde imidlertid ikke fremlagt oplysninger fra andre samarbejdsaftaler, der gav Højesteret mulighed for at fastsætte en sådan forhøjelse. Højesteret fastsatte herefter vederlaget skønsmæssigt til 150.000 kr. I et vist omfang må Højesteret have taget præmisserne om en forhøjelse i betragtning ved udmålingen af vederlaget. En betaling på 20.000 kr. pr. 3. år frem til 2001 svarede kun til ca. 60.000 kr.

---

<sup>39</sup> K's omsætning fremgår ikke af sagen, hvorfor det ikke kan vurderes i hvilket omfang 250.000 kr. svarede til en licenssats på 5-6 %

I U 2014.876H (Noma) havde RH forklaret, at RH havde indgået en aftale med en anden virksomhed, som måtte bruge RH's navn. Virksomheden betalte 500.000 kr. for udnyttelsen.<sup>40</sup> Desuden forklarede direktøren, at RH som minimum ville forlange en 1 mio. kr., hvis RH skulle samarbejde med en fødevarer virksomhed som K. På den baggrund procederede RH på et vederlag, der var nedsat til 250.000 kr. Sø- og Handelsretten tilkendte 150.000 kr. i vederlag. Højesteret stadfæstede dommen, hvorfor det må formodes, at Højesteret ikke lagde særlig vægt på forklaringen om tidligere licensaftaler.

I U 2014.2876H (Tivolistolen) udtalte Højesteret: ”Efter de foreliggende oplysninger har [RH] i sine licensaftaler opnået en licensafgift fra andre virksomheder på mellem 5 % og 9 %, som udgangspunkt beregnet af omsætningen ekskl. moms. I det udkast til licensaftalen, som [RH] sendte til [K], blev licensafgiften også beregnet af omsætningen ekskl. moms. Herefter og efter oplysningerne for Højesteret om den samlede omsætning ekskl. moms ved [K's] salg af stole under anvendelse af mærket »TIVOLI« findes vederlaget frem til domsafsigelsen passende at kunne fastsættes til 2.000.000 kr. jf. varemærkelovens § 43”. K's samlede omsætning for det krænkende produkt var 42,7 mio. kr. ekskl. moms. Vederlaget på 2 mio. kr. svarede til 4,7 % af K's omsætning.<sup>41</sup> Selvom Højesteret udtalte, at der ved udmålingen blev lagt vægt på aftalerne, blev vederlaget alligevel udmålt til mindre, end det RH havde fået i de tidligere licensaftaler. I sagen lykkedes det dermed K at udnytte rettigheden billige ved en krænkelse, end hvis K havde indgået en aftale om udnyttelse af RH's rettighed. RH's sædvanlige licensafgift var et sted mellem 5 % og 9 %, hvilket i den konkrete sag svarede til en licens på mellem 2.100.000 kr. og 3.780.000 kr. Dommen må antages at være i strid med både loven og retshåndhævelsesdirektivet, da vederlaget ikke svarer til en passende licensafgift.

Heller ikke i U 2012.3327H (Pomi II) havde fremlagte licensaftaler betydning. Sagen var en del af samme kompleks som U 2007.1219H (Pomi), hvor RH havde fremlagt et udkast til en licensaftale. I U 2007.1219H (Pomi) fastslog Højesteret, at RH's udkast til en licensaftale lå klart uden for, hvad markedet kunne bære, og at udkastet ikke udtrykte, hvad K ville være villige til at acceptere. Højesteret fastsatte herefter vederlaget skønsmæssigt. I U 2012.3327H (Pomi II) var det i den mellemliggende periode lykkedes for RH at indgå aftaler med andre samarbejdspartnere på næsten identiske vilkår som i udkastet, der var fremlagt i U 2007.1219H (Pomi). I U 2012.3327H (Pomi II) fandt Højesteret, at der måtte fortages den samme bedømmelse som i den tidligere dom, og at det fremlagte udkast, og de indgåede aftaler med andre licensaftagere ikke kunne føre til en anden vurdering. Det må kritiseres, at Højesteret ikke tog aftalerne i betragtning. Det er korrekt, når Højesteret ikke fuldt ud lagde aftalerne til grund, da aftalerne blev indgået på et senere tidspunkt end krænkelsen fandt sted, hvorfor markedsforholdene i mellemtiden kunne have ændret sig. Højesteret burde under alle omstændigheder have vægtet de nye aftaler ved udmålingen af vederlaget.

Det må dog antages, at de tidligere licensaftaler har haft en betydning i nogle sager. Sammenlignes U 2005.1438H (Tivoli-småkager) og U 2014.2876H (Tivolistolen) blev RH tilkendt mere i vederlag i sidstnævnte sag, selvom K's omsætning var større i U 2005.1438H (Tivoli-småkager). I U 2005.1238H (Tivoli-småkager) havde RH ikke fremlagt tidligere licensaftaler med andre samarbejdspartnere end K, hvilket fik betydning for udmålingen. Se også U 2010.1705S (Munkegård), hvor K havde krænkede RH's ophavsret til en lampe. I sagen udtalte Sø- og Handelsretten: ”Retten har endelig ingen oplysninger om royalty eller eventuelle andre parametre, der kan give grundlag for at vurdere et evt. vederlagskrav”. Herefter frifandt Sø- og Handelsretten K for vederlags- og erstatningskravet. I sagen var der ikke fremlagt andre oplysninger, som støttede et vederlagskrav. Sø- og Handelsrettens resultat forekommer forkert. Rettighedshaver har bevisbyrden for størrelsen af vederlaget, men det rimelige vederlag har karakter af en minimumsgodtgørelse. Herefter må det være op til domstolene nærmere at fastlægge størrelsen af et sådant vederlag, hvis domstolene ikke har noget grundlag at

---

<sup>40</sup> Det kan have haft betydning for sagen, at aftalen ikke var fremlagt. Aftalen var ifølge RH fortrolig.

<sup>41</sup> Udregnet som  $(2.000.000/42.700.000)*100=4,7 \%$



fastsætte størrelsen af vederlaget kan det ikke kritiseres, at vederlaget udmåles med forsigtighed. Under alle omstændigheder bør der tilkendes vederlag i større eller mindre omfang.

En licensaftale er et godt bevis for en passende licensafgift, da aftalen er indgået mellem to uafhængige aftaleparter, der har modstridende interesser. Under normale omstændigheder vil licensgiveren forlange så meget som muligt i licens, mens licenstagere vil betale den lavest mulige licensafgift. Domstolene må derfor udmåle vederlaget, så det er i overensstemmelse med tidligere licensaftaler, da det er udtryk for værdien af den immaterielle rettighed, og afgørelsen ellers vil stride mod lovene og retshåndhævelsesdirektivet. Der kan dog være forhold, som taler imod, at tilkende vederlag i overensstemmelse med en tidligere licensaftale. En immaterialrettighed kan ligesom andre aktiver både stige og falde i værdi, og er det tilfældet for den konkrete rettighed kan tidligere licensaftaler ikke give megen vejledning. Se i den forbindelse for eksempel U 2005.1438H (Tivoli-småkager), hvor Højesteret fandt, at RH ville kræve en betydeligt højere licenssats i tilfælde af en forlængelse.

Det stemmer godt overens med Riis' antagelser. Ifølge forfatteren skal bedømmelsen af en passende licensafgift foretages på det tidspunkt, hvor krænkelsen påbegyndes. Bedømmelsen skal ikke foretages på baggrund af, hvad krænkeren rent faktisk har tjent. Det er altså ikke de faktiske økonomiske effekter af den uberettigede udnyttelse, der bør være afgørende, men derimod de forventede økonomiske effekter på tidspunktet for krænkelsens begyndelse, der bør være afgørende.<sup>42</sup> Årsagen til det er, at vederlaget skal svare til en passende licensafgift, og normalt aftales en passende licensafgift før en rettighed udnyttes. Højesteret foretog blandt andet denne bedømmelse i U 2014.876H (Noma).<sup>43</sup>

### 3.4.2 Branchekutyme og arbejdsbonorar

Inden for nogle brancher findes der fast kutyme for størrelsen af det vederlag, der skal betales i forbindelse med levering af en ydelse. På andre områder tyder teori og praksis på, at vederlag skal regnes svarende til det honorar, som den pågældende normalt ville have oppebåret. Der kan være tale om arkitekter, designere, ingeniører, visse kunstnere mv.<sup>44</sup>

I den forbindelse kan det være relevant at få en udtalelse fra en brancheorganisation. Se for eksempel U 2011.955H (Skipperhuse), hvor en bygherre blev pålagt at betale vederlag for uberettiget brug af arkitekttegninger. Ved fastsættelsen af det rimelige vederlag tog Landsretten udgangspunkt i en vurdering af et sædvanligt arkitektbonorar, som Akademisk Arkitektforenings Retsudvalg havde angivet som normalt honorar ved anvendelsen af skitseprojekter. Landsretten lagde endvidere vægt på antallet af opførte huse. Vederlaget fastsattes herefter skønsmæssigt til 1.625.000 kr. inkl. moms. Dommen blev stadfæstet af Højesteret. Se også U 2013.1704Ø (Portrætfoto). I sagen havde RH's sædvanlige honorarsatser betydning ved udmålingen af vederlaget. RH var fotograf og K havde i sagen udnyttet et af RH's portrætfotos. Landsretten fastsatte vederlaget til 5.000 kr., hvilket svarede til det beløb, RH normalt ville have krævet for udnyttelse af et portrætfoto.

### 3.4.3 Rimeligt vederlag beregnet ud fra en hypotetisk licensafgift

Såfremt det ikke er muligt at fastsætte vederlaget ud fra en sædvanlig licensafgift, må vederlaget fastsættes skønsmæssigt, det fremgår blandt andet af forarbejderne til OHL.<sup>45</sup> Det samme gør sig gældende for krænkelsessituationer, hvor der ikke er branchekutyme mv. I de situationer kan det være vanskeliggere for rettighedshaveren at godtgøre, hvad der ud fra markedsforholdene med rimelighed ville have været forlangt.

---

<sup>42</sup> Riis, 2005: s. 233

<sup>43</sup> Se også U 2007.1219H og U 2014.2876H

<sup>44</sup> Andersen, et al., 2006: s. 456 f og Skovbo, 2005 s. 375

<sup>45</sup> FT, 1994-95 tillæg A s. 1410

I visse tilfælde er vederlaget fastsat ud fra en hypotetisk licensafgift. Det skete blandt andet i SH 2006.V.0011.05 (Chanel og Louis Vuitton), hvor RH havde krav på vederlag for krænkelsen. Sø- og Handelsretten udtalte i forbindelse med fastsættelsen af vederlaget: ”Efter oplysningerne om originalproduktets udsalgspris og et hypotetisk licensniveau på 25 % finder retten, at vederlaget kan fastsættes til 15.400 kr. til [RH1] og 69.550 til [RH2]”. Se også U 2012.107H (Transformers), hvor RH forklarede, at RH ville have krævet 25 % i vederlag, hvis der skulle være indgået en frivillig licensaftale mellem parterne. Desuden fremhævede RH, at en hypotetisk licenssats ifølge retspraksis blev fastsat til 25 %. Sø- og Handelsretten fastsatte vederlaget til 100.000 kr., hvilket svarede til en licens på 25 % af K's omsætning.

Det er ikke i alle tilfælde, der lægges vægt på en hypotetisk licensafgift. I SH2013.V.0056 (Rolex II) udtalte Sø- og Handelsretten: ”Det er ubestridt, at Rolex aldrig vil give tilladelse til, at andre kan producere Rolex-ure. Det synes derfor ikke relevant i relation til fastsættelsen af vederlaget at forholde sig til størrelsen af en fiktiv og hypotetisk licensafgift.” Herefter fastsatte Sø- og Handelsretten vederlaget ud fra andre overvejelser, som er behandlet nærmere i afsnit 4.2.5.

Det er dermed ikke afklaret, hvordan parterne skal forholde sig, når det ikke er muligt at fremlægges licensaftaler. Rettighedshaveren har hermed vanskeligt ved at godtgøre, hvad vedkommende ud fra markedsforholdene ville have forlangt. En gennemgang af retspraksis tyder på, at domstolene ser sig nødsaget til at lægge vægt på andre forhold ved udmålingen af det rimelige vederlag, hvorefter vederlaget udmåles skønsmæssigt.

#### 3.4.3.1 En på forhånd fastsat licenssats

Som det er angivet ovenfor udmåler domstolene i visse tilfælde vederlaget ud fra en hypotetisk licenssats. Det skete i SH 2006.V.0011.05 (Chanel og Louis Vuitton). Det samme var tilfældet i U 2012.107H (Transformers), hvor Sø- og Handelsretten fastsatte en hypotetisk licensafgift på 25 %, <sup>46</sup> hvilket blev stadfæstet af Højesteret. I flere sager har rettighedshaver efterfølgende procederet på, at der skulle gælde en fast licenssats på 25 %. Krænkeren har som regel procederet på, at en fast licenssats var væsentligt lavere for eksempel 5 %. Det bør derfor undersøges om vederlaget generelt kan fastsættes til en på forhånd fastsat licensafgift, såfremt RH ikke fremlægger tidligere licensaftaler mv.

I SH.2012.V.11.11. (Rolex) procederede RH i overensstemmelse med tidligere praksis på, at RH aldrig gav licens, hvorfor en fiktiv licensafgift måtte fastsættes til 25 %. Sø- og Handelsretten udtalte, at RH havde krav på et rimeligt vederlag, men udmålte vederlaget svarende til, hvad K kunne have solgt de 3 kopi-ure til. Vederlaget fastsattes herefter til 1.500 kr. <sup>47</sup>

I U 2012.2706H (Puma/Fakta) havde RH ikke fremlagt oplysninger om licensaftaler mm. I sagen fastslog Højesteret ”Puma har ikke godtgjort, at selskabets vederlagskrav overstiger 10 % heraf”. Højesteret udtalte sig ikke om en fast praksis for fastsættelse af licensafgift på 25 %. Det tyder derfor ikke på, at der findes et forud fastsat vederlags beløb på 25 %.

På baggrund af ovenstående er det ikke muligt at fastslå med sikkerhed, om domstolene har en fast praksis for licenssatsen i de tilfælde. Der er dog flere momenter, der taler i mod, at det skulle være tilfældet. For det første tilkendes vederlaget skønsmæssigt i ovenstående domme. Hvis der havde været en fast praksis, burde domstolene have udtalt, at vederlaget tilkendtes på baggrund af den faste praksis. Domstolene udtaler sådan i sager om parallelimporteret medicin, se afsnit 3.4.5.1. For det andet må det antages, at en fast praksis, hvor vederlaget udmåles som et forud fastsat beløb eller licenssats i forskellige brancher vil stride mod ordlyden af bestemmelserne. Det skyldes at der så ikke

---

<sup>46</sup> Se også SH.2006.V.21.05 og SH.2009.V.90.07 hvor rettens resultat ligeledes tyder på licenssats på ca. 25 %.

<sup>47</sup> Det samme var tilfældet i SH.2012.V.51.11.

tages udgangspunkt i en passende licensafgift, og ej heller tages udgangspunkt i den konkrete branche og det konkrete produkt. Licensafgiften kan variere fra branche til branche, ligesom der kan være stor forskel på afgiften alt efter om produktet for eksempel er et betydningsfyldt patent med en væsentlig værdi eller en ubetydelig brugsmodel, der ikke har et særligt stort markeds- og indtjeningspotentiale.

#### 3.4.4 Betydningen af arten af den immaterielle rettighed

Ovenfor er det fastslået, at der nok ikke kan udledes en fast praksis inden for områder, hvor der normalt ikke indgås licensaftaler. Det kan dernæst overvejes om, der gælder en fast praksis på andre områder for eksempel om der gælder en fast praksis inden for varemærkeområdet. I en vis grad må der siges at være en sammenhæng mellem rettigheder, der er krænkede eksempelvis efter VML – et mærke der skaber identifikation, eller PTL – en opfindelse der kan udnyttes industrielt. Det bør på denne baggrund undersøges, om en fast praksis er gældende inden for de forskellige immaterielle love.

Der er ikke noget, som tyder på, at der gælder en sådan fast praksis. Inden for varemærkeretsområdet kan for eksempel U 2012.107H (Transformers), U 2012.2706H (Puma/Fakta) sammenlignes. Der blev tilkendt et vederlag på henholdsvis 25 % og 10 %. Desuden procederede begge parter i U 2012.2693H (New Balance) på, at der gjaldt en særlig licenssats for velkendte varemærker, som skulle være fastsat ud fra retspraksis. RH mente den var på 10 %, mens K mente den nok nærmere var 5 %. Hverken Sø- og Handelsretten eller Højesteret udtalte sig om, at der skulle gælde en på forhånd fastsat licenssats på området for velkendte varemærker. På patentområdet udmåles der oftest kun erstatning og i de afgørelser, hvor der tilkendes vederlag, ses der ikke at være en sammenhæng.<sup>48</sup> På designområdet kan U 2013.2135S (Herstal) fremhæves. I sagen udmålte Sø- og Handelsretten vederlaget skønsmæssigt og udtalte ikke i den forbindelse noget om en fast licenssats. I U 2008.2647S (Pendelmatic) fastsatte Sø- og Handelsretten en licenssats på 5 %.

Som det fremgår af ovenstående, kan der ikke spores en ensartethed for størrelsen af vederlaget, blot fordi sagerne er afgjort efter samme lov. Det er der flere grunde til, for eksempel kan værdien af rettigheder omfattet af samme lov være vidt forskellige. Det kan for eksempel være et relativt ukendt varemærke set i forhold til et vitterligt kendt varemærke. Det er nærliggende at kræve mere i licens af det vitterligt kendte varemærke, idet der er en større goodwill og værdi knyttet til mærket. Det vil dermed være umuligt at fastsætte en licensafgift, der er ens inden for hver enkelt lov. I øvrigt må det antages at være i strid med bestemmelserne om vederlag, hvis der fastsættes en fast licenssats blot fordi produktet er omfattet af den samme lov, da domstolene i nogle tilfælde ikke tager udgangspunkt i en passende licensafgift, men i en på forhånd fastsat licensafgift.

#### 3.4.5 Betydningen af arten af produktet

Ovenfor er det afvist, at det har betydning for udmålingen af vederlaget, hvilken lov det enkelte produkt er beskyttet af. Det kan dernæst overvejes, om der gælder en særlig praksis for bestemte produkter.

I den forbindelse kan for eksempel de to sager U 2009.233S (Puma/Netto) og U 2012.2607H (Puma/Fakta) sammenlignes. I begge sager var der sket en krænkelse af RH's varemærke i forbindelse med salg af sko. I U 2009.233S (Puma/Netto) blev RH tilkendt 200.000 kr. både for vederlag og erstatning. Det er ikke til at fastslå med nøjagtighed, hvilken procentsats Sø- og Handelsretten lagde til grund, men K's omsætning var ca. 450.000 kr.<sup>49</sup> Forudsættes det, at hele det tilkendte beløb var for vederlag, var licensafgiften på ca. 45 %.<sup>50</sup> Forudsættes det, at kun det halve beløb var for vederlag,

---

<sup>48</sup> Se U 2007.1219H, U 2009.1523H, U 2011.2319H, U 2012.3327H, SH 2014.T.0012.12, SH 2014.T.0017.10 og U 2015.1216H

<sup>49</sup> Beregnet som  $8.010 \text{ sko} \times \text{pris ekskl. moms } 55,20 \text{ kr.} = 442.152 \text{ kr.}$

<sup>50</sup> Beregnet:  $200.000/442.152 * 100 = 45,2 \%$

var licensafgiften 22,6 %. I U 2012.2706H (Puma/Fakta) udtalte Højesteret, at vederlaget ikke kunne overstige 10 % af omsætningen. U 2012.2693H (New Balance) kan også inddrages i sammenligningen, idet den også omhandlede krænkelse af sko. I sagen blev RH tilkendt et vederlag på 300.000 kr. for udnyttelsen, hvilket svarede til ca. 5 % af K's omsætning.<sup>51</sup> Der blev dermed tilkendt henholdsvis 45 %, 10 % og 5 %, hvilket ikke tyder på en ensartet praksis inden for branchen.

Dommene SH 2015.V.45.13 (Dealsites), SH2014.V.0058.12 (Ralph Lauren/DS) og SH2015.V.39.14 (Superdry) kan også sammenlignes. Sagerne omhandlede krænkelse af T-shirts. De to førstnævnte domme omhandlede endda krænkelse af samme immaterielle rettigheder. Fælles for alle sagerne er, at det tilkendte beløb blev fastsat ud fra et skøn over flere forskellige forhold blandt andet K's uberettigede fortjeneste. De tilkendte beløb skulle også dække erstatning, hvorfor det er vanskeligt at udregne, hvad vederlaget har svaret til. I ingen af dommene udtaler domstolene sig om at der gælder en på forhånd fastsat licenssats inden for bestemte områder.

Det kan også overvejes om dommene U 2007.1896H (Fisherman) og U 2008.2263SH (Piratos) kan sammenlignes, idet RH i begge sager solgte slik. K havde i begge sager krænket RH's rettigheder ved at sælge vodkashots under RH's varemærker. Sagerne er vanskelige at sammenligne, da K i U 2007.1896H (Fisherman) ikke ville oplyse sin omsætning, hvilket kom K til skade. Desuden skulle det tilkendte beløb også indeholde erstatning for markedsforstyrrelse, hvorfor det ikke er muligt at udregne det eksakte vederlag.

På baggrund af ovenstående kan det derfor ikke konkluderes, at der gælder en fast licensafgift, fordi der er tale om samme typer af produkter. På den ene side kan man argumentere for, at det burde være nogenlunde den samme licensafgift, når der er tale om produkter i samme branche. Der kan dog være mange forskellige forhold, der har indflydelse på en licensafgift, hvorfor det kan være svært at fastsætte en licensafgift på forhånd. Der er desuden ikke fundet afgørelser, som direkte udtaler, at der skulle gælde en på forhånd fastsat licensafgift med den begrundelse, at der er tale om krænkelse af samme produkt med undtagelse af et enkelt område, se straks nedenfor.

#### 3.4.5.1 Parallelimporteret medicin

Trods ovenstående har domstolene på området for ompakning og/eller ommærkning af parallelimporteret medicin fundet det naturligt at udvikle en fast praksis for udmålingen af vederlaget, herunder særligt størrelsen af en hypotetisk licenssats. I et følgende gennemgås de domme, som har dannet grundlag for denne praksis.

I U 1999.1678/2H (Astra) var der sket en krænkelse, da K ompakkede og genanbragte et varemærke på parallelimporterede lægemidler. K's omsætning af lægemidlerne havde været på ca. 5,6 mio. kr. Højesteret udmålte vederlaget skønsmæssigt til 300.000 kr., hvilket svarede til ca. 5 % af omsætningen af det krænkende produkt. Højesteret udtalte sig ikke direkte om, at der var en på forhånd fastsat licenssats på 5 %.

I U 2002.696H (Orifarm) skete der import, ompakning og genanbringelse af RH's varemærke på en række lægemidler, hvilket var en krænkelse. Højesteret udtalte: "... at vederlaget i overensstemmelse med de principper, der er anvendt i Højesterets dom U 1999.1678, bør fastsættes til 3 mio. kr., svarende til ca. 5 % af omsætningen".<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Beregnet som Sko 1: 7.000 par \* udsalgspris på 349,95 = 2.449.650 kr. og sko 2: 12.800 par \* udsalgspris på 299,95 = 3.839.360. I alt 6.289.010 (Beregningen er behæftet med en vis usikkerhed, da K udover egne butikker også solgte til franchise mv., hvor prisen var lavere) Herefter  $300.000/6.289.010 * 100 = 4,8 \%$

<sup>52</sup> Der var dissens fsv. angik udmålingen af vederlag. En dommer ville fastsætte vederlaget til 2 % af omsætningen.

Ovenstående praksis blev fulgt i U 2002.1523H (Orifarm II). I sagen fastsatte Højesteret vederlaget til 180.000 kr. svarende til ca. 5 % af K's omsætning. Det skete med henvisning til U 2002.696H.

Praksis følges stadig. I Højesterets dom af 16.04.2015 i sag 286/2013 udtalte Højesteret: ” Vi finder, at MSD i overensstemmelse med sædvanlig praksis ved varemærkekrænkelser i forbindelse med parallelimport af medicin har krav på vederlag efter VML § 43, stk. 1, nr. 1, beregnet som i alt 5 % af Orifarms uberettigede omsætning af produkterne”.

Ud fra ovenstående kan konkluderes, at der på området for parallelimport og ompakning mv. af medicin, er fast praksis for udmåling af vederlag. Det sker som 5 % af omsætningen af det krænkende produkt. Udover vederlaget kan der tilkendes erstatning for yderligere skade, ligesom det må antages, at domstolene vil kunne fravige praksis, hvis der føres bevis for, at det er sædvanligt med en anden licensafgift. Det må antages at en praksis, hvorefter vederlaget på forhånd er fastsat til et bestemt niveau er i overensstemmelse med reglerne om vederlag, når det drejer sig om en branchebestemt licenssats, da der skal tages udgangspunkt i en passende licensafgift. En passende licensafgift er med stor sandsynlighed den samme, ved anvendelse af varemærker for medicinalprodukter, der er i samme branche, hvorfor det ikke strider mod lovens ordlyd at der på dette område er fast praksis. Desuden er området for den faste praksis snævert og gælder kun for en bestemt type af produkter.

#### 3.4.6 Markedsmæssig værdi

Et andet moment, der kan lægges vægt på ved udmålingen af vederlaget, er den markedsmæssige værdi. Se U 2007.1219H (Pomi), hvor Højesteret ikke kunne lægge vægt på en tidligere licensaftale. Ved udmålingen af licensafgiften udtalte Højesteret: ”På denne baggrund finder Højesteret, at licensafgiften må fastsættes ud fra den markedsmæssige værdi af fordelingen for [K] ved at kunne anvende maskineri med [RH's] opfindelser i stedet for andet maskineri”. Patentet blev krænket ved, at opfindelsen blev anvendt i maskiner til behandling af halmballer. Efter Højesteret vurdering var det dermed ikke den økonomiske eller markedsmæssige brug af maskinerne som sådan, der var relevant i forbindelse med vederlagsfastsættelsen. Derimod var det kun en mindre del heraf, nemlig den del, der skønmæssigt kunne henføres til brug af den patenterede opfindelse. Sagt på en anden måde, måtte der ifølge Højesteret foretages en sammenligning af værdien af et produkt henholdsvis med og uden den krænkede rettighed. Herefter skulle vederlaget udmåles under hensyntagen til merværdien.

I den ovennævnte sag var der tale om et sammensat produkt, og princippet finder lettest anvendelse i lignende sager, hvor den immaterielle rettighed forholdsvis simpelt kan udskilles. Det må dog antages, at princippet ligeledes kan finde anvendelse inden for andre immaterielle områder, hvor det er muligt at skille den immaterielle rettighed fra resten af produktet, for eksempel varemærkeretten. Et eksempel kunne være forløbet i sagen SH2014.V.0058.12 (Ralph Lauren/DS), hvor K solgte varemærkeforfalskede polo T-shirts. I det tilfælde kan der foretages en vurdering af værdien af almindelige polo T-shirts uden RH's varemærke, contra prisen for en polo T-shirt påtrykt RH's varemærke. I sidst nævnte tilfælde er prisen langt større. K opnåede dermed en merfortjeneste ved at sælge polo T-shirts påtrykt RH's varemærke. Det fremgår ikke af SØ- og Handelsrettens præmisser om en sådan overvejelse var taget i betragtning ved udmålingen af det tilkendte vederlag i den konkrete sag. Det må i øvrigt anses for tvivlsomt, om det var tilfældet.

I en del sager vil det være svært at foretage en særskilt vurdering af den markedsmæssige værdi af fordelingen. Her tænkes særligt på sager, der afgøres efter MFL eller OHL. I de sager findes krænkeren at have krænket rettighedshaverens produkt, fordi krænkeren har lagt sig så tæt op af den del af rettig-

hedshaverens produkt, der må siges at have det fornødne særpræg<sup>53</sup> efter MFL og OHL. Se eksempelvis SH 2006.V0109.04 (Stressless), hvor SØ- og Handelsretten efter en helhedsbedømmelse af stolens understel fandt, at der var tale om en efterligning, og at forskellene ikke var tilstrækkelige til at undgå risiko for forveksling K's stol var således i strid med god markedsføringsskik. Skulle SØ- og Handelsretten følge principperne burde SØ- og Handelsretten herefter vurdere markedsværdien af K's produkt henholdsvis med og uden den særlige del, men også tage med i bedømmelsen, hvor nært K's stoleben kunne være kommet på RH's uden at have krænket. En sådan vurdering kan være særdeles vanskelig, hvis ikke umulig at foretage.<sup>54</sup>

Det må i den forbindelse overvejes om citatet ovenfor skal forstås sådan, at domstolene ved udmåling af vederlaget helt konkret kun skal beregne vederlaget af merværdien. Er det tilfældet skal domstolene skønne, hvor meget af produktets salgspris der vedrører "grundproduktet", og hvor meget der vedrører den immaterielle rettighed. Herefter skal domstolene fastsætte vederlag på baggrund af en licenssats af merværdien. Det må afvises, Højesteret anvendte ikke princippet sådan i U 2007.1219H (Pomi). Den eksakte merværdi må særdeles anses, for at være svær at udregne, og vil ofte alligevel ende ud i en skønsmæssig vurdering. I stedet må princippet antages at kunne bidrage med vejledning til om vederlaget skal fastsættes på et højt eller lavt niveau. I tilfælde hvor den krænkende del kun tilfører en mindre værdi af produktet skal vederlaget herefter udregnes lavere. Er der tale om en rettighed, som tilfører en stor merværdi til produktet, vil en aftalepart være villig til at give en højere licensafgift, idet indtjeningspotentialer er større end en rettighed, der ikke har en særlig stor betydning og ikke tilfører en særlig stor værdi.

Endelig bør det bemærkes at Højesteret i U 2007.1219H (Pomi) på trods af udtalelsen om markedsmæssig værdi til slut fastsætter vederlaget skønsmæssigt. Herefter er det ikke tydeligt, i hvor høj grad Højesteret følger de principper, der er fastsat i dommen, og som en følge heraf må der slås tvivl ved præjudikatværdien af principperne i dommen.

### 3.4.7 Betydningen af Købelovens § 5

Det er i litteraturen omdiskuteret, om størrelsen af vederlaget skal ske i overensstemmelse med KBL § 5, hvor køberen skal betale, det sælgeren forlanger, så længe "det ikke kan anses for ubilligt". Ifølge Riis skal udmålingen ske i overensstemmelse med KBL § 5. Forfatteren anfører, at reglerne om vederlag bygger på princippet om den aftaleretlige grundsætning om kvasiaftaler, nærmere bestemt tilregnelseshandlinger, der virker som aftaleretlige løfter.<sup>55</sup> Princippet indebærer, at den der retsstridigt tilegner sig en andens gode ikke bør kunne slippe billigere, end den der retmæssigt erhverver godet, men bør betale mindst samme vederlag. Ved anvendelse af princippet bliver udmålingen af det rimelige vederlag et kontraktretligt spørgsmål. I en kontrakt, hvor der ikke er aftalt en pris, anvendes princippet i KBL § 5.<sup>56</sup>

Skovbo anfører, at KBL § 5 ikke kan finde anvendelse, blandt andet med den begrundelse, at ordlyden af de to bestemmelser er forskellige. Hvor der efter KBL § 5 skal betales, hvad der ikke kan anses for ubilligt, skal der ved immaterialretlige krænkelser betales et rimeligt vederlag. Desuden er det ene en aftalesituation, mens krænkestilfældet er en retsbrudssituation. Bevisbyrden er endvidere forskellig i de to bestemmelser. I KBL § 5 skal køberen bevise, at der er tale om en pris, der er ubillig, ellers skal køberen betale det, sælgeren forlanger. I krænkelssager er det rettighedsindehaveren, der skal

---

<sup>53</sup> For en generel gennemgang af beskyttelsesomfanget efter produktefterligningsværet i MFL § 1, se Madsen, 2015: s. 166 ff, og for beskyttelsen mod slaviske efterligninger i OHL, samt en beskrivelse af begrebet særpræg, Madsen, 2008: s. 75 ff

<sup>54</sup> Bedømmelse svarer i et stort omfang til Riis' vurdering "apportionment" ifb. Markedsfortrængning og substitution se afsnit 4.1.1.1 s. 51.

<sup>55</sup> Riis, 2005: s. 227

<sup>56</sup> Ibid.

føre bevis for det rimelige vederlag. Der er desuden fare for, at krænkeren risikerer at betale mere end et rimeligt vederlag, hvis princippet i KBL § 5 følges. Der skal være tale om en betragtelig overpris førend en pris anses for ubillig. Derudover afskærer reglen om rimeligt vederlag ikke rettighedshaveren fra at kræve yderligere erstatning, hvilket kan begrunde afvisningen af en overpris. Endelig kan det ikke antages, at der er holdepunkter i hverken bemærkninger til lovene eller i betænkning 1963:6 for at princippet i KBL § 5 skulle finde anvendelse.<sup>57</sup>

I forbindelse med afhandlingen har det ikke været muligt at finde afgørelser inden for området, som henviser direkte til princippet i købelovens § 5. I sin argumentation anvender Riis en række domme. De kan dog ikke tages til indtægt for, at der skulle gælde et princip om anvendelse af KBL § 5, dommene er dels før indførelsen af reglerne om vederlag, blandt andet U 1919.40Ø og U 1947.187Ø dels domme, hvor der tilkendes erstatning og ikke vederlag for eksempel SHT 1964.1, hvor RH baserede sit erstatningskrav på et arkitekthonorar, som RH havde oppebåret fra en mangeårig samarbejdspartner. Se også U 2013.1704Ø (Portrætfoto), hvor vederlaget blev fastsat til 5.000 kr., idet RH normalt ville kræve 5.000 kr. for udnyttelsen. Dermed kan man argumentere for, at K i det tilfælde betalte, hvad der ikke kunne anses for ubilligt. I sagen havde RH forklaret, at RH havde solgt billeder til samme pris til andre kunder, hvorfor afgørelsen kan være et udtryk for, at vederlaget svarede til arbejdshonoraret. Dommen kan derfor ikke tages til indtægt for, at KBL § 5 skal finde anvendelse. I sagen havde Sø- og Handelsretten udtalt: *"Ved fastsættelsen heraf har retten lagt vægt på, at det ikke under sagen kan anses for godtgjort, at prisen er urimelig"*. Udtalelsen kan heller ikke tages til indtægt for, at der er sket en vurdering efter KBL § 5. Det må i stedet antages, at der skete en vurdering af kriteriet "rimeligt", som det er formuleret i OHL. I øvrigt fastslog Højesteret både i U 2007.1219H (Pomi), U 2012.1219H (Pomi II), U 2014.876H (Noma) og U 2015.1216H (Taneposer), at vederlaget skulle fastsættes i overensstemmelse med, hvad rettighedshaveren ud fra markedsforholdene med rimelighed ville have forlangt. Højesteret lagde dermed andre principper til grund end de principper, der fremgår af KBL § 5.

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at princippet i KBL § 5 ikke skal finde anvendelse ved udmålingen af vederlaget, også selvom det måske kan virke moralsk forkert, at det er muligt at krænke sig til en bedre retsstilling end den, der indgår en aftale om udnyttelsen af en rettighed. Skovbos argumentation må anses for overbevisende. Der er ikke holdepunkter i forarbejderne for, at bestemmelsen skal anvendes og begrebet "rimeligt" er noget andet end "ubilligt". I stedet anføres det i bemærkningerne til OHL, at der skal betales et rimeligt vederlag svarende til en passende licensafgift.<sup>58</sup> Dertil kommer, at domstolene ikke henviser til princippet i KBL § 5 ved udmålingen af vederlaget, men i stedet henviser til, hvad rettighedshaveren kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed ville have forlangt, og ikke vederlag ud fra det som rettighedshaveren forlanger, så længe det ikke kan anses for ubilligt. I øvrigt skal det erindres, at kravet på vederlag ikke er den eneste sanktion for rettighedshaveren. Rettighedshaveren har også krav på erstatning for yderligere skade, herunder afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab, hvilket kan være med til at sikre, at det ikke er muligt at krænke sig til en bedre retsstilling.

### 3.4.8 Andre forhold

Ved fastsættelsen af vederlaget er der også andre forhold, som skal tages i betragtning. Det gennemgås i det følgende.

For det første skal vederlaget være rimeligt. I litteraturen har det været svært at fastlægge, hvilke betingelser et vederlag skal opfylde, førend det kan anses for at have opfyldt betingelsen rimeligt. Ifølge Skovbo ligger i vurderingen af rimelighed alene, at vederlaget skal svare til det, som rettighedshave-

---

<sup>57</sup> Skovbo, 2005: s. 211 ff.

<sup>58</sup> FT, 1994-95 tillæg A s. 1410

ren kunne have opnået, såfremt der var blevet indgået en frivillig aftale med krænkeren.<sup>59</sup> Det er også en del af rimelighedsvurderingen, at krænkeren ikke kan tilpligtes at fralægge sig hele sin fortjeneste, selvom fortjenesten overstiger tabet. Derudover mener forfatteren, at domstolene får frie tøjler til at fastsætte rimelighedsbegrebet.<sup>60</sup>

Det er vanskeligt at finde en afgørelse, hvor domstolene direkte har fastslået, at et krævet vederlag er urimeligt. Spørgsmålet om rimelighed blev dog berørt i U 2007.1219H (Pomi). Højesteret udtalte vedrørende RH's aftaleudkast: *"Det må imidlertid efter bevisførslen antages, at en sådan licensafgift i en uopsigelighedsperiode på 15 år klart lå uden for, hvad markedet kunne bære"*. I sagen foretog Højesteret dermed en rimelighedsvurdering ud fra, hvad aktører på markedet var villige til at betale for at udnytte rettigheden. Det må antages, at det er en vurdering, der generelt foretages konkret i alle sager, hvor der tilkendes vederlag. Derfor kan det ikke antages, at indholdet af begrebet "rimelighed" kan fastsættes ens for samtlige krænkelser. Kravet om rimelighed vil ofte være opfyldt, hvis der fremlægges tidligere licensaftaler, idet aftalerne er et udtryk for, hvad aktørerne på markedet vil betale. Retspraksis viser også, at der kan være stor forskel på, hvad domstolene anser for et rimeligt vederlag. I U 2014.2876H (Tivolistolen) svarede det rimelig vederlag til 4,7 %, i U 2007.1219H (Pomi) var det rimelige vederlag 5 %, i U 2012.107H (Transformers) var det rimelig vederlag 25 %, inden for parallelimporteret medicin er det rimelige vederlag fastsat til 5 %, mens det i U 2012.2706H (Puma/Fakta) var 10 %.

Ud fra en ordlydsfortolkning af bestemmelserne, må det desuden antages, at vurderingen af rimelighed skal foretages både for rettighedshaveren og for krænkeren. Oftest var der fokus på, om vederlaget var for højt og derfor urimeligt for krænkeren se for eksempel U 2007.1219H (Pomi). Der skal dog også foretages en vurdering af, om vederlaget er tilstrækkeligt højt, således at vederlaget er rimeligt for rettighedshaveren.

For det andet er der sager, hvor det ikke fremgår tydeligt, hvilke momenter, der er lagt til grund ved udmålingen af vederlag. Se for eksempel U 2014.3658H (Jensens Bøfhus). I sagen havde K krænket RH's varemærkerettigheder og udnyttet et logo, der var forveksleligt med RH's logo. RH havde krævet 200.000 kr. i vederlag, og der var ikke fremlagt licensaftaler eller andet, der kunne begrunde størrelsen af et vederlag. Højesteret udtalte: *"Højesteret finder, at der ikke er grundlag for at nedsætte det beløb, som appellanterne har krævet, og tager herefter appellanternes påstand 2 til følge"*<sup>61</sup>. I sager som denne er det vanskeligt at vurdere om vederlaget er udmålt i overensstemmelse med lovgivningen, da domstolene ikke forklarer nærmere om præmisserne for udmålingen, hvorfor det ikke er muligt at fastslå om vederlaget svarer til en passende licensafgift.

Endelig kan domstolene lægge vægt på en række andre aspekter, herunder også et afskrækkelsesaspekt. Domstolene har for eksempel lagt vægt på et afskrækkelsesmoment ved udmålingen. Se for eksempel SH2013.V.0056.11 (Rolex II). I sagen havde K importeret varemærkeforfalskede ure, og skulle som følge heraf betale et samlet skønsmæssigt fastsat vederlag på i alt 30.000 kr. og en skønsmæssig fastsat erstatning på 5.000 kr. Sø- og Handelsretten udtalte i præmisserne: *"Af Retshåndhævelses[direktivets] art. 13, stk. 1, litra a, fremgår det, at myndighederne ved fastsættelse af erstatning skal tage hensyn til alle relevante aspekter, men art. 13, stk. 1, indeholder ikke en udtømmende liste over de aspekter, der skal tages i betragtning i den forbindelse. [Direktivets] erstatningsbegreb dækker også over vederlag efter VML og OHL. Formålet med direktivet er at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau i det indre marked. Et af de aspekter der, udover dem der er nævnt i stk. 1, må inddrages i den sammenhæng, er et afskrækkelses- og forebyggelsesaspekt."* Sø- og Handelsretten

---

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Samarbejdende danske, 1964: s. 338 Skovbo, 2005: s. 214

<sup>61</sup> Påstanden lød på betaling af 200.000 kr. for erstatning og vederlag.



lagde i afgørelsen til grund, at de aspekter der ifølge retshåndhævelsesdirektivet har betydning ved udmåling af en erstatning, ligeledes skulle finde anvendelse ved udmålingen af vederlaget. Af den grund kan et afskræknings- og forebyggelsesaspekt også ved udmålingen af et vederlag have relevans. I sagen havde en enkeltperson importeret et antal varemærkeforfalskede ure. Tidligere havde domstolene i lignende sager, taget udgangspunkt i kopiprodukternes værdi på det danske marked.<sup>62</sup> Området for import af kopivare er særligt, idet det er forholdsvist nemt at krænke uden en særlig stor risiko for at blive opdaget. Dommen er derfor et udtryk for, at Sø- og Handelsretten fandt det nødvendigt at fastslå, at importen af kopivarer ikke kan accepteres. Som følge af afgørelsen, må det herefter antages, at domstolene har mulighed for at lægge mange forskellige momenter til grund ved udmålingen af vederlag, både momenter af økonomisk og ikke-økonomisk karakter.

### 3.5 Beregningen af det rimelige vederlag

Det er ikke kun vigtigt at afdække, hvilken procentsats vederlaget skal svare til. Ligeledes har det betydning at afdække, hvilke andre talværdier der skal medtages i beregningen. Det kan for eksempel have stor betydning for vederlagets størrelse om den passende licensafgift skal beregnes af alle de krænkende produkter, eller om det kun skal beregnes af de produkter, krænkeren rent faktisk har solgt. Endvidere kan det have stor betydning, om der ved beregningen skal tages hensyn til for eksempel moms, rabatter eller bonusordninger. I det følgende analyseres de forskellige problemstillinger.

#### 3.5.1 Antal solgte eller antal producerede enheder

Det er overvejet i litteraturen, hvad der skal beregnes licensafgift af; om det er antal producerede enheder eller solgte enheder. Ifølge Andersen mfl. skal der ikke tages hensyn til, at det ikke er lykkedes krænkeren at sælge alle enheder, når det rimelige vederlag skal udregnes, og dermed er det korrekte at beregne af antal krænkende enheder.<sup>63</sup> Riis er af samme opfattelse og anfører, at det beror på en tilfældighed, hvornår rettighedshaveren skrider ind, de krænkende produkter er fremstillet med henblik på markedsføring eller anden form for økonomisk udnyttelse. Endvidere anfører Riis, at det ville give krænkeren mulighed for at spekulere på, hvornår der er mindst sandsynlighed for, at rettighedshaveren ville forfølge sin ret. Eksempelvis kan der forestilles en situation, hvor rettighedshaveren er i en økonomisk krise, og derfor ikke formår at forfølge sin ret. Endelig eliminerer det en usikkerhed om, hvor stor krænkelsen er, hvis man medtager alle producerede produkter, når vederlaget skal udregnes.<sup>64</sup> Ifølge Skovbo skal vederlaget beregnes som en procentdel af omsætningen på det krænkende produkt. Dog kan det ifølge Skovbo også beregnes på baggrund af et vist beløb pr. solgt produkt eller som et fast beløb.<sup>65</sup> Ifølge Borchert skal der ske beregning på baggrund af omsætningen af de krænkende produkter. Forfatteren anfører synspunktet uden yderligere begrundelse.<sup>66</sup>

I forarbejderne til bestemmelserne om vederlag er det angivet, at det rimelige vederlag skal svare til, hvad parterne ville have aftalt sig frem til. Det kan derfor overvejes, om der skal tages udgangspunkt i, hvad parterne ville have aftalt, at der skulle beregnes licensafgift af. I nogle brancher kan det være pr. produceret enhed, mens det i andre brancher kan være pr. solgt enhed alt efter parternes aftale. Det må dog afvises.

Ud fra bestemmelsernes ordlyd, skal der betales vederlag, når en part har krænket en andens ret. Ifølge BML § 6, DSL § 9, stk. 1, OHL § 2, stk. 1, og PTL § 3, stk. 1, nr. 1 sker det allerede på det tidspunkt, hvor krænkeren fremstiller et produktet, der er omfattet af rettighedshaverens rettighed. Ifølge

---

<sup>62</sup> Se SH 2012.V.0011.11 og SH 2012.V.0051.11

<sup>63</sup> Andersen, et al., 2006: s. 453 og 460

<sup>64</sup> Riis, 2005: s. 235 f.

<sup>65</sup> Skovbo, 2005: s. 215

<sup>66</sup> Borchert, 2003: s. 252 f.

VML § 4, stk. 1 sker det ved erhvervsmæssig brug, hvilket er præciseret i VML § 4, stk. 3, og i nr. 1 angives, at krænkeren blot ved at placere en andens varemærke på et produkt har gjort erhvervsmæssig brug af mærket. Det er dermed ikke et krav, at de krænkende produkter er solgt eller forsøgt solgt, for at der kan statuere en krænkelse. Krænkelsen udløser rettighedshaverens krav på rimeligt vederlag.

Det kan konkluderes, at der skal lægges vægt på, hvor mange enheder krænkeren har produceret, og ikke kun, hvor mange der er solgt. Det følger af ordlyden i bestemmelserne, ligesom det minimerer usikkerheden om omfanget af krænkelsen, ligeledes fratager det krænkeren muligheden for at spekulere i, hvornår krænkeren skal sælge produkterne.

Det er interessant at undersøge om ovenstående følges i retspraksis. Indledningsvis bør det bemærkes, at der er en række domme, hvor der kun fremlægges opgørelser over krænkerens omsætning og ikke krænkerens indkøb eller produktion. I disse tilfælde må domstolene lægge til grund, at omsætning af den krænkede vare og indkøb/produktion er det samme.<sup>67</sup>

Det interessante er domme, hvor der er fremlagt opgørelser både over antal producerede/indkøbte krænkende enheder og antal solgte.

I U 2008.2263S (Piratos) solgte krænkeren lakrids vodka shots under navnet "Los Piratas", hvilket var en krænkelse af RH's varemærke. Der var produceret 18.468 flasker, men kun solgt 13.176. I sagen procederede RH på, at der skulle betales vederlag af hele produktionen, mens K var af den opfattelse, at der kun skulle betales vederlag af de solgte flasker. Sø- og Handelsretten udtalte, at der ved udmålingen af vederlaget blandt andet skulle lægges vægt på omsætningen. Sø- og Handelsretten mente derfor, at der kun skulle betales vederlag af de enheder, der rent faktisk var solgt, og ikke også af de enheder, der blot henstod på lager.

I U 2012.2706H (Puma/Fakta) havde K indkøbt i alt 6.750 par sko og solgt 1.688 par sko. Højesteret udtalte, at K havde haft en omsætning på 156.872 kr. inkl. moms, og at vederlaget skulle fastsættes på baggrund af omsætningen.

Det samme var tilfælde i U 2012.2693H (New Balance). K havde produceret et stort antal sko, men ikke solgt hele produktionen. RH gjorde gældende, at vederlaget skulle beregnes på baggrund af producerede enheder, men det var Højesteret upåvirket af. Højesteret udtalte om udmålingen af vederlag: "*Ved beregningen af erstatning og vederlag er der taget udgangspunkt i oplysningerne ovenfor om den omsætning eksklusive moms*".

I U 2013.2135S (Herb Grinder) havde K solgt en krydderikværn. Kværnens knive var identiske med knivene i RH's kværn. K havde indkøbt 4.952 kværne og solgt 2.790. Sø- og Handelsretten udtalte: "*Størrelsen af vederlaget findes at skulle fastsættes under hensyntagen til oplysningerne om antal solgte eksemplarer ...*"

Der er en række domme, der omhandler import af krænkende produkter, som stoppes i tolden. I sagerne tilkendes vederlag for krænkelsen, selvom produkterne ikke er bragt i omsætning, se for eksempel SH 2012.V.0011.11 (Rolex), hvor Sø- og Handelsretten udtalte: "*... Rolex har krav på et rimeligt vederlag for udnyttelsen af deres varemærker...*"

---

<sup>67</sup> Se for eksempel U 2007.271S, U 2012.107H og SH 2013 V. 95.11S.

Som det følger af ovenstående domme,<sup>68</sup> tager domstolene udgangspunkt i krænkerens omsætning med undtagelse af sager, hvor kopiprodukter tilbageholdes i tolden. Beregning på baggrund af omsætning kan ikke antages at være i overensstemmelse med de immaterialretlige loves ordlyd, da pligten til at betale vederlag indtræder allerede på det tidspunkt, hvor der sker en krænkelse af eneretten. Krænkelsen er uafhængig af, om den krænkende genstand sælges eller blot henstår på et lager.

Der kan være flere årsager til, at domstolene holder fast i at udmåle vederlag på baggrund af omsætningen. For det første er domstolene bundet af parternes påstande og anbringender, lægger rettighedshaveren derfor krænkerens omsætning til grund, må domstolene træffe afgørelsen på baggrund af krænkerens omsætning. Det var blandt andet tilfældet i U 1998.941SH (Børsteholder), hvor K havde kopieret en holder. RH opgjorde vederlaget som 5 % af K's omsætning, og ikke af antal producerede styk. I sagen havde Sø- og Handelsretten ikke mulighed for at tage stilling til, om kravet skulle beregnes på baggrund af producerede styk eller solgte styk, det valg havde RH allerede truffet.

For det andet er det ikke altid klart, hvad rettighedshaver procederer på. Årsagen er ofte, at påstanden er nedsat for eksempel af omkostningsmæssige grunde eller på grund af usikkerhed. Rettighedshaverens beregning af vederlaget, både ud fra omsætning og antal producerede enheder, vil dermed overstige den nedlagte påstand. Rettighedshaveren finder det, som følge heraf ikke nødvendigt at præcisere, om der tages udgangspunkt i omsætningen eller producerede enheder.

For det tredje kan det ikke udelukkes, at domstolene er påvirket af tankegangen om licens og betaling af royalty, herunder en kutyme i den branche sagen omhandler. I branchen kan det være kutyme kun at betale licensafgift af de solgte enheder (omsætningen) og ikke af de producerede. Det kan ikke antages at være den korrekte måde at udmåle vederlag på. Det er kun selve størrelsen af vederlaget, der skal svare til en passende licensafgift, der skal derfor ikke medtages andre vilkår fra licensaftalen.

Endelig er vederlagsreglen en erstatningsretlig regel, og det kan ikke udelukkes, at domstolene i en vis grad lader sig påvirke af det og konstaterer, at de enheder der blot er produceret ikke har gjort nogen skade. Det bør dog ikke være afgørende, idet krænkelsen allerede har fundet sted.

Ovenstående praksis må antages, at være direkte i strid med den immaterialretlige vederlagsregel. Der er intet i bestemmelseens ordlyd, som angiver, at det krænkende produkt skal være bragt i omsætning. Ej heller er det i overensstemmelse med vederlagsregelens formål. Derfor bør domstolene ikke lade sig påvirke af, hvorvidt varen er bragt i omsætning, det afgørende er, om der er sket en krænkelse.

### 3.5.2 Omsætning med eller uden moms

Dernæst skal det undersøges, om vederlaget beregnes ud fra omsætning inklusiv eller eksklusiv moms. Det er en problemstilling, der ikke har påkaldt sig særlig opmærksomhed, men det er relevant at undersøge, da det har væsentlig betydning for størrelsen af vederlaget. I det følgende fremhæves domme, som kan belyse problematikken.

I U 2009.1018H (Burberry) fastsattes vederlag og erstatning skønsmæssigt til 100.000 kr. Højesteret tog udgangspunkt i K's salgspris på 20 kr. pr. stk. multipliceret med antal solgte produkter (17.029), hvilket gav et samlet beløb på 340.000 kr. Vederlaget blev dermed beregnet ud fra omsætningen inklusiv moms.

I U 2012.2693H (New Balance) var der kun fremlagt oplysninger om antal solgte krænkende enheder og udsalgsprisen, dvs. prisen inklusiv moms. Højesteret udtalte: "*Ved beregningen af erstatning og*

---

<sup>68</sup> Samt i øvrigt af U 2002.1523H, SH 2005 V-0062-04, U 2009.233S og U 2012.3383H

vederlag er der taget udgangspunkt i oplysningerne ovenfor om den omsætning eksklusiv moms". Højesteret begrundede ikke denne præmis nærmere. Der var ikke i sagen procederet på, at vederlaget skulle beregnes på baggrund af omsætningen eksklusiv moms, hvorfor det kan forekomme mærkværdigt, at Højesteret fradrager moms.

I U 2012.2706H (Puma/Fakta) fastsattes vederlag og erstatning til 250.000 kr. Højesteret udtalte om vederlaget: "... en samlet omsætning på 156.872 kr. inkl. moms. Højesteret finder, at Pumas krav på et rimeligt vederlag efter Varemærkeloven § 43, stk. 1, nr. 1, må fastsættes på baggrund af denne omsætning." I sagen blev moms medregnet ved udregning af vederlaget. Det skete uden nærmere begrundelse. Der var i sagen kun fremlagt oplysninger om omsætning inklusiv moms og i øvrigt procederet på oplysningerne, hvilket kan begrunde, at vederlaget er baseret på omsætningen inklusiv moms.

I U 2014.2867H (Tivolistolen) udtalte Højesteret: "Efter de foreliggende oplysninger har Tivoli i sine licensaftaler opnået en licensafgift fra andre virksomheder på mellem 5 % og 9 % som udgangspunkt beregnet af omsætningen ekskl. moms. I det udkast til licensaftale, som [RH] sendte til [K], blev licensafgiften også beregnet af omsætningen ekskl. moms. Herefter og efter oplysningerne for Højesteret om den samlede omsætning ekskl. moms ved [K's] salg af stole under anvendelse af mærket »TIVOLI« findes vederlaget frem til domsafsigelsen passende at kunne fastsættes til 2.000.000 kr." Hvis metoden i dommen følges, vil det ikke være muligt at give et klart svar på om moms skal medregnes som en del af omsætningen. Resultatet vil herefter afhænge af den konkrete sag, idet domstolene foretager udmålingen ud fra en vurdering af, hvad parterne ville have aftalt, hvis de havde indgået en licensaftale. Metoden må antages at være i overensstemmelse med forarbejderne til immaterialretslovene.

Endelig er der en række domme, hvor det ikke er muligt at vurdere, om domstolene har taget moms i betragtning. Det er blandt andet domme, hvor vederlaget og erstatning fastsættes samlet og skønsmæssigt.<sup>69</sup> I nogle afgørelser fastsættes vederlag blot med henvisning til krænkerens omsætning af det krænkende produkt. I afgørelserne er det ikke klart, om det er omsætning inklusiv eller eksklusiv moms.<sup>70</sup>

Det kan konkluderes, at der ikke er en stringent linje i retspraksis. I visse tilfælde udregnes vederlag af omsætningen inklusiv moms, mens der i andre domme tilkendes vederlag ud fra omsætningen eksklusiv moms. Årsagen til det er højst sandsynligt, at domstolene ikke er opmærksomme på, om vederlaget bør tilkendes af omsætningen med eller uden moms. Udmålingen af vederlaget er i høj grad styret af, hvilke oplysninger parterne fremlægger. Det må antages, at Højesteret anvender den korrekte metode i U 2014.2876H (Tivolistolen), hvorefter vederlaget udregnes efter samme principper som i en almindelig licensaftale.<sup>71</sup>

### 3.5.3 Rabatter og bonusordninger mv.

Det kan være en del af en aftalesituation, at der gives en vis rabat eller der er bonusordninger mv. Det kan derfor overvejes om rabatter mv. bør fradrages ved udmålingen af det rimelige vederlag, hvis der er kutyme for det på området. Ifølge Andersen mfl. skal der ikke ske fradrag for rabatter mv.<sup>72</sup> Synspunktet er ikke i overensstemmelse med forarbejderne, da de foreskriver, at vederlaget skal svare til

---

<sup>69</sup> Se afsnit 4.2.1

<sup>70</sup> Se eksempelvis U 2014.2497S, U 2012.107H, U 2010.2213H, U 2009.233S, U 2008.2263SH, U 2002.1523H, U 2002.696H.

<sup>71</sup> Det bemærkes, at parterne oftest vil indgå licensaftaler, hvor vederlaget beregnes af omsætningen eksklusiv moms, da begge parter er erhvervsdrivende og momsregistreret, momsreglerne skal være neutrale for begge parter.

<sup>72</sup> Andersen, et al., 2006: s. 452

den licensafgift, som parterne ville have aftalt sig til. I aftalesituationen er det nærliggende at forestille sig, at licenstageren ville have krævet en rabat, hvis det er sædvanligt på området. På den anden side kan det være moralsk forkert, når der ikke er tale om en aftalesituation men en retsbrudssituation. Reglernes formål er af både genoprettende og præventiv karakter, og det kan diskuteres om reglerne vil opfylde formålene hvis rabatter og bonusordninger skal fratrækkes i vederlaget. Det afgørende må dog være, at lovgiver er af den opfattelse, at der skal udmåles vederlag svarende til en aftalesituation. I en aftalesituation kan det være naturligt med rabatter. Det bør derfor også tages i betragtning selv i en krænkelssituation.

Spørgsmålet er ikke afklaret i retspraksis, men der er en enkelt afgørelse, som skal fremhæves. I U 2014.3428S (Oister) fremhæves spørgsmålet om rabatter. Sagen omhandlede brug af tekst og musik i forbindelse med en reklame. K havde købt en licens til udnyttelse af musik og tekst i et år. K ønskede ikke at forlænge aftalen. Efter udløbet af perioden blev musikstykket og tekst fortsat brugt. Der var ikke tvivl om, at der var sket en krænkelse. K havde betalt 90.000 kr. i licens, hvilket svarede til 2.582,42 kr. pr. uge. K havde brugt musik og tekst i 9 uger, hvilket svarede til en samlet licens på 23.241,78 kr. K fremførte som anbringende, at det var kutyme i reklamebranchen, at der kun blev betalt licens på 50 % af den oprindelige licens ved forlængelse, hvilket svarede til 11.620,89 kr. RH var uenig i synspunktet. Højest mærkværdigt valgte K under proceduren at afstå fra at kræve en halvering af licensen, uden nærmere begrundelse. Sø- og Handelsretten fik dermed reelt ikke lejlighed til at tage stilling til, hvorvidt der skulle ske fradrag for en rabat, som måske ville være givet i en forhandlingssituation. Sø- og Handelsretten tilkendte vederlag ud fra 9 ugers brug, svarende til 23.241,78 kr.

Det må derfor forsat anses for uafklaret i retspraksis, hvorvidt der ved udmålingen af et rimeligt vederlag skal ske fradrag for rabatter.

#### 4 Erstatning for yderligere skade

Reglen om rimeligt vederlag kan kaldes for en erstatningsretlig regel,<sup>73</sup> og som grundprincip gælder, at vederlaget skal betales uanset, hvor stort rettighedshaverens tab er.<sup>74</sup> Vederlaget får dermed karakter af en minimumserstatning, og den er med til at sikre et rimeligt beløb i det tilfælde, hvor det er svært for rettighedshaveren at føre bevis for tabet.<sup>75</sup> Det udelukker ikke, at det er muligt for rettighedshaveren at få tilkendt erstatning ud over det rimelige vederlag. Det fremgår af samtlige immaterialretlige love og af forarbejderne til Lov nr. 1430 af 21.12.2005, at der kan tilkendes erstatning for den "yderligere" skade, som overtrædelsen har medført. Se for eksempel VML § 43 stk. 1 nr. 2 "Den, som forsætligt eller uagtsomt krænker en andens varemærkeret, skal betale en erstatning til den forurettede for den yderligere skade, som overtrædelsen har medført." Af MFL § 20 Stk. 2. følger: "Handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler."

Tidligere var der i litteraturen diskussion om, hvorvidt der kunne tilkendes dobbelterstatning i form af både vederlag og erstatning for den samme skade se for eksempel: Madsen, 2008: 307f og Skovbo, 2005: 222ff. Dette må nu afvises, da lovene tydeligt foreskriver, at der gives erstatning for "den yderligere skade". Ud fra en ordlydsfortolkning af bestemmelserne følger det, at erstatning kun tilkendes for den skade, der overstiger det beløb, rettighedshaveren har krav på som følge af vederlagsbestemmelsen. Endvidere er det angivet i forarbejderne til retshåndhævelsesdirektivet, at der ikke gives dobbelt erstatning. Det er derfor ikke muligt at få dobbeltkompensation i form af både vederlag og erstatning.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Se afsnit 2.2

<sup>74</sup> Andersen, et al., 2006: s. 450

<sup>75</sup> Samarbejdende danske, 1964: s. 336

<sup>76</sup> Samling, ERU alm. del - bilag 273: s. 12

Domstolene kom til samme resultat i U 2012.256H (Alfi Kander), hvor RH blev tilkendt erstatning efter MFL. Højesteret udtalte: ”Endvidere bemærkes, at den tilkendte erstatning for afsætningstab må antages at overstige, hvad [RH] ville kunne have krævet som mindsteerstatning efter ophavsretslovens § 83 i form af rimeligt vederlag, og at der herefter ikke efter denne bestemmelse ville være krav på erstatning i form af et rimeligt vederlag ved siden af erstatningen for afsætningstab”. I dommen fastslår Højesteret, at vederlag og erstatning ikke er to størrelser, der kan kumuleres. Overstiger erstatningen vederlaget, tilkendes alene erstatning og ikke vederlag.

Det kan ikke fastslås med sikkerhed, at princippet om vederlag og erstatning fra dommen og den generelle teori finder anvendelse i alle sager. I Højesterets dom af 26.08.2015 i sag 317/2013 (Yakkay cykelhjelme) udtalte Højesteret: ”Herefter fastsætter Højesteret skønsmæssigt erstatning for omsætningstab og markedsforstyrrelse samt vederlag for udnyttelse af designet til 75.000 kr.” Ud fra en fortolkning af Højesterets udtalelse, må det antages, at Højesteret har vurderet et beløb for erstatning og derudover tillagt et beløb for vederlag. Den fremgangsmåde er i strid med loven og tidligere retspraksis. Det er dog ikke muligt med sikkerhed at fastslå, at det er den metode, som Højesteret har brugt, idet det ikke er præciseret nærmere i dommen, hvordan de forskellige poster beregnes. Det kan derfor ikke med sikkerhed udelukkes, at Højesteret har foretaget en vurdering af både erstatning og vederlag, og derefter opgjort et vederlag og en yderligere skade.<sup>77</sup>

#### 4.1 Rettighedshaverens tab

Der kan tilkendes rettighedshaveren et rimeligt vederlag for krænkelsen, uden at der dokumenteres et tab. I alle andre situationer gælder det almindelige erstatningsretlige krav om tab samt dokumentation herfor. Skadelidte skal i økonomisk henseende stilles i samme situation som før skadens indtræden, det følger af almindelig erstatningsretlig teori. Skadens indvirkning på skadelidtes økonomi bør derfor være et centralt moment i erstatningsberegningen. Lovmotiveerne til immaterialretslovene angiver, at erstatning for yderligere skade forstås som det tab, den forurettede har lidt ved overtrædelsen. I immaterialretten vil tabene oftest være afsætningstab, tab som følge af markedsforstyrrelser og andre tab.<sup>78</sup> I det følgende vil de tre tab blive gennemgået.

##### 4.1.1 Afsætningstab

Rettighedshaverens afsætningstab er udtryk for den mistede indtjening, rettighedshaveren har haft som følge af den skete krænkelse. Det vil sige værdien af den omsætning som rettighedshaveren ville have haft, såfremt det krænkende produkt ikke havde været på markedet.<sup>79</sup> Dokumentation for at der er lidt et sådan tab kan ske på flere måder. Rettighedshaveren kan tage udgangspunkt i oplysningerne om omsætningen af de krænkende produkter, hvis oplysningerne er tilgængelige. En anden metode for rettighedshaver til at sandsynliggøre et tab er ved at fremlægge beviser for en omsætningsnedgang.<sup>80</sup>

Ifølge det juridiske princip skal udmålingen af afsætningstabet ske på grundlag af rettighedshaverens mistede afsætning fratrukket de omkostninger, som rettighedshaveren har sparet. Det er typisk variable omkostninger.<sup>81</sup> Når det er fastlagt, hvor mange varer rettighedshaveren kunne have solgt, hvis der ikke var sket en krænkelse, kan rettighedshaverens afsætningstab udregnes. Det sker som mistet omsætning i antal styk multipliceret med fortjeneste pr. enhed. Fortjenesten pr. enhed vil ifølge teorien typisk være lig rettighedshaverens dækningsbidrag. Fortjenesten kan også tage udgangspunkt i brutto-

---

<sup>77</sup> Se også for eksempel U 2013.1044H, U 2009.1018H, U 2009.233S, hvor det samme forekommer at være tilfældet.

<sup>78</sup> jf. Eksempelvis FT, 1994-95 tillæg A s. 1410

<sup>79</sup> Se for eksempel Riis, 2005: s. 251 ff

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid., Skovbo, 2005: s. 224 ff, Andersen, et al., 2006: s. 443

fortjenesten. Dækningsbidraget svarer til salgsprisen for rettighedshaverens produkt fratrukket totale variable omkostninger. Bruttofortjenesten udgør salgsprisen alene fratrukket vareforbruget. Det afgørende må være det juridiske princip, ikke det regnskabsmæssige, hvorfor dækningsbidraget alene skal anvendes i beregningen, hvis rettighedshaveren rent faktisk har sparet de variable omkostninger.<sup>82</sup>

I retspraksis tilkendes i overensstemmelse med teorien erstatning for afsætningstab, hvis krænkelsen har været årsag til et fald i rettighedshaverens omsætning. Et afsætningstab blev blandt andet fastslået i U 2001.747H (Tripp Trapp). Domstolene afviser erstatning for afsætningstab, såfremt de krænkende produkter ikke er bragt i omsætning. Se for eksempel SH 2006.V.0011.05 (Chanel og Louis Vuitton), hvor K havde importeret en række falske varer, der blev stoppet i tolden. Sø og Handelsretten udtalte: *"Da varerne ikke er kommet ud i omsætningen, finder retten ikke at der er grundlag for at tilkende sagsøgerne erstatning for afsætningstab"*. Hvorefter K alene blev pålagt at betale vederlag.<sup>83</sup>

I U.2001.747H (Tripp Trapp) havde K produceret en stol, der krænkede RH's ophavsret, hvorfor der skulle betales erstatning til RH. Højesteret udtalte: *"Den erstatning, der herefter skal fastsættes efter ophavsretslovens § 83, stk. 1, omfatter for det første tabt fortjeneste, der fastsættes på grundlag af et ubestridt gennemsnitligt dækningsbidrag på 369 kr. pr. stk. og en anslået mistet afsætning, navnlig på det danske marked."* Af udtalelsen følger, at afsætningstabet udregnes som en anslået tabt afsætning multipliceret med rettighedshaverens dækningsbidrag. Beregningen må antages at være i overensstemmelse med teorien, idet krænkeren skal erstatte det tab rettighedshaveren har haft.

#### 4.1.1.1 Substitution og markedsfortrængning

Der vil ofte være knyttet en vis usikkerhed, til opgørelsen af det tab rettighedshaveren har lidt som følge af en mistet afsætning. De oplysninger, der bliver fremlagt i sagen, om krænkerens salg eller rettighedshaveren nedgang i omsætning kan ikke altid fuldt ud lægges til grund ved udregningen af et afsætningstab. Det skyldes, at der ofte vil være en usikkerhed med hensyn til substitutionsforholdet og markedsfortrængningen mellem rettighedshaverens og krænkerens produkter. Der findes ikke i lovene eller forarbejderne nogen nærmere definition af begreberne, hvorfor litteratur og retspraksis må bidrage til forståelsen. I teorien er der ikke helt enig om begreberne. I det følgende vil to af de forskellige opfattelserne blive gennemgået, herefter gennemgås retspraksis, der omhandler substitution og markedsfortrængning.

Skovbo beskriver begreberne markedsfortrængning og substitution særskilt. Begrebet markedsfortrængning er velkendt fra konkurrenceretten, og dækker i den sammenhæng over typetilfælde som leveringsstandsning, priskrig, misrekomandering og tilegnelse af en andens forretningsmæssige identitet ved markedsføring af produktet efter ligninger. Skovbo anfører, at markedsfortrængning i forbindelse med erstatningsudmålingen for afsætningstab dækker over det forhold, at krænkeren helt eller delvist fortrænger rettighedshaveren fra markedet. Fortrængning sker ved salg og markedsføring af det krænkende produkt. I det tilfælde, hvor et krænkende produkt fuldstændig overtager samtlige markedsandele, og omsætningen på det originale produkt ophører, vil der være fuld markedsfortrængning. Ifølge forfatteren er en forudsætning, for at der kan tilkendes erstatning, at der i et eller andet omfang er sket en markedsfortrængning. Dermed skal rettighedshaveren kunne dokumentere eller sandsynliggøre et fald i sin afsætning. Det er dog ikke ensbetydende med, at rettighedshaveren ikke kan have haft en stigende afsætning i krænkelsesperioden. I det tilfælde skal rettighedshaveren blot

---

<sup>82</sup> Riis, 2005: s. 260 f. Afgrænsningen mellem variable og faste omkostninger er ikke altid klar. Faste omkostninger for eksempel husleje og afskrivninger på produktionsapparater kan, hvis tidshorisonten er lang, nok ændre karakter til variable omkostninger. Derfor beror sondringen udelukkende på den anlagte tidshorisont.

<sup>83</sup> Se også SH2006.V.0078.05 og SH2012.V.11.11, hvor det samme var tilfældet.

kunne dokumentere eller sandsynliggøre, at afsætningen ikke er steget i samme omfang, som det ville have været tilfældet, hvis det krænkende produkt ikke havde været på markedet.<sup>84</sup>

Skovbo anfører om substitution, at der i den forbindelse tages stilling til, hvorvidt det krænkende produkt kan erstatte originalproduktet på markedet. Er produkterne sammenlignelige med hensyn til for eksempel pris, kvalitet, kundegruppe og forhandlere, vil produkterne typisk kunne substituere hinanden. Endvidere vil der ved fastlæggelsen af, hvorvidt der foreligger substitution blive lagt vægt på, om kundegruppen køber det krænkende produkt, fordi det fremstår som og/eller kan forveksles med originalproduktet. Skovbo anfører, hvis der foreligger substitution, må konsekvensen være, at der også er markedsfortrængning i samme omfang, under den forudsætning at prisen på de to produkter er den samme. En sådan slutning synes uholdbar. Der kan være enkelte tilfælde, hvor forfatterens eksempel har relevans, men oftest vil prisen for det krænkende produkt være billigere end originalproduktet. Er prisen den samme for de to produkter, vil der ikke være meget, der taler for at kunden vælger det krænkende produkt frem for originalproduktet. Der kan forestilles tilfælde, hvor kunden køber det krænkende produkt i den tro, at der er tale om et originalprodukt, i de tilfælde vil prisen for det krænkende produkt dog ofte også være lavere.<sup>85</sup>

Ifølge Riis er markedsfortrængning og substitution et sammenhængende begreb, og forfatteren synes at bruge de to begreber i flæng. Forfatteren anfører, at substitutionsforholdet mellem de to produkter altid vil være identiske med graden af markedsfortrængning, og dermed identiske med det afsætningstab, som krænkeren påfører rettighedshaveren.

På linje med Skovbo anfører Riis, at det størst tænkelige substitutionsforhold (og dermed den størst tænkelige grad af markedsfortrængning) indebærer, at rettighedshaveren for hvert produktexemplar krænkeren sælger, mister salget af et produktexemplar. Dermed fortrænger og substituerer krænkerens produkter originalproduktet i forholdet 1:1. Det følger endvidere, at en sådan situation kun kan tænkes i den situation, hvor de to produkter opfattes som ensartede og sælges til samme pris. Såfremt krænkerens pris er lavere end rettighedshaverens, er krænkerens salg ikke identisk med rettighedshaverens mistede salg. Det skyldes blandt andet at krænkeren i så fald kan sælge til aftagere, der ikke er villige til at betale det samme beløb, som rettighedshaverens kunder. Ifølge Riis bør bedømmelsen af markedsfortrængning (og substitution) følge to trin: Det første trin omhandler substitution. På det trin skal det vurderes, i hvilket omfang de krænkende produkter har været årsag, til at rettighedshaveren ikke har kunnet sælge sine produkter. Det andet trin omhandler et begreb, forfatteren kalder ”apportionment”. På det trin skal det vurderes, i hvilket omfang rettighedshaverens tab kan henføres til krænkelsen og ikke blot er et tab som følge af loyal konkurrence – herunder fra krænkeren. Det sidste trin behandler den problematik, at de krænkende rettigheder ofte kun vedrører en mindre del af krænkerens produktet. Eksempelvis kan man forestille sig en situation, hvor krænkeren har produceret og solgt T-shirts påtrykt rettighedshaverens varemærke. I denne situation vil brugen af varemærket være en krænkelse, mens T-shirten ikke selvstændigt nødvendigvis udgør en krænkelse. Ifølge forfatteren vil rettighedshaverens omsætning i en sådan situation blive skadet, men kun en mindre del af skaden/tabets kan henføres til krænkelsen, mens det øvrige tab er som følge af loyal konkurrence. Derfor bør det erstatningsberettigede afsætningstab reduceres. Endvidere begrundes forfatteren ”apportionment” med, at krænkeren i et vidst omfang kunnet have opretholdt en del af sin aktivitet uden at krænke, og dermed lovligt have reduceret rettighedshaverens omsætning.<sup>86</sup> Der synes dog at herske en del usikkerhed om betragtningen. I den forbindelse kan det overvejes, om krænkeren i eksemplet med T-shirtene kunne have fortrængt rettighedshaveren fra markedet, hvis der på T-shirtene ikke havde været påtrykt det pågældende varemærke. Det kan der være tvivl om, da det oftest vil være netop

---

<sup>84</sup> Skovbo, 2005: s. 226 ff

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> Riis, 2005: s. 251 ff



varemærket der giver T-shirten værdi. Ligesom det kan være usikkert om produkterne i den pågældende situation ville befinde sig på samme marked. Se dog U 2003.1020H (Melitta), som omhandlede en varemærkekrænkelser. I sagen udtalte SØ- og Handelsretten: *"De opgørelser over den anslåede omsætningsnedgangs og tabet herved, som [RH] har fremlagt under sagen, tager ikke hensyn til den markedsandel, som [K] under alle omstændigheder ville have opnået, hvis [K] havde bragt sine produkter i omsætning uden samtidig at krænke [RH's] varemærke m.v."* SØ- og Handelsretten synes her at inddrage princippet om fradrag for lovlig konkurrence ved skønsudøvelsen. Højesteret tog ikke stilling til dette, men udmålte erstatningen skønsmæssigt, hvorfor spørgsmålet må anses for uafklaret i retspraksis.

U 2001.747H (Tripp Trapp) lægger op til en undersøgelse af domstolens anvendelse af begreberne substitution og markedsfortrængning. Højesteret fastsatte i U 2001.747H (Tripp Trapp) den samlede erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse skønsmæssigt til 500.000 kr. RH havde for SØ- og Handelsretten opgjort afsætningstab som følgende: Stole solgt af krænkeren fra marts 1997 - 11. juli 1997 = 6.000<sup>87</sup> hver med et dækningsbidrag på 369 kr. = 2.214.000 kr. På trods af beregningen tilkendte Højesteret et samlet beløb for erstatning og vederlag, der var væsentligt lavere end RH's påståede afsætningstab. Ved første øjekast kan det synes som om, erstatningen er udmålt særdeles konservativt, men udmålingen kan være begrundet i en betragtning om, at RH ikke ville have afsat samme mængde stole som K, hvis K's krænkende produkter ikke havde været på markedet. Med andre ord bør det undersøges om årsagen til Højesterets udmåling er manglende substitution eller manglende markedsfortrængning mellem produkterne. Forudsættes det, at hele det tilkendte beløb alene angår afsætningstab, anslog Højesteret at K's mistede afsætning var lig 1.356 antal stole.<sup>88</sup> Højesteret vurderede dermed, at RH kun kunne have solgt ca. en stol for hver femte stol, der blev solgt af K. Efter Højesterets vurdering skete markedsfortrængningen i forholdet ca. 1:5.<sup>89</sup> Det skal endvidere bemærkes, at den tilkendte erstatning også skulle dække et fremtidigt tab i form af markedsforstyrrelse. Tages det in mente har Højesteret skønnet afsætningstab til at være mindre. Forudsættes det, at alene 50 % af den tilkendte erstatning var erstatning for afsætningstab, har Højesteret herefter anslået RH's afsætningstab til 678 stole. Uanset om det lægges til grund at erstatningen for afsætningstab er hele eller kun halvdelen af det tilkendte beløb, forekommer den af Højesterets anslåede mistede afsætningen som udmålt for lavt, særligt når det i sagen var oplyst, at RH havde en markedsandel på 30 %.<sup>90</sup> Det havde været nærliggende, at Højesteret ved vurderingen af en mistet afsætning havde taget udgangspunkt i markedsandelen, i så fald ville Højesteret naturligt have taget højde for prisforskellen på produkterne, og dermed det faktum at ikke alle K's kunder ville have købt en stol af RH. Resultatet kan tyde på, at Højesteret udmåler erstatningen skønsmæssigt, og med megen forsigtighed, og at der ikke nødvendigvis foretages en egentlig beregning af substitution, markedsfortrængning mv.

U 2004.1085H (Montana) bidrager i øget omfang til fortolkningen af begreberne afsætningstab, markedsfortrængning og substitution. Selvom der i høj grad er substitution mellem produkter er det ikke nødvendigvis ensbetydende med en høj grad af markedsfortrængning. Sagen omhandlede reoler. Det blev oplyst, at K over en periode på ca. 7 år omsatte for ca. 60 mio. kr. af de krænkende reoler. RH havde anslået, at K i perioden havde solgt 110.000-120.000 moduler. Højesteret fastslog, at der var sket en krænkelser, og RH havde krav på erstatning. Ved vurderingen udtalte Højesteret: *"Ved vurderingen af, hvilken del af [K's] omsætning [RH] ville have haft, hvis [K's] reolsystem] ikke havde været på markedet, må det - ud over omfanget af [K's] salg af [reoler] og den høje grad af substituerbarhed - tillægges betydning, at [RH's] omsætning i den nævnte periode steg markant og mere end markedet*

---

<sup>87</sup> Øget til 6.020 antal stole ved Højesteret

<sup>88</sup> Udregnet som: 500.000/369 kr. = 1.356 stk.

<sup>89</sup> Udregnet som: 1.356/6.020 = 0,225 derefter 0,225\* 100 = 22,5 % eller ca. 1:5

<sup>90</sup> Tages der udgangspunkt i markedsandelen, ville RH minimum have solgt 1.806 stole svarende til et mistet dækningsbidrag på 666.414 kr. (369\*1806)

generelt, og at [RH's] omsætningsudvikling ikke viser, i hvilket omfang [K] har tilegnet sig en del af [RH's] omsætning. Der må endvidere tages hensyn til, at [RH] - blandt andet for at beskytte sig mod konkurrence fra produktefterligninger - valgte at målrette sin markedsføring mod en eksklusiv og kvalitetsbevidst kundekreds. [RH's] og [K's] reoler blev desuden i det væsentlige markedsført og forhandlet gennem forskellige kanaler, og der var en betydelig prisforskel mellem [RH og K's reoler], ligesom [RH] i perioden fra 1987/88 til 1995/96 gennemførte prisstigninger på [RH's reoler], der oversteg prisstigningerne på [K's reoler].” Herefter fastsatte Højesteret skønsmæssigt erstatningen til 3 mio. kr. I sagen foretog Højesteret først en vurdering af substitutionsgraden mellem produkterne og fandt, at reolerne i høj grad kunne erstatte hinanden. Dernæst foretog Højesteret en vurdering af, i hvor høj grad RH's kunder havde valgt K's reoler i stedet for RH's reoler. Ifølge U 2004.1085H (Montana) bliver vurderingen derfor toledet. Domstolene må først vurdere om produkterne kan substituere hinanden, og herefter må domstolene vurdere om krænkeren rent faktisk har tilegnet sig en del af rettighedshaverens kunder ved sin retsstridige adfærd. Anvendelsen af begreberne i dommen må anses for at være i overensstemmelse med Skovbos forståelse af substitution og markedsfortrængning, hvorimod Riis' opfattelse ikke er i overensstemmelsen med afgørelsen. Ifølge Riis vil substitutionsgraden og graden af markedsfortrængning altid være identisk. Riis' argumentation må afvises set i lyset af dommen, idet en høj grad af substituerbarhed, ifølge afgørelsen ikke er ensbetydende med en høj grad af markedsfortrængning.

I den konkrete sag, lagde Højesteret på trods af den høje substituerbarhed, i høj grad vægt på den usikkerhed, der var vedrørende markedsfortrængningen. Det er i den forbindelse interessant at undersøge, hvor mange reoler Højesteret mente, RH kunne have solgt, hvis ikke K's krænkende produkter havde været på markedet. RH blev tilkendt 3 mio. kr. i erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse. Forudsættes det, at hele det tilkendte beløb var til dækning af tabt afsætning, kunne RH have solgt ca. 12.000 reolmoduler, såfremt K ikke havde produceret de omstridte reoler. Antallet er beregnet på baggrund af oplysninger i dommen. Den gennemsnitlige dækningsgrad for RH var i 1982-1999 på ca. 40.<sup>91</sup> Gennemsnitsprisen for et reolmodul var 600 kr. Dækningsbidrag pr. reolmodul var herefter ca. 250 kr., hvilket svarer til mistet salg af 12.000 reolmoduler. Det svarer til en markedsfortrængning i forholdet ca. 1:10, idet Højesteret lagde til grund, at K havde solgt 110.000-120.000 reolmoduler. På trods af at Højesteret lagde til grund, at RH havde rettet sig mod et andet marked, forekommer vurderingen af markedsfortrængningen lav og unødvendig forsigtig. Det forekommer ikke sandsynligt, at kun hver 10. kunde ville have købt RH's reoler, hvis K's krænkende produkt ikke havde været på markedet. Dette henset til, at prisforskellen på reolerne ikke var i forholdet 1:10, da prisen må antages at være en vigtig faktor ved vurderingen af graden af markedsfortrængning og substitution, og henset til det faktum, at der i sagen var tale om en krænkelse efter MFL, hvorfor Højesteret må have lagt til grund, at K netop snyltede på RH's renommé, omdømme og markedsposition, og Højesteret lagde herved til grund, at kunderne købte krænkerens produkt med rettighedshaverens produkt i tankerne. Det skal bemærkes, at Højesteret tilkendte erstatning for både afsætningstab og markedsforstyrrelse. Såfremt det antages, at kun halvdelen af den tilkendte erstatning var til dækning af afsætningstab, svarer graden af markedsfortrængning til 1:20,<sup>92</sup> hvilket kun gør vurderingen af markedsfortrængningen endnu lavere.

Der kan i retspraksis findes andre eksempler på, at markedsfortrængning kun er sket i mindre omfang. Se eksempelvis SH.2006.V.0109.04 (Stressless), hvor K's salg af en lænestol fandtes at være i strid med MFL § 1. Ifølge Sø- og Handelsretten var der ikke sket en markedsfortrængning i forholdet 1:1. Sø- og Handelsretten udtalte, at det ved udmåling af erstatningsbeløbet var RH's tab, der var det afgørende. Der måtte ved udmålingen tages hensyn til, at stolene rettede sig mod væsentlig forskellige kundesegmenter, jf. forskellen i pris og kvalitet. Det kunne ikke antages, at K's stol skulle have for-

---

<sup>91</sup> Gennemsnittet er udregnet ud fra dækningsgraderne for alle 17 år divideret med 17.

<sup>92</sup> Beregnet som  $1.500.000/250 = 6.000$  reolmoduler.  $6.000/115.000 = 0,05$ . svarende til 5 % eller forholdet 1:20

trængt RH's stol i forholdet 1:1, ligesom der ikke kunne udledes noget om tabet ud fra udsvinget i salget af RH's stol. Sø- og Handelsretten fastslog, at der kun havde været et mindre overlap i kundesegmentet, da kundegrupperne var forskellige. Derfor var markedsfortrængningen af beskedent omfang. Erstatningen fastsattes til 450.000 kr. Det er herefter interessant at undersøge, hvilken grad af markedsfortrængning Sø- og Handelsretten lagde til grund. RH's dækningsbidrag var i gennemsnit 2.900 kr. pr. stol. På baggrund af dækningsbidraget kan det konstateres, at RH kunne have solgt 155 stole.<sup>93</sup> såfremt K ikke havde foretaget krænkelsen. Det svarede til en markedsfortrængning i forholdet 1:34. Sø- og Handelsretten begrundede ikke graden af markedsfortrængning nærmere. Det er i det hele taget tvivlsomt, om Sø- og Handelsretten i forbindelse med vurderingen af erstatningens størrelse foretog en udregning af markedsfortrængning i et specifikt omfang. Sø- og Handelsretten har nok nærmere udmålt erstatningen skønsmæssigt. Sø- og Handelsretten udtalte, at der ikke var sket en markedsfortrængning i forholdet 1:1, hvilket med stor sandsynlighed er rigtigt, men at markedsfortrængningen kun skulle være sket i forholdet 1:34 forekommer usandsynligt, henset til produkternes lighed i udseende og funktionalitet. Desuden kunne prisforskellen ikke begrunde en markedsfortrængning i forholdet 1:34, set i forhold til, at RH's produkt i gennemsnit kostede 4-5 gange så meget som K's produkt.<sup>94</sup>

Det skal anerkendes, at domstolene uden tvivl står med en svær vurdering i de sager, hvor det ikke med sikkerhed kan siges i, hvor høj grad krænkerens produkt fortrænger rettighedshaverens produkt fra markedet. Trods det må det antages at være et problem, når domstolene anfører at lægge vægt på bestemte faktorer for herefter ikke at følge faktorerne. Som det ses i afgørelserne ovenfor, stemmer domstolenes præmisser ikke altid overens med udmålingen af erstatningen. Problemet ligger ikke i, at domstolene udmåler lavt, men derimod i at domstolene ikke i sine præmisser forklarer nærmere om graden af markedsfortrængningen og om baggrunden for vurderingen.

Der findes praksis, hvor domstolene finder, at der er en høj grad af substitution mellem produkterne, og at der ligeledes er sket fuld markedsfortrængning. Gennemgangen af retspraksis tyder på, at domstolene også i de sager er tilbageholdende ved udmåling af erstatningen for afsætningstab. Et eksempel er U 2003.694S (Furniparts). I sagen havde K produceret og solgt et møbelgreb, der var identisk med RH's. Sø- og Handelsretten fandt, at det var i strid med MFL § 1. K's møbelknop fortrængte RH's møbelknop i forholdet 1:1. I sagen kunne Sø- og Handelsretten ikke med sikkerhed fastslå, hvilke salgspriser og kostpriser, der skulle lægges til grund. Sø- og Handelsretten udtalte: ”Den erstatning som [K] skal betale, skal derfor udmåles som [RH's] tabte dækningsbidrag ved mistet salg af ca. 275.000 stk. Det må henstå som noget usikkert i hvilket omfang [RH] ville have været i stand til at opretholde salgsprisen på 4,44 kr. pr. stk., men der er ikke grund til at antage at [kunden] ikke havde været villig til at aftage knoppen til en pris af 3,50 kr. pr. stk. Det må endvidere være noget usikkert i hvilket omfang eller i hvor lang tid [RH] kunne drage fordel af reduktionen af kostprisen fra 2,16 til 1,54 kr. pr. stk. Selv med den høje kostpris for hele perioden må [RH's] mistede dækningsbidrag imidlertid kunne opgøres til ca. 368.500 kr. Da i hvert fald en del af reduktionen i kostpris må antages at ville være kommet [RH] til gode, finder retten at der er sikkert grundlag for at fastsætte erstatningen til 400.000 kr.” Sagen viser, at Sø- og Handelsretten udmåler erstatning med forsigtighed, selv i tilfælde, hvor der er sket markedsfortrængning i forholdet 1:1. I sagen var der ikke tvivl om markedsfortrængningen, hvorfor Sø- og Handelsretten med sikkerhed kunne lægge det antal produkter krænkeren havde solgt til grund. Der var i stedet usikkerhed om salgspriser, kostpriser og dækningsbidrag. Usikkerheden kom RH til skade. Sø- og Handelsretten ville kun tilkende erstatning i det omfang, de var sikre på, at RH havde lidt et tab. Hermed holdt Sø- og Handelsretten sig til princippet om, at den skadelidte ikke skal have mere i erstatning end skaden har medført, og skadelidte i hvert fald under ingen omstændigheder skal beriges. I sagen tog Sø- og Handelsretten blandt andet højde for, at rettig-

---

<sup>93</sup> Beregnet som:  $450.000/2.900=155$  stole

<sup>94</sup> K's stol kostede ca. 2.000 kr. mens RH's stol kostede 5.000-16.000 kr.

hedshaveren nok ikke ville have fået den høje styk pris ved det antal produkter, der var solgt til kunden. På den anden side er det positivt, når SØ- og Handelsretten i sagen formåede at sætte sig ind i den hypotetiske situation; hvordan ville RH's økonomiske have været i det tilfælde, hvor krænkelsen ikke havde fundet sted. Det kan i den forbindelse overvejes, om RH ikke ville have formået at få en lidt højere pris end K's styk pris, sammenlignet med det tilfælde hvor K ikke havde været på markedet. Trods alt må SØ- og Handelsretten siges i den konkrete sag at have været mindre tilbageholdende i deres udtalelser om den beregning, som blev lagt til grund ved udmålingen af erstatningen.

Er der ingen eller kun i begrænset omfang substitution mellem produkterne, vil domstolene være tilbageholdende med at tilkende erstatning for et afsætningstab. I U 2012.2706 H (Puma/Fakta) tilkendte Højesteret ikke RH erstatning for afsætningstab. Højesteret udtalte i præmisserne *"[RH's] sko er en kvalitets- og mærkevare, der kun i meget begrænset omfang kan antages at blive substitueret af [K's] sko. Straks efter [RH's] indsigelser ophørte [K] med at sælge skoene. [RH] har ikke fremlagt oplysninger om faldende salg af sko. Højesteret finder herefter ikke grundlag for at tilkende [RH] erstatning for yderligere skade som følge af mistet omsætning"*.<sup>95</sup>

Det er ikke altid domstolene udtaler sig om substitution eller markedsfortrængning ved udmålingen af erstatning for afsætningstab. Se for eksempel U 2012.2693H (New Balance), hvor Højesteret blot fastsatte erstatningen for afsætningstabet skønsmæssigt. Det var ikke muligt at udlede af sagen, om der var sket markedsfortrængning i forholdet 1:1 eller et andet forhold, ligesom Højesteret ikke udtalte sig om graden af markedsfortrængning. Se også U 2015.869H (Geografical Norway), hvor K havde importeret jakker med RH's varemærke. SØ- og Handelsretten gav RH medhold i sin påstand om betaling af 500.000 kr., hvilket blev stadfæstet af Højesteret. SØ- og Handelsretten udtalte: *"RH har krav på vederlag og erstatning i anledning af de skete krænkelser ... med hensyn til udmålingen af beløbet har retten lagt vægt på, at der efter [K's] egen forklaring var en fortjeneste pr. jakke på ca. 50-75 kr. Salg af i alt 12.290 jakker kan alene på dette grundlag opgøres til minimum 650.000 kr. og da [RH] har begrænset sit krav til 500.000 kr. tages kravet derfor til følge allerede af den grund"* I sagen berørte Højesteret ikke spørgsmålet om substitution og markedsfortrængning, hvorfor man må formode, at Højesteret fandt, at der var fuld substitution og markedsfortrængning.<sup>96</sup> Det kan dog ikke udelukkes, at sagen havde fået et andet udfald, såfremt påstanden ikke havde været begrænset af RH.

#### 4.1.1.2 Dokumentation for afsætningstab

Erstatning skal i overensstemmelse med gældende erstatningsretlige principper fastsættes med udgangspunkt i det lidte tab. Det er således ikke muligt at få erstatning uden at dokumentere eller sandsynliggøre et tab.<sup>97</sup> I retspraksis er tabet i visse tilfælde forsøgt dokumenteret ved fremlæggelse af oplysninger om krænkerens omsætning ved salg af de krænkende produkter og/eller rettighedshaverens egen nedgang i omsætning/fortjeneste se for eksempel U 2003.694S (Furniparts), SH2006.V.0109.04 (Stressless), U 2012.1216H (Taneposer), U 2011.2319H (Tandstikker). I de tilfælde, hvor der ikke kan dokumenteres et tab, må udgangspunktet være, at der ikke kan tilkendes erstatning.<sup>98</sup> Sagt på en anden måde er det alt afgørende, at rettighedshaver fremlægger oplysninger, der kan dokumentere eller i det mindste sandsynliggøre et tab.

Har rettighedshaveren i krænkelsesperioden haft en stigende omsætning, er det vanskeligt at dokumentere, om krænkeren har skadet rettighedshaverens omsætning. På den anden side vil en stigning i omsætningen ikke udelukke et erstatningsansvar for krænkeren.<sup>99</sup> Se U 2004.1085H (Montana), hvor

---

<sup>95</sup> Se ligeledes U 2009.1018H

<sup>96</sup> Sagen er mærkværdig, idet RH procederede på et vederlag, men retten udmålte erstatning for afsætningstab

<sup>97</sup> Riis, 2005: s. 331 ff.

<sup>98</sup> Det var tilfældet i eksempelvis U 1995.92S, U 2013.2135S og U 2010.1705S, hvor der ikke var dokumenteret et afsætningstab, og retten derfor ikke tilkendte erstatning.

<sup>99</sup> Skovbo, 2005: s. 224 og Riis, 2005: s. 258

RH havde haft en stigende omsætning i den periode, hvor krænkelsen stod på. Grundet RH's stigende omsætning var Højesteret nødsaget til at fortage et vist skøn, idet Højesteret ikke havde mulighed for fuldt ud at vurdere, i hvilket omfang K havde tilegnet sig RH's marked og derved RH's omsætning. RH havde fremlagt flere forskellige beregninger, der viste et afsætningstab på mellem 10 og 110 mio. kr. RH havde i sine beregninger taget hensyn til både substitutionsgraden og graden af markedsfortrængning. Af økonomiske årsager havde RH begrænset sin påstand til 10 mio. kr. Det kan ikke afvises, at den stigende omsætning kan have været årsag til Højesterets tilbageholdenhed i afgørelsen.

Selvom rettighedshaveren fremlægger oplysninger om mistet salg, og oplysningerne om krænkerens salg er tilgængelige, påstår krænkeren i enkelte tilfælde, at der er andre årsager til tabet. Det kan for eksempel være konjunkturændringer i samfundet, konkurrence, ændret prissætning mv. Se i den forbindelse for eksempel U 2003.1020H (Melitta), hvor K under proceduren udtalte: "*[RH's opgørelse] tager ikke højde for, at kaffefilterbranchen er under stærkt konkurrencemæssigt pres, idet der er talrige udbydere af disse produkter*". Det er ikke muligt at konstatere, hvorvidt Højesteret tog anbringendet med i bedømmelsen, men erstatningen blev udmålt skønsmæssigt til 100.000 kr. Erstatningspåstanden var 500.000 kr., hvorfor det er muligt Højesteret tog anbringendet i betragtning. Se også U 2015.1216H (Taneposer) hvor K for Sø- og Handelsretten fremførte som anbringende, at årsagen til RH's nedgang i omsætning var, at kunderne havde skiftet til en anden produkttype.

I nogle sager udmåler rettighedshaveren erstatningen som et beløb svarende til det påståede vederlag. I praksis er der ikke grundlag for et sådan "dobbelt-op-princip" ved manglende oplysninger, der kan dokumentere et afsætningstab. Princippet blev afvist af Højesteret i U 2011.1736H (Piratkopiering), hvor Højesteret udtalte: "*... der i sager om retsstridig tilgængeliggørelse af musikværker og lignende over internettet ikke er grundlag for at udmåle erstatningen til rettighedshaverne til et beløb, der beregnes i forhold til vederlagets størrelse, for eksempel princippet om »dobbelt-op«.*" Det må have for øje, at afgørelsen er konkret begrundet.

Det ses ofte at rettighedshaveren i sin procedure uden nærmere argumentation påstår erstatning blandt andet for afsætningstab. Derfor synes det heller ikke mærkværdigt, hvis domstolene i de tilfælde er tilbageholdende ved udmålingen af erstatningen. Se for eksempel U 2014.3658H (Jensens Bøfhus) hvor RH i sin procedure udtalte: "*Som følge af krænkelsen skal [K] betale erstatning og rimeligt vederlag. Det skal ved udmålingen tages i betragtning, at [K] har solgt de to restauranter på Fyn, og at [RH] har anvendt store udgifter til markedsføring.*" Der blev ikke herudover redegjort nærmere for kravet om erstatning. Derfor synes det også naturligt, at Højesteret i afgørelsen alene tilkendte et vederlag og ikke erstatning for yderligere skade.

Trods det teoretiske udgangspunkt er der adskillige eksempler på tilfælde, hvor der ikke er dokumenteret eller sandsynliggjort et tab, men hvor der tilkendes erstatning. Se eksempelvis U 2012.107H (Transformers), hvor der var sket en krænkelse af RH's legetøjsrobotter. RH havde ikke dokumenteret et afsætningstab, men Sø- og Handelsretten fandt det godtgjort, at K's legetøjsprodukter i et vist omfang havde medført et tab for RH som følge af mistet afsætning og markedsforstyrrelse. Desuden fastslog Sø- og Handelsretten, at produkterne var delvist substituerbare, da måske navnlig voksne kunne forveksle produkterne. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at K's legetøjs bruttoavance havde udgjort 40 %, og fastsatte herefter erstatningen med udgangspunkt i K's uberettigede fortjeneste skønsmæssigt til 150.000 kr. Dommen blev stadfæstet af Højesteret.

I U 2014.2497S (Kopimøbler) der vedrørte K's salg af møbelkopier af kendte designklassikere, havde RH ikke fremlagt dokumentation for et omsætningstab. Sø- og Handelsretten konkluderede, at der var sket et vist salg. Endvidere lagde Sø- og Handelsretten vægt på, at K ikke havde givet oplysninger om antal solgte eksemplarer, og det ville være grænsende til det umulige for RH egenhændigt at fremskaffe oplysningerne. Sø- og Handelsretten fastsatte vederlag og erstatning skønsmæssigt til 200.000 kr., da det ikke kunne udelukkes, at RH havde lidt et tab som følge af krænkelsen.

Når der tilkendes erstatning, trods manglende eller ingen dokumentation, begrundes det ofte i sagens omstændigheder. Ofte skyldes det, at krænkeren ikke har kunnet eller villet fremkomme med oplysninger blandt andet om omsætningen. Herved bliver det så godt som umuligt for rettighedshaveren at godtgøre et tab. Det var for eksempel tilfældet i U 2014.2497S (Kopimøbler). Afgørelserne ovenfor tyder på, at domstolene af og til anerkender et behov for at tilkende erstatning, på trods af begrænset dokumentation. I sagerne blev dommernes formodning for at der var lidt et tab herefter tilstrækkeligt. Det kan synes urimeligt, hvis der ikke er dokumenteret et egentligt tab ikke, men der alligevel tilkendes erstatning. I en sådan situation kan det hævdes at rettighedshaveren må "nøjes" med et rimeligt vederlag. Vederlagsreglen er indført med det formål at lette bevisbyrden. Vederlagsreglen er dog stadig alene en minimumsgodtgørelse, og domstolene finder muligvis et behov for at tilkende et større beløb, hvorfor der stadig er et behov for at tilkende erstatning for yderligere skade, også selvom tabet ikke kan dokumenteres.<sup>100</sup>

#### 4.1.1.3 Øvrige bemærkninger om afsætningstab

Ud fra overstående gennemgang tyder det på, at domstolene ofte ikke foretager en egentlig beregning ved fastsættelsen af afsætningstab, men udmåler på grundlag et skønsmæssigt beløb til dækningen af afsætningstab. Det er forskelligt om erstatningen udmåles alene eller sammen med tabet for markedsforstyrrelse og eventuelt også med vederlaget. Det faktum, at domstolene ofte udmåler skønsmæssigt og som et samlet beløb har den konsekvens, at det er vanskeligt at vurdere, hvorvidt domstolene rent faktisk følger egne retningslinjer og teorien. Det må kritiseres. Domstolene har dog ikke altid mulighed for at foretage en præcis beregning af tabet. Særligt når markedsfortrængningen ikke er sket i forholdet 1:1, kan det være svært at foretage en nøjagtig beregning, da det sjældent kan konstateres præcist i hvilke forhold, der er sket en markedsfortrængning. Det er vigtigt at påpege, at domstolene ikke kan træffe en præcis og rigtig afgørelse uden tilstrækkelig dokumentation. Derfor er det nødvendigt at rettighedshaveren fremlægge oplysninger, der kan dokumentere eller sandsynliggøre tabet herunder graden af substitution og markedsfortrængning mellem produkterne. Unnlader rettighedshaveren i et eller andet omfang at fremlægge dokumentation for et afsætningstab, synes det ikke rimeligt at kritisere domstolene for en skønsmæssig og forsigtig udmåling af erstatningen.

#### 4.1.2 Markedsforstyrrelse

I teorien hersker der en del usikkerhed om, hvordan begrebet markedsforstyrrelse skal defineres. Der er enighed om, at markedsforstyrrelse omfatter anden skade end rettighedshaverens faktisk mistede omsætning. Det vil sige, at markedsforstyrrelse udgør rettighedshaverens fremtidige tab. Begrebet kan således dække over den generelle og mere varige forringelse af rettighedshaverens produkt, varemærke, markedsposition, renommé, status mv.<sup>101</sup>

Et eksempel på en markedsforstyrrelse er det tilfælde, hvor krænkeren har lavet en slavisk efterligning af rettighedshaverens produkt, men i en dårligere kvalitet. Kopien er så nært sammenlignelig med det originale produkt, at kunder køber kopien i den tro, at der er tale om originalproduktet. Når kunderne herefter bliver opmærksomme på den dårlige kvalitet, kan det i værste fald resultere i forstyrrelser for rettighedshaveren i form af mistede kunder. Det kan også medføre tab af goodwill, idet kunderne kan miste troen på rettighedshaveren og produkterne.

Ifølge Skovbo er det vanskeligt at opstille kriterier for, hvorledes størrelsen af erstatningen for markedsforstyrrelse skal fastlægges. Begrebet skal ifølge Skovbo udfyldes i retspraksis. Forfatteren fremhæver dog, at rettighedshaveren må være forpligtiget til at sandsynliggøre en markedsforstyrrelse i et

---

<sup>100</sup> Det var dog ikke tilfældet i U 2004.1085H (Montana). I sagen var der fremlagt en lang række oplysninger og dokumentation for tabet, men på trods af det nedsatte Højesteret erstatningen.

<sup>101</sup> Riis, 2005: s. 263, Skovbo, 2005: s. 235, Madsen, 2008: s. 310 og Borchert, 2003: s. 264

eller andet omfang for at få erstatning.<sup>102</sup> Riis er som udgangspunkt enig med Skovbo, og finder det i det hele taget temmelig vanskeligt for rettighedshaveren at få medhold i en påstand om erstatning for markedsforstyrrelse. Det er primært på grund af bevisets stilling. Riis begrundet det med, at domstolene kan frygte, at en for abstrakt fortolkning af tabets karakter kan have meget vide konsekvenser. Riis forsøger alligevel at fastlægge en række kriterier for udmålingen af markedsforstyrrelser. Første anfører forfatteren, at tabet for markedsforstyrrelser ofte vil være større end afsætningstab. Det skyldes, at afsætningstab er maksimeret til et tab for en begrænset periode (den periode, krænkelsen foregår). Et tab for markedsforstyrrelse vedrører rettighedshaverens fremtidige afsætningstab og kan derfor ikke maksimeres til en bestemt periode, men vil ofte være langt større end den på forhånd fastsatte periode for afsætningstab.<sup>103</sup> Eksempelvis kan man forestille sig, at krænkeren i en periode på 3 år har solgt et krænkende produkt. I det tilfælde vil rettighedshaveren kunne kræve erstatning for afsætningstab for de 3 år. Krænkelsen har derudover konsekvenser, som rækker ud over det tab rettighedshaveren har haft her og nu. Et sådan fremtidigt afsætningstab, kan potentielt være væsentligt større og strække sig ud over en periode på langt mere end de tre år, hvorfor Riis mener, at det vil være oplagt at fastsætte erstatningen for markedsforstyrrelsen til minimum samme beløb som afsætningstab. Argumentationen synes ikke anvendt i retspraksis. Ej heller kan det med sikkerhed konkluderes at markedsforstyrrelsen altid vil være længere end selve krænkelsesperioden, idet der på den anden side kan forestilles en situation, hvor krænkelsen er sket i en længere periode end perioden for det fremtidige tab.

Riis anfører endvidere, at det centrale kriterium for udmåling af tabet for markedsforstyrrelse, bør være krænkelsens synlighed for den relevante kundekreds. I den situation, hvor en varemærkekrænkelse eller et kopiproduct eksempelvis har været en del af en husstandsomdelt reklameavis, vil de fremtidige skader for rettighedshaveren ifølge forfatteren være større end i det tilfælde, hvor krænkelsen alene har været synlig for en begrænset kundekreds. Krænkelsen vil dermed have mindre negativ effekt.<sup>104</sup> Eksemplet afhænger dog af, hvorvidt den pågældende kundekreds er klar over, at der er tale om et kopiproduct. Er kundekredsen ikke klar over, at det er kopiproducter, der reklameres for, vil det ikke nødvendigvis have samme betydning. Derfor må det i lige så høj grad have betydning, hvilken kvalitet det krænkende produkt har, og om den potentielle køber får en dårligere oplevelse, end hvis kunden havde købt det originale produkt. Spørgsmålet om erstatning for markedsforstyrrelse er ikke behandlet yderligere i teorien, hvorfor begrebet må udfyldes af retspraksis.

I det følgende analyseres, hvilke betingelser der skal være opfyldt, førend domstolene tilkender erstatning for markedsforstyrrelse, hvilke handlinger krænkeren har begået i tilfældene, hvor erstatningen tilkendes, og endelig hvordan erstatning for markedsforstyrrelse udmåles.

#### 4.1.2.1 *Betingelser*

For det første er det ifølge retspraksis et nødvendigt krav, at rettighedshaverens produkt er på markedet, da krænkeren ellers ikke kan forstyrre rettighedshaverens markedsposition. I SH 2008.V0097.07 (Asani) havde K brugt varemærket "Asani" til salg af undertøj. Ved en tidligere dom blev det afgjort, at der forelå en varemærkekrænkelse. RH havde krav på vederlag, det var omtvistet, om RH også havde krav på erstatning for markedsforstyrrelse. Sø- og Handelsretten udtalte, at K's markedsføring ikke havde tilføjet RH skade. På tidspunktet for krænkelsen befandt RH sig ikke på det danske marked, hvilket kan begrunde, at der ikke blev tilkendt erstatning for markedsforstyrrelse.

---

<sup>102</sup> Skovbo, 2005: s. 236f

<sup>103</sup> Riis, 2005: s. 263 ff.

<sup>104</sup> Ibid.

For det andet skal krænkerens produkter være bragt i omsætning, idet produktet ellers ikke påfører rettighedshaveren en skade. Det stemmer overens med de almindelige erstatningsretlige principper. Se SH 2007.V.0038.06 (Canada Goose), der omhandlede importerede kopier af Canada Goose jakker. I sagen blev jakkerne blevet tilbageholdt i tolden, og jakkerne blev dermed aldrig bragt i omsætning. RH påstod erstatning for markedsforstyrrelse. Sø- og Handelsretten udtalte: *”Med hensyn til erstatning har retten, da jakkerne ikke blev bragt i omsætning, ikke fundet grundlag for at udmåle noget beløb som afsætningstab eller for markedsforstyrrelse ...”* Afgørelsen er et udtryk for at krænkeren ikke har forårsaget en skade på markedet.

For det tredje skal produkterne kunne substituere og fortrænge hinanden fra markedet jf. U 2004.1085H (Montana). Højesteret fandt, at der skulle betales erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse. Ved fastsættelsen af erstatningen skulle der tages hensyn til, at RH valgte at målrette markedsføringen mod en mere eksklusiv og kvalitetsbevidst kundekreds, og dermed en anden kundekreds end den, K henvendte sig til. Ved udmålingen af erstatningen tog Højesteret hensyn til, at produkterne i høj grad var substituerbare, men at der ikke skete markedsfortrængning i fuldt omfang, da der var forskellige kundesegmenter og distributionskanaler. Højesteret fandt derfor, at markedsforstyrrelsen ikke var særlig omfattende på det marked, hvor RH befandt sig.

#### 4.1.2.2 *Krænkerens handlinger*

I retspraksis tyder det på, at visse handlinger fra krænkerens side kan begrunde en erstatning for markedsforstyrrelse. For det første kan der tilkendes erstatning for markedsforstyrrelse, når krænkerens produkt er af en dårligere kvalitet end rettighedshaverens, se for eksempel U 2009.233S (Puma/Netto), hvor K solgte en sko, som krænkede RH's varemærke, idet den såkaldte "formstrip" også var på K's sko. RH procederede blandt andet på, at der var sket en markedsforstyrrelse, da K's sko var af dårligere kvalitet. Sø- og Handelsretten foretog en samlet vurdering og udmålte vederlag samt erstatning under ét, blandt andet med henvisning til den kvalitetsforskel, der var på skoene. Det havde dermed betydning for omfanget af markedsforstyrrelsen, at K's sko var af en dårligere kvalitet. Det samme var tilfældet i U 2009.1018H (Burberry), hvor K solgte punge med RH's eksklusive varemærke. Det blev ikke under sagen bestridt, at der forelå en krænkelse. Højesteret tilkendte erstatning for markedsforstyrrelse, og udtalte indledningsvis: *”[RH's] punge med [RH's] velkendte figurmærke sælges i såkaldte »dustbags« for knap 2.000 kr. og må anses for en eksklusiv mærkevare i modsætning til den billige pung med [RH's] figurmærke, som [K] solgte for 20 kr.”* Endvidere udtalte Højesteret: *”... den store spredning af krænkende punge har medført en sådan eksponering, at [RH] har krav på erstatning for markedsforstyrrelse”*. Det havde dermed betydning for bedømmelsen, at der var stor kvalitetsforskel mellem produkterne. Det er da også nærliggende, at K's salg havde skadet RH's eksklusive renommé ved salg af et produkt i dårligere kvalitet, da RH netop byggede sin forretning og sit brand på at kunne sælge dyre produkter af særlig høj kvalitet til en eksklusiv kundekreds.

For det andet kan markedsføring have betydning. Det var tilfældet i SH 2015.V.45.13 (Dealsites). I sagen udtalte Sø- og Handelsretten, at der havde været et begrænset salg af produkter, men på den anden side havde der været en omfattende markedsføring på internettet, og krænkeren skulle derfor også betale erstatning for markedsforstyrrelse. Sø- og Handelsretten udmålte herefter erstatningen skønsmæssigt.

Domstolene tilkender ikke i alle tilfælde erstatning for markedsforstyrrelse med begrundelse i kvalitetsforskelle mellem produkterne eller markedsføring af det krænkende produkt. I U 2012.2706H (Puma/Fakta) havde K anerkendt at have krænket RH's varemærkerettighed, idet K havde solgt sko med den såkaldte "formstrip". Sø- og Handelsretten tilkendte RH 250.000 kr., der blandt andet var for markedsforstyrrelse, da K havde foretaget omfattende markedsføring ved at udsende 1,9 mio. reklameviser med billeder af skoene. Resultatet ved Sø- og Handelsretten var i overensstemmelse med de ovenfor anførte domme. Højesteret ændrede afgørelsen og udtalte: *”[RH's] sko er en kvalitets- og mærkevare, der kun i meget begrænset omfang kan antages at blive substitueret af [K's] sko. Højesteret finder herefter ikke grundlag for at tilkende [RH] erstatning for yderligere skade som følge af*



*mistet afsætning jf. varemærkelovens § 43, stk. 1, nr. 2. Under de anførte omstændigheder må den eventuelle markedsforstyrrelse, som [K's] tilbudsavis og skosalg har medført, endvidere antages at være yderst begrænset.*" Herefter fandt Højesteret at vederlag og erstatning samlet ikke kunne overstige 25.000 kr. Det må kritiseres at der ikke tilkendes erstatning for markedsforstyrrelse i større omfang henset til den omfattende eksponering af de omstridte produkter. U 2012.2707H (Puma/Fakta) kan også sammenlignes med U 2012.2693H (New Balance), da de to afgørelser minder om hinanden. Sidstnævnte sag omhandlede også et tilfælde, hvor K havde solgt modesko, med et kendetegn, der krænkede RH's varemærke. Desuden havde K lavet en så nærgående efterligning, at den var i strid med MFL § 1. K havde reklameret for skoen blandt andet i et blad og på sin egen hjemmeside. I sagen blev K pålagt at betale erstatning blandt andet for markedsforstyrrelse. Begge afgørelser er af afsagt af Højesterets 1. afdeling og kun med en enkelt dags mellemrum. Ved en overfladisk gennemgang kan det tyde på, at afgørelserne strider mod hinanden. På den anden side er det vanskeligt at fastlægge, om der reelt er forskel på sagerne. I U 2012.2693 H (New Balance) udtalte Højesteret sig ikke om skønnet for markedsforstyrrelse, men kun at der skulle betales erstatning blandt andet for markedsforstyrrelse, mens Højesteret i U 2012.2706H (Puma/Fakta) udtalte, at den eventuelle markedsforstyrrelse måtte anses for begrænset. Højesteret udelukker dermed ikke, at der var markedsforstyrrelse i sidstnævnte sag, det var bare ikke muligt at fastslå omfanget af markedsforstyrrelsen og dermed erstatningens størrelse. Endvidere er der forskelle på det konkrete hændelsesforløb i de to sager, som kan begrunde en forskel i afgørelserne. Der var forskel på omfanget af krænkelsen. I U 2012.2693H (New Balance) blev der solgt ca. 20.000 par sko over en længere periode og reklamering var sket både på internettet og i trykte reklamer, mens der i U 2012.2706H (Puma/Fakta) alene blev solgt 1.688 par sko over en periode på ca. en uge og udsendt en reklameavis. Efter sammenligningen af de to domme kan forskellene derfor bero på, at erstatning for markedsforstyrrelse i høj grad begrundes konkret fra sag til sag alt efter det specifikke hændelsesforløb i sagen. Det må dog stadig kritiseres, at Højesteret ikke tilkendte erstatning for markedsforstyrrelse i U 2012.2706H (Puma/Fakta), henset til markedsføringen af de krænkende produkter og kvalitetsforskellen mellem de to produkter.

Se endvidere SH 2014.V.0058.12 (Ralph Lauren/DS), hvor K havde solgt kopier af RH's T-shirts, men givet indtryk af, at der var tale om originale varer. Sø- og Handelsretten udtalte i den forbindelse: *" Det må dog antages, at salget har medført en markedsforstyrrelse for [RH], idet der er tale om kopiprodukter solgt i en forretning, hvor kunderne har en berettiget forventning om, at det var originale produkter, og da produkterne blev markedsført i en af [K's] reklameaviser, der blev distribueret til et stort antal husstande, som originale produkter, men til en billig pris. Det må også antages at have skadet [RH] renommé og image, at [K] har markedsført og solgt de varemærkeforfalskede polo shirts, der efter det oplyste var af en dårligere kvalitet end de originale produkter. På baggrund af oplysningerne om antallet af solgte produkter, må det dog antages, at markedsforstyrrelsen samlet set har været begrænset."* Dommen må anses for at være udtryk for et kerneområde for markedsforstyrrelse. K distribuerede et produktet på markedet af dårligere kvalitet, men under indtryk af, at det var den ægte vare. Såfremt kunderne købte en kopi, kunne de herefter blive skuffede og afholde sig at købe originalproduktet i fremtiden. Endvidere havde K i et stort omfang markedsført produkterne. På trods af det udtalte Sø- og Handelsretten, at forstyrrelsen var begrænset, formentlig på grund af, at K alene havde solgt 1.624 krænkende produkter. SH 2014.V.0058.12 (Ralph Lauren/DS) og U 2012.2706H (Puma/Fakta) tyder på, at krænkerens handlinger skal være rimelig omfattende, førend der kan tilkendes erstatning for markedsforstyrrelser.

For det tredje tilkendes der oftere erstatning for markedsforstyrrelse, hvis den rettighed der er blevet krænket er et varemærke.<sup>105</sup> I U 2000.1838S (Alcantara) fandt Sø- og Handelsretten, at K havde krænket RH's varemærket ved at sælge sofaer med "alcantar look". Sø- og Handelsretten tilkendte

---

<sup>105</sup> Se i øvrigt SH 2015.V.45.13, U 2009.233S, U 2009.1018H og S 2014.V.0058.12, hvor der skete krænkelser af varmeretterigheder, og der blev tilkendt erstatning for markedsforstyrrelse.

erstatning for markedsforstyrrelse og vederlag under ét til 100.000 kr. Ved varemærker kan det også have betydning at rettighedshaveren associeres med et produkt der potentielt kan skade varemærket. U 2007.1896H (Fisherman) omhandlede krænkelse af RH's varemærke. RH solgte slik under varemærket, mens K benyttede et forveksleligt varemærke i forbindelse med salg af alkohol. Højesteret tilkendt erstatning for markedsforstyrrelse. Det er ikke fjerntliggende at forestille sig, at visse kunder ville finde det moralsk forkert at blande alkohol og slik, og derfor undlade at købe rettighedshavers slik i fremtiden. Dermed kunne K's krænkelse skade varemærkets værdi, renommé og integritet.<sup>106</sup>

Det er ikke altid, at der tilkendes erstatning for markedsforstyrrelse, selvom der er sket krænkelse af et varemærke. I SH 2005.V.0095.04 (Amokka) brugte K udtrykket "amokka" som slogan i en reklame for kaffe. Det var en krænkelse af RH's varemærke. RH havde derfor krav på erstatning og vederlag. Reklameavisen blev trykt i 1,8 mio. eksemplarer. I sagen var der alene fremlagt oplysninger om RH's faldende omsætning. Sø- og Handelsretten fastslog, at der på det foreliggende grundlag ikke var mulighed for at tilkende erstatning for markedsforstyrrelse. Se ligeledes U 2014.876H (Noma), hvor RH ikke blev tilkendt erstatning for yderligere skade, da Højesteret ikke fandt det godtgjort, at der var lidt yderligere skade. I sagen havde K gjort omfattende brug af kendetegnet i reklamer. Højesteret udtalte "[K] forsøgte ved denne brug at lægge sig i kølvandet på [RH's] renommerede varemærke for derved at drage fordel af varemærkets tiltrækningskraft, omdømme og prestige. Højesteret finder at [K] herved på utilbørlig måde har snyllet på varemærkets særpræg og renommé". Derefter var det klart, at der var tale om en alvorlig krænkelse, men på trods af det skulle K ikke betale erstatning for markedsforstyrrelse.

Det kan dermed konkluderes, at domstolene ikke er stringente, når det skal vurderes, hvilke handlinger, der kan føre til erstatning for markedsforstyrrelse, og det er derfor vanskeligt at uddrage noget generelt. Selvom det forsøges at fremhæve domme med "typesituationer", hvor der tilkendes erstatning for markedsforstyrrelse, er det muligt at finde domme med næsten identisk hændelsesforløb, hvor der ikke tilkendes erstatning for markedsforstyrrelse. For eksempel kan de to sager U 2009.233S (Puma/Netto) og U 2012.2706H (Puma/Fakta) fremhæves. I U 2009.233S (Puma/Netto) begrundet Sø- og Handelsretten en markedsforstyrrelse med netop kvalitetsforskellen i produkterne. Hvorimod Højesteret i U 2012.2706H (Puma/Fakta) godt nok fremhæver kvalitetsforskellene, men udtaler at der kun var sket en yderst begrænset markedsforstyrrelse. Det synes ikke rimeligt, at to sager af næsten identisk karakter kan få hver sit udfald for så vidt angår en erstatning for markedsforstyrrelse. I U 2012.2706H (Puma/Fakta) nedsatte Højesteret den af Sø- og Handelsretten tilkendte erstatning.<sup>107</sup>

Endelig er der en række domme, hvor der uden yderligere forklaringer og skønsmæssigt fastsættes erstatning for blandt andet markedsforstyrrelse, se U 2005.2082H (Louis Poulsen), hvor Højesteret uden nærmere forklaring fastslog, at krænkelsen havde medført en markedsforstyrrelse, og derefter udmålte vederlag og erstatning skønsmæssigt til 25.000 kr.<sup>108</sup>

#### 4.1.2.3 Udmåling af erstatning for markedsforstyrrelse

Udmåling af erstatning for markedsforstyrrelse sker oftest med den øvrige erstatning og skønsmæssigt. Der findes i retspraksis enkelte eksempler, hvor erstatning for markedsforstyrrelse udmåles selvstændigt, se eksempelvis SH 2006.V.109.04S (Stressless), hvor Sø- og Handelsretten udtalte: "*Under hensyn til [RH's] omfattende markedsføring af [RH's stol] finder retten, at salget og annonceringen af [K's] stol har medført en del markedsforstyrrelse hvorfor erstatning herfor fastsættes til 200.000 DKK som påstået.*" Sø- og Handelsretten udtalte ikke nærmere, hvilket skøn der lå til grund for det

---

<sup>106</sup> Flere af dommene, som er brugt i afsnittet om markedsforstyrrelse er afgjort efter VML, for eksempel U 2009.233S, SH 2014.V.0058.12, U 2012.2693H og SH 2015.V.45.13.

<sup>107</sup> Det bemærke, at U 2012.2706H er en Højesteretsafgørelse, hvorfor den må have størst præjudikatværdi.

<sup>108</sup> Se også U 2012.2693H og U 2004.1302H

tilkendte beløb. RH havde ej heller procederet nærmere for påstanden om erstatning for markedsforstyrrelse. Derfor er det vanskeligt at udlede noget om årsagerne til og beregningen af erstatningen. Rettighedshaveren skal som allerede omtalt dokumentere eller sandsynlig gøre et tab, før der kan tilkendes erstatning. Rettens afgørelse må derfor også i høj grad bero på de oplysninger og den dokumentation, der er fremkommet under sagen. Bevisbyrden for tabet ved markedsforstyrrelse er ofte svær at løfte, særligt henset til den usikkerhed der er i teori og praksis hersker om begrebet rækkevidde.

Når erstatning for markedsforstyrrelse udmåles sammen med den øvrige erstatning, vanskeliggøres vurderingen af, hvordan udmålingen af erstatningen for markedsforstyrrelse er sket. Se for eksempel U 2004.1085H (Montana), hvor Højesteret tilkendte et samlet beløb på 3 mio. kr. i erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse. Se ligeledes U 2009.1018H (Burberry). I sagen fastsattes vederlag og erstatning for markedsforstyrrelse samlet og skønsmæssigt til 100.000 kr. RH havde procederet på en licenssats mellem 5 % til 25 %, hvilket svarede til et vederlag på 17.500-85.000 kr. I sagen udgjorde markedsforstyrrelsen dermed fra 15.000-82.500 kr. Højesteret udtalte sig ikke nærmere om, hvilken licenssats, der var lagt til grund ved beregningen af vederlag. Markedsforstyrrelsen kunne derfor højest opgøres til 82.500 kr. Højesteret udtalte sig ikke om, hvilket momenter der lå til grund for skønnet herunder erstatningen for markedsforstyrrelse, hvorfor det kan være vanskeligt at fastsætte størrelsen af erstatning for markedsforstyrrelse.<sup>109</sup>

Udmålingen af markedsforstyrrelse kan også ske med udgangspunkt i krænkerens uberettigede fortjeneste. Det skete blandt andet i U 2012.107H (Transformers), hvor Højesteret udmålte afsætningstab og markedsforstyrrelse skønsmæssigt til 150.000 kr. ud fra krænkerens uberettigede fortjeneste på ca. 200.000 kr.

Ofte er det svært at gennemskue, hvorvidt der i realiteten er et beløb tilbage til dækning af tab for markedsforstyrrelse, hvis vederlaget og erstatning for afsætningstab fratrækkes i det tilkendte beløb. Det kan dog ikke på den baggrund fastslås, at der i retspraksis ikke gives et beløb for markedsforstyrrelse. Problemet er, at vederlag, erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse oftest udmåles samlet og skønsmæssigt, hvorfor det ikke er muligt at adskille de forskellige poster, idet det kun sjældent, fremgår af domstolenes præmisser, hvilket beløb vederlag og anden erstatning er fastsat til. Ydermere kan det ikke vurderes om domstolene havde tilkendt et tilsvarende beløb, hvis det var fastslået, at der ikke var sket markedsforstyrrelse. Domstolene bør udmåle erstatning for markedsforstyrrelse selvstændigt og med begrundelse for udmålingen. En klar begrundelse vil skabe en bedre forståelse for begrebet markedsforstyrrelse.

Selv i de afgørelser, hvor domstolene fastsætter erstatning for markedsforstyrrelse selvstændigt, er det ofte uden nærmere begrundelse for udmålingen, hvorfor man må formode, at det er skønsmæssigt. Grunden til den skønsmæssige udmåling kan være, at det oftest er vanskeligt for domstolene at vurdere omfanget af markedsforstyrrelsen. Årsagen kan være, at det er vanskeligt for rettighedshaver at dokumentere, hvor mange kunder, der i fremtiden vil fravælge rettighedshaverens produkt netop på grund af krænkerens handlinger og ikke på baggrund af andre årsager. Dertil kommer, at det kan være svært for rettighedshaver og domstolene at vurdere, hvor mange ressourcer, der skal bruges på markedsføring mv. før tilstanden på markedet er genoprettet. Det kan ikke afvises, at den markedsføring, der foretages, ikke kun genopretter skaden, men også giver meromsætning. Er det tilfældet, skal krænkeren ikke betale for den fulde markedsføring, idet rettighedshaveren kun skal stilles som om skaden ikke var indtrådt og ikke bedre. Grundet den store grad af usikkerhed på området, vil det være svært at skabe en ensartet retspraksis. Det er dermed også svært at forestille sig, at erstatningen kan udmåles på anden måde end skønsmæssigt. Det kan overvejes om det er rimeligt, at enhver usikker-

---

<sup>109</sup> Afgørelsen fremstår som om, Højesteret har kumuleret vederlag og erstatning.

hed om graden af markedsforstyrrelse skal komme rettighedshaveren til skade, når det tages i betragtning, at det er vanskeligt at dokumentere endsige sandsynliggøre en markedsforstyrrelse. På den ene side må det antages, at erstatning for markedsforstyrrelse skal opfylde de almindelige erstatningsretlige betingelser, hvorefter et tab i det mindste skal sandsynliggøres. Kan rettighedshaver ikke det, må rettighedshaver nøjes med at få tilkendt et rimeligt vederlag. På den anden side kan det resultat virke urimeligt over for rettighedshaver, hvorfor domstolene bør overveje, om beviskravene til omfanget af markedsforstyrrelsen skal lettes.

#### 4.1.3 Andre tab

Såfremt rettighedshaveren kan dokumentere andre tab, som opfylder de erstatningsretlige betingelser, vil det kunne kræves erstattet. Det kan være omkostninger, der afholdes i forbindelse med konstatering af en eventuel krænkelse. Det er såvel interne som eksterne udgiftsposter, for eksempel øgede udgifter til kontrol, forøgede medarbejderudgifter, udgifter ved køb af vareprøver mv.<sup>110</sup> I det følgende gennemgås en række domme, som viser, hvilke tab begrebet kan dække over.

Der kan tilkendes erstatning for omkostninger til destruktion mv. I SH 2006.V.0011.05 (Chanel og Louis Vuitton) havde K forsøgt at importere varemærkeforfalskede punge mv. Sø- og Handelsretten udtalte: *"Dog finder retten at [K] skal erstatte [RH's] omkostninger til opbevaring og destruktion af kopiprodukterne med et beløb der skønsmæssigt fastsættes til 10.000 kr."*<sup>111</sup>

I nogle sager har rettighedshaveren gjort gældende, at omkostninger til juridisk bistand skulle erstattes. Det skete i SH 2007.V.0038.06. (Canada Goose) Sø- og Handelsretten udtalte i den forbindelse *"... idet det bemærkes, at ingen udgift til "juridisk konsulent", som er medregnet i [RH's] egen opgørelse over internt tab, indgår i dette beløb"*. I sagen var det ikke muligt, at få alle sine omkostninger til juridisk bistand dækket. Årsagen til det kan være, at domstolene tilkender sagsomkostninger skønsmæssigt til den part, der vinder sagen, og i sagsomkostningerne er omkostninger til juridisk bistand inkluderet. Det kan overvejes om afgørelsen er forenelig med retshåndhævelsesdirektivets betragtning 26, hvor det angives: *"... hvor der samtidig tages hensyn til rettighedshaverens udgifter til for eksempel påvisning og efterforskning af krænkelsen"*. Såfremt udgifterne var afholdt til konstatering af krænkelsen, burde K have erstattet det. Det er ikke muligt at fastslå ud fra dommen, om det var tilfældet.

I U 2005.60V (Piratkopiering) havde K krænkert RH's ophavsret ved ulovlig distribution og kopiering af film. I sagen tilkendte Landsretten erstatning for omkostninger til kontrolforanstaltninger. Landsretten lagde vægt på, at krænkelsesformerne til stadighed kunne ændre sig, og at kontrolforanstaltninger ofte var bekostelige.

Andre tab kan også bestå i andet end det tab, rettighedshaveren har haft i forbindelse med retssagen. I princippet kan rettighedshaveren kræve ethvert tab dækket. Et krav er alene, at rettighedshaveren kan godtgøre, at de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldt. I SH 2008.V.0068.06 (Staff buks) Løftede RH ikke denne bevisbyrde. RH havde i sagen krævet erstatning for de omkostninger, RH havde haft i forbindelse med en Tv-reklame til 700.000 kr., som markedsførte RH's produkt. Tv-reklamen var blevet produceret og vist før krænkelsen fandt sted. Sø- og Handelsretten udtalte i den forbindelse: *"Det findes ikke godtgjort at [RH] har afholdt reklameudgifter som har været spildt for [RH], blot fordi [K] solgte sin buks i 2006. ... [RH's] reklamer ... skulle ... navnlig brande [RH] hvilket også må antages at være lykkedes."* Sø- og Handelsretten fandt dermed ikke, at der var lidt et tab, idet omkostningerne til reklamen ikke var afholdt forgæves.

---

<sup>110</sup> Skovbo, 2005: s. 237

<sup>111</sup> Det samme var tilfældet i SH 2012.V.0051.11, hvor der blev tilkendt 2.500 kr. i erstatning for destruktion.

Endelig er der domme, hvor domstolene uden nærmere begrundelse fastsætter erstatningen skønsmæssigt. I sagerne forklarer domstolene ikke, hvad der tilkendes erstatning for. Det er derfor muligt, at der tilkendes erstatning for andre tab end afsætningstab, markedsforstyrrelse, destruktionsomkostninger mv.

#### 4.1.4 Årsagssammenhæng og adækvans

Det er en almindelig betingelse i erstatningsretten, at der kræves årsagssammenhæng mellem handlingen og skaden, før en given handling kan anses for erstatningspådragende. Iversens afhandling kan, trods titlen, bidrage med en generel belysning af årsagssammenhængens karakter, også uden for kontraktforhold.<sup>112</sup> Forfatteren anfører, at en handling er årsag til en skade, såfremt skaden ikke ville være opstået, dersom handlingen tænkes bort. Handlingen er den nødvendige betingelse for skaden – en *condictio sine qua non*. Iversen anfører, at årsagsbegrebet dybest set bunder i en forskelsbetragtning: Der udfindes en forskel (til det værre) mellem skadelidtes situation, som den er nu efter skaden, og som den ville have været uden skaden. Det er den forskel, som skadevolderen som udgangspunkt antages at have forårsaget. Tabsbegrebet bunder ifølge Iversen, dybest set i samme forskelsbetragtning: Der udfindes en forskel (til det værre) mellem skadelidtes situation, som den er nu efter skaden, og som den ville have været uden skaden. Det er den forskel, som skadevolderen som udgangspunkt skal erstatte. I teorien kan det derfor være svært at holde årsags- og tabsbetragtningen ude fra hinanden.

Kravet om årsagssammenhæng gælder også ved immaterielle krænkelser. Ved spørgsmålet om årsagssammenhæng rejser det centrale spørgsmål sig: *"Hvilken indvirkning har krænkerens uberettigede handling haft på rettighedshaverens virksomhed?"* Rettighedshaveren har bevisbyrden for, at der er årsagssammenhæng mellem den skadevoldende handling og den indtrufne skade, herunder tabets størrelse. Løftes bevisbyrden for årsagssammenhængen ikke, bør det resultere i at rettighedshaveren mister sit erstatningskrav som helhed. Særligt i immaterialretten vil spørgsmålet om det lidte tab og spørgsmålet om årsagsforbindelse være flydende. Som anført i afsnittet om tab,<sup>113</sup> har rettighedshaverens omsætningsnedgang betydning, når tabet skal sandsynliggøres. I den forbindelse er det særligt relevant for rettighedshaveren, at bevise at omsætningsnedgangen reelt skyldes krænkelsen, og at den derved ikke ville have fundet sted uden krænkelsen. Modsat kan man forestille sig, at der findes produkter på markedet som lovligt påvirker konkurrencen, hvorfor der ikke er årsagssammenhæng mellem det fulde tab og den skadegørende handling. Rettighedshaveren ville under alle omstændigheder have lidt et tab af en vis størrelse på grund af konkurrencen fra de ikke-retsstridige produkter. Man kan ligeledes forestille sig den situation, at der findes flere aktører på markedet, som på en eller anden måde krænker rettighedshaveren. I et sådan tilfælde vil det også være op til rettighedshaveren at føre bevis for årsagssammenhængen mellem tabet og den krænkende handling, der retsforfølges. Inden for immaterialretten vil der kun sjældent kunne føres bevis for en fuldstændig årsagssammenhæng, idet der ofte er tale om, at krænkeren ikke markedsfortrænger i forholdet 1:1, hvilket må kræves, hvis der skal være fuldstændig årsagssammenhæng mellem tabet og handlingen.

Der er ikke mange domme, hvor der i afgørelsen henvises til en manglende årsagssammenhæng, men der er dog enkelte. I U 2011.2319H (Tandstikker) havde RH indgået en licensaftale med Colgate om salg af patenterede tandstikker. Der var mulighed for forlængelse af aftalen med Colgate, ligesom Colgate havde option på at købe patentet. Colgate valgte ikke at forlænge og afstod fra at købe patentet. RH gjorde gældende, at årsagen til, at Colgate afslog at forlænge var K's krænkelser, og at RH derfor var berettiget til erstatning for tab som følge af mistet fortjeneste ved manglende forlængelse af aftalen og salg af patent. K afviste synspunktet med henvisning til manglende årsagssammenhæng. Højesteret udtalte: *"Højesteret tiltræder endvidere, at det på den anden side ikke er godtgjort, at det*

---

<sup>112</sup> Iversen, 2000: s. 85 ff

<sup>113</sup> Se afsnit 4.1

*alene var [K's] markedsforstyrrende adfærd, der var årsag til, at salget efter Colgates overtagelse af forhandlingen udviklede sig, som det gjorde, ligesom det tiltrædes, at det ikke er godtgjort, at det var [K's] adfærd, der var udslagsgivende for, at Colgate ikke udnyttede optionen til at købe patentrettighederne.*" Afgørelsen er et udtryk for manglende årsagssammenhæng mellem krænkerens handlinger og rettighedshavers tab.

Der procederes forholdsvis ofte på manglende årsagssammenhæng se for eksempel U 2007.1219H, SH 2005.V.0095.04 og SH 2002.V.0026.00, uden at domstolene nødvendigvis udtaler sig om spørgsmålet.

Ofte fortrænges spørgsmålet om årsagssammenhæng og i stedet fokuseres på tabet. Ofte må det anses for at være to sider af samme sag, og jævnligt formår krænkeren at overbevise domstolene om, at rettighedshaverens tab skyldes andet end krænkelsen. Se i den forbindelse for eksempel U 2012.107H (Transformers), hvor Højesteret fandt at produkterne var delvis substituerbare, men at der ikke var dokumenteret et afsætningstab. Højesteret fandt, at erstatningen skønsmæssigt kunne fastsættes til 150.000 kr. I sagen kunne Højesteret også have begrundet den skønsmæssige erstatning med, at der var manglende årsagssammenhæng mellem den skadegørende handling og dele af tabet, idet produkterne ikke var fuldt ud substituerbare. I det tilfælde hvor der er fuldstændig substituerbarhed mellem produkterne, vil der være fuld årsagssammenhæng mellem den skadegørende handling og tabet.

Såfremt der er årsagssammenhæng, skal det vurderes, om der også er adækvans. Er den indtrufne skade ved den krænkende handling ikke adækvat for skadevolderen, udelukkes erstatningsansvar. Adækvansbedømmelsen er subsidiær i forhold til kravet om årsagssammenhæng. Derfor bliver adækvansbedømmelsen alene relevant i de tilfælde, hvor der foreligger årsagssammenhæng. Spørgsmålet bliver herefter, om skaden alligevel ikke er omfattet af erstatningsansvar, fordi den ikke er påregnelig. Problemstillingen er ikke særlig omdiskuteret i den immaterielretlige teori, og har ikke skabt de store problemer i praksis i forbindelse med immaterielle krænkelser. Dette skyldes formentlig, at krænkelser følger næsten altid vil være påregnelige for krænkeren i det tilfælde, hvor et ansvarsgrundlag og en årsagssammenhæng er fastslået. Det ses af og til, at en af parterne procederer på, hvorvidt der foreligger adækvans eller ej se for eksempel U 2015.869H (Geographical Norway). Det er ikke noget, som domstolene lader sig påvirke af. Hvis de øvrige erstatningsbetingelser foreligger, antager domstolene, at der også er adækvans. Årsagen til det kan være, at det som regel vil være påregneligt for krænkeren, at handlingerne kan påvirke rettighedshaverens salg og dermed forårsage et tab. Krænkeren har produceret/anvendt det krænkende produkt eller den krænkende rettighed med det formål at sælge de krænkende produkter. Ligesom det må være nærliggende, at kopier kan forstyrre et marked og skabe usikkerhed for kunden.

## 4.2 Andre forhold ved udmålingen af erstatning og vederlag

I det følgende gennemgås andre forhold, der er af betydning ved udmåling af erstatning og vederlag. Det er fundet relevant at gennemgå: Afgørelser hvor erstatning og vederlag fastsættes skønsmæssigt samt betydningen af krænkerens uberettigede fortjeneste og processuel skadevirkning. Endvidere vurderes, om det generelt kan betale sig at krænke, og afslutningsvist vil det blive vurderet, hvilken betydning retshåndhævelses direktivet har haft for udmålingen af erstatning og vederlag.

### 4.2.1 Erstatning og vederlag er fastsat skønsmæssigt

Begrundelsen for tilkendelse af erstatning og vederlag, samt udmålingen af denne er ikke altid velfunderet, således er der en række domme, hvor domstolene fastslår, at krænkeren har handlet uagtsomt, og derefter fastsættes erstatningen og/eller vederlaget skønsmæssigt. Se for eksempel U 2013.1044H (Alt for damerne), hvor Højesteret uden nærmere begrundelse udtalte: *"[RH] har krav på erstatning og rimeligt vederlag for krænkelse af varemærkeloven og markedsføringsloven. Beløbet kan passende*

*fastsættes til 100.000 kr.*” Det samme var tilfældet i U 2003.1020H (Melitta), hvor Højesteret udtalte: *”Højesteret finder, at erstatningen herfor skønsmæssigt kan fastsættes til 100.000 kr.”*<sup>114</sup> I sager som disse er det ikke muligt at fastslå, hvilke momenter domstolene lægger til grund ved udmålingen af erstatning og vederlag. Det er derfor umuligt at vurdere om vederlag er udmålt som en licensafgift, og om der er tilkendt erstatning på baggrund af afsætningstab, markedsforstyrrelse eller noget helt tredje. I nogle domme er det i øvrigt ikke muligt at fastslå, om domstolene har opgjort vederlaget og derefter erstatningen for yderligere skade, eller om domstolene har kumuleret de to beløb.

Domstolene tilkender også erstatning og vederlag i sager uden bevisførelse for kravet. I U 2005.2082H (Louis Poulsen) blev erstatningen og vederlag fastsat skønsmæssigt til 25.000 kr. Som årsag til den skønsmæssige udmåling udtalte Højesteret, at der hverken var tilvejebragt oplysninger om et rimeligt vederlag eller de økonomiske aspekter ved krænkelsen i øvrigt. Højesteret havde dermed ikke noget grundlag at beregne erstatningen på, hvorefter Højesteret udmålte vederlag og erstatning skønsmæssigt.

#### 4.2.2 Krænkerens uberettigede fortjeneste

En formel nyskabelse i dansk erstatningsret/immaterialret er indført med retshåndhævelsesdirektivet.<sup>115</sup> Ved udmålingen af erstatning skal der tages hensyn til alle økonomiske aspekter, herunder krænkerens uberettiget fortjeneste jf. eksempelvis VML § 43, stk. 2 *”ved fastsættelse af erstatning efter stk. 1, nr. 2, skal der tages hensyn til blandt andet den forurettedes tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste.”*

Muligheden for at tage hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste afviger fra de almindelige erstatningsretlige principper i dansk ret. Det indebærer, at rettighedshaveren i visse tilfælde kan tilkendes en større erstatning end det lidte tab.<sup>116</sup> Det vil være tilfældet, hvis krænkeren har kunnet opnå en større indtjening for eksempel ved en bedre ledelse eller bedre distributionskanaler. Et andet eksempel er, hvis udviklingsomkostningerne er de største, her kan blandt andet nævnes markedet for lægemidler. I de tilfælde vil det kunne betale sig at krænke, hvis erstatningen er begrænset til rettighedshaverens tab. I Højesterets dom af 26.08.2015 sag 317/2013 (Yakkay Cykelhjelme) udtaltes: *”Efter forarbejderne kan det nye kriterium – krænkerens uberettigede fortjeneste – eventuelt bevirke, at rettighedshaveren i visse tilfælde får en større erstatning end det lidte tab”*. Højesteret afviste dermed ikke, at erstatningen kunne overstige det lidte tab. Det må på den ene side siges at virke stødende, hvis det kan betale sig at krænke en immateriel rettighed. På den anden side taler samfundsøkonomiske hensyn for, at den mest effektive producent også skal være den, der producerer de omhandlede varer. Riis omtaler i den forbindelse begrebet *”efficient krænkelse”*. Forfatteren anfører hertil, at parterne ad frivillighedens vej burde kunne nå til samme resultat i kraft af en licensaftale. Ifølge Riis bør udmåling af kompensationen ved hjælp af krænkerens fortjeneste for eksempel finde anvendelse, hvis domstolene har problemer med at fastslå den præcise størrelse af rettighedshaverens tab på baggrund af de fremlagte beviser i sagen og nok navnlig mangel på samme. Formålet med det er at presse krænkeren til at handle via markedet.<sup>117</sup> I bemærkningerne til brugsmodelloven<sup>118</sup> anføres det, at kriteriet *”krænkerens uberettigede fortjeneste”* blandt andet kan tænkes anvendt i situationer, hvor en stor virksomhed har krænket en brugsmode, og indehaveren er en opfinder med få økonomiske ressourcer. I sådanne tilfælde kan det være vanskeligt at fastsætte indehaverens tabte fortjeneste og langt lettere at beregne krænkerens fortjeneste.

---

<sup>114</sup> Se for eksempel SH 2008.V.0052.07, U.2007.2713S, U 2007.112H, U 2000.1838S, SH 2010.V.0051.09, SH 2010.V.0038.09, SH 2007.V.0160.05, SH 2005.V0095.04, SH 2004.V.0055.02.

<sup>115</sup> Direktiv 2004/48/EF

<sup>116</sup> Samling, ERU alm. del - bilag 273: s. 15

<sup>117</sup> Riis, 2005: s. 291 ff

<sup>118</sup> FT, 2005-06. bemærkninger til L 49, § 55

Ved beregningen af krænkerens uberettigede fortjeneste opgøres den omsætning, som krænkeren har haft, og derefter fratrækkes krænkerens omkostninger. Det kan i den forbindelse overvejes, om omkostninger til tilbagetrækning, destruktion mv. kan medtages i omkostningsopgørelsen, hvis krænkeren bliver dømt til at destruere de krænkende varer.<sup>119</sup> Det må anses for tvivlsomt, om de skal fradrages, da for eksempel VML § 44, stk. 3 angiver, at destruktion mv. skal ske uden godtgørelse til krænkeren, og at det ikke berører en mulig erstatning til den forurettede. Hvis der skete fradrag i den uberettigede fortjeneste, ville det kunne påvirke rettighedshaverens erstatning, hvis erstatningen udregnes ud fra krænkerens uberettigede fortjeneste, og det må derfor antages at være i strid med loven. Desuden kan det overvejes, om de indirekte indtægter, som krænkeren eventuelt har haft, som følge af krænkelsen skal medregnes i den uberettigede fortjeneste. Det kan eksempelvis være i det tilfælde, hvor der sælges to komplementære produkter sammen. Det ene er immaterialretligt beskyttet, mens det andet produkt ikke er. I det tilfælde kan det overvejes, om det kun er fortjenesten ved det immaterialretligt beskyttede produkt, eller det er hele salget af begge produkter. Der kan også være tale om efterfølgende salg for eksempel i form af servicering af det krænkede produkt. Det afgørende må være om fortjenesten er en følge af krænkelsen. Såfremt krænkeren kun opnår en indtægt på det ikke-krænkende produkt som følge af en krænkelse, skal fortjenesten på det ikke-krænkende produkt medregnes. Endelig kan det overvejes, om der skal ske fradrag i krænkerens uberettigede fortjeneste ud fra et princip om, at krænkeren kunne have produceret og solgt et produkt uden at krænke, det er ikke afklaret i retspraksis.

Det er vanskeligt at fastlægge, hvilken grad af betydning krænkerens uberettigede fortjeneste har ved udmålingen af erstatningen. Under alle omstændigheder giver hensynet domstolene adgang til en friere vurdering ved fastsættelsen af det lidte tab og dermed erstatningens størrelse.

Domstolene udtaler i enkelte domme, at der ved beregningen af erstatningen er taget hensyn til den uberettigede fortjeneste. Se for eksempel U 2012.107 H (Transformers) hvor Højesteret udtalte ”Sø- og Handelsretten har tilkendt [RH] 250.000 kr. i samlet vederlag og erstatning, blandt andet under hensyn til substituerbarheden og [K’s] uberettigede fortjeneste. Der er ikke for Højesteret fremkommet oplysninger, som giver grundlag for at ændre dette beløb.” I sagen blev krænkerens uberettigede fortjeneste beregnet på baggrund af krænkerens omsætning af de omtvistede produkter fratrukket vareforbruget, hvorefter der fremkom en bruttofortjeneste på ca. 200.000 kr. Se desuden U 2012.2693H (New balance) hvor Sø- og Handelsretten udtalte: ”Efter et samlet skøn over [K’s] omsætning af [de krænkende produkter], [RH’s] tabte fortjeneste og [K’s] uberettigede fortjeneste fastsættes vederlag og erstatning til et samlet beløb på 2,5 mio. kr.”<sup>120</sup> I sagen var K’s omsætning på skoene ca. 6,3 mio. kr.<sup>121</sup> K oplyste ikke den eksakte fortjeneste, hvorfor Højesteret må have skønnet, hvad krænkerens fortjeneste svarede til. Det er derfor i realiteten ikke tydeligt, hvilken vægt aspektet har haft ved afgørelsen. Havde K oplyst sin omsætning og fortjeneste ville det i langt højere grad kunne undersøges, hvorvidt K’s uberettigede fortjeneste havde en betydning for den tilkendte erstatning.

Problemstillingen blev yderligere synliggjort i Højesterets dom af 26.08.2015 i sag 317/2013 (Yakkay cykelhelme), hvor Højesteret fandt, at K havde krænket RH’s design, hvorfor der skulle betales vederlag og erstatning for yderligere skade. Højesteret udtalte i forbindelse med udmålingen: ”Efter ordlyden af og forarbejderne til designlovens § 37 kan den krænkede ikke få erstatning uden at dokumentere eller sandsynliggøre et tab. Ved beregningen af erstatningen skal retten tage hensyn til alle relevante kriterier, herunder den tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste. Den samle-

---

<sup>119</sup> Der er hjemmel til det i de forskellige immaterialretlige love, se for eksempel VML § 44, stk. 1.

<sup>120</sup> Af de grunde, der var anført af Sø- og Handelsretten, stadfæstede Højesteret dommen.

<sup>121</sup> Beregnet som Sko 1: 7.000 par \* udsalgspris på 349,95 = 2.449.650 kr. og sko 2: 12.800 par \* udsalgspris på 299,95 = 3.839.360. I alt 6.289.010 (Beregningen er behæftet med en vis usikkerhed, da K udover egne butikker også solgte til franchise mv., hvor prisen var lavere)



de erstatning kan fastsættes ud fra skønsmæssige betragtninger, hvori krænkerens fortjeneste indgår som et element i beregningen. Efter forarbejderne kan det nye kriterium - krænkerens uberettigede fortjeneste - eventuelt bevirke, at rettighedshaveren i visse tilfælde får en større erstatning end det lidte tab." Højesteret udtalte dermed, hvordan den uberettigede fortjeneste rent faktisk indgår i bedømmelsen. For det første skal rettighedshaveren dokumentere eller i hvert fald sandsynliggøre et tab, førend der kan gives erstatning for yderligere skade. Først herefter kan domstolene tage hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste. Endeligt kan hensynet resultere i en erstatning, der er større end rettighedshaverens tab. Højesterets udtalelser er i overensstemmelse med teorien.<sup>122</sup> Højesteret udtalte efterfølgende, at det på trods af RH's manglende dokumentation for et tab fandtes sandsynliggjort, at RH havde lidt et tab i form af afsætningstab eller markedsforstyrrelse. Højesteret fastsatte herefter på baggrund af K's fortjeneste på 136.5000 kr. vederlag og erstatning skønsmæssigt til 75.000 kr. Da erstatning og vederlag er tilkendt samlet, kan det ikke klart udledes, hvilken vægt Højesteret tillagde krænkerens uberettigede fortjeneste.

Rettighedshaveren har krav på en minimumserstatning i form af et rimeligt vederlag, uanset om der er dokumenteret et tab. Ifølge loven bliver den uberettigede fortjeneste kun et moment i bedømmelsen, hvis rettighedshaveren kan dokumentere at have lidt yderligere skade. På trods af det fastsatte Sø- og Handelsretten alligevel vederlag med hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste jf. SH2013.V.0056.11 (Rolex II). Sø- og Handelsretten udtalte: "... at myndighederne ved fastsættelse af erstatning skal tage hensyn til alle relevante aspekter ... [Direktivets] erstatningsbegreb dækker også over vederlag efter varemærkeloven og ophavsretsloven". Herefter må det antages, at krænkerens uberettigede fortjeneste også er et moment, der skal tages i betragtning ved udmålingen af vederlag.

Selvom domstolene i præmisserne af og til gør opmærksom på, at der skal tages hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste, kan det ikke på baggrund af ovenstående fastlægges, i hvor høj grad domstolene vægter krænkerens uberettigede fortjeneste, som et moment ved udmåling af erstatning for yderligere skade. Ej heller kan dommene tages som udtryk for at erstatningen netop svarer til krænkerens uberettigede fortjeneste. I U 2012.107H (Transformers) blev rettighedshaver tilkendt en erstatning, der var større end krænkerens uberettigede fortjeneste, mens erstatningen i Højesterets dom af 26.08.2015 i sag 317/2013 (Yakkay cykelhjelme) var mindre. Det må blot konstateres, at domstolene bruger krænkerens uberettigede fortjeneste som en del af skønnet ved udmålingen af erstatningen.

#### 4.2.3 Processuel skadevirkning

Inden for erstatningsretten er det normalt skadelidte, der har bevisbyrden for kravet på erstatning. Skadelidte skal i den forbindelse bevise, at skadevolderen har handlet ansvarspådragende, og dernæst at skaden har påført skadelidte et tab, samt at de øvrige erstatningsbetingelser er opfyldt. Endvidere er det rettighedshaveren, der skal sandsynliggøre, hvad vedkommende ville have krævet som en passende licens, hvis parterne havde indgået en licensaftale om brug af rettighedshaverens rettighed.

Det følger af den almindelige civilproces, at bevisbyrden kan flyttes. Den der som udgangspunkt har bevisbyrden, skal således efter omstændighederne blot sandsynliggøre nogle forhold, der herefter skubber bevisbyrden over på modparten. Rettighedshaver skal dokumentere eller blot sandsynliggøre, at han har lidt et tab i forbindelse med den krænkende handling.<sup>123</sup> Det er herefter tilstrækkeligt, at rettighedshaveren har sandsynliggjort, at krænkerens handling har medført et tab, for eksempel i form af afsætningstab eller markedsforstyrrelser. Er der sandsynliggjort et tab, må det herefter være op til krænkeren at modbevise dette. Derfor bør det komme krænkeren til skade, hvis krænkeren ikke vil oplyse for eksempel omsætningen eller fortjenesten ved salg af de krænkende produkter. Det følger også af reglerne om processuel skadevirkning i RPL § 344, stk. 3.

---

<sup>122</sup> Se Samling, ERU alm. del - bilag 273: s. 15

<sup>123</sup> Ibid.

Domstolene har i en række sager ladet det komme krænkeren til skade, at krænkeren ikke har fremlagt de nødvendige oplysninger, som kan belyse sagens omstændigheder tilstrækkeligt. Se eksempelvis U 2007.1896H (Fisherman) hvor Højesteret udtalte: ”Ved vurderingen af, hvad der kan anses for et rimeligt vederlag, må det komme [K] til skade, at selskabet har afvist at oplyse om størrelsen af omsætningen og fortjenesten ved salget af [de krænkende produkter] og om størrelsen af den licensafgift, der betales for tilladelsen til at sælge Spunk og Ga-Jol vodka shots.” Endvidere udtalte Sø- og Handelsretten i U 2014.2497S (Kopi-møbler): ”Retten finder, at det bør tillægges vægt, at [K] har oplyst ikke at være i besiddelse af oplysninger om antal solgte eksemplarer, og at det vil være grænsende til det umulige for sagsøgerne egenhændigt at fremskaffe oplysningerne om det salg, der har fundet sted.”

Det kan dog også komme rettighedshaveren til skade, hvis rettighedshaveren nægter at fremlægge nogle oplysninger. Se U2012.256H (Alfi kander) Hvor Højesteret udtalte: ”Det bemærkes herved, at det må komme [RH] til skade, at selskabet heller ikke for Højesteret har oplyst størrelsen af sit dækningsbidrag.”

Ud fra overstående kan det konkluderes, at domstolene i hvert fald af og til tager det med i betragtningerne, at krænkeren i nogle tilfælde er den nærmeste til at fremkomme med oplysninger, der er nødvendige, for at domstolene kan træffe den rigtige afgørelse. Sker det ikke, må det herefter komme krænkeren til skade. Det kan være vanskeligt for rettighedshaveren at nedlægge den korrekte påstand, hvis krænkeren ikke oplyser sin omsætning mv. Det skyldes, at erstatning og vederlag beregnes ud fra blandt andet krænkerens omsætningen. På den baggrund kan der være risiko for, at det i visse tilfælde kan betale sig for krænkeren ikke at fremlægge oplysningerne, da rettighedshaveren på grund af usikkerhed nedlægger en lavere påstand. Det kan ikke udelukkes, at det var tilfældet i U 2007.1896H (Fisherman).

#### 4.2.4 Økonomiske betragtninger ved krænkelsen

Erstatnings- og vederlagsbestemmelserne har et genoprettende og præventivt formål. Formålene opnås kun, hvis erstatningen udmåles på et tilstrækkeligt højt niveau, så krænkeren ikke opnår en fortjeneste ved krænkelsen. En gennemgang af retspraksis giver ikke noget entydigt billede af, om erstatning og vederlag udmåles for lavt.<sup>124</sup> I det følgende fremhæves eksempler på tilfælde, hvor krænkeren ikke har opnået en fortjeneste ved krænkelsen, og tilfælde hvor krænkeren sandsynligvis har opnået en fortjeneste.

I SH2013.V-0056-11 (Rolex II) skulle krænkeren betale i alt 35.000 kr. i erstatning og vederlag. Alle rede fordi, de krænkende produkter blev tilbageholdt af toldmyndighederne og efterfølgende destrueret, kan det konkluderes, at krænkeren ikke tjente noget på krænkelsen.

I U 2011.2319H (Tandstikker) havde krænkeren en omsætning på ca. 175.000 kr.<sup>125</sup> og blev pålagt at betale 1 mio. kr. i erstatning. Der er ingen tvivl om, at krænkeren ikke opnåede en fortjeneste i sagen. Det samme var tilfældet i U 2009.233S (Puma/Netto), hvor krænkerens fortjeneste var på ca. 105.000 kr.,<sup>126</sup> og krænkeren skulle betale 200.000 kr. i erstatning og vederlag.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> Se bilag 1.

<sup>125</sup> Omsætningen var oplyst i domsreferatet. Omsætningen fremgik af en revisorerklæring, der også viste, at K havde solgt ca. 3, 5 mio. tandstikker.

<sup>126</sup> Fortjenesten var oplyst i domsreferatet, og beregnet som K's dækningsbidrag på 13,2 kr. (55,2-42) multipliceret med antal solgte sko 8.010.

<sup>127</sup> Se i øvrigt U 1999.158S, U 2001.747H, SH 2005.V.0062.04, SH 2008.V.0052.07, U 2008.2263 SH, U 2009.1523H, U 2011.2319H, U 2012.107H, U 2012.2706H, SH 2014.V.0058.12 og U 2014.876H. I sagerne opnåede krænkeren ikke en fortjeneste, idet erstatning og/eller vederlag oversteg fortjenesten.

Der er dog også en række sager, hvor krænkeren har opnået en fortjeneste, uanset at krænkerens skulle betale vederlag og erstatning. Se for eksempel U 2004.1085H (Montana), hvor krænkeren havde omsat for 60 mio. kr. af det krænkende produkt. Højesteret fandt ikke, at der var fuld substitution og tilkendte rettighedshaveren 3 mio. kr. i erstatning.

I U 2007.1896H (Fisherman) tilkendte Højesteret 500.000 kr. i erstatning og vederlag. Udnyttelsen var sket fra 2001-2007. Alene i 2003 var der produceret 500.000 krænkende enheder. Derfor forekommer 500.000 kr. ikke af meget. Sagen var præget af, at krænkeren ikke ville oplyse omsætning mm., hvorfor rettighedshaveren kun havde nedlagt påstand om 500.000 kr. Formentlig har det kunnet betale sig for krænkeren ikke at fremlægge oplysningerne.

I Højesterets dom af 26.08.2015 i sag 317/2013 (Yakkay cykelhjelme) havde krænkeren solgt 3.900 enheder med en fortjeneste på 136.500 kr. i alt. Krænkeren blev pålagt at betale vederlag samt erstatning på 75.000 kr. Efter betaling af vederlag og erstatning havde K stadig en fortjeneste på 61.500 kr.

I SH 2006.V.109.04S (Stressless) havde K solgt en stol. Stolen var en krænkelse af RH's stol. Der var solgt 5.367 stole svarende til et dækningsbidrag på ca. 4,5 mio. kr. K blev pålagt at betale 650.000 kr. i erstatning, da der ikke kunne antages at være fuld substitution. Selvom der ikke var fuld substitution, må det antages, at krænkeren har opnået en fortjeneste ved krænkelsen.<sup>128</sup>

Det er ikke altid klart, hvorvidt krænkeren rent faktisk opnår en fortjeneste på grund af krænkelsen, da det ikke kan udledes af dommen. Desuden er der domme, hvor fortjenesten ved krænkelsen og udmålingen af vederlaget og/eller erstatningen er tæt på at ækvivalere, se for eksempel U 2009.1789H, (Koziol opvaskebørste), hvor krænkerens dækningsbidrag var 200.000 kr. Krænkeren blev pålagt at betale 200.000 kr. i erstatning og vederlag.<sup>129</sup>

Selvom ovenstående giver et billede af, at der er tilfælde, hvor krænkeren opnår en fortjeneste og der er tilfælde, hvor krænkeren ikke opnår en fortjeneste, er der en del usikkerhed forbundet med ovenstående, og fortjenesten henholdsvis tabet i forbindelse med en krænkelse kan variere. Mulige årsager belyses i det følgende.

I en del af sagerne kan det ikke udelukkes, at det krænkende produkt har medført en form for mersalg af krænkerens andre produkter, for eksempel i U 2009.1789H (Koziol opvaskebørste), hvor K var en butik med mange forskelligartede varer. Desuden er der ikke taget højde for eventuelt efterfølgende salg. Det var aktuelt i U 2009.1523H (Vandkorrosion), hvor de krænkende produkter krævede efterfølgende servicering. Det krænkende produkt kan også have muliggjort, at krænkeren er kommet ind på et nyt marked, eller at krænkeren har hvervet nye kunder, som giver yderligere indtjening. På den anden side er det ikke muligt at vurdere, om krænkeren har lidt skade i form af nedgang i den fremtidige afsætning. Det er nærliggende at forestille sig, at nogle kunder vil fravælge en erhvervsdrivende, hvis der er risiko for at købe kopivarer.

Dernæst kan det problematiseres, om det ikke er hele fortjenesten ved krænkelsen, der skal medtages, ud fra et princip om, at krænkeren i nogle tilfælde ville have opnået en del af fortjenesten uden at foretage en krænkelse.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Se i øvrigt U 2003.1020H, U 2005.2082H, U 2006.3158H, U 2010.2213H, U 2012.3383H, U 2013S, SH 2014.T.0012.12, SH 2014.T.0017.10, U 2014.2497S, U 2014.2876H, U 2015.2011H og SH 2015.V.45.13, hvor fortjenesten var større end vederlaget/erstatningen.

<sup>129</sup> Se i øvrigt U 2009.1018H, U 2011.2736H, U 2012.2693H.

<sup>130</sup> Se SØ- og Handelsrettens dom i U 2003.1020H og afsnit 474.1.1.1

Endelig er der ikke taget højde for de sagsomkostninger, som den krænkende part er blevet pålagt at betale. Der kan være tale om ikke ubetydelige beløb. Dernæst er der ikke taget højde for de omkostninger, som krænkeren selv har til juridisk bistand, som ligeledes kan udgøre en betragtelig sum.<sup>131</sup>

#### 4.2.5 Retshåndhævelsesdirektivets betydning for gældende ret

Implementeringen af retshåndhævelsesdirektivet trådte i kraft d. 01.01.06 jf. § 8 i lov nr. 1430 af 21.12.05. Loven indeholder regler, der ændrede bestemmelserne om vederlag og erstatning. Ifølge Skovbo, 2006 er der ikke tilsigtet ændringer ved udmålingen af vederlag og erstatning. Det er derfor relevant at undersøge, om retspraksis har ændret sig efter implementeringen af direktivet.

Der blev både tilkendt vederlag før og efter implementeringen af direktivet, se for eksempel U 1999.1678 2/H (Parallelimport af medicin) og U 2015.1216H (Taneposer), hvor der blev tilkendt et rimeligt vederlag svarende til en passende licensafgift.

Afgørelser, hvor krænkelsen skete både før og efter implementering af direktivet, vil måske kunne give vejledning i, om der er sket ændringer. Det følger af de almindelige principper om ikrafttræden, at en handling, der begås før en lovændring er omfattet af reglerne før ændringen, mens en handling, der er foretaget efter, er omfattet af reglerne efter ikrafttrædelse af lovændringen, medmindre det er tilsigtet, at lovændringen skal have tilbagevirkende kraft.<sup>132</sup> I U 2012.3327H (Pomi II) foregik krænkelsen fra 1996 til og med 2006, det vil sige, at krænkelsen strakte sig over en periode, der både var før og efter implementeringen af direktivet. Det var i sagen muligt for domstolene at udregne vederlaget for hvert enkelt år, da der var fremlagt oplysninger om den årlige omsætningen for det krænkende produkt, og domstolene lagde den årlige omsætning til grund ved vederlagsberegningen. Højesteret tilkendte et vederlag svarende til en passende licensafgift og ens for hele perioden. I afgørelsen kan det ikke konstateres, at der skulle være sket en ændring med hensyn til principperne for udmålingen af vederlaget. Det må dog tages i betragtning, at der er tale om en konkret afgørelse.

I SH2013.V.0056.11 (Rolex II), fastslog Sø- og Handelsretten, at der ved udmålingen af vederlag kan tages hensyn til alle relevante aspekter også krænkerens uberettigede fortjeneste. Det må antages at være en nyskabelse ved udmålingen af vederlag som følge af retshåndhævelsesdirektivet.

Både før og efter implementeringen kunne rettighedshaveren kræve erstatning. Der tilkendtes erstatning for afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab både før og efter implementeringen af direktivet. I U 2003.694S (Furniparts), der er afgjort før implementeringen, tilkendte Sø- og Handelsretten erstatning for afsætningstab, hvilket også skete i U 2015.869 (Geographical Norway), som er afgjort efter direktivets implementering. Afsætningstabet beregnes på samme måde, og det afgørende er stadig, i hvilken grad der foreligger substitution og markedsfortrængning. I U 2000.1838S (Alcantara) tilkendtes erstatning for markedsforstyrrelse. Afgørelsen var før implementeringen af direktivet. I SH 2015.V.45.13 (Dealsites) tilkendtes også erstatning for markedsforstyrrelse. Afgørelsen er afsagt efter implementeringen af direktivet. Både før og efter implementeringen fastsattes erstatningen for markedsforstyrrelse skønsmæssigt. Der er derfor ikke sket ændringer i, hvilke tab der kan kræves erstatning for.

Med implementeringen blev det muligt at tage alle relevante aspekter i betragtning, både aspekter af økonomisk karakter, herunder tabt fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste, og aspekter af ikke-økonomisk karakter. Domstolene har siden implementeringen henvist til retshåndhævelsesdirektivet, herunder at alle aspekter skal tages i betragtning. Det skete blandt andet i U 2008.2263SH (Piratos): *"Fastsættelsen af vederlag, erstatning og godtgørelse efter varemærkelovens § 43, stk. 1 og stk.*

---

<sup>131</sup> Sagsomkostninger er ikke medtaget i betragtningen, da det er uden for opgavens afgrænsning.

<sup>132</sup> Hansen Jensen, et al., 2012: s. 150 ff

3, må i det foreliggende tilfælde ske efter et samlet skøn og under hensyntagen til de i retshåndhævelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 anførte faktorer jf. tillige bemærkninger i betragtning 26 til direktivet". I Højesterets dom af 26.08.2015 i sag 317/2013 (Yakkay cykelhjelme) tog Højesteret udgangspunkt i krænkerens uberettigede fortjeneste.<sup>133</sup> Dermed har domstolene med direktivet fået mulighed for at tage mange forskellige aspekter i betragtning, og har fået friere tøjler til at definere aspekterne. Det så man i SH2013.V.0056.11 (Rolex II), hvor SØ- udtalte "Af Retshåndhævelses[direktivets] art. 13, stk. 1, litra a, fremgår det, at myndighederne ved fastsættelse af erstatning skal tage hensyn til alle relevante aspekter, men art. 13, stk. 1, indeholder ikke en udtømmende liste over de aspekter, der skal tages i betragtning i den forbindelse." I sagen tog SØ- og Handelsretten endvidere hensyn til et "afskrækkelses- og forebyggelses aspekt".

Det kan både have betydning for vederlags- og erstatningsudmålingen i den enkelte sag, at alle relevante aspekter skal tages i betragtning, og domstolene får derved mulighed for at udmåle erstatning og vederlag på et højere niveau, således at der ikke i samme grad lægges vægt på de traditionelle erstatningsretlige betingelser, men i stedet lægges vægt på formålene med retshåndhævelsesdirektivet – at sikre en effektiv beskyttelse af immaterielle rettigheder. Det kan dog være vanskeligt at afdække, hvilke aspekter domstolene lægger til grund, da der sjældent er redegjort nærmere for aspekterne i dommen.

## 5 Vederlags- og erstatningsreglens formål

I indledningen til afhandlingen beskrives erstatningsretten genopbyggende og præventive formål. De erstatningsretlige regler inden for immaterialretten bør også opfylde formålene. Det er i opgaven fastslået at vederlag må anses for at være en erstatningsretlig regel, hvorfor formålene ligeledes må gælde for vederlagsreglen. I det følgende vurderes det, om reglerne og vederlag og erstatning i tilstrækkelig grad opfylder det forbyggende og præventive formål.

### 5.1 Vederlagsreglens formål

Først skal det undersøges, om vederlagsreglen opfylder det genoprettende formål. Vederlagsbestemmelserne anvendes forskelligt alt efter, om krænkelsen sker på et område, hvor der traditionelt indgås aftaler om licens, eller om der er tale om et område, hvor der normalt aldrig gives licens. I den første type sager henviser rettighedshaveren ofte under sagen til tidligere indgåede licensaftaler, og det er også de aftaler, domstolene lægger til grund ved udmålingen af et rimeligt vederlag (se afsnit 3.4.1). Rettighedshaveren stilles herved i samme situation, som havde parterne indgået en licensaftale. Da rettighedshaveren normalt indgår licensaftaler, kan der være en forventning om, at rettighedshaveren også ville have indgået en aftale med krænkeren. Vederlagsreglen må i de situationer, derfor siges at have en tilstrækkelig genopbyggende effekt, idet rettighedshaveren stilles økonomisk i samme situation, som var krænkelsen ikke sket, idet parterne i stedet ville have indgået en licensaftale. Såfremt domstolene ikke udmåler det rimelige vederlag svarende til licensafgiften i de fremlagte licensaftaler, opfyldes den genoprettende effekt ikke. Ovenstående kan ikke tænkes at være tilfældet i den situation, hvor en rettighedshaver, der normalt indgår licensaftaler, aldrig ville have indgået en licensaftale med netop den pågældende krænker, for eksempel med den begrundelse at krænkeren producerer produkter af dårlig kvalitet, eller rettighedshaveren ikke vil associeres med den type produkter, som krænkeren producerer.

På områder hvor der generelt aldrig indgås aftaler om licens, skal domstolene ifølge teori og praksis også udmåle et vederlag svarende til en passende licensafgift (se afsnit 3.4.3.). Da rettighedshaveren aldrig ville have indgået en frivillig licensaftale med krænkeren, stilles rettighedshaveren ikke i samme situation som før skadens indtræden. Vederlagsreglen opfylder derfor ikke det genopbyggende formål. I sager af en sådan karakter vil der ofte være tale om, at krænkeren snylter på rettighedshave-

---

<sup>133</sup> Se afsnit 4.2.2

rens varemærke, eller at der har været produceret og solgt slaviske efterligninger eller kopivarer. I de sager er det meget svært at dokumentere et tab, idet der ofte vil være tale om tab i form af markedsforstyrrelser. Da vederlagsreglen er en minimumserstatning, tages der ikke hensyn til de mange følgevirkninger, krænkelsen har i netop de situationer. Det resulterer ofte i en for lav udmåling i forhold til den skade og det tab krænkelsen har medført. Ej heller tages der hensyn til, at der ofte er tale om udnyttelse af en eksklusiv ret, som rettighedshaveren ville have forlangt en betragtelig sum for, hvis der skulle indgås en licensaftale. Det kan konkluderes, at vederlag i mange situation ikke er en tilstrækkelig sanktion, da den ikke opfylder erstatningens genopbyggende formål; at stille rettighedshaveren i den samme økonomiske situation som før skadens indtræden. Der bør i de situationer tages mere hensyn til, at eksklusive rettigheder er tids- og omkostningskrævende at opbygge, og prisen for krænkelse bør derfor også være derefter.

Hernæst skal det vurderes om vederlagsreglen opfylder erstatningsrettens præventive formål. Idet krænkeren efter teori såvel som praksis skal betale et rimeligt vederlag svarende til en passende licensafgift, vil der aldrig, når der kun betales vederlag, opstå en situation hvor krænkeren blive opkrævet et større beløb, end det krænkeren skulle have betalt som følge af en licensaftale. Det følger også af, at vederlaget skal opfylde betingelsen ”rimeligt”, hvorefter et vederlag ikke må være urimeligt. Som det er dokumenteret i afsnit 4.2.4, kan det af og til betale sig at krænke, og det sker at krænkeren ikke taber noget på krænkelsen, hvis man alene tager erstatning og vederlaget i betragtning. Krænkeren bliver i værste fald afkrævet et vederlag svarende til det, rettighedshaveren ville have krævet som følge af en licensaftale. Med andre ord behøver krænkeren ikke anmode om tilladelse til at udnytte rettigheden – i visse tilfælde er det nemmere og billigere at bede om tilgivelse end tilladelse. Situationen kan ikke være ønskelig, idet formålet med den immaterielle rettighed i realiteten hermed forsvinder.

Det må ud fra ovenstående konkluderes, at vederlagsreglen isoleret set ikke opfylder det præventive formål. Reglerne om vederlag skal dog ikke ses isoleret. Rettighedshaveren har mulighed for at kræve erstatning for den yderligere skade, som krænkeren har påført. I teorien skal erstatning dermed være med til at sikre den præventive og genopbyggende effekt, som vederlag ikke gør.

## 5.2 Formålet med erstatning for yderligere skade

I det følgende skal det vurderes, om den yderligere erstatning, dækker de mangler, der er ved vederlaget, og om en samlet betaling for vederlag og erstatning opfylder erstatningsrettens formål. En grundlæggende betingelse, førend der kan tilkendes erstatning er, at rettighedshaveren har lidt et tab. Rettighedshaveren må derfor dokumentere eller sandsynliggøre, at der er lidt et tab, samt at tabet skyldes krænkelsen. Bevisbyrden er ofte meget svær at løfte. Domstolene skal vurdere en hypotetisk situation: Hvad ville der være sket, hvis ikke krænkelsen havde fundet sted. I en sådan hypotetisk vurdering er der mange forhold, der kan have indflydelse på udmålingen af erstatningen.

For så vidt angår afsætningstab kan det konkluderes, at der sjældent sker markedsfortrængning i forholdet 1:1.<sup>134</sup> Problemet er i høj grad, at krænkeren formår at så en usikkerhed om den dokumentation, som rettighedshaveren fremkommer med. For det første ved at påstå en manglende substitutionsgrad og markedsfortrængning mellem produkterne blandt andet på grund af forskelle i pris, kundegrupper og produkterne. Dernæst fremkommer krænkeren i visse tilfælde med andre årsager til rettighedshaverens omsætningsnedgang for eksempel konjunkturændringer, andre konkurrenter mv. Domstolene må naturligvis tage de påberåbte forhold med i vurderingen ved udmålingen af erstatningen, idet det kun sjældent blankt kan afvises, at der er en vis rigtighed i krænkerens anbringende om andre årsager. Domstolene tilkender derfor kun sjældent en erstatning svarende til det af rettighedshaveren påståede beløb. Herefter må det konkluderes, at afsætningstab ikke altid opfylder erstatningsrettens genopret-

---

<sup>134</sup> Se afsnit 4.1.1.1

tende og præventive formål, da usikkerheden kommer rettighedshaveren til skade, og i nogle tilfælde bliver rettighedshaveren ikke tilkendt et beløb svarende til det lidte tab.

Erstatning for markedsforstyrrelse lider særligt under de store bevisvanskeligheder. Herudover er i øvrigt skabt en praksis, hvorefter der skal forholdsvis meget til, førend der tilkendes erstatning for markedsforstyrrelse (se afsnit 4.2.4) herunder særligt sagen SH2014.V.0058.12 (Ralph Lauren/DS), hvor der blev udsendt reklameaviser til 1,9 mio. husstande. I sagen udtalte Sø- og Handelsretten, at der kun var sket en begrænset markedsforstyrrelse. I de tilfælde, hvor der normalt aldrig gives licens, er der risiko for en fremtidig forstyrrelse af rettighedshaverens marked. I de tilfælde burde domstolene derfor udmåle erstatningen for markedsforstyrrelse væsentligt højere, særligt med det forhold in mente, at vederlagsreglen, som den anvendes nu, langt fra kan dække det reelle tab. Hvis det sker, kan erstatning for markedsforstyrrelse være med til at sikre, at det præventive og genoprettende formål opfyldes. Ifølge retshåndhævelsesdirektivet skal domstolene ved udmålingen af erstatning tage hensyn til alle relevante, og der synes derfor ikke nogen grund til, at domstolene er tilbageholdende i ved udmålingen.

### 5.3 Afsluttende om reglernes formål

Af ovenstående kan det konkluderes, at vederlag og erstatning ikke altid – hverken hver for sig eller samlet – udgør et beløb svarende til det økonomiske tab, rettighedshaveren har haft som følge af skaden, og derfor i nogle tilfælde ikke opfylder erstatningens genoprettende formål. Erstatning og vederlag udmåles med en vis usikkerhed, og dette falder næsten altid ud til krænkerens fordel. Det betyder for det første, at ej heller det præventive formål med bestemmelserne er opfyldt, og for det andet, at det set fra rettighedshaverens side, kan være en dårlig forretning at føre en retssag. Det må dog antages at være nødvendigt, at rettighedshaveren fører sagen, hvis rettighedshaver vil beskytte sin virksomhed.

## 6 Årsager til domstolenes udmåling af vederlag og erstatning

I nogle tilfælde må domstolene anses for tilbageholdende ved udmålingen af erstatning og vederlag. Det ses ofte, at rettighedshaveren ikke får tilkendt et beløb svarende til det, der er gjort gældende (Se bilag 1). I de tilfælde hvor rettighedshaveren får hele det påståede beløb, kan det skyldes, at påstanden er nedsat i forhold til den erstatning, som rettighedshaveren rent faktisk mener at kunne dokumentere eller sandsynliggøre. I det følgende gennemgås mulige årsager til dette både for så vidt angår vederlag og erstatning.

En af årsagerne til, at domstolene er tilbageholdende ved udmåling af erstatning og vederlag, er beviserne i sagen. Det står klart efter en gennemgang af retspraksis, at det kan være besværligt og bekosteligt at bevise et tab. Et af formålene med vederlagsreglen var netop at lette bevisbyrden for rettighedshaveren i forbindelse med udmålingen af erstatningen. Til en vis grad er det sket, men det er vores overbevisning, at bevisbyrden ofte blot må siges at være flyttet. Hvor rettighedshaverne før skulle bevise, at der var lidt et tab, må det nu bevises, hvad en passende licensafgift er i den pågældende sag. Det er derfor i høj grad op til rettighedshaveren at dokumentere størrelsen af et rimeligt vederlag. Hvis det sker, er domstolene oftest villige til at udmåle vederlaget svarende til en passende licensafgift. Det skaber ikke store problemer i de sager, hvor der normalt indgås licensaftaler. Modsat er det i sager, hvor der normalt ikke indgås licensaftaler vanskeligt at fremkomme med oplysninger, der kan godtgøre en passende licenssats. Har domstolene ikke noget grundlag for at fastsætte vederlaget, er domstolene nødsaget til at fastsætte beløbet lavt og med forsigtighed. Der ligger derfor en stor opgave for rettighedshaverne i at fremlægge de nødvendige oplysninger. I sager hvor rettighedshaveren blot har gjort et vederlagskrav gældende uden nærmere redegørelse eller dokumentation herfor, synes det sympatisk, at domstolene er tilbageholdende ved udmålingen af vederlaget. Det bliver bevismæssigt besværligt, når der er tale om rettigheder hvor, der aldrig indgås licensaftaler. I de tilfælde udmåles vederlaget af og til som en hypotetisk licensafgift, og man må nok erkende, at domstolene ofte er usikre på, hvad det skal svare til. Usikkerheden består på trods af, at der er udviklet enkelte principper

i retspraksis for, hvordan vederlaget skal udmåles. De principper overlader stadig et stort skøn til domstolene ved fastsættelsen af vederlaget, og skønnet falder sjældent ud til rettighedshaverens fordel.

En anden årsag kan være, at vederlagsreglen stadig er forholdsvis ny. Danmark har en stærk og indgroet erstatningsretlige tradition, vederlagsreglen strider mod denne. Vederlaget er tiltænkt som en minimumsgodtgørelse, som rettighedshaveren altid har krav på i de tilfælde, hvor der er sket en krænkelse ved en ansvarspådragende handling. Rettighedshaveren skal modsat de almindelige erstatningsretlige regler, ikke dokumentere eller sandsynliggøre et tab. Det kan dog ikke afvises at domstolene i en vis grad er påvirket af de erstatningsretlige traditioner, og herefter finder at tilstrækkelig dokumentation er nødvendig, før domstolene vil tilkende et vederlag.

En tredje årsag til, at rettighedshaveren kun sjældent får den påståede erstatning er, at domstolene udmåler erstatningen skønsmæssigt. I forbindelse med afhandlingen er der gennemgået 169 domme, hvor der i et eller andet omfang er givet erstatning for immaterielretlige krænkelse (se bilag 1). I størstedelen af dommene udmåles erstatningen eller en del heraf skønsmæssigt. I dommene er der kun i begrænset omfang redegjort for de præmisser, der er lagt til grund ved udmålingen af erstatning, samt hvordan de er vægtet. Det kan være med til at skabe en stor usikkerhed på området, og dermed kan det være vanskeligt for rettighedshaveren at påberåbe sig de rigtige anbringender og fremlægge de korrekte beviser. Det synes problematisk, at lovgivningsmagten ikke i højere grad har fastsat nogle rammer for anvendelsen af bestemmelserne om erstatning og vederlag, eller at domstolene ikke har udfyldt det i retspraksis og derefter anvendt principperne konsekvent. Usikkerheden, samt den vage formulering i en del af retspraksis resulterer i, at der i nogle tilfælde ikke synes at være nogen stringent linje ved udmålingen af vederlag og erstatning. Derfor vil rettighedshaveren kun sjældent kunne forudsige, hvordan en retssag vil ende ud.

En fjerde årsag til domstolenes udmåling kan være begrundet i reglerens ordlyd. Vederlagsreglen kan siges ikke at være tilstrækkelig til at opfylde erstatningens formål. I bestemmelserne står, at der skal betales et rimeligt vederlag, og af forarbejderne følger det, at det svarer til en passende licenssats. Domstolene kan ikke ændre på dette, eller tilkende vederlag, der er større end en passende licensafgift, idet domstolene alene skal rette sig efter loven jf. GRL § 64. Domstolene er i stedet overladt til at tilkende erstatning. I de situationer, hvor der er usikkerhed om tabet eller de øvrige erstatningsretlige betingelser, er domstolene nødsaget til at afvise en påstand om erstatning, hvorfor det tilkendte beløb forbliver lavt.

Endeligt kan det ikke afvises, at forhandlingsmaksimen fører til en lavere udmåling af erstatning og vederlag. Domstolene er bundet af rettighedshaverens advokats forlæggelse af sagen. Fremlægger advokaten ikke de nødvendige oplysninger, er domstolene muligvis afskåret fra at udmåle vederlag og erstatning i overensstemmelse med lovens ordlyd, men er henvist til at udmåle skønsmæssigt, og i visse tilfælde med forsigtighed. Det er derfor nødvendigt at advokaten og rettighedshaveren nøje overvejer, hvordan størrelsen af et vederlag og erstatningen for yderligere skade kan dokumenteres.

## **7 Implementering af retshåndhævelsesdirektivet i Danmark**

Det er et krav i EU-retten, at direktiver implementeres i de enkelte medlemslandes nationale lovgivning. Det overlades til medlemslandene selv at bestemme form og midler for gennemførelsen jf. TEUF art. 288, stk. 3. Implementeringen kan ske enten ved inkorporering eller ved omskrivning af direktivet. Efter implementeringen skal den nationale regel anvendes, således at borgerne skal påberåbe sig reglen, og domstolene skal anvende den. Isoleret set kan et direktiv ikke opfylde legalitetsprincipets hjemmelskrav, da direktivet alene opstiller krav til det enkelte medlemsland om at leve op til



de mål, der er i direktivet.<sup>135</sup> Udover at leve op til de mål, som er opstillet i et direktiv, har EU-domstolen i retspraksis opstillet nogle grundlæggende betingelser, som implementeringen af et direktiv skal opfylde: Retsstillingen skal være klar og utvetydig efter implementeringen, hvilket vil sige, at de nationale regler skal formuleres mindst lige så klart som reglerne i direktivet. Dernæst skal reglerne udformes, så de er bindende. Desuden skal reglerne håndhæves korrekt, således at sanktionerne er ligeværdige, effektive og proportionale. Endelig skal medlemslandene overholde implementeringsfriten.<sup>136</sup>

I Danmark har lovgiver valgt at omskrive direktivet, og derved fremgår reglerne om erstatning af hver enkelt immaterialretlig lov. Det skete ved lov nr. 1430 af 21.12.2005, hvorefter kravet om, at reglerne skal være bindende er opfyldt. Det kan overvejes om de danske regler er lige så klare som direktivet. Ifølge direktivets art. 13, stk. 1, litra a skal alle relevante aspekter tages i betragtning ved udmålingen af erstatningen, både aspekter af økonomisk karakter, herunder rettighedshaverens tab og krænkerens uberettigede fortjeneste, og aspekter af ikke-økonomisk karakter. I Danmark kan rettighedshaveren kræve erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, og det fremgår af bestemmelserne, at der ved udmålingen skal tages hensyn til, krænkerens uberettigede fortjeneste. De generelle erstatningsretlige regler lever ikke op til kravet om, at alle relevante aspekter skal tages i betragtning, idet der ikke tages hensyn til ikke-økonomiske aspekter. I dansk ret er det forsøgt løst ved, at der også kan kræves en godtgørelse for den ikke økonomiske skade, som rettighedshaveren er påført. Den ikke økonomiske skade bliver i direktivet blot angivet som et eksempel, og det er dermed ikke det eneste ikke-økonomiske aspekt, som skal tages i betragtning ifølge direktivet. Idet direktivet ikke forskriver, hvilke andre ikke økonomiske aspekter, der skal tages i betragtning, kan det ikke fastslås, at den danske bestemmelse ikke er i overensstemmelse med direktivet på dette punkt. Ifølge direktivet art. 13, stk. 1, litra b kan erstatning, som alternativ til litra a, udmåles svarende til en licensafgift. Det må antages, at man i Danmark har implementeret denne del korrekt, da det er muligt for rettighedshaveren at kræve et rimeligt vederlag som følge af kränkelsen. Det fremgår af forarbejderne, at begrebet rimeligt vederlag skal svare til en passende licensafgift, som parterne ville have aftalt sig til, såfremt de havde indgået en aftale om udnyttelsen af rettigheden.<sup>137</sup>

Det kan diskuteres om bestemmelserne anvendes direktivkonformt i dansk retspraksis. Det er ikke i alle sager muligt at konstatere, om der tages hensyn til alle relevante aspekter. Såfremt domstolene ikke tager hensyn til alle relevante aspekter, må antages at være i strid med direktivet. Det kan særligt problematiseres, om domstolene tager alle relevante aspekter i betragtning, når erstatningen udmåles skønmæssigt og uden nærmere begrundelse. Se for eksempel U 2014.3658H (Jensens Bøfhus), hvor Højesteret blot tog rettighedshaverens påstand om erstatning på 200.000 kr. til følge. På den anden side er der også domme, hvor domstolene tager hensyn til mange forskellige aspekter ved udmålingen af erstatningen, og dermed har iagttaget direktivet, se for eksempel SH 2014.V.0058.12 (Ralph Lauren/DS). Det kan også diskuteres, om reglen om vederlag anvendes korrekt i retspraksis, da vederlaget ikke altid udmåles svarende til en passende licensafgift jf. for eksempel U 2014.2876H (Tivolistolen) og afsnit 3 og 3.4.1. Desuden har domstolene i eksempelvis SH 2013.V.0056.11 (Rolex II) udmålt vederlaget under hensyntagen til de aspekter, der er nævnt i direktivets art. 13, stk. 1, litra a. Ved en snæver ordlydsfortolkning af direktivet må det antages at være forkert, idet vederlaget skal svare til en licensafgift, og skal anses som et alternativ til erstatning. Fortolkes direktivet ud fra formålet, som er en effektiv og ensartet beskyttelse af immaterielle rettigheder, må udmålingen anses for at være i overensstemmelse med direktivet. Det skyldes, at domstolene dermed kan udmåle et vederlag i en størrelse, som sikrer den præventiv effekt, hvorfor dommen må antages at være i overensstemmelse med direktivet. Derudover vil der også tages mange forhold i betragtning, når vederlaget skal udmå-

---

<sup>135</sup> Engsig Sørensen, et al., 2014: s. 97 f

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Samling, ERU alm. del - bilag 273: s. 12

les, som det ville være udmålt i en licensaftale. Da parterne i en sådan situation også ville foretage mange overvejelser, i hvert fald af økonomiske karakter. Dermed kan det ikke anses for at være i strid med direktivet, når vederlag udmåles på den pågældende måde.

## 8 Fremmed ret

Reglerne om erstatning og vederlag stammer fra retshåndhævelsesdirektivet, som er et minimumsdirektiv. Det er derfor relevant at gennemgå fremmed ret og undersøge, hvordan direktivet er implementeret, og hvordan reglerne anvendes i praksis. Vi har valgt at gennemgå reglerne om erstatning og vederlag for immaterielle krænkelser i Sverige og i Storbritannien. Sverige er udvalgt, da dansk og svensk ret i stort omfang bygger på samme retstraditioner,<sup>138</sup> desuden minder landene meget om hinanden. England er valgt, da det er et "common-law" land, og derfor er retstraditionen anderledes end Danmark.

### 8.1 Svensk ret

I 1994 harmoniseredes området for erstatning og vederlag for immaterielle krænkelser, hvorefter samtlige love skulle forstås ens.<sup>139</sup> Retshåndhævelsesdirektivet blev implementeret i 2009, hvilket blev anset for en præcisering af bestemmelserne.

Krænkeren ifalder ansvar, hvis der er udvist uagtsomhed, men det behandles ikke nærmere, da uagtsomhedsbedømmelsen er næsten identisk med uagtsomhedsbedømmelsen i Danmark.<sup>140</sup> Efter svensk ret kan krænkeren dog også blive dømt til at betale erstatning, selvom krænkeren har været i god tro. Sker der en krænkelse af ophavsretten i god tro, skal der betales et rimeligt vederlag. Er der tale om krænkelse af en industriel ret, skal der betales erstatning i det omfang det er rimeligt.<sup>141</sup> I NJA 1995.164 var der sket en krænkelse af en mønsterret. Retten fandt, at K havde handlet i god tro, hvorefter K blev dømt til at betale 10.000 skr. i vederlag.

Såfremt der er sket en krænkelse, er krænkeren pligtig til at betale vederlag (skälig ersättning) og erstatning for yderligere skade (ersättning). Ved udmålingen lægger domstolene i Sverige at retten mere vægt på det præventive formål, se NJA 2005.180, hvor retten udtalte: *"Den ersättning som skall utges får inte vara så låg att det bliver ekonomisk lönsammare att utan lov utnyttja annans mönster än att på ett legitimt sätt förvära härtill"*. Dermed må krænkeren ikke opnå en større fortjeneste ved at krænke rettigheden, end den fortjeneste, som kunne være opnået, hvis krænkeren havde indgået en aftale med rettighedshaveren.

Vederlagsreglen er en minimumserstatningsregel,<sup>142</sup> og der kræves ikke bevis for tabet ved udmålingen af vederlaget jf. NJA 2008.1082HD. Der er bred enighed både i litteraturen og praksis om, at vederlaget skal svare til en passende licensafgift.<sup>143</sup> Omhandler krænkelsen et område, hvor der normalt gives licens, udmåles vederlaget som svarende til tidligere licensaftaler og branchekutymmer. Se for eksempel NJA 2003.465, hvor retten udtalte *"Det får normalt anses föreligga en presumtion för att en sådan med representativa branscheorganisationer framförhandlad tariff är skälig och att det ligger på den som påstår motsatsen att bevisa sitt påstående"*. Såfremt der ikke foreligger tidligere licensaftaler eller branchekutymmer må vederlaget fastsættes på baggrund af en hypotetisk licensafgift, som domstolene fastsætter skønsmæssigt.

---

<sup>138</sup> For eksempel er Samarbejdende danske, 1964 udarbejdet i et nordisk fællesskab

<sup>139</sup> De svenske bestemmelser er gengivet i bilag 2.

<sup>140</sup> Se Levin, 2011: s. 568, Bernitz, 2013: s. 428 f, og NJA 1995.164

<sup>141</sup> Levin, 2011: s. 577f

<sup>142</sup> Prop., 2008/09:67: s. 233, HovRT 8381-09

<sup>143</sup> Se NJA 2005.180, ibid., Levin, 2011: s. 568, Nilsson and Holtz, 2012 og Bernitz, 2013: s. 428 ff

Selve udmålingen af vederlaget kan variere. Oftest tilkendes mellem 5 % og 15 % i vederlag, men der er tilfælde, hvor der tilkendes op imod 50 % i vederlag. Der er ikke fast praksis for om vederlag beregnes af krænkerens omsætning eller af andre værdier. I de fleste patentsager beregnes vederlaget af omsætningen.<sup>144</sup> Inden for mønsterretten kan der også findes domme, hvor vederlaget beregnes af omsætningen jf. NIR 1995.322, der omhandlede krænkelser af en skraber. I andre sager beregnes vederlaget af antal producerede enheder jf. RH 2002.0069. Fælles er dog, at det beregnes ud fra krænkerens prissætning af produktet, se for eksempel TR T 8075-11, hvor retten fastsatte vederlaget til 5 % af K's omsætning. Endeligt kan vederlaget i visse tilfælde beregnes af krænkerens fortjeneste. Det var tilfældet i Stockholms Tingsrätts dom d. 15.07.2011 i T 2387-11. RH gav aldrig licens, og retten udtalte: *"I et fall som detta, när licesiering är utesluten, är det dock mer lämpligt att beräkna ersättningen med utgångspunkt från den vinst som [K] havde gjort om han hade sålt varorna"*. Domstolen foretog dermed en vurdering af, hvad der var lettest at udregne vederlag ud fra.

Endelig forekommer det efter en gennemgang af svensk praksis, at der oftere vurderes, om vederlaget er rimeligt, se for eksempel Stockholms Tingsrätts dom d. 15.07.2011 i T 2387-11, hvor retten fandt: *"I avsaknad av annan utredning finner tingsrätten att den av [RH] yrkade ersättning är skälig"*. I NIR 1995.322 foretog retten også en vurdering af vederlagets rimelighed og nedsatte det vederlag, som RH havde krævet, da vederlaget ikke fandtes rimeligt.

Såfremt rettighedshaveren har lidt yderligere skade, skal krænkeren betale erstatning. Rettighedshaveren skal kunne dokumentere, at der er sket yderligere skade. Se for eksempel HovR T 2817-06, hvor retten afviste erstatning for yderligere skade, idet der ikke var bevisførelse, der kunne støtte påstanden.

Det er angivet direkte i den svenske lovgivning, at der skal lægges vægt på: udebleven fortjeneste, krænkerens fortjeneste, skade på rettighedens anseende (goodwillskade), ideel skade og rettighedshaverens interesse i, at krænkelser ikke begås. Udebleven fortjeneste svarer til afsætningstab.<sup>145</sup> Ligesom i Danmark lægges der i Sverige vægt på graden af substitution og markedsfortrængning. Problemerne med vurderingen af substitution og markedsfortrængning er i nogle domme løst ved at beregne graden af markedsfortrængning ud fra rettighedshavers markedsandel jf. NJA 2011.270. Køberne af krænkerens produkter har også vidnet i nogle sager, hvor de har afgivet forklaring om, hvorvidt de ville købe rettighedshavers produkt, såfremt krænkerens ikke var på markedet jf. NJA 2011.270. Afsætningstab beregnes på baggrund af rettighedshaverens dækningsbidrag multipliceret med mistet afsætning.<sup>146</sup>

Desuden lægges vægt på krænkerens uberettigede fortjeneste. I Stockholms Tingsrätts dom d. 3.04.2002 i T 178-02 blev erstatningen beregnet ud fra krænkerens fortjeneste.<sup>147</sup> Selvom erstatningen udregnes ud fra krænkerens uberettigede fortjeneste, skal rettighedshaveren ikke beriges. Rettighedshaveren skal kun stilles som om skaden ikke var indtrådt ikke bedre.<sup>148</sup>

Der kan også tages hensyn til de skader, der er sket på rettighedens anseende, hvilket svarer til markedsforstyrrelse og skade på goodwill. Det kan være vanskeligt at opgøre erstatningen. Erstatningen i retspraksis er udmålt til beløb fra 10.000 skr. og op til 1.000.000 skr. Efter en gennemgang af retspraksis kan det konstateres, at retten fastsætter beløbet skønsmæssigt.<sup>149</sup> I MD 2001:16 var der sket en varemærkekrænkelser, og RH havde derfor krav på erstatning for markedsforstyrrelse. Rettighedshaver

---

<sup>144</sup> Hellberg, 2014: s. 119

<sup>145</sup> Levin, 2011: s. 573

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Det skete også i HovR:n T 1301-04

<sup>148</sup> Hellberg, 2014: s. 181

<sup>149</sup> Levin, 2011: s. 575, Hellberg, 2014: s. 187, Engelbrekt and Levin, 2008: s. 477

opgjorde erstatningen til 10.500.000 skr., hvilket svarede til omkostningerne ved en almindelig reklamekampagne. Retten afviste, at erstatningen kunne opgøres på den metode og udmålte i stedet erstatningen skønsmæssigt.

Endelig fremgår det direkte af loven, at der ved udmålingen af erstatningen skal tages hensyn til den interesse rettighedshaveren har i, at krænkelsen ikke begås. Dermed gøres det tydeligt, at erstatningen også har et præventivt formål. Reglen har kun karakter af en hjælperegulering jf. NJA 2011.270.<sup>150</sup> Reglens formål er derfor, at give retten mulighed for at udmåle en erstatning, der i højere grad svarer til tabet, men uden at rettighedshaveren har bevist det fulde omfang af tabet. Det er ikke meningen, at reglen skal bryde med princippet om at rettighedshaveren ikke må beriges.<sup>151</sup> I NJA 2005.180 var der ikke fremlagt beviser for erstatningen. Retten udmålte erstatningen til 10.000 skr. ud fra reglen og med følgende begrundelse: *"Hjälpregeln ... skall tillämpas så att [RH's] intresse av att intrång inte begås beaktas. Den har alltså ett preventivt syfte. Då regeln inte är avsedd att medge en ersättning som överstiger den fulla ekonomiska skada [RH] lider, måste ett skadeståndsbelopp bestämmas med försiktighet"*. Herefter fastsatte retten erstatningen til 10.000 skr. Reglen bruges dermed til at udmåle en skønsmæssig erstatning, selvom der ikke er dokumenteret et egentligt tab. Det kan overvejes om reglen bidrager til udmålingen af højere erstatning, da retten stadig skal have in mente, at rettighedshaver ikke skal beriges, hvorfor domstolene stadig må vurdere størrelsen af rettighedshaverens tab, hvilket ofte volder problemer. Som det også ses af NJA 2005.180 udmålte retten med forsigtighed, da der ikke var fremlagt yderligere dokumentation for tabet, og det viser, at retten er tilbageholdende, på trods af hjælpereglen.

I nogle sager tilkendes erstatning for yderligere skade samlet og skønsmæssigt. I RH 2013:27 udmålte retten erstatning for yderligere skade samlet for så vidt angik den ene rettighedshaver (der var to i sagen). Retten foretog et skøn, og udmålte erstatningen til halvdelen af det tilkendte vederlag. Det kan diskuteres om metoden er korrekt, da den ikke tager højde for skadens omfang eller om rettighedshaver beriges, men på den anden side giver metoden en vis grad af forudsigelighed og hjælper i øget omfang ved udmålingen af erstatningen.

Ved udmålingen af vederlag og erstatning kan de svenske domstole anvende bevislætningsreglen RB 35:5. Reglen letter bevisbyrden for rettighedshaver for så vidt angår størrelsen af tabet, hvorefter retten foretager et skøn. Se NJA 2005.180: *"Enligt 35 kap. § RB får rätten, om det är fråga om en inträffad skada och full bevisning inte alls eller endast med svärighet kan föras, uppskatta skadan till skälig belopp"*. Reglen angår ikke, hvorvidt der er sket en skade, men bevisbyrden lettes, når tabet skal gøres op, for eksempel kan reglen anvendes, hvis der er tvivl om opgørelsen af rettighedshavers dækningsbidrag i forbindelse med opgørelse af et afsætningstab. Det fritager dog ikke rettighedshaveren fra at fremlægge beviser. I NJA 2005.180 udtalte retten: *"... bestämmelsen inte är avsedd att innebära att den som yrkar skadestånd befrias från skyldigheten att förebringa den utredning som skäligen kan åstadkommas"*. Rettighedshaveren må herefter fremlægge oplysninger i det omfang, det er rimeligt.

I øvrigt lægges der i høj grad vægt på eksperter og revisors beregninger af licens og erstatning. Se RH 2013:27 hvor retten udtalte: *"Enlig hovrättens bedömning saknas anledning att ifrågasätta den beräkning som revisionsbyrån Grant Thornton har gjort av det hypotetiska marknadspriset för de amerikanska filmerna"*. Retten lagde i sagen vægt på den beregning, som RH's vidne havde udarbejdet, og ifølge retten fremstod beregningen troværdig. K var ikke fremkommet med noget, som kunne så tvivl om udregningen. Ydermere understøttes det af Levin, 2011: s. 567: *"Det krävs också ett gott underlag för beräkningen av skadens storlek. Det är påtagligt att den som kan belägga och motivera yrkade"*

---

<sup>150</sup> Hellberg, 2014: s. 197

<sup>151</sup> Prop., 2008/09:67: s. 235

*ersättningsbelopp också har goda förutsättningar att få gehör i domstolarna*". Forfatteren er dermed af den opfattelse, at den rettighedshaver, som fremlægger beviser, der kan understøtte erstatningspåstanden, også får tilkendt erstatning.

Desuden gælder der en særlig forældelsesregel for industrielle immaterialrettigheder, hvorefter erstatningskravet forældes 5 år efter den skadegørende handling. I NJA 2011.270 fastslog retten, at hvert enkelt salg af en krænkende enhed, skulle anses for at være en separat handling, og hver enkelt salg var dermed underlagt den 5-årige forældelsesfrist, hvorfor dele af krænkelseerne var forældet.

Sammenfattende om svensk ret må det anerkendes, at retten lægger mere vægt på bestemmelsernes præventive formål end i dansk ret. Til forskel fra Danmark er det eksplicit angivet i bestemmelserne, hvad der skal lægges vægt på ved udmålingen af erstatningen, ligesom det er muligt at lægge vægt på, rettighedshaverens interesse i, at krænkelse ikke sker. Ofte udmåles erstatning og vederlag skønsmæssigt, men ved skønnet anvender retten bevislættelsesreglen, og efter undersøgelsen af svensk retspraksis, synes de svenske domstole ved udmålingen af erstatningen mindre tilbageholdende, for eksempel er der i en patentsag udmålt 30.000.000 skr. i erstatning.<sup>152</sup> Ydermere understøttes det af Levin, 2011: s. 567: *"I dag förefaller det vara mer allmänt erkänt, och uppfattas som naturligt att värden som ligger i immaterialrätter ska komma till uttryck dä ensamrätten kränkts. Och det finns numera inte särskilt mycket att invända mot de svenska domstolarnas hantering av skadestånden."* Forfatteren mener dermed, at det erstatningsniveau, der er ved retten i dag, er passende. Det skal dog bemærkes, at der også i Sverige er udmålt erstatning og vederlag, der ikke er særligt højt for eksempel i NJA 2005.180, hvor der blev tilkendt 10.000 skr. i erstatning. Endeligt bør det bemærkes, at de svenske domstole ofte i præmisserne redegør for, hvordan vederlag og erstatning beregnes og hvilke beløb mv., der lægges til grund.

## 8.2 Engelsk ret

I engelsk ret kan der også tilkendes erstatning for den skade, som rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen. De engelske immaterielle regler opdeles ikke som i Danmark i en vederlagsregel og en erstatningsregel, i stedet tilkendes der kun erstatning.<sup>153</sup> Det tab rettighedshaveren har lidt udmåles dog i nogle sager svarende til et vederlag. I engelsk ret har domstolene derudover mulighed for at tilkende erstatning for en yderligere skade. Rettighedshaveren kan i stedet for erstatning vælge at få overført krænkerens fortjeneste. Endeligt tilkendes der i engelsk ret i særlige sager en erstatning af mere pønål karakter. I det følgende vil de forskellige muligheder for erstatning ved krænkelse af en immateriel rettighed blive gennemgået.

Erstatning tilkendes med det formål at stille rettighedshaveren som om krænkelsen ikke havde fundet sted. Rettighedshaveren bliver dermed kompenseret for den skade, vedkommende har haft som følge af krænkelsen. Der tilkendes derimod ikke erstatning for de tab, der ikke er en direkte følge af krænkelsen. Der kan gives erstatning i sager om krænkelse af varemærker, selvom krænkeren har handlet i god tro.<sup>154</sup> Ved krænkelse af designs og patenter kan der derimod ikke gives erstatning, hvis krænkeren har handlet i god tro. Begrebet god tro, skal fortolkes snævert og krænkeren må bevise, at vedkommende på rimelig måde har undersøgt markedet for, om aktiviten krænker eksisterende rettigheder. Krænkeren vil kun være i god tro, hvis vedkommende ikke vidste eller havde grund til at vide, at krænkeren krænkede eksisterende rettigheder.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> Hellberg, 2014: s. 211, hvor retspraksis er opstillet i skemaform.

<sup>153</sup> De engelske bestemmelser er gengivet i bilag 3.

<sup>154</sup> Se for eksempel *Gillette (UK) Ltd v. Edenwest Ltd* [2010] FSR 19.

<sup>155</sup> Registered Design Act 1949, s. 9(1); Patens Act 1977, s. 62 (1); CDPA 1988, ss. 97(1) and 233.

Der findes ikke faste regler for, hvordan tabet og dermed erstatningen for en immateriel krænkelse skal fastsættes, men der er i retspraksis udviklet nogle principper, der finder anvendelse afhængigt af, hvilken type situation der er tale om. I situationer, hvor krænkeren og rettighedshaveren er konkurrenter, og hvor rettighedshaveren havde været villig til at give licens til krænkeren, vil erstatningen normalt blive udregnet på baggrund af licensbetragtninger. Se i den forbindelse for eksempel dommen *General Tire & Rubber Co. V. Firestone Tyre & Rubber Co* [1976] RPC 197, der omhandlede en krænkelse af et patent. I sagen blev det fastlagt, at tab ved krænkelse af et patent, ikke skal udregnes på grundlag af en hypotetisk licenssats, men på basis af den royaltysats krænkeren skulle have betalt ved lovlig udnyttelse. I de sager hvor rettighedshaveren ikke ville have været villig til at give licens til krænkeren, vil erstatningen oftest udregnes, som de tab rettighedshaveren har haft som følge af krænkelsen. Ved udmåling af erstatningen størrelse vil rettighedshaverens tabte fortjeneste, mistede forretningsmuligheder, og krænkerens overtagelse af markedsandele, alle blive taget i betragtning. Se i den forbindelse for eksempel dommen *Gerber Garment Technology Inc, Kectra Systems Ltd.* [1995] RPC 383, hvor erstatningen var beregnet som patenthaverens mistede fortjeneste.<sup>156</sup> I sager hvor parterne ikke befinder sig på det samme marked, og dermed ikke kan anses som konkurrenter, vil erstatningen normalt også udregnes svarende til en royaltysats. Royaltysatsen beregnes dog ud fra, at parterne ikke er på samme marked. Såfremt ingen af ovenstående principper naturligt kan finde anvendelse i den konkrete sag, må rettighedshaveren vælge mellem erstatning som tabt afsætning eller erstatning udregnet som en royaltysats. Det er op til rettighedshaveren at bevise, at det tab der kræves erstattet skyldes den retsstridige handling og ikke blot almindelig lovlig konkurrence, herunder fra krænkeren.<sup>157</sup>

Ud over den almindelige erstatning blev der i Copyright, Design and Patents Act 1988 introduceret en mulighed for en yderligere erstatning i form af ”*additional damages*” af bestemmelsen følger:

*”The court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, in particular to*

*(a) the flagrancy of the infringement, and*

*(b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement,*

*award such additional damages as the justice of the case may require”*

Ud over den sædvanlige erstatning for det lidte tab har domstolene herefter mulig for at tilkende rettighedshaveren et yderligere beløb. Domstolene fastsætter beløbet ud fra den tankegang, at afgørelsen skal være retfærdig. I forbindelse med udmålingen tager domstolene blandt andet hensyn til krænkelsens omfang, og de fordele krænkeren har haft ved uretmæssig benyttelse af rettigheden.<sup>158</sup> Se for eksempel dommen *Nottinghamshire Healthcare National Health Service Trust v. News Group Newspaper Ltd.* [2002] RPC 49. I sagen havde K, der var udgiver af avisen The Sun, offentliggjort en kopi af et fotografi af en patient på Rampton Hospital uden samtykke. RH anlagde sag for krænkelse af ophavsretten og krævede erstatning for yderligere skader. I sagen havde det pågældende fotografi ingen kommerciel værdi, idet det var et fortroligt fotografi. Under normale omstændigheder ville RH derfor ikke have mulighed for at give licens til udnyttelse af fotografiet til tredjemand. Dommer Pumfrey J fastslog herefter, at der kun kunne tilkendes erstatning på £ 450, svarende til det gebyr, der ville blive forhandlet mellem en rettighedshaver af en ophavsret og avisen. På grund af sagens omstændigheder tilkendte Pumfrey J herudover tilkendes yderligere erstatning med henvisning til s.97 (2).

---

<sup>156</sup> Det er også mulighed for en kombination som for eksempel erstatning og en licensafgift, se *Gerber Garment Technology Inc, v. Kectra Systems Ltd* [1997] RPC 433 at 486, CA.

<sup>157</sup> Torremans, 2013: s. 688f

<sup>158</sup> Ibid.

Rettighedshaveren kan i stedet for erstatning vælge at nedlægge påstand om, at rettighedshaveren skal tilkendes et beløb svarende til det overskud krænkeren har haft som følge af krænkelsen. Det følger eksempelvis af Patents Act 1977, s.61 (1) (d) ”for an account of the profits derived by him from the infringement”. Retten må i den forbindelse skønne om overførslen er naturlig og rimelig. Fortjenesten kan bestemmes på baggrund af den fortjeneste krænkeren har haft på hvert produkt, der sælges, hvor den beskyttede rettighed er inkluderet.<sup>159</sup> Indgår den krænkede rettighed ikke som en del af et produkt, kan beregningen af krænkerens fortjeneste også ske ud fra den stigning i krænkerens fortjeneste, som kan henregnes til krænkelsen.<sup>160</sup> Det er krænkeren, der har bevisbyrden for at hele fortjenesten ikke skal overføres til rettighedshaveren. Det kan være aktuelt, hvis det kun er en mindre del af fortjenesten, der skyldes den krænkende adfærd.

Dommen *Hoechts Celanese Corporation v. BP Chemicals Ltd & Purolite International Ltd* [1999] R.P.C 203 indeholder en detaljeret redegørelse for principperne ved anvendelsen af bestemmelsen om overførsel af rettighedshaverens overskud. I sagen var det tidligere fastslået, at K havde krænket RH's patent. RH valgte at kræve erstatning svarende til K's overskud. RH hævdede, at udgangspunktet for beregningen af erstatningen skulle være K's samlede overskud fra salget af slutprodukterne. K påstod, at beregningen i stedet skulle baseres på en form for ”vækst-profit-princip” (*“incremental approach”*). Ifølge K skulle der ved udmålingen tages hensyn til den indtjening, K ville have været i stand optjene ved benyttelse af en anden fremgangsmåde end den patenterede. Dommer Laddie udtalte, at der ved udmålingen måtte ses på den faktiske fortjeneste krænkeren havde haft ved at anvende rettigheden. Laddie udtalte endvidere, at fortjenesten i visse tilfælde kunne opdeles mellem patenthaver og krænker. En sådan fordeling var berettiget, når en specifik del af fortjenesten ikke kunne henføres til brugen af den patenterede metode. Laddie afviste ikke, at der kunne være tilfælde, hvor hele fortjenesten, med den begrundelse, skulle henføres til krænkeren. Videre udtalte Laddie, at bevisbyrden for en opdeling af fortjenesten mellem rettighedshaveren og krænkeren bæres af krænkeren. Krænkeren må derfor bevise, at fortjenesten ikke teknisk eller kommercielt må anses for at være relateret til brugen af den patenterede metode. I sagen havde K fremlagt en udregning fortaget af K's revisor. Heri var den patenterede metode anslået til at svare til 0,6 % af de samlede gevinster. Laddie fastslog på den baggrund at K til RH skulle betale 567.840,00 £ svarende til 0,6 % af nettogevinsten.<sup>161</sup>

Muligheden for at få tilkendt krænkerens fortjeneste anvendes kun sjældent i praksis. Det kan skyldes flere faktorer. For det første kan rettighedshaveren ikke ligeledes kræve erstatning for den skade, rettighedshaveren har lidt i form af for eksempel afsætningstab. jf. for eksempel Patents Act 1977, s.61(2). Dernæst er det på grund af manglende beviser ofte svært at beregne krænkerens fortjeneste. Hertil kommer, at det ofte kun er en del af handlingen, der kan kategoriseres som en krænkelse, for eksempel hvis rettigheden indgår i et sammensat produkt. Retten står derfor over for en svær vurdering, når den skal bedømme, hvilken del af fortjenesten, der kan henføres til krænkelsen, og hvilken del, der følger af en retmæssig handling. Endvidere følger det af retspraksis at *“additional damages”* ej heller tilkendes i ophavsretlige sager eller sager om uregistrerede designs, hvis rettighedshaveren har krævet overførsel af krænkerens fortjeneste.<sup>162</sup>

I engelsk ret findes der endelig en mulighed for at give erstatning for *“exemplary damages”*. Erstatningen er en form for *“advarselsersstatning”*, og beløbet kan overstige skadelidtes egentlige tab. I dommen *Nottinghamshire Healthcare National Health Service Trust v. News Group Newspaper Ltd.* [2002] RPC 49 overvejede dommer Pumfrey J, om det i sagen var hensigtsmæssigt, i henhold til § 97 (2), at tilkende rettighedshaver *“exemplary damages”*. Pumfrey J udtalte i den forbindelse, at en sådan

---

<sup>159</sup> Se for eksempel *Peter Pan Manufacturing Corp. v. Corsets Silhouette Ltd* [1963] 3 ALL ER 402,

<sup>160</sup> Se for eksempel *United Horse Shoe v. Stewart* (1888) 13 App 401, 3 RPC 139 at 266 -7

<sup>161</sup> Sandart and Kylhammar, 2004

<sup>162</sup> Torremans, 2013: s. 691

erstatning skulle kompensere rettighedshaveren for det lidte tab, men også sende et signal til krænkeren generelt, at krænkelser ikke betaler sig. Dommeren fandt dog ikke, at en sådan erstatning kunne tilkendes. Den form for erstatning har dermed både til formål at sikre, at rettighedshaveren bliver kompenseret for sit tab og et pønt formål, men bestemmelsen anvendes kun sjældent i praksis ved krænkelser af immaterielle rettigheder.

I engelsk ret finder en del af de samme principper som i dansk ret anvendelse, eksempelvis forekommer vederlaget i begge lande udregnet svarende til en passende licensafgift. Modsat Danmark er erstatning og vederlag en og samme bestemmelse. Krænkerens fortjeneste synes umiddelbart mere anvendelig ved udmålingen af erstatningen i engelsk ret, da den anvendes som en selvstændig sanktion. På trods heraf finder bestemmelsen kun i mindre grad anvendelse. En forskel i den danske og engelske retspraksis er desuden domstolenes præmisser. De engelske afgørelser er typisk meget lange og yderst begrundede. Dermed er det oftere tydeligere, hvilke momenter domstolene har lagt til grund ved udmålingen af erstatningen.

## 9 Harmonisering

Betegnelse harmonisering dækker inden for EU de initiativer, der tilstræber at bringe medlemslandenes lovgivning i overensstemmelse med hinanden. Harmonisering sker ved, at medlemslandene tilpasser deres regler og standarder. Harmonisering af EU-landenes lovgivning er et vigtigt redskab for EU i forbindelse med opbygningen af det indre marked. Når lovgivning harmoniseres på det indre marked, skelner man mellem forskellige former for harmonisering. Navnlige sondrer EU mellem totalharmonisering og minimumsharmonisering. Retshåndhævelsesdirektivet har form af et minimumskrav, hvilket betyder, at de enkelte medlemslande kan fastsætte strengere krav end de minimumskrav, som følger af direktivet, men som minimum skal medlemslandene indføre regler svarende til direktivets.<sup>163</sup>

I betragtningerne til retshåndhævelsesdirektivet understreges nødvendigheden af harmonisering på området for håndhævelse af immaterielle rettigheder. Uden et effektivt sanktionssystem finder Parlamentet og Rådet, at interessen for innovation, kreativitet, og investeringerne vil falde og udtaler: *”Det er derfor nødvendigt at sikre, at de materielle regler om intellektuel ejendomsret, der i dag i høj grad henhører under den gældende fællesskabsret, reelt anvendes i Fællesskabet. I den henseende er midlerne til at sikre håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder afgørende for et velfungerende indre marked.”*<sup>164</sup> I betragtningerne erkendes det, at der på tidspunktet for direktivets udstedelse var forskelle mellem medlemsstaternes lovgivning for håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, og at forskellene var til hinder for et velfungerende indre marked. Landenes forskellige sanktionssystemer gjorde det endvidere umuligt at sikre, at intellektuelle ejendomsrettigheder nød ensartet beskyttelse i hele EU. Da situationen ikke fremmede den frie bevægelighed i det indre marked eller skabte et klima til fremme af sund konkurrence mellem virksomhederne, herskede der et behov for at skabe ensartethed på EU plan i reglerne og praksis på området. Det synes herefter interessant, at undersøge om direktivet har haft den ønskede virkning, og dermed skabt en ensartethed på området for erstatning for krænkelser af immaterielle rettigheder inden for EU.

I den kontekst kan henholdsvis Danmark, Sverige og England sammenlignes. Det må konstateres, at der ikke er ensartethed mellem landene. Landene har visse fællestræk ved anvendelsen af direktivet, og en del af principperne for udmåling af vederlag og erstatning er identiske i alle lande, men der kan også konstateres forskelle mellem de tre lande. Som et eksempel synes Sverige generelt at udmåle erstatning og vederlag med en mindre tilbageholdenhed end de danske domstole. I England udtaler dommerne sig i langt større omfang om præmisserne bag udmålingen, og synes derfor ikke som i

---

<sup>163</sup> <http://www.eu.dk/da/fakta-om-eu/politikker/dim/harmonisering-af-lovgivningen-og-standardisering>

<sup>164</sup> Se Direktiv 2004/48/EF Betragtning 3



Danmark på samme måde at træffe skønsmæssige beslutninger uden uddybende at forklare årsagerne til skønnet.

The European Observatory on infringements of Intellectual Property Rights (the Observatory)<sup>165</sup> har lavet flere undersøgelser om følgerne af krænkelse af immaterielle rettigheder på EU plan. Endvidere har enheden udarbejdet en rapport ”*Damages in Intellectual Property Rights*” fra 2009, der undersøger samtlige medlemslandes anvendelse af reglerne om erstatning ved krænkelse af immaterielle rettigheder. I rapporten undersøges eksempelvis, hvilke virkninger erstatningsreglerne har, herunder om erstatningsreglerne har en neutral effekt, en afskrækkende effekt, eller om de ligefrem fungerer som økonomisk incitament for at krænke. Hertil konkluderes: ”*At least five of the respondents stated that the damages are not deterrent. At least two practitioners responded that the damages serve as an economic incentive for the infringers. Five respondents stated that damages have a neutral effect and one respondent stated that damages have neutral to economic incentive effect.*”<sup>166</sup> Citatet viser tydeligt, at der til stadighed hersker forskelle i måden, hvorpå der sanktioneres for krænkelse af immaterielle rettigheder i medlemslandene, selvom alle medlemslandes regler bygger på samme grundlag, og selvom direktivet havde til hensigt at sikre en effektiv håndhævelse af intellektuelle rettigheder. Det udtales af flere repræsentanter fra medlemslandene, at erstatningen ikke er afskrækkende, og i mindst to af medlemslandene synes reglerne ligefrem at fungere som et økonomisk incitament for krænkeren. Rapporten indeholder også en gennemgang af gældende ret ved erstatning og vederlag for hvert enkelt medlemsland. Ud fra gennemgangen er det tydeligt, at reglerne anvendes forskelligt i hvert enkelt medlemsland.

De seneste år har Observatoriet i en række publikationer vurderet økonomiske følger af varemærkeforfalskning og piratkopiering. I rapporten vedrørende økonomiske konsekvenser af krænkelse af immaterielle rettigheder i sektoren for tøj, sko og accessories udtalte observatoriet blandt andet: ”*For the EU as a whole, the estimated total counterfeiting effect amounts to 9.7 % of consumption (€26.3 billion). This is a direct estimate of sales lost by legitimate industry in the EU each year due to counterfeiting in this sector, including losses in manufacture, wholesale and retail trade sectors.*”<sup>167</sup> Direktivet blev vedtaget med det formål at styrke det indre marked, og udarbejde et effektivt værn mod krænkelse af immaterielle rettigheder. Rapporten viser, at der er til stadighed er problemer både i de enkelte medlemslande og i EU som helhed. Det vil derfor være ønskeligt, såfremt der eksisterede en større grad af ensartethed i EU, som kan være en medvirkende faktor til at forebygge krænkelse af immaterielle rettigheder.

Det kan have betydning for graden af harmonisering, at der ikke er præjudicielle afgørelser fra EU-domstolen, som nærmere fastlægger, hvordan begreberne i retshåndhævelsesdirektivet art. 13 skal fortolkes. Der er i skrivende stund forelagt et præjudicielt spørgsmål, som kan få betydning blandt andet for fortolkningen af begrebet vederlag.<sup>168</sup>

## 10 Forslag til forbedringer af gældende ret

Ud fra afhandlingens gennemgang af gældende ret kan det konkluderes, at der stadig er en række udfordringer for så vidt angår udmålingen og fastsættelsen af vederlag og erstatning. I det følgende angives en række forslag, der muligvis kan forbedre retstillingen.

---

<sup>165</sup> Et samarbejde mellem European Patent Office, The Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM) og Europol

<sup>166</sup> Lory, 2009: s. 13

<sup>167</sup> Wajzman, et al., 2015

<sup>168</sup> Heim and Burkhardt, 2015 og OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2014 – I-15 U 21/14 (LG Düsseldorf), BeckRS 2014, 22398.

Et muligt løsningsforslag er at udmåle vederlag på et højere niveau. Det kan ske ved at ændre loven, således at det rimelige vederlag skal fastsættes ikke kun til en passende licensafgift, men det dobbelte af den licensafgift, som rettighedshaver vil kræve, såfremt parterne havde indgået en aftale om udnyttelse af rettigheden. Fordelene er, at det i højere grad kan styrke erstatningsrettens genoprettende og præventive hensyn, da rettighedshaver får mere i vederlag, og incitamentet til at krænke mindskes. På den anden side kan det risikere at bryde med princippet om, at rettighedshaver ikke må beriges som følge af en krænkelse, og der er risiko for, at vederlagsregelen får et pønalt tilsnit. Desuden løser det ikke de bevismæssige vanskeligheder, der hersker i de tilfælde, hvor rettighedshaver ikke kan fremlægge licensaftaler.

Ofte er bevisproblematikken en faktor ved udmålingen af vederlag. Det kan derfor overvejes, om der skal fastsættes nogle standardmetoder til udregningen af vederlag. En sådan metode kan være et fikseret vederlag i form af et beløb eller en fast procentsats (for eksempel 5 %) af krænkerens produktion/omsætning. Det vil i høj grad lette bevisbyrden for rettighedshaver, idet rettighedshaveren altid kan kræve standardsatsen. Ulempen ved metoden er, at en sådan standard ikke tager hensyn til, om rettigheden har en høj eller lav værdi. Herefter kan der opstå situationer, hvor vederlaget ikke svarer til en passende licensafgift, ligesom det i visse tilfælde ligefrem vil øge incitamentet til at foretage en krænkelse, idet det kan være billigere at krænke end at indgå en licensaftale. Det kan løses ved at indføre reglen som en minimumsregel, hvorefter rettighedshaveren kan kræve en højere licenssats, såfremt rettighedshaveren kan dokumentere en sådan.

På områder, hvor der ikke indgås licensaftaler, er det ofte vanskeligt for rettighedshaveren at dokumentere, hvad vedkommende ville have forlangt i licenssats. Det kan løses, hvis domstolene accepterer, at vederlaget beregnes ud fra bestemte matematisk/økonomisk metoder, som rettighedshaveren herefter kan fremlægge. Se i den forbindelse U 2004.1085H (Montana), hvor RH blandt andet opgjorde sit tab svarende til en licensafgift, som blev opgjort efter ”Royalty Relief Metoden”. Højesteret accepterede ikke beregningen i den konkrete sag.<sup>169</sup> Fordelen ved beregningerne er, at de kan give et billede af, hvad rettigheden er værd. Ulempen ved sådanne beregninger er, at de kan indeholde usikkerheder, der er svære at håndtere. For at højne troværdigheden af en sådan beregning, kan man forestille sig, at der bliver udpeget en syns- og skønsmænd, som kan foretage/kontrollere udregningerne, og derefter afhjælpes i retten, således at der gives en troværdig forklaring, og såfremt der er tvivl om udregningerne, kan den afklares under hovedforhandlingen.

For så vidt angår erstatningen for yderligere skade, bunder problemerne ofte i, at det er svært for rettighedshaveren at dokumentere et tab. Derfor er det en mulighed at indføre en formodningsregel, hvorefter der gælder en formodning for, at rettighedshaverens omsætningsnedgang skyldes krænkelser. Det vil i vidt omfang lette bevisproblematikken for rettighedshaveren, og flytte bevisbyrden for substitution og markedsfortrængning over på krænkeren. Dermed vil en usikkerhed om graden af markedsfortrængning komme krænkeren til skade. Ulempen ved en sådan regel er, at det kan bryde med det almindelige princip om årsagssammenhæng, ligesom der er en risiko for, at rettighedshaveren bliver beriget. Endvidere vil domstolene stadig sidde med den svære vurdering, der ligger i at fastlægge graden af markedsfortrængning og substitution.

Ved afsætningstab er der ofte tvivl om graden af markedsfortrængning. Det kan derfor overvejes om domstolene skal lægge vægt på rettighedshaverens markedsandel. Med udgangspunkt i en sådan betragtning tænkes krænkeren bort, og krænkerens markedsandel fordeles derefter mellem de øvrige markedsaktører. Herefter opgøres rettighedshaverens afsætningstab som en procentsats af krænkerens omsætning i antal styk. Eksempelvis kan rettighedshaveren have en markedsandel på 30 % af marke-

---

<sup>169</sup> Dommen er afgjort efter MFL, og på tidspunktet for afgørelsen kunne rettighedshaver ikke kræve rimeligt vederlag.

det, mens krænkerens markedsandel er på 10 %. I det tilfælde vil rettighedshaverens del af krænkerens antal solgte styk opgøres som 33,3 %.<sup>170</sup> Metoden indeholder visse usikkerheder, idet markedet kan være svært at fastlægge. Inden for konkurrenceretten er det ofte nødvendigt at fastlægge en markedsaktørs markedsandel. Konkurrencelovens § 5 indeholder retningslinjer for fastsættelsen af det pågældende marked og dermed partens markedsandel. Ifølge KRL § 5 skal der lægges vægt på efterspørgsels- og udbudssubstitution.<sup>171</sup> Det kan være vanskeligt at fastsætte det relevante marked inden for konkurrenceretten, og dermed hvor stor en markedsandel den enkelte har. På den baggrund kan man frygte, at usikkerheden og bevisproblemerne blot vil overføres, til at angå hvad der skal anses for det relevante marked, og dermed hvor stor en markedsandel rettighedshaveren har. Krænkeren vil forsøge at dokumentere, at markedet er bredt, og som følge deraf rettighedshaverens markedsandel mindre, mens rettighedshaveren vil forsøge at dokumentere det modsatte.

Det kan overvejes om markedsundersøgelser kan anvendes som bevismiddel til dokumentation af en markedsforstyrrelse. I retspraksis anvendes markedsundersøgelser ofte som bevismiddel i andre sammenhænge, for eksempel i forbindelse med, at en rettighedshaver skal dokumentere at et varemærke er velkendt.<sup>172</sup> Det kan derfor overvejes om markedsundersøgelser ligeledes kan være et egnet middel til at fastslå i hvor stort et omfang, der er sket en markedsforstyrrelse. Markedsundersøgelser kan i en sådan sammenhæng bruges til at fastslå om den immaterielle rettighed er faldet i anseelse i kundernes bevidsthed, og der hermed er sket skade på immaterialrettens goodwill.

En anden mulighed i forbindelse med bevisproblemerne for en yderligere skade, kan være i større omfang at lægge vægt på krænkerens uberettigede fortjeneste. Hvor krænkerens uberettigede fortjeneste i dag kun indgår som et moment i domstolenes samlede skøn, kan den i højere grad udgøre en form for minimumserstatning. Det vil i høj grad have en præventiv effekt, idet krænkeren herefter ikke vil opnå en fortjeneste ved at foretage en krænkelse. Problemet kan være, at krænkeren ikke vil fremlægge oplysninger, der gør det muligt at opgøre fortjenesten. Rettighedshaveren har dog mulighed for at fremtvinge sådanne oplysninger gennem retsplejelovens regler om bevissikring. Det bør bemærkes at en sådan regel om krænkerens fortjeneste i et vist omfang er indført i engelsk ret, her finder reglen kun sjældent anvendelse. Det skyldes for det første bevisproblematikken, og for det andet det faktum, at fortjenesten skal opdeles i de tilfælde, hvor krænkeren kan bevise, at kun en mindre del af fortjenesten skyldes den beskyttede rettighed.

Dernæst kan det overvejes, om man bør indføre en bevislættelsesregel svarende til den, der gælder i Sverige, hvorefter bevisbyrden lettes for rettighedshaver, når det ikke er muligt at opgøre den præcise størrelse af tabet. Det må antages at være en fordel at indføre en sådan regel, da enhver usikkerhed herefter ikke vil komme rettighedshaver til skade, og reglerne dermed i større omfang vil opfylde erstatningsrettens formål. En sådan regel skal kun sikre, at rettighedshaveren får sit fulde tab dækket, og ikke at rettighedshaveren beriges som følge af krænkelsen.

Det bør endvidere overvejes, om der bør indføres en erstatningsregel af mere præventiv karakter. En sådan regel er eksempelvis indført i Sverige, hvorefter der ved udmålingen af erstatningen skal lægges vægt på rettighedshaverens interesse i at en krænkelse ikke begås. Ligeledes findes der i engelsk ret en mulighed for, at domstolene kan tilkende en yderligere erstatning til rettighedshaveren ud fra den tankegang, at resultatet skal være rimeligt.

Ovenstående forslag kræver i visse tilfælde medvirken fra lovgivningsmagten, men i høj grad også en aktiv medvirken fra parternes side, således at parterne rent faktisk fremlægger de nødvendige beviser.

---

<sup>170</sup> Tallet er opgjort som rettighedshaverens markedsandel + 30 % af krænkerens markedsandel, idet krænkerens øvrige markedsandele skal fordeles til de andre markedsaktører.

<sup>171</sup> Madsen, 2014: s. 84 ff

<sup>172</sup> Se for eksempel U 2014.3658H og U 2007.1896H

Endelig kræver det, at domstolene accepterer beviserne, og lægger dem til grund ved udmålingen af vederlag og erstatning.

Generelt vil gældende ret forbedres betragteligt, såfremt domstolene i større omfang præcisere, hvordan vederlag og erstatning udmåles. I præmisserne bør domstolene derfor fremover udførligt argumentere for udmålingen af vederlag og erstatning, herunder hvad vederlag svarer til, og hvilke værdier vederlag beregnes af. Ligesom domstolene ved afsætningstab skal forklare, i hvilket forhold substitution og markedsfortrængning har fundet sted, og hvilke konkrete omstændigheder, der lægges til grund når graden af substitution og markedsfortrængning skal fastlægges. Desuden skal domstolene forklare, hvilke omstændigheder, der kan begrunde en markedsforstyrrelse, men domstolene er stadig nødsaget til at udmåle erstatning for markedsforstyrrelse skønsmæssigt. Såfremt domstolene handler som netop beskrevet, vil parterne i højere grad have mulighed for at varetage deres interesser og fremlægge de nødvendige oplysninger. Derfor har parterne også et ansvar for at sagen bliver belyst, således at det er muligt for domstolene at træffe den rigtige afgørelse.

## 11 Konklusion

I afhandlingens indledning gengives et citat fra en artikel af Deichmann, hvori retspraksis på området for udmåling af vederlag og erstatning for krænkelse af immaterielle rettigheder kritiseres. Forfatteren er af den opfattelse, at domstolene udmåler vederlag og erstatning for lavt, og at det (næsten) altid kan betale sig at krænke en immateriel rettighed. Denne afhandling giver dog et noget mere nuanceret billede af retsområdet. Det kan ikke altid betale sig at krænke, men der er givetvis en række problemer ved udmålingen af vederlag og erstatning for yderligere skade.

Det følger af retsgrundlaget, at vederlaget har karakter af en minimumsgodtgørelse, og at vederlaget skal svare til en passende licensafgift. Domstolene er som udgangspunkt enige heri og henviser i præmisserne ofte til begrebet ”passende licensafgift”. Formålet med indførelsen af vederlagsreglen var at lette bevisbyrden for rettighedshaveren. Selvom rettighedshaveren har krav på et rimeligt vederlag i de tilfælde, hvor der statueres en krænkelse, synes rettighedshaveren stadig at stå med en stor opgave. Ved en påstand om, at krænkeren skal betale et rimeligt vederlag, må rettighedshaveren dokumentere størrelsen af en passende licensafgift. Heri ligger nærmere, at rettighedshaveren må dokumentere, hvad der ud fra markedsforhold med rimelighed kunne være forlangt. I praksis har dokumentationen for en sådan passende licensafgift skabt en række problemer. Området for vederlag synes at kunne inddeles i to typetilfælde: Sager med fremlagte licensaftaler, og sager hvor det ikke er muligt at fremlægge licensaftaler, ofte fordi rettighedshaver ikke giver licens til tredjemand.

I de tilfælde hvor rettighedshaveren fremlægger tidligere licensaftaler som dokumentation, skal domstolene lægge vægt på aftalerne, da en sådan aftalen må være udtryk for, hvad parterne ville have aftalt under normale omstændigheder. Det må derfor kritiseres, at der i retspraksis findes eksempler på domme, hvor det ikke er tilfældet. Det må på den anden side erkendes, at markedsvilkår for den enkelte rettighed kan ændre sig, hvorfor tidligere licensaftaler ikke altid vil være udtryk for et rimeligt vederlag i den konkrete sag.

Såfremt rettighedshaver ikke indgår licensaftaler, må rettighedshaveren søge at dokumentere størrelsen af vederlaget på anden vis. Det kan være svært, da tidligere licensaftaler synes at være det bedst egnede bevis. På grund af den manglende dokumentation for størrelsen af vederlaget står domstolene ligeledes over for en vanskelig opgave. Domstolene skal vurdere størrelsen af et rimeligt vederlag uden at have noget at bygge en sådan vurdering på, hvorfor domstolene må udmåle vederlaget skønsmæssigt.

Ved udmålingen af vederlaget er det af betydning, hvilke værdier vederlaget beregnes af. Det må kritiseres, at domstolene oftest udmåler vederlaget af omsætningen, når det ifølge en fortolkning af lovene på området burde beregnes af antallet af krænkende enheder.

Udover vederlag kan rettighedshaveren kræve erstatning for yderligere skade. Det sker i form af afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab. Afsætningstab er rettighedshaverens mistede omsætning som følge af krænkelsen. Erstatning for afsætningstab afhænger af graden af substitution og markedsfortrængning. I retspraksis opstår der problemer ved vurderingen af markedsfortrængning og substitution, idet domstolene ofte ikke udtaler sig nærmere om det skøn, der lægges til grund. Ydermere synes der at være en tendens til, at domstolene ikke fortager en egentlig beregning, men udmåler skønsmæssigt og med tilbageholdenhed. Selv i sager hvor der er fuld substitution og markedsfortrængning, er domstolene tilbageholdende med at udmåle erstatning.

Rettighedshaveren kan også kræve erstatning for fremtidig skade i form af markedsforstyrrelse. Posten markedsforstyrrelse skaber en del problemer. Det skyldes, at det ikke er klart, hvilke handlinger, der kan begrunde et ansvar for markedsforstyrrelse, ligesom der er problemer med at fastsætte størrelsen af erstatningen for markedsforstyrrelse. Det har resulteret i en divergerende retspraksis, hvor afgørelser som kan synes nært sammenlignelige får hver sit resultat. Dommene må på området anses som meget konkret begrundet, og erstatningen udmåles skønsmæssigt.

I forbindelsen med afdækningen af begreberne vederlag og erstatning ved krænkelse for immaterielle rettigheder er der undersøgt 169 domme. Der er stor forskel på afgørelserne, og det er langt fra alle afgørelser, hvor domstolene gør sig den ulejlighed at forklare i præmisserne, hvordan vederlag og erstatning udmåles. Selvom der findes afgørelser, hvor domstolene rent faktisk udtaler sig om de principper, der har fundet anvendelse ved udmålingen af vederlaget og erstatningen, er det muligt at finde afgørelser, hvor principperne ikke anvendes – eller det ikke er muligt at konstatere om principperne er anvendt. Udslaget bliver en usikker retsstilling på området, idet parterne i sagen ikke kan forudsige retsstilling.

Beviserne i sagen bør have afgørende betydning for sagens resultat. Der ligger derfor en opgave for rettighedshaveren, og dennes advokat i at fremlægge nødvendig dokumentation, der gør det muligt for domstolene på fornuftigt grundlag kan træffe den rigtige afgørelse. På nuværende tidspunkt er det ofte vanskeligt for rettighedshaveren at vurdere, hvilke oplysninger der er nødvendige. Opgaven for domstolene er derfor at fastlægge, hvilke beviser der er brugbare, og hvordan beviserne anvendes ved udmålingen herunder at forklare, hvilket skøn der lægges til grund ved udmålingen af erstatning og vederlag. På den måde får rettighedshaveren i højere grad mulighed for at fremlægge relevante beviser under sagen. I det tilfælde hvor rettighedshaveren herefter ikke i tilstrækkelig grad har dokumenteret et passende vederlag samt et yderligere tab, må domstolene udmåle erstatning og vederlag skønsmæssigt.

Retsgrundlaget i Danmark bygger på retshåndhævelsesdirektivet. Formålet med direktivet var at skabe en ensartethed på området for håndhævelse af immaterielle rettigheder i EU, og dermed sikre et incitament til fortsat innovation og styrke det indre marked i EU. Det må konkluderes, at der ikke er sket harmonisering som følge af direktivet. Der er stadig stor forskel på, hvordan erstatningen udmåles i de enkelte medlemslande. Endvidere må det konstateres, at direktivet ikke har været tilstrækkeligt, da krænkelse til stadighed er skyld i tab i hele EU.

En af hovedårsagerne til at direktivet og de nationale regler, ikke i tilstrækkelig grad har løst problemerne på området er formentligt, at reglerne ikke på fyldestgørende måde opfylder erstatningsrettens præventive og genopbyggende formål. Det kan skyldes, at domstolene af og til udmåler for lavt, men en anden årsag kan være, at reglerne ikke på fornuftig måde løser problemerne. Vederlagsreglen synes ikke naturligt at kunne finde anvendelse i alle situationer, og det er særdeles vanskeligt at dokumentere et tab af en sådan hypotetisk karakter. Det kan derfor med fordel overvejes, om der skal ske ændringer i erstatnings-, vederlags- eller bevisreglerne.

## 12 Litteraturliste

### Danske domme:

#### *Trykte afgørelser:*

U 1940.1013H (Barberblade)  
U 1941.484H (Novo)  
U 1998.941SH (Børsteholder)  
U 1999.1678/2H (Astra)  
U 2000.1838H (Alcantara)  
U 2001.747H (Tripp Trapp)  
U 2002.696H (Orifarm)  
U 2002.1523H (Orifarm II)  
U 2003.1020H (Melitta)  
U 2003.694S (Furniparts)  
U 2004.1085H (Montana)  
U 2005.60V (Piratkopiering)  
U 2005.1438H (Tivoli småkager)  
U 2005.2082H (Louis Poulsen)  
U 2007.1112H (Bestseller T-shirts)  
U 2007.1219H (Pomi)  
U 2007.1896H (Fisherman)  
U 2008.2263S (Piratos)  
U 2008.2647S (Pendelmatic)  
U 2009.233S (Puma/Netto)  
U 2009.1018H (Burberry)  
U 2009.1523H (Vandkorrosion)  
U 2009.1789H (Koziol opvaskebørste)  
U 2010.1705S (Munkgård)  
U 2011.955H (Skipperhuse)  
U 2011.1736H (Piratkopiering)  
U 2011.2329H (Tandstikker)  
U 2012.107H (Transformers)  
U 2012.256H (Alfikander)  
U 2012.2693H (New Balance)  
U 2012.2706H (Puma/Fakta)

### Svenske domme:

HovR T 8381-09  
HovR T 2817-06  
HovR:n T 1301-04  
MD 2001:16  
NIR 1995.322  
NJA 1995.164  
NJA 2003.465  
NJA 2005.180  
NJA 2008.1082HD  
NJA 2011.270  
RH 2002.0069  
RH 2013:27  
TR T 8075-11  
TR T 2387-11  
T 178-02

U 2012.3327H (Pomi II)  
U 2012.3383H (Elite)  
U 2013.1044H (Alt for damerne)  
U 2013.1704Ø (Portrætfoto)  
U 2013.2135S (Herbgrinder)  
U 2014.876H (Noma)  
U 2014.2497S (Kopimøbler)  
U 2014.2876H (Tivolistolen)  
U 2014.3428S (Oister)  
U 2014.3658H (Jensens Bøfhus)  
U 2015.869H (Geografical Norway)  
U 2015.1216H (Taneposer)

#### *Utrykte afgørelser fra Højesteret:*

Højesterets dom af 16.04.2015 i sag 286/2015  
Højesterets dom af 26.08.2015 i sag 317/2013

#### *Utrykte afgørelser fra SØ- og Handelsretten:*

SH 2002.V.0026.00  
SH 2005.V.0095.04 (Amokka)  
SH 2006.V.0011.05 (Chanel og Louis Vuitton)  
SH 2006.V.0109.04 (Stressless)  
SH 2007.V.0038.06 (Canada Goose)  
SH 2007.V.0160.05 (Diesel)  
SH 2008.V.0068.06 (Staff buks)  
SH 2008.V.0097.07 (Asani)  
SH 2012.V.0011.11 (Rolex)  
SH 2013.V.0056.11 (Rolex II)  
SH 2014.V.0058.12 (Ralph Lauren/DS)  
SH 2014.V.0071.12 (Converse)  
SH 2015.V.0039.14 (Superdry)  
SH 2015.V.0045.13 (Dealsites)

**Engelske domme:**

*Gillette (UK) Ltd v. Edenwest Ltd* [2010] FSR 19.  
*General Tire & Rubber Co. V. Firestone Tyre & Rubber Co* [1976] RPC 197  
*Gerber Garment Technology Inc, Kectra Systems Ltd* [1995] RPC 383  
*Gerber Garment Technology Inc, v. Kectra Systems Ltd* [1997]RPC 433  
*Peter Pan Manufacturing Corp. V. Corsets Silhouette Ltd* [1963]RPC 45  
*United Horse Shoe v. Stewart (1888) 13 App 401*, 3 RPC 139  
*Nottinghamshire Healthcare National Health Service Trust v. News Group Newspaper Ltd.* [2002] RPC 49  
*Hoechts Celanese Corporation v. BP Chemicals Ltd & Purolite International Ltd* [1999] R.P.C 203

**Lovgivning:**

Direktiv 2004/48/EF. ‘Om Håndhævelsen Af Intellektuelle Ejendomsrettigheder’.  
Lov nr 1431 af 21/12/2005.  
Lov nr. 218 af 27/5/1970.  
Lov nr. 341 af 06/06/1991.  
Lov nr. 479 af 14/6/1995.  
Lov nr. 479 af 20/12/1967.  
Lov nr. 1389 af 21/12/2005.

**Forarbejder:**

FT. 1967-68 (1. samling) sp. 1457.  
—. 1969-70 tillæg A sp 2587.  
—. 1990-91 (2.samling) tillæg A, sp 1922.  
—. 1991-92 tillæg A, sp. 2533.  
—. 1994-95 tillæg A s. 1410.  
—. 2005-06 (1.samling) tillæg A s. 711.  
—. 2005-06. bemærkninger til L 49, § 55.

**Litteratur:**

Andersen, Niels M., Arly Carlquist and Anders Rubinstein. 2006. *Retshåndhævelse Af Immaterialrettigheder*: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.  
Bernitz, Ulf. 2013. *Immaterialrätt : Och Otillbörlig Konkurrens*. 13. omarb. uppl. edn. Stockholm: Jure.  
Borcher, Erling. 2003. *Produktefterligninger*: Forlaget Thomson.  
Deichmann, Hanne Kirk. 2010. ‘Krænkelser Af Burberrys Varemærkerettigheder. Kommentar Til U 2009.1018 H (Burberry Ltd. Mod Zebra a/S)’, *NIR 2010.177 2*.  
Engelbrekt, Antonina Bakardjieva and Marianne Levin. 2008. *Festskrift Till Marianne Levin*. Stockholm: Norstedts juridik.  
Engsig Sørensen, Karsten, Poul Runge Nielsen and Jens Hartig Danielsen. 2014. *Eu-Retten*. 6 edn. Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet.  
Evald, Jens and Sten Schamburg-Müller. 2004. *Retsfilosofi Retsvidenskab & Retskildelære*. Århus: Juris- og Økonomforbundets forlag.  
Hansen Jensen, Michael, Jens Peter Christensen and Jørgen Albæk Jensen. 2012. ‘Dansk Statsret’, **1. udgave**.

- Heim, Sebastian and Beiten Burkhardt. 2015. 'Schadensberechnung Auf Grundlage Der Üblichen Lizenzgebühr: Berücksichtigung Lizenzerhöhender Umstände?', *GRUR-Prax 2015*, 102.
- Hellberg, Jonas. 2014. *Skadestånd Vid Patentintrång*. Stockholm: Jure.
- Iversen, Torsten. 2000. *Erstatningsberegning I Kontraktsforhold*. København: Forlaget Thomson A/S.
- Kommissionen. 2003/0024. 'Forslag Til Europa-Parlamentets Og Rådets Direktiv Om Foranstaltninger Og Procedurer Til Sikring Af Overholdelsen Af Intellektuelle Ejendomsrettigheder (Kom(2003) 46 Endelig 2003/0024 (Cod))'.
- Levin, Marianne. 2011. *Lärobok I Immaterialrätt : Upphovsrätt, Patenträtt, Mönsterrätt, Känneteckensrätt I Sverige, Eu Och Internationellt*. 10. uppl edn. Stockholm: Norstedts juridik.
- Lory, Benoit. 2009. *Damages in Intellectual Property Rights*.
- Madsen, Palle Bo. 2008. *Markedsret Del 3*. 6. udg. edn: Jurist- og Økonomiforbundets forlag.
- . 2015. *Markedsret Del 2*. 6. udg. edn.
- Madsen, Palle Bo f. 2014. *Markedsret. Del 1. Konkurrencebegrænsningsret*. 6 edn. Kbh.: Jurist- og Økonomiforbundet.
- Nilsson, Bengt G. and Catarina Holtz. 2012. *Patentlagen : En Kommentar Och En Jämförelse Med Epc Och Pct*. Stockholm: Jure.
- Prop. 2008/09:67.
- Riis, Thomas. 2005. *Enerettigheder Og Vederlagsrettigheder*. 1. udgave edn. København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag.
- Samarbejdende danske, finske, norske og svenske komitee. 1964. *Betænkning Angående Nordisk Patentlovgivning, Nu 1963:6*.
- Samling, Erhvervsudvalget 2. ERU alm. del - bilag 273.
- Sandart, Dag and Anders Kylhammar. 2004. 'Immaterialrättsliga Skadestånd I Storbritannien Och Tyskland', *NIR 2000.138*.
- Schmidt, Per Håkon. 2002. *Licensaftaler*. København: Forlaget Thomson.
- Schovsbo, Jens and Morten Rosenmeier. 2013. *Immaterialret: Jurist- og Økonomiforbundets forlag*.
- Skovbo, Eva Aaen. 2005. *Erstatning for Ophavsretlige Krænkelser*. København: Forlaget Thomson A/S.
- . 2006. 'Nye Love Ændringer I Immaterialretslovgivningen Ved Implementering Af Dele Af Retshåndhævelsesdirektivet (2004/48/Ef)', *Juristen nr. 6 s. 214*.
- Torremans, Paul. 2013. *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*. Seventh edition edn. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Von Eyben, Bo and Helle Isager. 2007. *Lærebog I Erstatningsret*. 6. udgave edn: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Wajzman, Nathan and Carolina Arias Burgos. 2015. *The Economic Cost of Ipr Infringement in the Cosmetics and Personal Care Sector: Report of a Pilot Study*.
- Wajzman, Nathan, Carolina Arias Burgos and Christopher Davies. 2015. *The Economic Cost of Ipr Infringement in the Clothing, Footwear and Accessories Sector*.