

ØKONOMISK KOMPENSATION

ved *krænkelse* af
immaterialrettigheder

og *handlinger* i strid med
god markedsføringsetik

af professor, dr.jur., ph.d. Thomas Riis

København
September 2023

Baggrunden for notat

Jeg er på baggrund af en aftale med UBVA blevet anmodet om at skrive dette notat, som skal bruges til en diskussion af, om de tilkendte erstatningsbeløb m.v. ved immaterialretskrænkelser og handlinger i strid med god markedsføringsetik er passende og hensigtsmæssige, eller om der kan peges på svagheder i reglerne og deres fortolkning samt fremkomme med synpunkter om, hvorledes erstatnings-sanktionen kan blive mere effektiv og forudsigelig.

Notatet er struktureret i to dele. Første del giver en gennemgang af gældende ret vedrørende økonomisk kompensation ved krænkelse af immaterialrettigheder og handlinger i strid med god markedsføringsetik. Formålet er bl.a. at få belyst relevante problemstillinger. Anden del gennemgår problemer, der er knyttet til den gældende retsstilling, og kommer med retspolitiske overvejelser, der kan danne grundlag for en diskussion af problemstillingerne.

Del 1: Gældende ret

1. Introduktion – to eksempler

I de seneste par år har navnlig to sager om ulovlige produkt efterligninger fået betydelig omtale i en lang række forskellige medier. De to sager er ikke principielt anderledes end de fleste andre sager om ulovlige produkt efterligninger, men de er fra rettighedshaverside blevet fremhævet som eksempler på, at reglerne om økonomisk kompensation i anledning af krænkelse i produkt efterligningssager ikke er særligt effektive, og det er i hovedsagen også det billede, der er videregivet i medierne. Dette afsnit giver en kort gennemgang af de to sager som et konkret bagtæppe for problematikken, der behandles i dette notat.

UfR 2023.2688 (Anne Black)

Keramikeren Anne Black driver virksomhed med produktion og salg af håndlavede keramikprodukter. Virksomhederne Roland og Salling Group havde importeret og solgt ulovlige efterligninger af tre af Anne Blacks produkter, henholdsvis en hængepotte, en vase og en lågkrukke.

Salling Group havde indkøbt 16.000 stk. af de omtvistede produkter. Ikke alle produkter var dog blevet solgt, og det fremgår af oplysningerne i sagen, at Salling Group A/S i Danmark havde haft en omsætning som følge af salget af de krænkende produkter på 358.979,20 kr. og et udbytte på 215.070,35 kr. De ulovlige produktefterligninger var tillige blevet markedsført med billeder i den landsdækkende tilbudsavis for supermarkeds kæden Netto, som blev uddelt til 1,5 mio. husstande – samt markedsført med billeder i en periode på syv uger på netto.dk's Instagram-profil. Landsretten lagde i sin afgørelse til grund, at markedsføringen i tilbudsavis og på Instagram-profil refererede tydeligt til Anne Black ApS' produkter og designunivers.

Sø- og Handelsretten fandt, at samtlige tre produktefterligninger krænkede Anne Blacks ophavsret samt endvidere var markedsført i strid med markedsføringslovens § 3. Retten fandt, at henset til antallet af solgte krænkende produkter i Sallings supermarkeder (Netto-butikker), og til at der var en høj grad af substituerbarhed mellem produkterne, måtte det antages, at salget af de krænkende produkter i Netto havde påført Anne Black ApS et betydeligt afsætningstab. Endvidere fandtes salget af de krænkende produkter at have skabt en meget betydelig markedsforstyrrelse for Anne Black ApS. På denne baggrund fandt Sø- og Handelsretten, at vederlag og erstatning kunne fastsættes skønsmæssigt til 1,5 mio. kr.

Landsretten fandt, at alle tre produktefterligninger var markedsført i strid med markedsføringslovens § 3, og at den ene af produktefterligningerne tillige indebar en ophavsretskrænkelse. Landsretten konkluderede på baggrund af den opnåede omsætning og udbyttet ved salget af de krænkende produkter og den betydelige usikkerhed vedrørende størrelsen af det tab, som Anne Black ApS havde lidt, at et samlet beløb for vederlag og erstatning kunne fastsættes til 300.000 kr.

Højesteret stadfæstede landsrettens dom for så vidt angår de stedfundne krænkelse. Med hensyn til størrelsen af økonomisk kompensation udtalte Højesteret, at der efter karakteren og grovheden af krænkelse var grundlag for at lempe det krav, der kan stilles til beviset for tabets størrelse. På grundlag af den af Anne Black dokumenterede omsætningsnedgang samt skønsmændens udtalelser om udvanding af Anne Blacks brand som følge af krænkelse, lagde Højesteret til grund, at en betydelig del af Anne Blacks omsætningsnedgang skyldtes markedsforstyrrelse og skade på Anne Blacks brand som følge af krænkelse, og fastsatte herefter skønsmæssigt en samlet erstatning på 1 mio. kr.

Sø- og Handelsrettens dom af 30. januar 2023 (Würtz)

Denne dom handler udelukkende om det økonomiske opgør i anledning af, at det tidligere ved dom var blevet fastslået, at 15 forskellige produkter (5 produkter i tre farvevarianter) krænkede ophavsretten til keramikeren Würtz' originale produkter.¹ Det blev endvidere fastslået, at der forelå en bevidst tilstræbt nærgående efterligning. Sagen er en af de relativt få eksempler på, at spørgsmålet om økonomisk kompensation er tillagt særlig opmærksomhed ved at blive udskilt i en selvstændig sag.

Rettighedshaveren rejste et krav mod de forskellige parter, der var involveret i krænkelsen, på ca. 40 mio. kr. Ved en bevissikringsforretning ved Retten i Viborg var der udarbejdet en bevissikringsrapport, hvoraf bl.a. fremgik, at der i perioden 2016-2021 var blevet solgt i alt 1.703.030 stk. af de krænkende produkter, og at den samlede omsætning herved var 57.162.278,74 kr.

Rettighedshaveren havde fremlagt en ensidigt indhentet revisorrapport, der opgjorde, hvad rettighedshaveren kunne tænkes at ville have tjent, hvis blot en mindre del af de kunder, der havde købt de krænkende produkter, i stedet havde købt de originale produkter. Det var navnlig den rapport, der lå til grund for rettighedshaverens erstatningskrav. Retten fandt imidlertid ikke, at de oplysninger, som rapporten var baseret på, var dokumenteret i en grad, der gjorde dem egnede til at indgå som noget væsentligt bevis i sagen. En revisorerklæring fra den krænkende part blev ligeledes tilsidesat, da den ikke kunne anses for at have nogen væsentlig bevisværdi.

Ved udmåling af økonomisk kompensation lagde Sø- og Handelsretten navnlig vægt på, at der var tale om en bevidst tilstræbt efterligning af værker, som havde stået på i en periode på mere end fem år. Med henvisning til bevissikringsrapporten tilkendte retten herefter et skønsmæssigt fastsat rimeligt vederlag for udnyttelse på 4 mio. kr. Retten fandt ikke, at der var godtgjort et afsætningstab, som oversteg 4 mio., da der ifølge retten ikke var et særligt stort substitutionsforhold mellem efterligningerne og de originale produkter. Der tilkendtes endvidere en skønsmæssig fastsat erstatning for markedsforstyrrelse på 2,4 mio. kr.

2. De retlige rammer

Begrebet "økonomisk kompensation" henviser i dette notat til de forskellige typer af pengekrav, som kan kræves ved krænkelse af immaterialrettigheder samt ved handlinger i strid med markedsføringsloven. I immaterialretslovgivningen er kompensationsbestemmelserne indholdsmæssigt identiske.² Rettighedshaveren har således mulighed for at kræve (1) et rimeligt vederlag for

¹ Produkterne fandtes også at være i strid med markedsføringslovens § 3, stk. 1.

² Der findes tilsvarende bestemmelser i lov om forretningshemmeligheder § 15.

udnyttelsen (vederlagskrav), (2) erstatning for den yderligere skade, som krænkelsen har medført (erstatningskrav), samt (3) godtgørelse for ikke-økonomisk skade (godtgørelseskrav). Kompensationsbestemmelserne i markedsføringsloven er noget anderledes, men har dog det til fælles med immaterialretslovgivningen, at den krænkede part har mulighed for at kræve et rimeligt vederlag for udnyttelsen. De tre typer af krav er hver især af principiel forskellig karakter, hvilket vil blive nærmere behandlet og uddybet nedenfor.

Kravene fremgår eksempelvis af ophavsretslovens § 83:

"Stk. 1. Den, som forsætligt eller uagtsomt overtræder en af de i §§ 76 og 77 nævnte bestemmelser, 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 fastsættelse af erstatning efter stk. 1, nr. 2, skal der tages hensyn til bl.a. den forurettedes tabte fortjeneste og krænkernes uberettigede fortjeneste.

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

Vederlagskrav har således hjemmel i § 83, stk. 1, nr. 1, erstatningskrav i § 83, stk. 1, nr. 2, og godtgørelseskrav i § 83, stk. 3.

De tre typer af krav kan kombineres frit,³ men giver ikke mulighed for dobbeltkompensation. Dvs. at hvis rettighedshaveren kræver et rimeligt vederlag for udnyttelsen, kan den pågældende ikke samtidig kræve erstatning for den samlede økonomiske skade. Det rimelige vederlag skal fratrækkes den samlede økonomiske skade – og der kan således blot kræves erstatning for den "yderligere" skade. Kombinationen af erstatningskrav og godtgørelseskrav vil teoretisk set aldrig kunne give anledning til dobbelterstatning, fordi de to krav kompenserer forskellige typer af skade, henholdsvis økonomisk skade og ikke-økonomisk skade.

De danske regler om kompensation ved immaterialretskrænkelser gennemfører Retshåndhævelsesdirektivets⁴ art. 13. Selvom direktivet i udgangspunktet er et minimumsdirektiv⁵,

³ Jf. EU-Domstolens dom i sag C-99/15 (Liffers).

og medlemsstaterne derfor kan vedtage nationale regler om stærkere retsmidler til gunst for rettighedshaverne, end de der fremgår af direktivet, lægger direktivet nogle begrænsninger på, medlemmernes frihed i så henseende, jf. nærmere nedenfor.

3. De generelle principper i Retshåndhævelsesdirektivet

Det fremgår af Retshåndhævelsesdirektivets⁶ art. 13, at udgangspunktet ved beregning af økonomisk kompensation er, at kompensationen skal stå i rimeligt forhold til det tab, rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen. Kompensationsbestemmelsen er således i overensstemmelse med den almindelige erstatningsret tabsorienteret.

Hverken dette udgangspunkt eller andre dele af direktivet stiller imidlertid krav om, at kompensationen skal være begrænset til rettighedshaverens tab. Dertil kommer, at direktivet som nævnt i udgangspunktet er et minimumsdirektiv, hvorved medlemsstaterne i en vis udstrækning har mulighed for at indføre retsmidler, der er gunstigere for rettighedshaverne. Der er således efter direktivet ikke noget til hinder for, at en tilkendt kompensation medfører en berigelse af rettighedshaveren, men den tilkendte kompensation må dog i medfør af direktivets art. 13, stk. 1, ikke stå i et "urimeligt forhold til det lidte tab". Ifølge direktivets art. 3, stk. 2, skal retsmidlerne blandt andet have afskrækkende virkning. Heroverfor er det imidlertid anført i direktivets præambel, at formålet med direktivets kompensationsbestemmelser ikke er "*at indføre en pligt til at fastsætte en erstatning, der har karakter af straf, men at give mulighed for en erstatning på et objektivt grundlag, hvor der samtidig tages hensyn til rettighedshaverens udgifter til f.eks. påvisning og efterforskning af krænkelsen.*"⁷

Linjerne i direktivet peger ikke entydigt i den samme retning. Der er således grænser for, hvor afskrækkende et kompensationskrav kan være, når det samtidig ikke har til formål at være pønalt og under alle omstændigheder ikke må stå i et urimeligt forhold til det lidte tab. Selvom det ikke er direktivets formål at indføre pønalt erstatning, er der ikke i direktivet umiddelbart noget, som forhindrer medlemsstaterne i at vedtage sådanne regler.

4 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

5. Jf. art. 2, stk. 1.

6 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

7 26. betragtning.

De væsentligste principper i Retshåndhævelsesdirektivet er, at retsmidlerne, herunder økonomisk kompensation, skal være **afskrækkende** og **proportionale**. Dertil kommer, at retsmidlerne:

- *ikke må være unødigt komplicerede eller udgiftskrævende,*
- *ikke indebære urimelige frister eller medføre ugrundede forsinkelser,*
- *skal være effektive,⁸*
- *skal anvendes på en sådan måde, at der ikke opstår hindringer for lovlig samhandel, og*
- *at der ydes garanti mod misbrug af dem.*

Disse almindelige principper, der er opremset i direktivets art. 3, må antages at være totalharmoserede i den forstand, at man i national ret ikke kan beslutte f.eks., at proportionalitetsprincippet ikke finder anvendelse i forbindelse med retshåndhævelsen, selvom der er tale om et minimums-direktiv.⁹ Når det så er sagt, må det antages, at medlemsstaterne har forholdsvis stor frihed til at lovgive om en for rettighedshaveren gunstigere retshåndhævelse, men dog inden for de retlige rammer, der fastsættes af principperne i art. 3, jf. EU-Domstolens dom i Sag C-367/15 (OTK), sagen er nærmere omtalt nedenfor i Del 2 om retspolitiske overvejelser.

4. Rimeligt vederlag for udnyttelsen

Reglen om, at rettighedshaveren kan kræve et "rimeligt vederlag for udnyttelsen", blev introduceret i dansk immaterialret med patentloven af 1967. Sidenhen er tilsvarende regler bliver indført i de øvrige immaterialretslove, senest ophavsretsloven af 1995. En tilsvarende vederlagsregel blev

⁸ Jf. præambelens 3. betragtning: "Uden effektive midler til at sikre håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder mindskes interessen imidlertid for innovation og kreativitet, og investeringerne vil falde. 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" samt endvidere C-367/15, præmis 21.

⁹ Se også præambelens 10. betragtning: "Formålet med dette direktiv er indbyrdes at tilnærme lovgivningerne med henblik på at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau i det indre marked."

i 2005 indført i markedsføringsloven¹⁰ og i 2018 i lov om forretningshemmeligheder,¹¹ men derudover er det ikke en kompensationsregel, der kendes fra andre retsområder. Til gengæld er det en almindelig regel i mange andre landes immaterialretslovgivning, og reglen har nu hjemmel i Retshåndhævelsesdirektivets art. 13, stk. 1, litra b. Vederlagsreglen er således ingen nyskabelse i Danmark, og implementeringen af Retshåndhævelsesdirektivet havde ikke til hensigt at ændre reglens indhold.

4.1. Vederlagsreglens formål

Patentloven fra 1967, der introducerede vederlagsreglen, blev vedtaget på baggrund af den fællesnordiske betænkning om patentlovgivning fra 1964.¹² I betænkningen er vederlagsreglen begrundet med, at den skal være en metode til vurdering af skadens størrelse. Det er forudsat i betænkningen, at "rimeligt vederlag" skal forstås som et rimeligt licensvederlag, hvilket nu udtrykkeligt fremgår af Retshåndhævelsesdirektivets art. 13, stk. 1, litra b, hvorefter de retslige myndigheder kan "... *fastsætte erstatningen til et fast beløb på grundlag af elementer, der som minimum svarer til størrelsen af de gebyrer eller afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed*"

Ved at udmåle erstatning til det, der må anses for et rimeligt licensvederlag, undgås ifølge komitéerne bag 1964-betænkningen mange af problemerne ved andre beregningsmetoder – i særdeleshed at erstatningen sættes for lavt på grund af bevisvanskeligheder. Reglen beskrives som en hjælperegulering, der fastlægger mindstebeløbet for erstatningen.¹³

Det væsentligste kendetegn ved vederlagsreglen er, at der kan tilkendes et vederlag, uden at rettighedshaveren skal godtgøre et økonomisk tab¹⁴ og derfor også kan få tilkendt vederlag, selvom rettighedshaveren faktisk ikke har lidt et tab. Det betyder, at hvis der er fastslået en krænkelse, vil der stort set altid blive tilkendt et vederlag. Dog fremgår det af praksis, at der i konkrete sager ikke tilkendes vederlag, hvis krænkelsen anses for bagatelagtig.¹⁵

10 Jf. nu markedsføringslovens § 24, stk. 3.

11 § 15.

12 "Betænkning angående nordisk patentlovgivning avgitt av samarbeidende danske, finske, norske og svenske komitéer", februar 1964.

13 Fællesnordisk betænkning om patentlovgivning, 1964, s. 336.

14 Feks. Sø- og Handelsrettens dom af 30. marts 2021, sagsnr. BS-9628/2020-SHR (Røgalarmer).

15 Feks. Sø- og Handelsrettens dom af 11. marts 2001, sag V-14/04, (Mandskabslift) og Sø- og Handelsretten i UfR 2010.1643 H (Broadcom), der dog på dette punkt blev ændret af Højesteret.

4.2. Sammenlignelig licenseringspraksis

Hvis der foreligger en relevant licenseringspraksis på området, vil vederlagsudmålingen tage udgangspunkt heri. I enkelte sager anvendes en relevant licenseringspraksis nærmest 1-til-1, som det f.eks. var tilfældet i UfR 2014.1396 H (Søkort) og UfR 2011.955 H (Arkitekttegninger). I de fleste af denne type sager anvendes en relevant licenseringspraksis imidlertid ikke direkte, men snarere som støtte for et skønsmæssigt tilkendt vederlag, jf. f.eks. Sø- og Handelsrettens dom af 15. august 2018 i sag V-41-17 (Digitale objekter og skabeloner), UfR 2012.3383 H (ELITE), UfR 2005.1438 H (TIVOLI), UfR 2014.2876 H (Tivoli-stol), UfR 2014.3428 S (Oister). Normalt foreligger der dog ikke en sammenlignelig licenseringspraksis, og vederlagsreglens ordlyd peger så som nævnt i retning af, at vederlagsudmålingen må tage udgangspunkt i en hypotetisk aftalesituation mellem parterne.

4.3. Hypotetisk aftalesituation

Hypotetiske aftalesituationer i konkrete konflikter kan selvsagt være vanskelige at konstruere.¹⁶ Dette gælder navnlig i de situationer, hvor rettighedshaveren under ingen omstændigheder ville have indgået en licensaftale, som f.eks. når rettighederne til et eksklusivt designprodukt bliver krænkede af en billig kopi i dårlig kvalitet. Under sådanne omstændigheder er det meningsløst at stille spørgsmålet om, hvad rettighedshaveren ville have krævet, hvis der hypotetisk set skulle være indgået en aftale.

Almindelige frivillige aftaler er kendetegnet ved, at begge parter har fordel af aftalen. Det er en sympatisk tankegang at anvende en sådan win-win tilgang i udmåling af økonomisk kompensation, men når den ene part oplever ulemper og ikke fordele af den hypotetiske aftale, kommer metoden til kort. Dette kan være en af grundene til, at anvendelsen af reglen er noget inkonsistent, og at domstolene i mange sager undlader at konstruere en hypotetisk aftale, men i stedet anvender vederlagsreglen som hjemmel for at tilkende en skønsmæssigt fastsat kompensation uden dokumentation for det lidte tab i traditionel forstand.¹⁷

¹⁶ Se dog forsøget i Sø- og Handelsrettens dom af 30. januar 2023, sagsnr. BS-28315/2022-SHR (Würtz-II).

¹⁷ Se i det hele Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 225 ff. Skønsmæssigt fastsat vederlag uden forsøg på at konstruere en hypotetisk aftalesituation må antages at være i overensstemmelse med Retshåndhævelsesdirektivet, jf. COM(2017) 708 final, Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, "Retningslinjer vedrørende Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF om håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, s. 5-6: "Det fremgår ..., at de retslige myndigheder har en vis skønsmargen med hensyn til udmåling af erstatning ved hjælp af [metoden med fastsættelse til et fast beløb]".

4.4. To-trinsetesten i Højesterets dom UfR 2007.1219 H (POMI)

Det vigtigste bidrag til forståelse af vederlagsreglens principielle indhold er givetvis UfR 2007.1219 H (POMI),¹⁸ hvor sagen for Højesteret alene drejede sig om erstatningsspørgsmålet og nærmere bestemt om udmåling af et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Sagen drejede sig om krænkelse af to patenter, der uretmæssigt var anvendt i landbrugsmaskiner til produktion af halmballer. Dommen er fra det patentretlige område, men må anses for principiel også i forbindelse med vederlagsreglen i den øvrige immaterialretsløvgivning samt i markedsføringsloven.

Højesteret anvendte i denne sag en to-trinsetest. For så vidt angår det første trin udtalte Højesteret i denne dom i overensstemmelse med ånden i lovbemærkningerne, at vederlaget "*... som udgangspunkt skal fastsættes, i overensstemmelse med hvad [patenthaveren] kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt*".¹⁹ Patenthaveren havde til brug for sagen fremlagt et kontraktudkast, som indebar, at der skulle betales en licensafgift i form af et fast beløb pr. kg halm i en uopsigelig periode på 15 år. Der var således ikke indgået en sådan aftale. Højesteret fandt imidlertid, at en sådan licensafgift i en uopsigelig periode på 15 år klart lå uden for, hvad markedet kunne bære.

Da Højesteret ikke mente, at det var godtgjort, hvad patenthaveren ud fra markedsforholdene med rimelighed ville have forlangt, gik Højesteret videre til andet trin. Herefter må "licensafgiften ... fastsættes ud fra den markeds-mæssige værdi af fordelene for maskinstationen ved at kunne anvende maskineri med [patenthaverens] opfindelser i stedet for andet maskineri". Da der ikke var fremlagt nærmere oplysninger til bedømmelse heraf, fastsattes licensafgiften skønsmæssigt til 5% af den anslåede værdi af den mængde halmballer, der var produceret med maskiner, der krænkede de to patenter.

Højesteret fastslog herved det vigtige princip, der forholdsvis konsekvent er fulgt i senere sager, at vederlaget skal knyttes til den markeds-mæssige værdi krænkeren opnår ved krænkelsen. Det er nærliggende at antage, at der var Højesterets tanke, at uanset, hvilket trin der bliver anvendt ved udmåling af vederlag, bør det resultere i beløb af nogenlunde samme størrelsesorden. Dette skyldes, at den værdi krænkeren opnår ved krænkelsen, stort set må svare til den pris, som rettig-hedshaveren med rimelighed kunne have forlangt, hvis der var indgået en aftale. Det forholder sig imidlertid ikke altid sådan.

¹⁸ Sagen er kommenteret i NIR 2/2008 s. 154ff. Til samme sagskompleks hører UfR 2012.3327 H, der for Højesteret, alene vedrørte spørgsmålet om, hvordan krænkerens omsætning skulle opgøres.

¹⁹ Tilsvarende i f.eks. UfR 2015.1216 H (Tanepose).

Østre Landsrets dom af 7. november 2011 (Reuters/DR), der altså er afsagt efter POMI-dommen, giver anledning til at overveje, hvor konsekvent retningslinjerne fra POMI-dommen bliver fulgt af domstolene. Landsretsdømmen drejede sig om journalister ansat hos Danmarks Radio (DR), der uretmæssigt havde brugt 19 tv-klip, hvortil nyhedsbureauet Reuters havde ophavsretten, og i 15 tilfælde var der endvidere sket genudsendelse af et af disse tv-klip. Krænkelsen var uanfægtet, og retten skulle alene tage stilling til hvilket vederlag, der tilkom Reuters i anledning af krænkelsen. Krænkelsen var sket over en 4-årig periode, og da DR anvender ca. 25 klip dagligt, udgjorde krænkelsen derfor 0,05% af det samlede antal klip, som DR viser. Reuters sælger tv-klip til nyhedsmedier med en abonnementsordning. Ved at betale et årligt abonnementsgebyr, får et nyhedsmedie ret til at anvende alle tv-klip i Reuters database. Da det årlige abonnementsgebyr var på 140.000 GBP, og krænkelseerne havde fundet sted over en periode på 4 år, krævede Reuters et "rimeligt vederlag for udnyttelsen" på $4 \times 140.000 \text{ GB} = 560.000 \text{ GBP}$ (ca. 4,9 mio. kr.). Dette beløb skulle DR have betalt, hvis der var indgået en aftale om brug af klippene, fordi Reuters ikke sælger klip enkeltvis, men udelukkende via abonnementsordningen. DR gjorde heroverfor gældende, at vederlaget skulle fastsættes til 3.000 kr. pr. klip ved førstegangsudsendelse og 1.500 kr. ved genudsendelse, i alt 79.500 kr. Dette beløb svarede til vederlaget, som landsretten havde fastsat i UfR 2002.911 Ø, der også drejede sig om uretmæssig brug af tv-klip, og havde desuden støtte i fremlagte eksempler på, at enkeltstående tv-klip var blevet solgt af forskellige tv-stationer, nyhedsbureauer m.v. for typisk mellem 2.000 og 6.000 kr., mens arkivklip i et vist omfang solgtes til reduceret pris.

Landsretten forstod forarbejderne til ophavsretsloven helt bogstaveligt. Da det heraf fremgår, at det rimelige vederlag svarer til det beløb, som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt udnyttelsen var sket efter aftale med rettighedshaveren, og da Reuters kun giver tilladelse til brug af tv-klip via abonnementsordningen, gav retten Reuters medhold og tilkendte Reuters et vederlag på ca. 4,9 mio. kr.²⁰ Det vil sige, at landsretten fandt det ikke nødvendigt at forholde sig til den værdi, som krænkeren opnåede ved krænkelsen, fordi det ville have været muligt at indgå aftale om den krænkende brug. Dermed fandt landsretten tilsyneladende ikke, at anvendelsen af hver af de to trin i POMI-dommen nødvendigvis bør føre til beløb af nogenlunde samme størrelsesorden.

4.5. Tendensen i retspraksis

I de fleste krænkelsessager, hvor der tilkendes et rimeligt vederlag for udnyttelsen, tilkendes det

20 Københavns Byret var i sin dom af 20. januar 2010 kommet til det samme resultat. DR søgte en tredjeinstansbevilgning, der imidlertid blev afslået.

som et skønsmæssigt fastsat samlet beløb, der også inkluderer erstatning. Det er dog ikke usædvanligt, at et rimeligt vederlag tilkendes som et skønsmæssigt fastsat beløb, der tilkendes ved siden af et erstatningsbeløb.

I de sager, hvor domstolene i dommens begrundelse gør sig nærmere overvejelser om udmåling af erstatning – udover blot at fastslå, vederlaget skønsmæssigt må fastsættes til X kr. - er tendensen, at domstolene udmåler vederlaget som en nærmere bestemt procentsats af krænkerens omsætning af de krænkende produkter. Selvom der også ved den sidstnævnte metode kan være stor usikkerhed om de faktiske økonomiske og markeds-mæssige forhold, har metoden den praktiske fordel, at det som regel tydeligere fremgår, hvad der har været afgørende for det tilkendte vederlag.

Vederlagsreglen er en horisontalt virkende regel, idet den principielt skal forstås på samme måde i forbindelse med krænkelse på de forskellige immaterialretsområder og i markedsføringsretten, og den skal i princippet også forstås på samme måde uafhængigt af typen af rettighedskrænkelser – f.eks. inden for ophavsretten skal reglen forstås på samme måde, uanset om der er tale om en ulovlig kopiering, ulovlig parallelimport eller ulovlig privatkopiering. Retspraksis viser imidlertid, at vederlagsreglens faktiske virkning eller effekt er forskellig i forbindelse med forskellige krænkelsestyper.

Da immaterialretten beskytter en lang række forskelligartede frembringelser, da de enkelte krænkelsessituationer kan være meget forskellige, og da begge disse forhold påvirker størrelsen af et rimeligt vederlag, kan der ikke, og bør der ikke kunne udfindes en generel procentsats, der i alle typer af immaterialretssager kan anvendes til beregning af et rimeligt vederlag. I sager om ulovlig parallelimport af lægemidler er der imidlertid en fast praksis for, at der tilkendes et vederlag på 5 % af parallelimportørens omsætning af de krænkende produkter.²¹ Selvom rettighedshaveren opnår indtægter ved parallelimportørens salg, er denne praksis kompensationsorienteret, da der er en klar formodning for, at rettighedshaveren lider skade ved den ulovlige parallelimport, navnlig skade i rettighedshaverens autoriserede distributionssystem.

I andre typer af krænkelsessager er det heller ikke unormalt, at det rimelige vederlag for udnyttelsen udmåles til 5% af krænkerens omsætning.²²

²¹ For eksempel U 2010.2213 H (Veterinærlægemiddel).

²² Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 11. april 2014, sagsnr. V-34-13 (Eau de Cologne), Sø- og Handelsrettens dom af 12. marts 2014, sagsnr. V-91-11 (Pressalit), UfR 2012.256 H (Termokande), Sø- og Handelsrettens dom af 27-04-2011 sagsnr. V-86-10 (KÆMPE LÆSKE), UfR 2008.2647 SH (Varerumsadskillelse).

I visse sager ansættes vederlagsniveauet noget (men ikke markant) højere. Det kan f.eks. ske i sager om krænkelse af særligt velkendte varemærker samt i sager om særligt grove eller omfattende krænkelse.²³

4.5.1. Rimeligt vederlag for varer, som endnu ikke er bragt på markedet

I sager, hvor de krænkende produkter ikke er blevet solgt på markedet, eller hvor kun en mindre del af de krænkende produkter er blevet solgt, giver det ikke god mening at beregne vederlaget som en procentdel af krænkerens omsætning, fordi krænkeren ikke vil have en omsætning eller kun have en ganske beskedne. Hvis de krænkende produkter endnu ikke er bragt i omsætning, vil der heller ikke være lidt et økonomisk tab, og rettighedshaveren vil således heller ikke kunne kræve erstatning. Derfor spiller vederlagsreglen en afgørende rolle i disse sager.²⁴

Der er gode grunde til at tilkende et vederlag for udnyttelsen i sager, hvor krænkende produkter endnu ikke er bragt i omsætning, idet vederlagskravet bør følge krænkelsen og ikke tabet.²⁵

I Sø- og Handelsretten har der i en periode været en tilsyneladende konsistent praksis, hvorefter der i en bestemt type krænkelsessager tilkendes et vederlag på 25 % af salgsprisen for originalproduktet. Det drejer sig om sager med varemærkeforfalskede luksusprodukter, hvis frigivelse blev suspenderet af toldmyndighederne i medfør af reglerne i Toldforordningen,²⁶ dvs. i sager hvor de retsstridige produkter aldrig kom på markedet.²⁷ Denne metode resulterede i særdeles høje vederlagsbeløb.

Denne praksis for Sø- og Handelsretten blev imidlertid forladt i 2012. Herefter har Sø- og Handelsretten i denne type sager tilkendt vederlag, der afspejler de krænkende produkters værdi. I Sø- og Handelsrettens dom af 2. marts 2012, sagsnr. V-11-11 (Rolex) vedrørende tre varemærkeforfalskede og piratkopierede ROLEX-ure fastsattes vederlaget således: "*Ud fra et skøn over, hvad [sagsøgte] kunne have solgt de 3 Rolex-kopi ure for, fastsættes vederlaget til 1.500 kr.*"²⁸

23 UfR 2017,3607 S (Håstens), UfR 2014,2876 H (Tivoli-stolen), UfR 2012,2693 H (Sko) og UfR 2012,2706 H (PUMA).

24 F.eks. Sø- og Handelsrettens dom af 12. november 2007, sagsnr. V 38-06 (CANADA GOOSE).

25 Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 237 ff.

26 Rådets forordning nr. 608/2013 af 12. juni 2013.

27 Sø- og Handelsrettens dom af 4. maj 2006, sagsnr. V-11-05 (CHANEL/VUITTON), Sø- og Handelsrettens dom af 24. oktober 2006, sagsnr. V-21-05 (ROLEX), Sø- og Handelsrettens dom af 5. maj 2009, sagsnr. V-90-07 (GUCCI). 25% af originalprodukternes pris var dog retningsgivende i Se dog Sø- og Handelsrettens dom af 1. november 2016 sagsnr. V-33-15 (LAB Gruppen), der fremstår som en anomali.

28 Jf. også Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2012, sagsnr. V 51 11 (HUBLOT), se nærmere hos Thomas Riis, "De økonomiske sanktioner vederlag, erstatning og godtgørelse" i Ryberg, Kragelund & Lavesen "Sanktioner og håndhævelse. Dansk Immaterialret II", 2015, s. 34-35.

Denne metode har også hjemmel i tidligere Højesteretspraksis, se f.eks. UfR 2011.3451 H (Knivserie), hvor Højesteret udtalte: "*Ud fra et skøn over, hvad [A] kunne have solgt de 8.796 Royal-knive for, tiltræder Højesteret, at vederlaget til Rosendahl i medfør af ophavsretslovens § 83 er fastsat til 200.000 kr.*" Den praksis følges dog ikke konsekvent. I Sø- og Handelsrettens dom af 8. november 2017, sagsnr. V-67-16 (HUMMEL) tilkendtes udelukkende vederlag (og altså ikke erstatning), som blev opgjort til 50.000 kr., selvom retten lagde til grund, at krænkeren havde haft en omsætning i den forbindelse på ca. 155.000 kr. Dertil kom, at et større antal af de krænkende bukser endnu ikke var blevet solgt.

4.6. Overvejelser

Det er svært at sige noget entydigt om, hvilke metoder og principper der gælder for tilkendelse af et rimeligt vederlag for udnyttelsen. I de sager, hvor domstolene udmåler et vederlag, der udgør 5-10% af krænkerens omsætning, synes domstolenes rationale at være en hypotetisk aftale eller en skønsmæssig vurdering af, krænkerens fordel af krænkelsen. Dette fremstår som en diskrepans i forhold til dommene vedrørende krænkende varer, der ikke er kommet på markedet, og hvor vederlaget udmåles i overensstemmelse med de krænkende produkters værdi. I den førstnævnte type af sager tilkendes typisk også erstatning for økonomisk tab. Dette er ikke tilfældet i den sidstnævnte type af sager, så måske prøver domstolene at kompensere for den manglende erstatning ved at anvende et mere gunstigt princip for udmåling af vederlag. Det må dog nok også tages i betragtning, at krænkelsens karakter kan spille ind på vederlagsudmålingen. Det vil således være naturligt, at domstolene tog hensyn til, hvor stor en del af produktet der kan henføres til krænkelsen. I sager om varemærkekrænkelser er selve produktet ikke ulovligt og ville derfor lovligt kunne sælges, hvis det var påført et andet varemærke. I modsætning hertil er stort set alle elementer i et varemærkeforfalsket og piratkopieret luksus-ur ulovlige, og der er ikke meget tilbage i kopi-uret, der lovligt vil kunne sælges.²⁹ Dette ville kunne forklare resultatet i Sø- og Handelsrettens dom af 8. november 2017, sagsnr. V-67-16 (HUMMEL), der vedrørte en varemærkekrænkelser.

5. Erstatning

I overensstemmelse med den almindelige erstatningsret er formålet med erstatningskrav ved immaterialretskrænkelser at genoprette den skete skade. Tanken er således den, at et pengebeløb hypotetisk set skal stille den skadelidte, som om skaden ikke var sket. Dette forudsætter, at

²⁹ Se om denne "apportionment"-problematik hos Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 252-253.

skaden rent faktisk kan ansættes til et pengebeløb, hvilket ikke altid er tilfældet. I den almindelige erstatningsretlige teori er dette problem søgt løst ved hjælp af sondringen mellem økonomisk og ikke-økonomisk skade. Økonomisk skade beskrives almindeligvis som den skade, der kan vurderes i penge efter en almen, objektiv målestok som for eksempel en tings anskaffelsesværdi, reparationsudgifter og lignende. En almen, objektiv målestok indebærer, at forskellige personer vil nå frem til nogenlunde det samme beløb, når skaden skal opgøres.

Heroverfor refererer ikke-økonomisk skade til skade, der ikke kan vurderes i penge efter en objektiv målestok, og eksemplificeres med blandt andet fysiske og sjælelige lidelser og følelseskrænkelser. Den skade, der normalt opstår som følge af immaterialretskrænkelser, er almindelig formueskade – det vil sige skade, der rammer formuen i almindelighed og opstår uden sammenhæng med, at der er nogen, som lider person- eller tingsskade – det er kendetegnende for almindelig formueskade, at den normalt er meget vanskelig at opgøre til et bestemt pengebeløb. Og man kan spørge, om almindelig formueskade i det hele taget kan vurderes efter en almen, objektiv målestok? Selvom der ikke findes et klart og entydigt svar på dette spørgsmål, tilkender domstolene rutinemæssigt erstatning for sådan skade. Domstolene har således anerkendt, at denne skadetype er af økonomisk karakter, men er til gengæld på grund af den væsentlige usikkerhed, der er forbundet med tabets størrelse, tilbøjelige til at udmåle relativt beskedne beløb.

Ved en immaterialretskrænkelser antages rettighedshaverens tab almindeligvis at kunne omfatte tre forskellige poster: (1) afsætningstab, (2) tab som følge af markedsforstyrrelse og (3) andre tab. Denne opdeling er en praktisk anvendelig systematik, der er oparbejdet i doktrinen.

5.1. Afsætningstab

Det af rettighedshaveren liddet tab vil til dels bero på den afsætning, rettighedshaveren har mistet på grund af krænkelsen. Når der ikke er et konkurrenceforhold mellem rettighedshaveren og krænkeren, giver det ikke umiddelbart mening at påstå et afsætningstab. Afsætningstabets opfattelse som en på opgørelsestidspunktet allerede opstået reduktion i rettighedshaverens afsætning som følge af krænkelsen. I tilfælde af en krænkelse vil rettighedshaveren normalt også opleve et afsætningstab i fremtiden. Dette kan karakteriseres som et tab som følge af markedsforstyrrelse. Sondringen mellem afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelse bør nok ikke knyttes entydigt til historisk kontra fremtidigt afsætningstab.³⁰ Det er nok mere korrekt at sige, at afsætningstabets er det tab, der er tilstrækkeligt konkretiseret til, at domstolen vil anerkende det

30 Jf. Rasmus Arler Bogetoft, "Substitutions- og præferenceskade. En alternativ forståelse af tabsposterne afsætningstab og markedsforstyrrelse", NIR 2021, s. 391-418.

på afgørelsestidspunktet som tab af afsætning, mens andre ikke-konkretiserede tab skal karakteriseres som tab som følge af markedsforstyrrelse, og forventet fremtidig mistet afsætning må anses for den væsentligste komponent heri.

Afsætningstabets opgøres ved først at anslå omfanget af den afsætning, rettighedshaveren har mistet som følge af krænkelsen, og dernæst multiplicere den mistede afsætning med den indtjening, som rettighedshaveren er gået glip af for hvert ikke-solgt produkt.

Umiddelbart er der to metoder til at anslå omfanget af rettighedshaverens mistede afsætning. For det første kan man tage udgangspunkt i omsætningen af de krænkende produkter. Problemet med denne metode er, at det ikke uden videre kan fastslås, at for hvert solgt krænkende produkt, har rettighedshaveren mistet salget af et originalprodukt – det beror på substitutionsforholdet mellem produkterne. For det andet kan man se på den omsætningsnedgang, rettighedshaveren måtte have haft i den periode, hvor krænkelsen har fundet sted. Problemet med denne metode er, dels at rettighedshaveren ikke nødvendigvis har haft en omsætningsnedgang, og dels at en omsætningsnedgang kan skyldes mange andre forhold og derfor normalt ikke kan henføres fuldt ud til krænkelsen.

Der er ofte usikkerhed med hensyn til substitutionsforholdet mellem rettighedshaverens og krænkerens produkter, og denne usikkerhed udtrykkes hyppigt i udsagn om, at markedsfortrængning ikke har fundet sted i samme omfang som salget. Det størst tænkelige substitutionsforhold indebærer, at for hvert produktexemplar krænkeren sælger, mister rettighedshaveren salget af et produktexemplar (markedsfortrængning én til én (1:1)). Ved et lavt substitutionsforhold udgør rettighedshaverens mistede salg blot en mindre andel af krænkerens faktiske salg.

Markedsfortrængning 1:1 forekommer principielt kun, hvis de to produkter opfattes som ensartede og sælges til samme pris.³¹ Er krænkerens pris lavere end rettighedshaverens, indebærer det, at krænkerens salg ikke er identisk med rettighedshaverens mistede salg, idet krænkeren i så fald kan sælge til aftagere med en betalingsvillighed, der er lavere end rettighedshaverens pris. I UfR 2009.1018 H (BURBERRY) fandt Højesteret, at der på grund af prisforskellen ikke var et konkurrenceforhold, selvom parternes produkter var af samme art og lignede hinanden:

³¹ Som eksempler på domme, hvor domstolene angiveligt antager, at der foreligger markedsfortrængning 1:1, se UfR 2003.694 SH (Møbelgreb), UfR 1999.1061 SH (Ølarmatur), FED 1997.1362 (Tripp Trapp-1.) U 1991.216/1 Ø (Videogrammer), og U 1983.976 Ø (Scan Video). Se også Sø- og Handelsrettens dom af 9. maj 2016, sagsnr. V-31-15 (Øreringe), hvor retten bl.a. udtaler: "...under et skøn over substitutionsgraden, som henset til parternes forskellige priser og markedsføring samt markedet i øvrigt ikke har været 1 til 1, men dog væsentlig ...".

"Burberry Ltd.'s punge [rettighedshaveren] med Burberrys 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 Burberrys figurmærke, som Zebra A/S' Tiger-forretninger solgte for 20 kr. [krænkeren]. De to produkter må antages at have så forskellige målgrupper, at det har formodningen mod sig, at salg af den billige pung i Tiger-forretningerne kan substituere Burberrys salg af eksklusive punge. Burberry har endvidere ikke fremlagt oplysninger om faldende salg af punge. Der er herafter ikke grundlag for at antage, at Burberry har lidt et tab som følge af mistet afsætning, og der kan derfor ikke tilkendes Burberry erstatning for afsætningstab."³²

Forskellige kommercielle og markeds-mæssige forhold har betydning for bedømmelsen af markedsfortrængning og kan begrunde, at markedsfortrængning har været mindre end 1:1, selvom produkterne er ligeartede.

I praksis er følgende anført til støtte for en reduceret grad af markedsfortrængning:

- (1) forskellige salgskanaler og kundekreds³³
- (2) forholdsmæssig lavere pris for krænkerens produkt³⁴
- (3) goodwill og renommé knyttet til rettighedshaverens produkt, når forbrugerne er i stand til at skelne mellem rettighedshaverens og krænkerens produkter³⁵

³² Se tilsvarende i UfR 1979.388 V (Den lille havfrue).

³³ For eksempel Sø- og Handelsrettens dom af 30. januar 2023, sagsnr. BS-28315/2022-SHR (Würtz-II), UfR 2000.212 S (Mag-Lite), UfR 1998.1189 S (CLASSIC), UfR 2004.1085 H (Montana) og UfR 2007.2713 SH (MP3-afspiller).

³⁴ I UfR 2014.2497 S (Interior Addict) udtalte retten: "henset til den store prisforskel, der er mellem kopi og originalprodukterne - særligt for så vidt angår de dyreste produkter - findes substituerbarheden at være relativ lav, men da prisforskellen på de mindre dyre produkter ikke er markant, har det formodningen for sig, at der er substituerbarhed". Se endvidere Sø- og Handelsrettens dom af 30. januar 2023, sagsnr. BS-28315/2022-SHR (Würtz-II), Sø- og Handelsrettens dom af 20. maj 2014, sagsnr. V-63-12 og V-64-12 (Kopimøbler), UfR 2012.2706 H (PUMA-sko), UfR 2011.2736 H (Tripp Trapp-III), UfR 2007.2713 S (MP3-afspiller), UfR 2000.212 S (Mag-Lite) og UfR 2004.1085 H (Montana) (vedrørende markedsføringsloven § 1). En forholdsmæssigt lavere pris på krænkerens produkt tillagdes dog ingen betydning i FED 1997.1362 (Tripp Trapp-1): "Uanset den betydelige prisforskel, der var mellem de to produkter, må det efter oplysningerne om sagsøgerens markedsposition antages, at sagsøgerens salg er blevet formindsket med et næsten tilsvarende antal, som sagsøgte har solgt."

³⁵ UfR 2012.2706 H (PUMA-sko) og UfR 2000.212 S (Mag-Lite).

Rettighedshaverens omsætningsnedgang påberåbes blandt andet for at sandsynliggøre et lidt tab – nogle gange med held, andre gange uden. En omsætningsnedgang i krænkelsesperioden skal ses i sammenhæng med eventuelt faldende markedsconjunkturer, der normalt vil betyde, at blot en mindre del af omsætningsnedgangen kan henføres til krænkelsen. Se for eksempel UfR 1994.147/2 SH (TORDENSKJOLD), hvor der var sket en krænkelse af det kendte TORDENSKJOLD-varemærke for tændstikker, og det blev oplyst, at markedet for tændstikker havde været faldende med 6-10 % årligt på grund af øget salg af lightere.³⁶

Når rettighedshaverens omsætningsreduktion som følge af krænkelsen er fastslået, kan den lidte skade opgøres som rettighedshaverens mistede omsætning i antal styk multipliceret med rettighedshaverens fortjeneste pr. enhed, typisk dækningsbidraget. Dækningsbidraget defineres som salgsprisen fratrukket de totale variable omkostninger – således er dækningsbidraget den del af indtjeningen, der er tilbage til dækning af de faste omkostninger. Dette er i overensstemmelse med det almindelige princip om, at erstatning skal udmåles på grundlag af rettighedshaverens mistede afsætning fratrukket de omkostninger, som rettighedshaveren måtte have sparet herved, det vil sige typisk de variable omkostninger.

5.2. Tab som følge af markedsforstyrrelse

Begrebet markedsforstyrrelse henviser til anden skade i relation til kundekredsen end rettighedshaverens faktisk mistede afsætning. At en krænkelse ofte har sådanne videregående skadevirkninger, har en intuitiv appel, men er vanskelig at konkretisere. Den type af skader, der normalt tænkes på, er udnyttelse af eller skade på rettighedshaverens goodwill samt mere indirekte skadevirkninger, som kan anses for følgeskader – det vil sige skader, der ikke er snævert knyttet til den immaterialretligt beskyttede genstand, men til andre dele af rettighedshaverens virksomhed for eksempel et distributions- eller markedsføringsystem.

Tab som følge af markedsforstyrrelse er ubestemt og i vid udstrækning fremadrettet. Alternativt kan markedsforstyrrelse beskrives som skade på rettighedshaverens kundekreds. Der sigtes hermed til tilfælde, hvor krænkelsen har medført, at rettighedshaverens markedsandel er reduceret – denne reduktion udgør rettighedshaverens afsætningstab. Efterfølgende, når krænkelsen er bragt til ophør, kan rettighedshaveren ikke forvente, at markedsandelen uden videre genskabes, da det

³⁶ Se også UfR 1992.909 S (Superellipsebord) og UfR 1984.444 H (MAXI II) vedrørende betydningen af markedsconjunkturer. I Sø- og Handelsrettens dom af 10. januar 2014, sagsnr. V-58-12 (Polo shirts) afvistes erstatning for afsætningstab med henvisning til, at rettighedshaveren havde haft en stigende omsætning, også i den periode hvor krænkeren solgte de varemærkeforfalskede polo shirts.

vil kræve en ekstra indsats af rettighedshaveren at få genopbygget kundekredsen.³⁷ Tabet vil således kunne tage form af et forventet fremtidigt afsætningstab, der som sådan vil have en indirekte og abstrakt karakter.³⁸

Selv i teorien er det vanskeligt at opstille kriterier til at fastsætte størrelsen af tab som følge af markedsforstyrrelse. Domstolene vil typisk kræve ganske stærke holdepunkter for, at den erstatningssøgende part er gået glip af en fremtidig fortjeneste. Det karakteristiske for tabsposten markedsforstyrrelse er, at den erstatningssøgende ikke kan henvise til konkrete forventede fremtidige transaktioner, der på grund af krænkelsen ikke bliver gennemført. Tabet er derfor af abstrakt beskaffenhed og kan strengt taget ikke dokumenteres i traditionel forstand, men alene sandsynliggøres i højere eller mindre grad. Dette afspejler sig i retspraksis. Domstolene i dag kan ikke siges at være uvillige til at anerkende markedsforstyrrelse som en erstatningsberettigende skade, men angiveligt på grund af bevisets stilling og dermed en frygt for at tabets abstrakte karakter kan få vide konsekvenser, udmåles beløbet normalt på et beskedent niveau.

Det centrale normative kriterium for størrelse af en erstatningspost vedrørende tab som følge af markedsforstyrrelse bør være krænkelsens synlighed i den relevante kundekreds.³⁹ Har eksempelvis en ophavsretskrænkende produktefterligning været eksponeret i reklamer bragt i landsdækkende fjernsyn, er markedsforstyrrelsen sandsynligvis forholdsvis stor, sammenlignet med en krænkelse, der alene har været synlig for en forholdsvis begrænset kundekreds på et snævert erhvervsmæssigt marked. I sidstnævnte tilfælde vil rettighedshaveren over for de enkelte kunder relativt let kunne genoprette skaden uden de store omkostninger.

5.3. Andre tab

Andre tab end afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelse vedrører primært interne omkostninger som for eksempel rettighedshaverens udgifter til konstatering af krænkelsen og dens omfang (for eksempel prøve køb, laboratorieundersøgelser, revisor- og anden teknisk bistand). Se til eksempel UfR 2001.1572 V (Links til MP3-filer) ("*... tab som følge af ... øgede*

³⁷ For eksempel UfR 1991.216/1 Ø (Videogrammer) og UfR 1983.976 Ø (Scan Video).

³⁸ I UfR 1994.671 H (Kroken) udtalte Sø- og Handelsretten "at skadevirkningen for sagsøgerne af sagsøgtets handlemåde må antages at ville vedvare i et vist omfang i hvert fald i en periode, efter at markedsføringen af "Apollo" [den retsstridige produktefterligning] er ophørt". Selvom udtrykket "markedsforstyrrelse" ikke anvendes, er det utvivlsomt det, der refereres til.

³⁹ Jf. for eksempel UfR 2014.2497 S (interior Addict) "Eksponeringens omfang bevirker, at det må lægges til grund, at der har været en vis markedsforstyrrelse på sagsøgernes markeder", og UfR 2009.1018 H (BURBERRY): "Højesteret finder endvidere, at den store spredning af krænkende punge har medført en sådan eksponering, at Burberry har krav på erstatning for markedsforstyrrelse." Se også Sø- og Handelsrettens dom af 30. januar 2023, sagsnr. BS-28315/2022-SHR (Würtz-II), Sø og Handelsrettens dom af 20. maj 2014, sagsnr. V-63-12 og V-64-12 (Kopimøbler) og Sø og Handelsrettens dom af 21. august 2015, sagsnr. V-39-14 (SUPERDRY).

*kontrolomkostninger”)*⁴⁰, UfR 2011.1736 H (Spredning af musikværker): (*”Højesteret finder imidlertid, at det er tilstrækkeligt sandsynliggjort, at A’s krænkelse har medført en vis markedsforstyrrelse, og at rettighedshaverne med rette har afholdt kontroludgifter.”*)⁴¹

Det fremgår af præamblen til Retshåndhævelsesdirektivet, at der ved udmåling af et rimeligt vederlag for udnyttelsen kan tages hensyn til rettighedshaverens udgifter til f.eks. påvisning og efterforskning af krænkelsen.⁴² Denne betragtning strider mod rationalet bag vederlagsreglen, der er baseret på idéen om en hypotetisk aftalesituation, og i en sådan situation vil man naturligvis ikke inddrage udgifter til påvisning og efterforskning af krænkelsen. Traditionen i dansk retspraksis med at udskille disse udgifter til en selvstændig erstatningspost, som i øvrigt normalt vil være ganske let at dokumentere, er derfor mere logisk og skaber en klarere forståelse af, hvorledes den samlede økonomiske kompensation fremkommer.

5.4. Krænkerens uberettigede fortjeneste

Ifølge immaterialretslovgivningens kompensationsbestemmelser skal der ved fastsættelse af erstatning for den skete skade endvidere tages hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste. Krænkerens uberettigede fortjeneste som et moment, der skal tages hensyn til, var en formel nyskabelse, som blev introduceret med Retshåndhævelsesdirektivet. Også i tidligere praksis har domstolene i nogle tilfælde skelet til krænkerens uberettigede fortjeneste. Selvom domstolene nu oftere henviser til krænkerens fortjeneste, efter at dette er blevet et formelt moment i erstatningsudmålingen, er det vanskeligt at vurdere den reelle betydning heraf. UfR 2012.107 H (Transformers) drejede sig om krænkelse af forretningskendetegn. Under hensyn til omsætningen af de krænkende produkter tilkendte Sø- og Handelsretten et vederlag på 100.000 kr. samt erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse på 150.000 kr. Eftersom sagsøgeren ikke havde dokumenteret et afsætningstab eller andet tab, fastsattes erstatningen med udgangspunkt i sagsøgtes uberettigede fortjeneste, som i den konkrete sag kunne beregnes til i alt 196.000 kr. Dommen blev stadfæstet af Højesteret blandt andet med henvisning til krænkerens uberettigede fortjeneste. Selvom hverken Sø- og Handelsretten eller Højesteret begrunder erstatningsbeløbet nærmere, og selvom den samlede tilkendte kompensation på 100.000 kr. + 150.000 kr. overstiger krænkerens fortjeneste, må dommen forstås som et eksempel på, at domstolene bruger krænkerens

⁴⁰ Og tilsvarende i UfR 2005.60 V (Divxit).

⁴¹ Jf. UfR 1997.1546 V (NCB). Se nærmere hos Andersen, Niels M., Aly Carlquist & Anders Rubinstein: Rets-håndhævelse af immaterialrettigheder” (2006), s. 482f. og Skovbo, Eva Aaen: Erstatning for ophavsretlige krænkelse (2005) s. 344f.

⁴² Jf. C-367/15 (OTK), præmis 30.

uberettigede fortjeneste som støtte for at udmåle det økonomiske tab i den øvre ende af skalaen.⁴³ I UfR 2009.1018 H (BURBERRY) tilkendtes et rimeligt vederlag på 100.000 kr. med udtrykkelig henvisning til krænkerens samlede omsætning af de krænkende produkter på 340.000 kr. Ifølge varemærkelovens § 43, stk. 2, og Retshåndhævelsesdirektivets art. 13(1)(a), er krænkerens uberettigede fortjeneste et moment i erstatningsudmålingen – ikke i fastsættelsen af rimeligt vederlag – hvilket understøtter synspunktet om, at domstolene ikke finder det nødvendigt med udtrykkelig hjemmel for at tage hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste eller uberettigede omsætning ved udmåling af kompensation i anledning af immaterialretskrænkelser. I øvrigt fremstår det i denne konkrete sag som om, at hensynet til krænkerens uberettigede fortjeneste snarere har påvirket det tilkendte vederlag i nedadgående retning end i opadgående, under hensyn til at det udmålte vederlag forekommer ganske beskedent sammenlignet med vederlag i andre varemærketviser. Skønt det så vidt vides aldrig har været intentionen, at hensynet til krænkerens uberettigede fortjeneste skulle påvirke erstatningskravet i nedadgående retning, kan dette næppe anses for at være i strid med bestemmelserne i Retshåndhævelsesdirektivet og i immaterialretslovene med de gældende formuleringer.⁴⁴

I Sø- og Handelsrettens dom af 15. august 2018 i sag V-41-17 om digitale objekter og skabeloner brug for digitalt design af huse og andre bygninger udmålte der et rimeligt vederlag for udnyttelsen, der modsvarede det forventelige honorar til medarbejdere, som krænkeren havde sparet ved den uretmæssige brug af de pågældende digitale objekter og skabeloner. Sparede omkostninger må anses for en komponent i krænkerens uberettigede fortjeneste.

5.5. Bevisbyrden

Som berørt flere gange ovenfor er der ifølge sagens natur stort set altid usikkerhed forbundet med det tab, som rettighedshaveren rent faktisk har lidt. Dette betyder, at det også er vanskeligt for rettighedshaveren at dokumentere det lidte tab, og nogle typer af tab er som nævnt umulige at dokumentere i traditionel forstand. Derfor har det afgørende betydning, hvor tung en bevisbyrde rettighedshaveren skal løfte. Det er vanskeligt at udlede noget entydigt af retspraksis herom. Men antagelsen må være, at domstolene er påvirket af det skandinaviske erstatningsret indarbejde princip om, at skadelidte ikke bør opnå en berigelse ved den tilkendte erstatning. Dette vil betyde, at

43 Det samme var tilsyneladende tilfældet i Sø og Handelsrettens dom 9. maj 2016, sagsnr. V-31-15 (Øreringe). Se også UfR 2015.3932 H (Cykelhjelme), UfR 2015.869 H (Geographical Norway) og Sø- og Handelsrettens dom af 9. september 2016, sagsnr. V-88-15 (Pusletaske).

44 Dommen er kommenteret af Hanne Kirk Deichmann i NIR 2010, s. 177ff, og er et eksempel på en dom, hvor man nok med rette kan kritisere Højesteret for at have været for tilbageholdende i udmålingen af kompensation. Se også byrettens begrundelse i UfR 2005.1019 V (Tv-transmitteret boksekamp).

domstolene ved tvivl vil være tilbageholdende med at tilkende erstatning. Dette berigelsesforbud behandles nærmere nedenfor i Del 2.

I den nylig afsagte højesterets dom vedrørende ulovlige efterligninger af visse af keramikeren Anne Blacks produkter udtalte Højesteret, at karakteren og grovheden af krænkelsen giver grundlag for at lempe det krav, der kan stilles til beviset for tabets størrelse. I sagen lagde retten til grund, at krænkelsen i hvert fald måtte anses for groft uagtsom.⁴⁵ Højesteret kommer ikke nærmere ind på denne sammenhæng mellem erstatningens subjektive betingelse og bevisbyrden, men det er nærliggende at forstå dommen således, at Højesteret ved højere grader af tilregnelser lægger yderligere vægt på erstatningens præventive funktion.

En anden problematik, der knytter sig til bevisbyrden, er, at de skadelidte rettighedshavere i visse sager afstår fra at prøve at dokumentere det lidte tab sandsynligvis af frygt for at afsløre egne forretningshemmeligheder. Denne problematik er på et andet område adresseret i lov om forretningshemmeligheder §§ 6 og 7 om beskyttelse af forretningshemmeligheder under en retssag. Bestemmelsen er asymmetrisk i den forstand, at den kun giver en særlig beskyttelse af den sagsøgende indehaver af forretningshemmeligheder og altså ikke af modpartens forretningshemmeligheder. Endvidere er det vurderingen, at denne beskyttelse af forretningshemmeligheder under en retssag ikke er særlig effektiv.⁴⁶

5.6. Godtgørelse for ikke-økonomisk skade

Bestemmelserne om godtgørelse for ikke-økonomisk skade ved andre immaterialretskrænkelser end ophavsretskrænkelser blev indført i dansk ret med implementeringen af Retshåndhævelsesdirektivet i 2005.⁴⁷ Tanken om godtgørelse for ikke-økonomisk skade ved krænkelse af industrielle rettigheder er ny i Danmark og giver anledning til tvivl om godtgørelsesmulighedens praktiske betydning. Som allerede nævnt er godtgørelseskrav forbundet med situationer, hvor det ikke giver mening at opgøre skaden til en økonomisk værdi, det vil sige skadestyper, der ikke er af økonomisk karakter.

På ophavsrettens område har der i årtier været mulighed for tilkendelse af godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Ofte (men langt fra udelukkende) er en sådan godtgørelse blevet tilkendt på

⁴⁵ UfR 2023.2688 H (Anne Black).

⁴⁶ Thomas Riis & Jens Schovsbo, "Lov om forretningshemmeligheder – med kommentarer", 2019, s. 160 ff.

⁴⁷ Retshåndhævelsesdirektivet gav mulighed for at ophæve den formelle sondring mellem økonomisk og ikke-økonomisk skade, således at ikke-økonomisk skade kunne indgå som et moment i den almindelige immaterialretlige erstatningsregel på lige fod med krænkerens uberettigede fortjeneste. Denne løsning valgtes imidlertid ikke i Danmark.

baggrund af droit moral-relaterede synspunkter,⁴⁸ hvilket omfatter tilkendelse af godtgørelse, hvor efterligningen er af ringe kvalitet sammenlignet med originalen. Selvom reglen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade (modsat tidligere) er fakultativ, forekommer retspraksis herom ikke at være konsekvent, og det er særdeles vanskeligt at forudse, for eksempel hvor store kvalitetsforskelle der skal være tale om, for at en godtgørelse er berettiget. Markedsføringen af ulovlig efterligning, der krænkede ophavsretten til forskellige brugsartikler (hundeskal, opvaskebørste og skohorn) i UfR 2009.1789 H (Koziol) måtte ifølge SØ- og Handelsretten antages at have medført *"en betydelig skade på den position som koziol [sagsøgeren] har designmæssigt, en skade som til dels må anses for at være af ikke økonomisk karakter"*. Højesteret fandt uden nærmere begrundelse, at der desuagtet ikke var grundlag for at tilkende godtgørelse for denne ikke-økonomiske skade. Derimod tilkendte landsretten i UfR 2005.1019 V (Tv-transmitteret boksekamp) godtgørelse for ikke-økonomisk skade i anledning af visning af en tv-transmitteret boksekamp i en restauration. Landsretten angiver ikke nogen særlig begrundelse for godtgørelseskravet, og tilkendelse af godtgørelsen synes ikke i særlig grad at hvile på droit moral-relaterede synspunkter. Det samme gælder godtgørelsen i UfR 2022.2530 Ø (Plant Box), der både vedrørte en ophavsrets- og designretskrænkelse. Tilsvarende findes der også sager om ophavsretskrænkelse, hvor rettighedshaveren har påstået godtgørelse, men hvor dette afvises uden nærmere begrundelse.⁴⁹

I et antal domme om ulovlig efterligning af den kendte og ophavsretsbeskyttede Tripp Trapp-barne stol⁵⁰ har domstolene tilkendt både erstatning og godtgørelse, uden at der i præmisserne er nogen angivelse af, at efterligningerne skulle være af ringe kvalitet, eller at der skulle foreligge andre særlige forhold, der adskiller disse sager fra andre sager om ophavsretskrænkende produktefterligninger. Det eneste, der gør disse sager anderledes end lignende produktefterligningssager, er, at den originære ophavsmand (designeren) er medsagsøger sammen med producenten, og mens producenten får tilkendt erstatningen, tilfalder godtgørelsen designeren. Det må derfor antages, at hvis designeren er medsagsøger i sager om ulovlig efterligning af ophavsretligt beskyttede produkter, vil designere blive tilkendt godtgørelse for krænkelsen.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, der indførte godtgørelsesreglen i lovene på området for industrielle rettigheder, at reglen kan finde anvendelse i de tilfælde, hvor kopiprodukter er af så ringe kvalitet, at disse anses for skadelige for indehaveren af en rettighed i ideel henseende.

48 For eksempel UfR 2018.1363 S (Café Obelix), UfR 2015.1505 Ø (Fotografi-II), UfR 2013.3002 V (Fotografi-I), UfR 2013.1704 Ø (Pornografisk collage), UfR 2011.955 H (Arkitekttegninger) og UfR 2010.22 H (Malerier).

49 SØ- og Handelsrettens dom af 30. januar 2023, sagsnr. BS-28315/2022-SHR (Würtz-II), UfR 2021.4163 V (Wegner-stole) og UfR 2019.1109 H (Würtz-I).

50 FED 1997.1362 SH (Tripp Trapp-I), UfR 2001.747 H (Tripp Trapp-II) og UfR 2011.2736 H (Tripp Trapp-III).

Man kunne argumentere for, at en sådan skadevirkning er af økonomisk karakter, idet den i realiteten indebærer en skade på rettighedshaverens goodwill, som kan give anledning til erstatning for tab som følge af markedsforstyrrelse, og der er i praksis adskillige eksempler på, at et kopiprodukts dårlige kvalitet har givet anledning til en sådan erstatning. Set fra rettighedshaverens side vil det normalt være mest gunstigt at få anerkendt skaden som økonomisk og kræve erstatning for markedsforstyrrelse, frem for at få den anerkendt som ikke-økonomisk, fordi godtgørelse for ikke-økonomisk skade traditionelt er blevet opfattet som "et plaster på såret", mens erstatningen (i hvert fald i princippet) skal dække det fulde tab og i økonomisk henseende bringe skaden ud af verden. Derfor er der en forventning om, at erstatning gennemgående vil være højere end godtgørelse.

Det findes relativt få sager om krænkelse af industrielle rettigheder, hvor der tilkendes godtgørelse for ikke-økonomisk skade,⁵¹ og når det sker, er det ikke i særlig grad bundet op på synspunktet om, at det krænkende produkt skulle være af særlig dårlig kvalitet. Som det er tilfældet på det ophavsretlige område, findes der også et antal afgørelser på området for industrielle rettigheder, hvor rettighedshaveren påstår godtgørelse, og dette afvises uden nærmere begrundelse.⁵²

6. Særligt om retsstillingen i Sverige og Norge

6.1. Norge

Bestemmelserne om økonomisk kompensation i de norske immaterialretslove er indholdsmæssigt meget ensartede. I det følgende gennemgås den relevante bestemmelse i den norske ophavsretslov. Den eneste indholdsmæssig forskel i forhold til den norske designlov er, at ved designkrænkelser er ikke-økonomisk skade ikke et relevant moment i udmålingen af økonomisk kompensation. Tilsvarende har bestemmelsen om økonomisk kompensation i § 48 b i den norske markedsføringslov betydelige lighedstræk med bestemmelserne i immaterialretslovene. Dog kan

⁵¹ Se således Sø- og Handelsrettens dom af 18. april 2011, sagsnr. V-60-09 (JOHN DEERE) vedrørende et potentielt farligt produkt, UfR 2008.2263 S (PIRATOS), der forbinder alkohol med produkter til børn og UfR 2010.3203 H (TIVOLI), hvor det krænkende varemærke anvendes i forbindelse med pornografi. I Sø- og Handelsrettens dom af 8. december 2022, sagsnr. BS-14624/2022-SHR (Fitnessredskaber), der vedrørte en designretskrænkelser, tilkendtes godtgørelse, muligvis fordi der havde været forhandlinger mellem parterne om et eventuelt samarbejde, og at der herved opstod en skærpet loyalitetspligt (dommen er anket).

⁵² Sø- og Handelsrettens dom af 12. december 2019, sagsnr. BS-51217/2018-SHR (Løbebælte), Sø- og Handelsrettens dom af 24. august 2017, sagsnr. V-79-11 (Superliga), Sø- og Handelsrettens dom 21. august 2015 i sag V-39-14 (SUPERDRY) og UfR 2012.2706 H (PUMA-sko) for så vidt angår Sø- og Handelsrettens dom.

⁵³ § 48 vedrører først og fremmest krænkelse af efterligningsbeskyttelsen i markedsføringslovens § 30.

der efter markedsføringsloven ikke tilkendes et dobbelt vederlag for udnyttelsen, ikke-økonomisk skade er ikke et relevant moment i udmålingen af økonomisk kompensasjon, og der er ikke mulighed for erstatning for krænkelser i god tro.

Den norske ophavsretslovens § 81 om erstatning og økonomisk kompensasjon har i hovedsagen følgende indhold:

"Den som forsettlig eller uaktsomt gjør inngrep i en annens rett eller på annen måte overtrer denne loven, skal betale til den forurettede:

a. rimelig vederlag for bruken, samt erstatning for skade som følge av overtredelsen som ikke ville oppstått ved avtale om bruk

b. erstatning for skade som følge av overtredelsen, eller

c. vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen.

Vederlag og erstatning fastsettes etter det av grunnlagene i bokstav a til c som er gunstigst for den forurettede. Ved utmålingen av vederlag og erstatning for forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse tas det også hensyn til ikke-økonomisk skade påført den forurettede ved overtredelsen.

Er det handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, skal overtrederen, dersom den forurettede krever det og i den grad det ikke fremstår som urimelig, i stedet for vederlag og erstatning fastsatt etter første ledd, betale det dobbelte av rimelig vederlag for bruken.

...

For overtredelser som har skjedd i god tro, skal overtrederen i den grad det ikke fremstår som urimelig, betale vederlag svarende til et rimelig vederlag for bruken eller til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen.

Bestemmelsene i denne paragrafen gjelder ikke bruk som nevnt i § 3 tredje ledd eller fremstilling av eksemplarer på grunnlag av et verk som er gjengitt i strid med denne loven, jf. § 26 første ledd, med mindre handlingen er forsettlig. Tilsvarende gjelder ved medvirkning til slike handlinger..."

De tre kompensationsformer i litra a-c er ikke kumulative. Det giver umiddelbart et lidt mere stift system, og man skulle tro, at det også ville skabe mindre fleksibilitet sammenlignet med de danske regler, hvor domstolene frit kombinerer rimeligt vederlag og erstatning. Det er dog næppe tilfældet, da kompensationsformen i litra a jo netop er en fri kombination af et vederlagskrav og et erstatningskrav. Litra b er en ren erstatningsregel, som vistnok typisk vil være den mest gunstige regel for rettighedshaveren i sager om ulovlige produktefterligninger.⁵⁴ Endelig har reglen i litra c karakter af en egentlig restitutionsregel. Denne regel er mere slagkraftig end f.eks. den danske og svenske, hvor der blot kan tages hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste. Den norske regel indebærer, at fortjenesten simpelthen skal afstås. I udgangspunktet er det krænkerens nettofortjeneste, der kan kræves tilkendt og ikke krænkerens totale indtægter som følge af krænkelsen (bruttofortjenesten). Derfor må der i bruttofortjenesten gøres fradrag for de udgifter, krænkeren måtte have haft i forbindelse med produktion og distribution af de krænkende produkter.⁵⁵

En regel om at skulle afstå fortjenesten er nærmere behandlet nedenfor som ét forslag til, hvorledes de danske regler kunne styrkes.

En anden forskel sammenlignet med de danske regler er, at blandt de tre muligheder, der er nævnt i litra a-c, skal domstolene vælge den, der er gunstigst for rettighedshaveren. Effektiviteten af en sådan regel er svær at vurdere, da man må gå ud fra, at rettighedshaveren i Danmark vil procedere sagen på den udmålingsmetode, der må anses for at ville resultere i det højeste beløb.

Den mest markante forskel sammenlignet med de danske regler, er bestemmelsen om, at hvis krænkeren har handlet forsættligt eller groft uagtsomt, skal krænkeren, dersom rettighedshaveren kræver det, og såfremt det ikke fremstår som urimeligt, i stedet for vederlag og erstatning, betale det dobbelte af et rimeligt vederlag for brugen. Reglen om dobbelt vederlag blev indført ved ændring af loven i 2018. Ifølge forarbejderne til lovændringen skal begrænsningen om, at dobbelt vederlag ikke fremstå som urimeligt, forstås som en snæver sikkerhedsventil, og at det skal være den klare hovedregel, at krænkeren i de omfattede tilfælde skal betale dobbelt vederlag.⁵⁶

Bestemmelsen skal forstås således, at hvis rettighedshaveren får succes med at få tilkendt et dobbelt vederlag, så kan rettighedshaveren ikke kræve erstatning for yderligere skade, som der er mulighed for efter litra a. Mulighed for at få tilkendt et rimeligt vederlag for udnyttelsen ganget

⁵⁴ Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 243.

⁵⁵ Ole-Andreas Rognstad, "Opphavsrett", 2019, s. 517 f.

⁵⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 345.

med en nærmere bestemt faktor er behandlet nærmere nedenfor i forbindelse med retspolitiske forslag.

I Norge har rettighedshaveren mulighed for at få tilkendt økonomisk kompensation for krænkelse foretaget i god tro. Denne mulighed blev på immaterialretsområdet i Danmark afskaffet i 2005. Regler om god tros-erstatning er ligeledes behandlet nedenfor som et forslag til skærpelse af reglerne om økonomisk kompensation.

Den norske regel om godtgørelse for ikke-økonomisk skade er anderledes end den tilsvarende danske, bl.a. fordi rettighedshaveren kun kan kræve godtgørelse for ikke-økonomisk skade, hvis krænkelsen må anses for forsætlig eller groft uagtsom. Det kan derudover overvejes, om den norske regel, hvor der blot kan tages hensyn til den lidte ikke-økonomiske skade, er svagere end den danske, hvor godtgørelseskravet kan opgøres som et selvstændigt krav. På papiret fremstår den danske regel som den, der yder det stærkeste værn mod krænkelse, men i praksis er der dog nok ikke den store forskel, idet de danske domstole sjældent opgør et selvstændigt godtgørelseskrav, men snarere lader hensynet til ikke-økonomisk skade indgå som et moment i udmålingen af den samlede økonomiske kompensation. Endvidere forhindrer den norske regel ikke, at der kan tilkendes godtgørelse for ikke-økonomisk skade, selvom der ikke er lidt et økonomisk tab.⁵⁷

Den sidste del af den norske § 81, der er citeret her, hidrører fra en ændring i ophavsretsloven i 2018, der i § 3, tredje led, fik præciseret, at internetbrugere, der surfer på internettet eller modtager streamingtjenester i forbindelse med værker, der ulovligt er lagt på nettet, foretager en ophavsretskrænkelser, hvis betingelserne i § 3, tredje led, er opfyldt. Normalt vil den person, der modtager ophavsretskrænkende materiale, ikke selv foretage en krænkelse. Men ved surfing og streaming vil der ske midlertidig eksemplarfremstilling i modtagercomputeren, og denne eksemplarfremstilling er ikke omfattet af undtagelserne vedrørende midlertidig teknisk betinget eksemplarfremstilling eller privat kopiering, fordi det sker på grundlag af et ulovligt eksemplar af værket. Denne situation er med bestemmelserne fra 2018 blev præciseret, og internetbrugeren risikerer altså kun at ifalde ansvar, hvis den pågældende har handlet forsætligt.

⁵⁷ Tilsvarende hos Ole-Andreas Rognstad, "Ophavsrett", 2019, s. 519.

6.2. Sverige

Grundprincipperne for udmåling af økonomisk kompensation er de samme i de svenske immaterialretslove. Nedenfor undersøges bestemmelsen i ophavsretsloven. Kompensationsbestemmelsen i den svenske mønsterlov (designlov) § 36 adskiller sig navnlig fra den ophavsretlige, ved at der er en yderligere begrænsning i forbindelse med god tros-erstatning, jf. nærmere nedenfor, samt med en bestemmelse om, at kravet skal rejses inden fem år efter, at skaden er sket. Erstatningsbestemmelsen i den svenske markedsføringslovs § 37 adskiller sig fra reglerne i immaterialretslovgivningen ved at være en mere traditionel erstatningsregel, der blot fastslår, at forsætlige og uagtsomme handlinger i strid med loven udløser erstatningsansvar for tab, som andre herved måtte have lidt uden nogle særlige hjælperegler, som det kendes fra immaterialretsområdet. Dog kan der ved udmåling af erstatningen tages hensyn til omstændigheder, der er af anden end økonomisk art. Det må navnlig betyde, at der kan tages hensyn til ikke-økonomisk skade.

Erstatningsbestemmelsen i den svenske ophavsretslovs § 54 har følgende ordlyd:

"Den som i strid mot denna lag eller mot föreskrift enligt 41 § andra stycket utnyttjar ett verk ska betala skälig ersättning för utnyttjandet till upphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare.

Sker det uppsåtligen eller av oaktsamhet, ska ersättning även betalas för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört. När ersättningens storlek bestäms ska hänsyn särskilt tas till

- 1. utebliven vinst,*
- 2. vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort,*
- 3. skada på verkets anseende,*
- 4. ideell skada, och*
- 5. upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås.*

Andra stycket gäller även den som annars uppsåtligen eller av oaktsamhet vidtar en åtgärd, som innebär intrång eller överträdelse enligt 53 §.

Ersättningsskyldighet enligt första eller andra stycket gäller inte den som i samband med framställning av exemplar för privat bruk enbart överträder 12 § fjärde stycket, om inte denna överträdelse sker uppsåtligen eller av grov oaktsamhet."

Første del af bestemmelsen giver mulighed for at få tilkendt et rimeligt vederlag for udnyttelsen, og efter anden del kan der tilkendes erstatning for yderligere skade. Herved har bestemmelse samme struktur som de danske tilsvarende bestemmelser.

For så vidt angår erstatning for yderligere skade, er der imidlertid i den svenske § 54 nævnt flere momenter, der skal tages hensyn til ved udmåling af erstatning. I de danske bestemmelser skal der tages hensyn til rettighedshaverens tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste, jf. pkt. 1-3 i den svenske bestemmelse. Pkt. 1 sigte således til afsætningstab, mens pkt. 3 referere til det, vi på dansk normalt kalder for tab som følge af markedsforstyrrelse. Opdelingen af rettighedshaverens tab i afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelse tydeliggør de to tabsposters noget forskellige karakter.

Mens godtgørelse for ikke-økonomisk skade i dansk ret kan opgøres som et selvstændigt krav, er det i svensk ret (pkt. 4) – ligesom i norsk ret – et moment, der skal tages hensyn til ved opgørelsen af yderligere skade.

Det nye og anderledes ved den svenske regel er pkt. 5 om rettighedshaverens interesse i, at der ikke foretages krænkelse. Pkt. 5 er i realiteten en bestemmelse om, at erstatning for yderligere skade skal udmåles bl.a. med henblik på at sikre erstatningens præventive funktion.⁵⁸ Dette kan anses for en delvis implementering af det almene princip i retshåndhævelsesdirektivets art. 3, stk. 2, ("retsmidlerne skal ... have afskrækkende virkning").⁵⁹ Noget lignende er ikke nævnt i de danske bestemmelser, og domstolene har ikke været villige til at henvise til sanktionens præventive effekt ved udmåling af økonomisk kompensation, bortset fra så vidt vides en enkelt Sø- og Handelsretsdom. Bestemmelsen i pkt. 5 blev introduceret i patentloven i 1986, og blev indført i den øvrige immaterialretslovgivning i 1994 i forbindelse med den svenske implementeringen af retshåndhævelsesdirektivet. Reglen blev indført med det formål at forhindre urimeligt lave erstatningsbeløb. Det var ikke herved tiltænkt, at erstatningen skulle have en pønål karakter eller overskride det tab, som rettighedshaveren måtte have lidt.⁶⁰ I lovforarbejderne er det i den forbindelse nævnt, at det aldrig må være økonomisk fordelagtigt for krænkeren – navnlig ikke hvis krænkeren har betydelige ressourcer – at kalkulere med krænkelse.⁶¹

57 Tilsvarende hos Ole-Andreas Rognstad, "Ophavsrett", 2019, s. 519.

58 Hensynet til sikring af erstatningens præventive funktion er bl.a. fremhævet som en del af begrundelsen i den svenske højesterets dom NJA 2005, s. 180 (Formsprutarna).

59 Jf. David Johansson, "Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång", 2020, s. 221.

60 Jf. Marianne Levin og Åsa Hellstadius, "Lärobok i immaterialrätt", 13. upl., 2023, s. 678-679, og David Johansson, "Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång", 2020, s. 222 og 224.

61 Prop. 1985/86:86, s. 30. I overensstemmelse hermed har den svenske højesteret i NJA 2005, s. 180 (Formsprutarna) om en designretlig krænkelse udtalt, at i den pågældende sag, hvor krænkelsen blev anset for forsættelig, måtte den økonomiske kompensation ikke være så lille, at det økonomisk kan betale sig at krænke frem for at søge at opnå en gyldig licens fra rettighedshaveren.

Pkt. 2 om hensynet til krænkerens uberettigede fortjeneste er lige som i de danske bestemmelser formuleret som et moment i den samlede erstatningsudmåling. I svensk retspraksis er der imidlertid eksempler på, at krænkerens fortjeneste anvendes mere håndfast end blot som et moment blandt andre, idet krænkerens fortjeneste har udgjort selve beregningsgrundlag for erstatningsudmålingen, jf. f.eks. Stockholms tingsrätts dom af 3. april 2002.⁶²

Der er ikke nogen subjektiv betingelse knyttet til muligheden for at få tilkendt et rimeligt vederlag for udnyttelsen – modsat erstatning for yderligere skade. Det betyder, at der uden videre kan tilkendes et rimeligt vederlag for udnyttelsen for krænkelse foretaget i god tro. I den svenske mønsterlov kan god tros-erstatning – i modsætning til ophavsretsloven – kun tilkendes i det omfang det findes rimeligt, og der er således en yderligere begrænsning på denne type erstatning.

Den sidste del af § 54 er indholdsmæssig identisk med den ovenfor nævnte bestemmelse i den norske ophavsretslov om internetbrugere, der surfer på internettet eller modtager streamingtjenester i forbindelse med værker, der ulovligt er lagt på nettet. Ansvarslempelsen er dog ikke helt så bred som norske, idet internetbrugeren i Sverige også ifalder ansvar for groft uagtsomme krænkelse og ikke blot forsætlige som i Norge.

For så vidt angår bevisbedømmelsen, som er et notorisk problem ved opgørelse af erstatning, følger det af den svenske retsplejelov (Rättegångsbalken kap. 35, § 5), at domstolen kan fastsætte et skønsmæssigt beløb, hvis der ikke kan føres fuldt bevis for skadens omfang, eller der er vanskeligheder hermed.⁶³ Ifølge motiverne finder bestemmelsen anvendelse, dels hvor det følger af skadens natur, at dens omfang ikke kan beregnes, dels hvor det nok principielt er muligt at beregne skadens omfang, men hvor der efter omstændighederne ikke kan føres bevis for skadens omfang, eller et sådant bevis kun kan føres med store vanskeligheder.⁶⁴ I svensk praksis om erstatning ved immaterialretskrænkelser begrundes erstatningsudmålingen ofte med henvisning til Rättegångsbalken kap. 35, § 5, som derfor må antages at have praktisk betydning for erstatningsudmålingen.⁶⁵

62 Sag T 178-02 (Ariel).

63 "Om det är fråga om uppskattning av en inträffad skada och full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras, får rätten uppskatta skadan till skäligt belopp. Så får också ske om bevisningen kan antas medföra kostnader eller olägenheter som inte står i rimligt förhållande till skadans storlek och det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp".

64 Hjalmar Karlgren (1972): "Skadeståndsrätt", Femte upplagan, P.A. Nordstedt & Söners Förlag, Stockholm, s. 227.

65 F.eks. David Johansson, "Metoder för fastställande av immaterialrättsliga skadestånd", NIR 2021, s. 278-280, Petra Förmell (1997): "Skadestånd vid patentintrång", Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet (IFIM), nr. 93, s. 45 f. og Per Jonas Nordell (1994): "1994 års revision av den svenska immaterialrätts sanktionssystem", NIR 1994:309-320, s. 311.

Del 2: Retspolitiske overvejelser

1. Er de tilkendte erstatningsbeløb m.v. for lave?

Man bør altid være varsom med at komme med retspolitiske udsagn om, hvilke regler der er gode, og hvilke regler der er dårlige – og tilsvarende, om en retsfølge er for streng eller for mild - fordi svaret ofte afhænger af, hvem man spørger. Dette gælder sandsynligvis også til en vis grad spørgsmålet om, hvorvidt de tilkendte erstatningsbeløb m.v. er for lave. Årsagen til varsomheden er, at retspolitiske udsagn hviler på et værdigrundlag, og hvis forskellige personer har forskelligt værdigrundlag, kan der ikke opnås enighed om, hvad der er godt, og hvad der er dårligt.

Retsbeskyttelsen er ikke stærkere end de retsmidler, der kan bringes i anvendelse i håndhævelsen af den krænkede materielle ret. Hvis en materiel retsregel kun kan håndhæves delvist, er dele af den materielle retsregel en tom skal, som rettighedshaveren ikke har nytte af. På dette grundlag kan opstilles det fælles værdigrundlag, at retsmidlerne skal indrettes og anvendes på en sådan måde, at de virkeliggør den retsbeskyttelse, som den materielle retsregel foreskriver. Det betyder f.eks., at krænkelse af frembringelser beskyttet af enerettigheder bør kunne beskyttes ved hjælp af forbud. Forbuddet er imidlertid en fremadrettet sanktion, som ikke bidrager til at virkeliggøre retsbeskyttelsen for så vidt angår den krænkelse, der allerede har fundet sted. Den krænkelse, der allerede har fundet sted, skal håndhæves ved hjælp af økonomisk kompensation, og det traditionelle erstatningsretlige udgangspunkt er, at den økonomiske kompensation skal svare til rettighedshaverens lidte tab, hvorved rettighedshaveren stilles, som om skaden er bragt ud af verden.⁶⁶ På dette grundlag kan det fastslås, at hvis ikke rettighedshaveren får dækket sit fulde tab, er erstatningssanktionen utilstrækkelig.

Den klassiske problem er imidlertid, at det er notorisk vanskeligt at dokumentere det lidte tab - i særdeleshed, når tabet har form af almindelig formueskade. I et traditionelt erstatningsretligt perspektiv vil skadelidte i den bedste af alle verdener kunne dokumentere sit fulde tab, men ofte kan skadelidte kun dokumentere eller godtgøre en del af tabet. I det skadelidte principielt aldrig kan dokumentere mere end sit fulde tab, vil erstatningssanktionen ud fra gennemsnitsbetragtninger systematisk underkompensere, ikke mindst når domstolene konsekvent anvende det ulovbestem-

⁶⁶ Jf. f.eks. art. 68, stk. 2, 1. pkt. Aftalen om en fælles patentdomstol.

te – men indarbejdede – princip, om at skadelidte (rettighedshaver) ikke må opnå en berigelse ved den tilkendte økonomiske kompensation.

EU-Kommissionen har i sin evaluering af Retshåndhævelsesdirektivet, der er baseret på Kommissionens egen vurdering af udviklingen samt medlemsstaternes feedback i nationale rapporter, tilkendegivet et synspunkt om, at den erstatning, der tilkendes i immaterialretskrænkelssager fortsat er relativt beskeden og ikke synes at afskrække potentielle krænkerer effektivt fra ulovlige aktiviteter.⁶⁷

2. Berigelsesforbud

En konsekvent efterlevelse af tanken om, at skadelidte ikke bør kunne opnå en berigelse ved udmåling af erstatning vil som nævnt ud fra gennemsnitsbetragtninger medføre en systematisk underkompensation. Berigelsesforbuddet er som nævnt indarbejdet i teori og praksis.⁶⁸ Bl.a. blev det i forarbejderne til lov om forretningshemmeligheder fra 2018, der indeholder selvstændige erstatningsbestemmelser, uden videre anført, at:

"Det er ... et grundlæggende princip i dansk erstatningsret, at den ... skadelidte [ikke skal] have dækket mere end sit tab. Den skadelidte må således ikke opnå en økonomisk berigelse som følge af den tilkendte erstatning."

Visse af de hjælperegler, der er vedtaget på immaterialretsområdet og i markedsføringslovens § 24 til brug for udmåling af økonomisk kompensation i krænkelsessager, fraviger dette princip om, at skadelidte ikke må opnå en berigelse ved udmåling af økonomisk kompensation. Dette ses tydeligst i forbindelse med vederlagsreglen. Det er klart, at når rettighedshaveren ikke skal dokumentere et tab, er der mulighed for at opnå en berigelse. Det forekommer bl.a. i de sager, hvor de krænkende produkter ikke kommer på markedet. Men også i andre sager, som f.eks. sagen mellem Reuters og Danmarks Radio, hvor Reuters tilkendtes et vederlag på små 5 mio. kr. uden at have lidt et tab.

⁶⁷ EU-Kommissionens rapport om anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF, KOM(2010) 779 endelig s. 8.

⁶⁸ F.eks. Bo von Eyben & Helle Isager, "Lærebog i erstatningsret", 8. udg., s. 339, Fællesnordisk betænkning om patentlovgivning, 1964, s. 336.

I retspraksis og lovforarbejder kan der spores et synspunkt om, at inddragelsen af krænkerens fortjeneste ved fastsættelse af det lidte tab kan medføre en berigelse af rettighedshaveren. I UfR 2015.3932 H (Cykelhjelms) udtalte Højesteret:

"Den samlede 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."

Det er korrekt, at noget sådant er anført i lovforarbejderne, men Højesterets henvisning til forarbejderne er taget ud af en større sammenhæng, hvor det indledningsvis fastslås, at:

"Erstatningen 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..."

Og afsluttes med følgende:

"Muligheden for også at lægge vægt på krænkerens fortjeneste giver således retten adgang til en friere vurdering ved fastsættelsen af det lidte tab og dermed erstatningens størrelse."⁶⁹

Derfor må den åbning for en fravigelse af berigelsesforbuddet i forbindelse med erstatningskrav, som lovforarbejderne lægger op til, anses for at være yderst snæver.

Også i de svenske lovforarbejder er det udtalt, at rettighedshaveren ikke er berettiget til en højere erstatning end rettighedshaverens lidte tab. Ifølge Bernitz⁷⁰ er det højst tvivlsomt, om dette er en korrekt opfattelse af direktivets bestemmelse. Han gør herved gældende, at der ikke er holdpunkter for denne opfattelse hverken i direktivets tekst eller dets præambel. Tværtimod peger direktivets formål ifølge Bernitz i modsat retning med betoningen af, at sanktionerne skal være effektive og afskrækkende. Retshåndhævelsesdirektivet kan således ikke anses for at være til

69 Bemærkninger til lovforslag 48, 2005.

70 Ulf Bernitz, "Obehörig vinst genom angrepp på företagshemlighet – ersättningsgill i Sverige?", NIR 2018, s. 565, og Ulf Bernitz i "Europarättens genomslag", s. 210 f.

hinder for en erstatningsordning, der indebærer at skadelidte opnår en berigelse (jf. også C-367/15 (OTK), og Bernitz synes at mene, at der i hvert fald under visse omstændigheder ligefrem måtte være en pligt hertil.

I udgangspunktet er berigelsesforbuddet tilsyneladende kun blevet fraveget i sager, hvor der er udtrykkelig lovhjemmel til det, og er snævert knyttet til udmåling af et rimeligt vederlag for udnyttelsen.

Det er ikke noget, der tyder på, at domstolene er villige at tilsidesætte berigelsesforbuddet ved opgørelse af erstatningskrav, med mindre der er udtrykkelig lovhjemmel til det. Dette kan navnlig være relevant i to situationer. For det første med henblik på en mere ligelig fordeling mellem rettighedshaveren og krænkeren af risikoen ved den usikkerhed, der stort set altid vil være forbundet med det faktiske lidte tab – som alternativ til at lade rettighedshaveren bære hovedparten af denne risiko. For det andet er der gode reale argumenter for bevidst at tilkende rettighedshaveren erstatning, der medfører en berigelse, i sagstyper, hvor det er vanskeligt for rettighedshaveren at opdage og forfølge krænkelse. En overkompensation i sådanne sagstyper skal sikre erstatnings-sanktionens præventive effekt. Dette behandles nærmere nedenfor i afs. 4.

3. Er de tilkendte erstatningsbeløb m.v. for uforudsigelige? Standardisering af erstatningen

Det fremgår af det foregående, at de tilkendte beløb i krænkelsessager er uforudsigelige i den forstand, at de tilkendte beløb bevæger sig op og ned inden for et meget bredt interval, uden at det umiddelbart er muligt at se årsagen til denne store varians.

Problemstillingen ses tydeligst i de sager, hvor de forskellige instanser i samme sag når frem til meget forskellige beløb. Krænkelsens karakter og omfang, som behandles i de forskellige instanser, er naturligvis den samme, og normalt vil det også være nogenlunde den samme information om krænkelsens skadevirkninger m.v. til rådighed for de enkelte instanser. I UfR 2007.1219 H blev sagens væsentligste post, som var den kompensation, som POMI skulle betale patenthaveren, nedsat fra 3 mio. kr. i landsretten til 300.000 kr. (faktor 10) i Højesteret uden nogen nærmere begrundelse. Noget tilsvarende i UfR 2023.2688 H (Anne Black), hvor byretten tilkendte en samlet økonomisk kompensation på 1,5 mio. kr., som blev nedsat til 300.000 kr. (faktor 5) i landsretten.⁷¹

⁷¹ Begge instanser fandt, at der var tale om tre ulovlige produkt efterligninger. Byretten fandt, at alle tre produkter krænkede både ophavsretten og markedsføringsretten. Landsretten fandt, at dette kun var tilfældet for et af produkterne, mens de resterende to "kun" krænkede markedsføringsretten. Dette forhold kan dog næppe forklare forskellen. Højesteret landede midt imellem på 1 mio. kr. Et andet eksempel er UfR 2019.2353V (fotografier), hvor vederlaget for uretmæssig brug af fotografier i landsretten nedsattes til ¼ - fra 16.000 kr. til 4.000 kr. - uden begrundelse.

I EU-Kommissionens "Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights",⁷² er det anført, at rettighedshavere, domstolssystemet, den juridiske profession samt offentligheden har efterspurgt større forudsigelighed og klarhed i erstatningsudmålingen såvel som en mere fair allokering.

En høj grad af uforudsigelig er u hensigtsmæssig af flere årsager. For det første vil rettighedshaveren have vanskeligt ved at vurdere, om det kan betale sig at håndhæve sine rettigheder via domstolssystemet, og sandsynligheden for at træffe forkerte beslutninger øges derfor. F.eks. når én domstol kommer frem til et bestemt erstatningsbeløb og en anden domstol i den samme tvist og på samme grundlag kommer frem til et andet erstatningsbeløb, der er fem gange højere, som det var tilfældet i de to første instanser i Anne Black-sagen, skaber det en forventning hos rettighedshavere i fremtidige tvister om, at den sandsynlige erstatning i en evt. kommende retssag kan svinge med en faktor 5 af årsager, som ingen kender. Den risikoaverse rettighedshaver vil indrette sig efter en mulig erstatning udmålt i den lave ende af intervallet og vil måske konstatere, at det i givet fald ikke kan betale sig at håndhæve krænkelsen, selvom der, hvis en retssag blev gennemført, ville være en sandsynlighed for, at domstolen ville have udmålt erstatning i den øvre ende af intervallet, hvorved det kunne have betalt sig at håndhæve krænkelsen.

For det andet kan uforudsigelighed reducere sanktionens præventive effekt – i hvert fald i forbindelse med en almindelig oplevelse af, at økonomisk kompensation udmåles med forsigtighed – fordi potentielle krænkerere får en forventning om at slippe billigt, såfremt de skulle blive opdaget og retsforfulgt.

Det ligger i karakteren af de forskellige regler om økonomisk kompensation, at de lægger op til et konkret skøn, og derfor er der grænser for, hvor stor forudsigelighed i udmålingspraksis der kan skabes. På den baggrund kan det overvejes, hvilke muligheder der er for at standardisere udmåling af økonomisk kompensation. Det bedste eksempel på standardisering er den faste praksis med at udmåle et rimeligt vederlag for udnyttelse på 5% af krænkerens omsætning i tilfælde af ulovlig parallelimport af lægemidler. Dette skaber forudsigelig for både originalproducent og parallelimportør, som kan handle på baggrund heraf.

Vestre Landsret har i et par sager om ophavsretskrænkelser forsøgt sig med at udmåle økonomisk kompensation efter et dobbelt-op-princip.⁷³ Dette indebærer, at der først udmåles et rimeligt vederlag for udnyttelsen på baggrund af etableret praksis, og herefter udmåles erstatning for yder-

72 COM(2017) 708 final, s. 4.

73 UfR 1997.1546 V (NCB), UfR 2001.1572 V (Links til MP3-filer) og UfR 2005.60 V (DivXit).

ligere skade til det samme beløb – altså dobbelt-op. Metoden skaber ganske god forudsigelighed med hensyn til udmåling af økonomisk kompensation, men blev tilsidesat af Højesteret i UfR 2011.1736 H (Direct Connect). Højesteret udtalte i:

"Højesteret bemærker i denne forbindelse, at 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, f.eks. princippet om »dobbelt-op«"

Højesterets udtalelse må forstås således, at der efter de gældende regler ikke er hjemmel til en standardisering af erstatningskrav, som alene skal fastsættes på baggrund af en konkret vurdering af det lidte tab. En sådan konkret vurdering udelukker således standardisering. Udvikling af standardiserede erstatningskrav vil derfor kræve en lovændring. Samtidig fremgår det som nævnt også, at der ikke umiddelbart er noget til hinder for standardisering af vederlagskrav. Årsagen til denne forskel er givetvis, at erstatningskrav er baseret på den almindelig erstatningsret og dennes stærkt indarbejdede opfattelse af, at kravet er snævert knyttet til det lidte tab. En standardisering af erstatningskrav vil udfordre denne opfattelse og skabe usikkerhed om erstatningskravets karakter inden for hele det erstatningsretlige område. Vederlagskrav er sui generis-krav, der er vedtaget til at håndtere nogle særlige problemstillinger på det immaterialretlige og enkelte beslægtede områder, og en tilpasning og videreudvikling af vederlagskrav vil ikke få nogen afsmittende effekt uden for disse områder. Dette taler for, at standardisering ikke skal søges i forbindelse med erstatningskrav. Det samme er ikke tilfældet for vederlag, og en vis standardisering af disse er nærmere behandlet nedenfor.

3.1. Forudbestemt kompensationsberegning (statutory damages)

En almindelig kendt middel i erstatningsretten, der også anvendes visse steder i immaterialretten, er forudbestemt kompensationsberegning. TRIPS-aftalens art. 45, stk. 2, giver således mulighed for, at de tilsluttede lande vedtager bestemmelser om, at der i krænkelsessager kan tilkendes rettighedshaveren "pre-established damages". Forudbestemt kompensation er uafhængig af det lidte tab og har derfor mere til fælles med vederlagskrav end erstatningskrav.

På immaterialretsområdet kendes princippet i dag navnlig fra amerikansk ophavsret under betegnelsen "statutory damages". En delvis forudbestemt kompensationsberegning findes i den

amerikanske Copyright Act § 504(c),⁷⁴ hvorefter en rettighedshaver tilkendes et beløb (statutory damages), som i udgangspunktet skal findes efter rettens skøn i intervallet 750 USD-30.000 USD for hvert værk, der er krænkede. I tilfælde af forsætlige krænkelse hæves den øvre del af intervallet, og i tilfælde af krænkelse i god tro sænkes den nedre del. Tilkendelsen af statutory damages er ligesom tilkendelsen af et rimeligt vederlag for udnyttelsen i dansk ret uafhængig af, om rettighedshaveren kan dokumentere et tab, og retten tilkender det beløb, den finder rimeligt inden for det lovbestemte interval.⁷⁵

Forudbestemte erstatningsbeløb har den åbenbare fordel, at der skabes en vis forudsigelighed i udmålingen af kompensation også i tilfælde som de amerikanske, hvor der dog stadig overlades en vis skønsmæssig vurdering til domstolene. Herved kunne denne type erstatning adressere problematikken vedrørende den ret høje grad af uforudsigelighed i udmålingen af økonomisk kompensation.

Statutory damages i amerikansk ret muliggør efter omstændighederne ganske høje kompensationsbeløb for krænkelse, der bedømt hver for sig ikke er omfattende, f.eks. i forbindelse med ulovlig tilgængeliggørelse af værker på internettet, der let kan omfatte et stort antal værker og dermed føre til et meget højt beløb, når det opgøres som statutory damages. Netop dette forhold har da også givet anledning til en del kritik af statutory damages i litteraturen.⁷⁶

Under hensyn til TRIPS-aftalens art. 45, stk. 2, samt det forhold, at Retshåndhævelsesdirektivet er et minimumsdirektiv må det antages, at forudbestemt kompensationsberegning ikke er i strid med direktivet, forudsat at det er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet i direktivets art. 3, stk. 2.

Forudbestemt erstatning er som nævnt velkendt i erstatningsretten og spillede en stor rolle i den babylonske konge Hammurabis lov fra 1755-1750 fvt. F.eks. fremgår det, at hvis en person stjæler et vandmøllehjul fra en andens mark, skal han betale denne person 5 shekels. Sådanne bestemmelser om forudbestemte erstatningsbeløb var tidligere ganske udbredte, men er i vid udstrækning blevet erstattet af tabsbaserede erstatningsbestemmelser, der ofte beror på et skøn.⁷⁷ Fra en nutidig betragtning kan forudbestemt erstatning måske anses som et noget fremmedartet element i dansk retskultur.

⁷⁴ 17 U.S.C. § 504(c).

⁷⁵ U.S.C. 15 USC § 1117(c).

⁷⁶ F.eks. Pamela Samuelson & Tara Wheatland, "Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform", 51 Wm. and Mary L. Rev 439 (2009).

⁷⁷ Jf. Terence P. Ross, "Remedies" i Dreyfuss & Pila (red.), "The Oxford Handbook of Intellectual Property Law", s. 664-667.

En særlig form for forudbestemt erstatning er rapporteret fra spansk ret, hvorefter rettighedshaveren kan kræve 1% af krænkerens samlede omsætning uden at skulle dokumentere et tab.⁷⁸

4. Prævention og pønalt erstatning

Prævention og pønalt erstatning er to sider af samme sag, selvom man i almindelig sprogbrug nok vil opfatte pønalt erstatning som mere hårdtslående end "blot" præventive kompensationsregler, idet der er tænkt et strafelement ind i pønalt erstatning. Men strafelementer har jo navnlig den egenskab, at de skaber prævention. EU-Domstolen gjorde sig nogle overvejelser om pønalt erstatning, og om det er i overensstemmelse med Retshåndhævelsesdirektivet at vedtage sådanne, i C-367/15 (OTK). Dette er behandlet nærmere nedenfor.

Det fremgår af præamblen til Retshåndhævelsesdirektivet, at formålet med kompensationsbestemmelserne i direktivets art. 13 ikke er at indføre en pligt til at fastsætte en erstatning, der har karakter af straf.⁷⁹ Tilsvarende fremgår det af art. 68, stk. 2, 3. pkt. i aftalen om en fælles patentdomstol, at erstatningen ikke har karakter af straf. Endvidere må det konstateres, at pønalt erstatning ikke er en del af den skandinaviske erstatningsretlige tradition.⁸⁰

Det er forskellige måder, hvorpå den præventive effekt af kompensationsreglerne kan sikres, jf. nærmere nedenfor. Den mindst indgribende måde ville dog være at gøre lige som i Sverige, hvor den præventive funktion ("upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås") er udtrykkeligt nævnt som et af de momenter, der skal tages hensyn til ved udmåling af kompensation.

4.1. Præventionstillæg

At retsmidler, herunder kompensationsbestemmelser skal have en præventiv effekt, er nævnt bl.a. i Retshåndhævelsesdirektivets art. 3, stk. 2, og i TRIPS-aftalens art. 41, stk. 1. Det uafklarede spørgsmål er, hvor stor skal den præventive effekt være. Selv regler, der resulterer i relativt beskedne kompensationsbeløb, vil have en vis præventiv effekt. Præventionen stiger, efterhånden som kompensationsbeløbene hæves.

78 European Observatory on Counterfeiting and Piracy, "Damages in Intellectual Property Rights", 2010, Executive Summary, s. 2.

79 26. betragtning.

80 F.eks. Bjarte Askeland, "Punitive damages in Scandinavia", Helmut Koziol & Vanessa Wilcox, "Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives", 2009, s. 115.

Sø- og Handelsretten har i en enkelt sag ved udmåling af vederlag i forbindelse med varemærkeforfalskede og piratkopierede varer tilkendt et beløb, som kan karakteriseres som et præventions-tillæg.

Sø og Handelsrettens dom af 13. marts. 2013, sagsnr. V-56-11 og V-111-11 (ROLEX-III) drejer sig om en person, som havde indkøbt i alt 7 varemærkeforfalskede og piratkopierede Rolex-ure via en internetside i Kina. Det var oplyst, at sagsøgte havde betalt ca. 70-80 dollars stykket for urene. I de domme, som Sø- og Handelsretten umiddelbart forinden havde tilkendt vederlag i lignende sager, var vederlaget blevet opgjort til 500 kr. pr. ur. Sagsøgerne procederede på, at vederlagsniveauet burde være væsentligt højere end 500 kr. pr. ur for at sikre en afskrækkende effekt. Sø- og Handelsretten udtaler i sine præmisser:

"... Formålet med [Retshåndhævelses]direktivet er at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau i det indre marked. Et af de aspekter der, ... må inddrages i den sammenhæng, er et afskrækkelses- og forebyggelsesaspekt. Det synes især relevant at tage udgangspunkt i et sådant aspekt, når der, som i denne sag, er tale om en privatperson, der har købt et antal ure, men hvor der ikke er forsøgt eller er sket videresalg, og hvor det er noget tvivlsomt, om urene overhovedet ville kunne videresælges. På denne baggrund fastsætter retten skønsmæssigt det samlede vederlag til 30.000 kr...."

Sø- og Handelsretten anfører herved, at det korrekte principielle udgangspunkt må være udnyttelsens markedsværdi, dvs. kopi-urenes. En udmåling af vederlag begrænset til denne værdi tilgodeser imidlertid ifølge retten ikke retsmidlets præventive effekt, og derfor skal det udmåles på et højere niveau. Havde Sø- og Handelsretten fulgt sin tidligere praksis, var vederlaget endt på 3.500 kr. Man kan derfor forstå dommen således, at retten tilkender et præventionstillæg på 26.500 kr.

Ud fra realøkonomiske betragtninger giver dommen god mening. De pågældende type krænkelse tilhører gruppen af krænkelse, der er kendetegnet ved at være en småforsendelse af krænkende produkter, der kun i begrænset omfang opdages og kontrolleres af toldmyndighederne (såkaldt

"ant traffic"), og er de først kommet ind i EU, er de vanskelige at opdage og retsforfølge. Hvis sandsynligheden for, at en ulovlig forsendelse med varemærkeforfalskede eller piratkopierede varer bliver opdaget af toldmyndighederne er 5%, og den sanktion, som krænkeren risikerer, alene er et rimeligt vederlag for udnyttelsen, som afspejler markedsværdien af de ulovlige produkter, er der ikke økonomiske incitamenter til, at en potentiel krænker skulle afstå fra sin plan om, at bestille en sådan småforsendelse med varemærkeforfalskede eller piratkopierede varer. Det skyldes, at selv hvis forsendelsen bliver opdaget af toldmyndigheder, og der skal betales vederlag for denne ulovlige forsendelse, er forventningen, at de næste 19 forsendelser ikke bliver opdaget m.v.

I denne type af sager kan sanktionssystemet ikke sikre en tilstrækkelig præventiv effekt ved hjælp af andre regler. Småforsendelser af denne art vil normalt ikke blive anset for så grove krænkelse, at straf kan komme på tale. Derfor er der et økonomisk begrundet argument for at tilkende et rimeligt vederlag for udnyttelsen, der klart overstiger markedsværdien af udnyttelsen. Sat på spidsen burde der i den økonomisk set ideelle verden i en sag, hvor opdagelsesrisikoen er 5%, tilkendes et vederlag, der svarer til udnyttelsens markedsværdi, ganget med 20 for at sikre en tilstrækkelig præventiv effekt – dvs. sikre at det ikke kan betale sig at foretage denne type af krænkelse.

Sådanne betragtninger er baseret på det, der i den retsøkonomiske litteratur kaldes for "*the multiplier principle*", som anerkender, at den præventive effekt ikke alene bestemmes af kompensationsbeløbets størrelse men lige så meget af sandsynligheden for, at krænkelsen bliver opdaget, at rettighedshaveren rejser et erstatningskrav, og at kompensationen faktisk kommer til udbetaling.⁸¹

Synspunktet taler for at vedtage og anvende et udmålingsprincip, hvorefter vederlaget forøges i overensstemmelse med sandsynligheden for, at krænkelsen bliver opdaget, at rettighedshaveren rejser et erstatningskrav, og at kompensationen faktisk kommer til udbetaling. Et sådant princip vil medføre en berigelse af rettighedshaveren i den konkrete sag og vil også kunne opleves som pønalt erstatning for krænkeren i den konkrete sag, men rettighedshavergruppen som helhed vil ikke opnå en berigelse lige så vel som krænkergruppen som helhed ikke vil blive udsat for pønale elementer. Selvom Sø- og Handelsretten i den pågældende sag mente, at der var hjemmel til at tilkende et præventionstillæg, er der ikke andre spor af noget tilsvarende i retspraksis, og principets gennemslagskraft vil derfor nok kræve en lovændring.

⁸¹ Se nærmere Richard Craswell, "Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and its Alternatives", 97 Michigan Law Review 1999,2185-2238 og Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 215 ff.

Et sådant præventionstillæg kendes endvidere fra tysk retspraksis, hvor domstolene i patentkrænkelsessager udmåler et rimeligt vederlag for udnyttelsen baseret på sammenlignelig licenspraksis og herefter typisk forhøjer vederlaget nogle gange op til 100%.⁸³ Også i Engelsk ret har domstolene i hvert fald i en enkelt sag tilkendt en "premium" eller "mark up". Et præventionstillæg må anses for at være i overensstemmelse med Retshåndhævelsesdirektivet.⁸⁴

4.2. Multipelt vederlag

En anden metode til at sikre prævention og en vis grad af forudsigelighed i udmålingen af økonomisk kompensation er at skabe grundlag for, at domstolene kan tilkende et rimeligt vederlag for udnyttelsen ganget med en nærmere bestemt faktor.

I art. 17, stk. 1, litra a, i Kommissionens forslag til Retshåndhævelsesdirektivet,⁸⁵ var der foreslået en sådan regel, idet kompensationen herefter skulle kunne opgøres til:

"... det dobbelte af de gebyrer og afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed".

Formålet med den foreslåede bestemmelse var

"at muliggøre fuldstændig godtgørelse af skaden, ... på et objektivt grundlag og samtidig tage hensyn til rettighedshaverens omkostninger, som f.eks. de administrative omkostninger med henblik på at påvise krænkelsen og udgifterne til efterforskning af, hvor den er opstået".

Bestemmelsen kom som bekendt ikke med i det endelige direktiv muligvis på grund af, at bestemmelsen i litteraturen blev mødt af en del kritik, der gjorde gældende, at et dobbelt rimeligt vederlag på det patentretlige område kunne resultere i urimeligt høje vederlag. Direktivet er imidlertid ikke til hinder for, at der vedtages en national regel med dette indhold, hvilket bl.a. er sket i Polen.⁸⁶ Som nævnt ovenfor er der også i bl.a. den norske ophavsretslov og designlov en bestemmelse om, at der ved forsætlige og groft uagtsomme krænkelse kan tilkendes 2 gange et rimeligt vederlag for udnyttelsen.

83 Peninsular Business Services Ltd v Citation plc [2004] FSR 17.

84 Jf. C-481/14 (Uörn Hansson), præmis 40: "Under disse omstændigheder gør artikel 94 i forordning nr. 2100/94 [Sortsbeskyttelsesforordningen] det ikke muligt at tilpligte en krænkende part at betale et fast krænkelsestillæg, således som det er beskrevet af den forelæggende ret, eftersom et sådant tillæg ikke nødvendigvis afspejler det tab, som indehaveren af den sort, der har været genstand for krænkelse, har lidt, om end direktiv 2004/48 ikke forhindrer medlemsstaterne i at træffe foranstaltninger, der yder bedre beskyttelse".

85 KOM(2003) 46 Endelig.

86 Lignende regler er angiveligt vedtaget i Østrig, Belgien, Tjekkiet, Tyskland og Grækenland, jf.

European Observatory on Counterfeiting and Piracy, "Damages in Intellectual Property Rights", 2010, s. 5.

I sag C-367/15 (OTK) skulle EU-Domstolen forholde sig til en bestemmelse i den polske ophavsretslov, der giver mulighed for at tilkende 2 gange og i visse tilfælde ved forsætlig krænkelse 3 gange "rimeligt vederlag." Domstolen konkluderede, at denne regel ikke var i strid med erstatningsbestemmelsen i Retshåndhævelsesdirektivets art. 13.⁸⁷ Domstolen fandt endvidere, at den polske bestemmelse ikke kunne anses for en bestemmelse om erstatning, der har karakter af straf, men tilføjede så, at det ikke kan udelukkes, at erstatning af et tab beregnet på grundlag af det dobbelte af det hypotetiske vederlag i ekstraordinære tilfælde overskrider det reelt lidte tab så klart og betragteligt, at et krav herom vil kunne udgøre et retsmisbrug, som er forbudt ved bestemmelsen i Retshåndhævelsesdirektivet om, at erstatningen skal stå i et rimeligt forhold til krænkelsen.⁸⁸ Dommen er ikke særlig klar, bortset fra det ene punkt, at der gives medlemsstaterne et stort frirum i implementeringen af reglen om et rimeligt vederlag for udnyttelsen.

Det forhold, at EU-Domstolen ved sin fortolkning af Retshåndhævelsesdirektivet efterlader medlemsstaterne med ganske betydelige frihedsgrader til at tilpasse og udvikle deres nationale bestemmelser om retshåndhævelse, understøttes endvidere af dommen i sag C-688/17 (Richter Gedeon) vedrørende erstatning for uberettiget forbud. Domstolen fandt i denne sag, at ungarsk ret, der ikke indeholder en særlig regel om erstatning for uberettiget forbud, og hvis almindelige regler om erstatning medførte, at rekvisitus ikke fik tilkendt nogen erstatning som følge af det uberettigede forbud, ikke var i strid Retshåndhævelsesdirektivets art. 9, stk. 2, som ellers fastslår, at hvis en foreløbig foranstaltning bortfalder eller ophæves, fordi der ikke forelå nogen krænkelse, *"skal de retslige myndigheder have beføjelse til på begæring af rekvisitus at pålægge rekvirenten at yde rekvisitus passende erstatning for det tab, der er lidt som følge af disse foranstaltninger."*

5. Krænkeren skal fralægge sig sin fortjeneste

Som nævnt i Del 1 kan krænkerens fortjeneste indgå som et moment i opgørelsen af rettighedshaverens lidte tab. Hverken af lovforarbejderne eller af retspraksis fremgår det særlig klart, hvorledes krænkerens fortjeneste bør eller kan påvirke opgørelsen af det lidte tab. Principielt behøver der ikke at være en sammenhæng mellem de to størrelser. Det fremgår dog af lovteksten såvel som af lovforarbejderne, at det er rettighedshaverens tab, der er dominerende i udmålingen, jf. ovenfor.

Tankegangen har angiveligt været den, at krænkerens fortjeneste er et faktisk forhold, der kan belyses og fastslås, mens rettighedshaverens tab er hypotetisk, da det beror på den indtjening, som

⁸⁷ Præmis 25.

⁸⁸ Præmis 31.

rettighedshaveren ville have haft, såfremt der ikke var sket en krænkelse (et kontrafaktisk scenarie). Det kan på den baggrund hævdes, at der er bedre muligheder for at opgøre krænkerens fortjeneste end rettighedshaverens tab.

Den gældende bestemmelse i dansk ret giver ikke hjemmel til, at krænkeren skal afstå sin fortjeneste til rettighedshaveren. Sådanne bestemmelser findes forskellige andre steder bl.a. art. 68, stk. 2, 2. pkt. i Aftalen om en fælles patentdomstol:⁸⁹ *"Krænkeren skal fralægge sig sin berigelse."* Tilsvarende er der i den norske ophavsretslov en bestemmelse om, at som et alternativ til et rimeligt vederlag for udnyttelsen kan rettighedshaveren kræve: *"vederlag svarende til vinningen som er opnået ved overtrædelsen"*. Lignende bestemmelser findes i bl.a. belgisk, engelsk,⁹⁰ tysk ret⁹¹ tjekkisk, ungarsk og estisk ret.⁹²

Det kan overvejes at indføre en sådan regel i Danmark. Reglen har karakter af et restitutionskrav. Restitutionskrav (eller berigelseskrav) indebærer, at når en person uden hjemmel har udøvet en andens formueret og derved indvundet en berigelse, må udøveren afgive denne berigelse, selv om den person, hvis ret han har udøvet, ikke har lidt et tilsvarende tab.⁹³ Traditionelle restitutionskrav kræver ikke et ansvarsgrundlag, som det er tilfældet med de nævnte udenlandske bestemmelser samt bestemmelsen i patentaftalen, så det er alene udmålingsdelen af restitutionskravet, som man kan overveje at indarbejde i en immaterialretlig kompensationsregel.

Selvom krænkerens fortjeneste må anses for lettere at dokumentere end rettighedshaverens tab, er der dog også usikkerhed forbundet med denne. Det drejer sig om at få fastslået, hvor stor en del af krænkerens fortjeneste der kan henføres til krænkelsen (apportionment). Om tysk ret er det oplyst, at de tyske domstole kun tilkender den del af fortjenesten, der kan henføres til krænkelsen, og at dette typisk resulterer i, at rettighedshaveren tilkendes mellem 5% og 50% af krænkerens fortjeneste.⁹⁴ Også i norsk ret synes, der er at ske fradrag i krænkerens fortjeneste for så vidt angår

89 EUT 2013/C 175/01.

90 Ulf Bernitz, "Obehørig vinst genom angrepp på företagshemlighet – ersättningsgill i Sverige?", NIR 2018, s. 565.

91 Art. 3, stk. 2, i forslaget til Retshåndhævelsesdirektivet, KOM(2003) 46 endelig, indeholdt ligeledes en bestemmelse om, at de ansvarlige for en immaterialretskrænkelse skulle fratages den økonomiske vinding ved krænkelsen.

92 European Observatory on Counterfeiting and Piracy, "Damages in Intellectual Property Rights", 2010, s. 6. I European Observatory's evalueringsrapport anbefales en bestemmelse af denne karakter, *ibid.*, s. 6.

93 Jf. Henry Ussing, "Erstatningsret", 4. oplag, 1957, s. 174. Se mere om restitutionskrav hos Anders Vinding Kruse, "Restitutioner. Et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret", 1950, samt i relation til håndhævelse af immaterialrettigheder hos Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 302 ff.

94 Daniel Hoppe, "Enforcement of Intellectual Property Rights in Germany", i Flip Petillion (red.), "Enforcement of Intellectual Property Rights in the EU Member States", 2019, s. 508 ff.

den del af fortjenesten, der ikke kan henføres til krænkelsen.⁹⁵

Problematikken vedrørende, hvilken del af fortjenesten der kan henføres til krænkelsen, kan adresseres med en regel om omvendt bevisbyrde, således at når krænkerens fortjeneste er fastslået, er det op til krænkeren at bevise, hvilken del af indtjeningen der ikke kan henføres til krænkelsen. Det taler til fordel for en sådan bevisbyrde, at krænkeren er bedre i stand til at godtgøre, hvilken del af krænkerens aktiviteter, der lovligt kunne have været opretholdt, såfremt der ikke var sket en krænkelse, end rettighedshaveren.

I lyset af udbredelsen af en sådan regel, hvor krænkeren skal afstå sin fortjeneste til rettighedshaveren, i forskellige EU-lande samt i Aftalen om en fælles patentdomstol forekommer det sandsynligt, at reglen er i overensstemmelse med Retshåndhævelsesdirektivet. Reglens karakter af en restitutionsregel, der er velkendt og indarbejdet i dansk ret, gør endvidere, at reglen ikke kan anses for fremmedartet i dansk retskultur. Dette underbygges endvidere af, at den danske forfatterlov fra 1933 i § 18, stk. 2, indeholdt en bestemmelse, om at krænkerens indvundne nettoindtægt udgjorde minimumserstatningen – dvs. også i tilfælde, hvor der ikke kunne dokumenteres et tab.

Et (i hovedsagen sprogligt) alternativ til en regel om, at krænkeren skal fralægge sig sin fortjeneste ved krænkelsen, kunne være en udtrykkelig bestemmelse om, at krænkeren ikke må kunne opnå en berigelse ved krænkelsen, således som det fremgår af forarbejderne til den svenske ophavsretslov, og som det er udtalt af den svenske Højesteret. En sådan regel ville formelt set indebære, at den samlede økonomiske kompensation som minimum vil svare til krænkerens fortjeneste.

6. Kvasiaftale og købelovens § 5

Jeg har tidligere gjort gældende, at vederlagsreglens indføjelser i immaterialretslovene ikke umiddelbart er udtryk for nogen radikal nyskabelse, men lovfæster gammelkendte, aftaleretlige grundsætninger om kvasiaftaler – nærmere bestemt tilegnelseshandlinger, der virker som aftaleretlige løfter.⁹⁶ I hovedtræk angår grundsætningen om sådanne tilegnelseshandlinger tilfælde, hvor en person retsstridigt tilegner sig et økonomisk gode under omstændigheder, hvor den pågældende må sige sig selv, at godet kun kan erhverves ved en markedstransaktion, det vil sige mod betaling af et vederlag. Princippet indebærer, at den, der retsstridigt tilegner sig en andens gode, ikke bør

⁹⁵ Ole-Andreas Rognstad, "Ophavsrett", 2. udg., 2019, s. 518, der henviser til sagen RG 2012, s. 778 (Costume).

⁹⁶ Se i det hele Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 227-230, samt Peter Møgelvang-Hansen & Thomas Riis, "Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser", i "Festskrift til Bernhard Gomard", 2001, s. 177-205.

slippe billigere end den, der retmæssigt erhverver godet, men bør betale (mindst) samme vederlag herfor. Efter almindelige erstatningsretlige principper skal krænkeren alene erstatte rettighedshaverens dokumenterbare konkrete tab, og dette kan ofte være mindre end rettighedshaverens vederlagskrav. Princippet om tilegnelseshandlinger, der virker som aftaleretlige løfter, indebærer, at butikstyven, der opdages, må betale samme vederlag som ærlige kunder, såfremt butiksindehaveren vælger at fastholde ham på købet, og ikke kan nøjes med at betale butiksindehaverens indkøbspris. Princippet kan begrundes moralsk, idet et andet resultat kan forekomme stødende for hæderlige personer, men tillige økonomisk, eftersom indehaverens vederlagskrav, der overstiger det dokumenterbare tab, er en forudsætning for den generelt set samfundsgavnlig omsætning af formuegoder og på immaterialrettens område for skabelsen af nye immaterialretligt beskyttede frembringelser.

Immaterialrettens vederlagsregel er baseret på samme princip som den kvasiaftaleretlige grund-sætning om tilegnelseshandlinger og er kombineret med en erstatningsregel ("erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført"). Selvom krænkeren i tilegnelses-tilfældene ved sin adfærd tydeligt demonstrerer, at han ikke er interesseret i at indgå en aftale, kanaliserer principperne om kvasiaftaler forholdet ind under de kontraktretlige regler med den virkning, at krænkeren i overensstemmelse med kontraktrettens regler om gensidigt bebyrden-de kontrakter må betale en markedsrelateret (rimelig) pris, og ikke "kun" erstatning efter reglerne om erstatning uden for kontrakt. Når der skal fastsættes vederlag efter kontraktretlige principper, gælder princippet i købelovens § 5, hvorefter køberen, når aftalen ikke indeholder vilkår om prisens fastsættelse, og der ikke er holdepunkter for andet, må betale, hvad sælgeren forlanger, "for så vidt det ikke kan anses for ubilligt".

I dansk ret er der mig bekendt ikke eksempler på, at domstolene udtrykkeligt henviser til kø-belovens § 5 ved udmåling af erstatning i immaterialretskrænkelssager, men der er enkelte domme, der bærer præg af sådanne betragtninger.⁹⁷ Derimod har norske domstole flere gange anerkendt synspunktet om kvasiaftaler, men har dog været tilbageholdende med en direkte an-vendelse af købelovens § 5.⁹⁸

Som det fremgår ovenfor, er der ofte stor usikkerhed forbundet med udmåling af et rimeligt veder-lag for udnyttelsen. Det betyder, at der ofte findes et bredt interval inden for hvilket, vederlaget vil

⁹⁷ Se Thomas Riis, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", 2005, s. 228-229.

⁹⁸ RG 2000.1042 (Scenedekoration) og NIR 1983.138 (The Hite Report).

kunne anses for rimeligt. Med en regel, der introducerer princippet i købelovens § 5, vil det rimelige vederlag kunne placeres i den øvre ende af intervallet. Reglen vender perspektivet således, at der ikke så meget skal argumenteres for, hvor højt vederlaget skal være, men snarere om der forligger forhold, der begrundes, at det påståede vederlag skal reduceres. Noget af usikkerheden ved fastsættelse af det rimelige vederlag flyttes således fra rettighedshaveren til krænkeren.

Selvom man kunne mene, at der i de nuværende regler er hjemmel til at anvende princippet i købelovens § 5, er der ikke tegn på, at domstolene vil gøre det, så en sådan ændring forudsætter nok en lovændring.

7. God tros-erstatning

Tidligere var der i immaterialretslovgivningen regler om tilkendelse af erstatning, når krænkeren var i god tro. Den tidligere regel om god tros-erstatning i ophavsretslovens § 83, stk. 2, var f.eks. formuleret på følgende måde:

"Selvom overtrædelsen er begået i god tro, kan der tilkendes den forurettede vederlag og erstatning efter bestemmelsen i stk. 1, i det omfang det skønnes rimeligt. Vederlaget og erstatningen kan dog ikke overstige den ved overtrædelsen indvundne fortjeneste."

Dette har navnlig været relevant i sager om køb af produkter med henblik på videresalg, hvor køberen har haft grund til at tro, at produkterne ikke var krænkende.

Disse regler blev imidlertid ophævet ved implementeringen af Retshåndhævelsesdirektivet, selvom direktivets art. 13, stk. 2, giver medlemsstaterne mulighed for at indføre en sådan erstatning.

I lovforarbejderne til implementering af Retshåndhævelsesdirektivet⁹⁹ er der som begrundelse for at ophæver reglerne anført, at disse regler bryder med den erstatningsretlige tradition og ikke har haft praktisk betydning, samt at de vil kunne virke urimeligt i forhold til privates krænkelse. Det er nok rigtigt, at god tros-erstatning bryder med den erstatningsretlige tradition, men til gengæld tilgodeser den de samme hensyn, som ligger bag restitutionskrav om uhjemlet udøvelse af andres formuerettigheder, og kan således ikke anses som fremmedartet i den danske retskultur. Risikoen

Forarbejderne til lov nr. 1430 af 21. december 2005.

for, at god tros-erstatning virker urimeligt i forhold til privates krænkelse, er håndteret med formuleringen i den tidligere ophavsretslovs § 83, stk. 2, idet erstatning kun tilkendtes "i det omfang det skønnes rimeligt". Det er meget muligt, at der ikke var meget retspraksis, da reglerne blev ophævet. Desuagtet forekommer der stadig sager, hvor det kunne være relevant at have hjemmel til at tilkende erstatning for krænkelse foretaget i god tro, jf. UfR 2018.187 H (Converse-sko), hvor der var tale om et stort antal krænkende produkter, hvoraf mere end 100.000 krænkende par sko var blevet videresolgt. Men Højesteret fandt, at sagsøgte ikke havde handlet uagtsomt, og der blev derfor ikke tilkendt erstatning.

Som en anomali er det muligt at få tilkendt erstatning for krænkelse foretaget i god tro efter markedsføringslovens § 24, stk. 4. Markedsføringslovens regel om god tros-erstatning blev vedtaget med markedsføringslovens fra 2005. Der er i lovforslagene ikke nogen nærmere begrundelse for reglen, men blot en generel henvisning til immaterialretslovgivningens kompensationsbestemmelser.¹⁰⁰ Det forekommer dog højst mærkværdigt, at den lov, som ophævede reglerne om god tros-erstatning i immaterialretslovgivningen, blev vedtaget samme dag (den 21. december 2005) som loven, der introducerede en lignende regel i markedsføringsloven.

Med de gældende regler er der altså mulighed for at få tilkendt god tros-erstatning efter markedsføringsloven. Dertil kommer, at der også ved krænkelse af det europæiske enhedspatent er muligt at få tilkendt erstatning for krænkelse foretaget i god tro, jf. art. 68, stk. 4, i Aftalen om en fælles patentdomstol. Selvom god tros-erstatning hverken er det stærkeste eller væsentligste våben i retshåndhævelsesarsenalet, kan der som nævnt i konkrete sager være gode grunde for at have denne mulighed, hvilket taler for at genindføre reglerne i immaterialretslovgivningen. En sådan genindførelse vil endvidere bringe den danske retsstilling på linje med den svenske og norske.

100 Forarbejderne til lov nr. 1389 af 21. december 2005.

8. Bevislempelsesregel

Retsplejeloven indeholdt tidligere i § 292, stk. 2, en bestemmelse om, at i de tilfælde hvor der forelå usikkerhed om tabets størrelse, skulle retten afgøre spørgsmålet efter et skøn over alle i betragtning kommende omstændigheder, således at denne usikkerhed ikke førte til en nægtelse af erstatning. Bestemmelsen, der blev ophævet i 1979 som overflødig, indebar en lempelse af beviskravet.¹⁰¹ En tilsvarende regel findes navnlig i den svenske retsplejelov (Rättegångsbalken kap. 35, § 5) og anvendes ofte i de svenske sager om immaterialretskrænkelser. Det ville give noget ekstra fleksibilitet i erstatningsudmålingen at genindføre en sådan bevislempelsesregel, der kunne modelleres efter den svenske bestemmelse:

"Om det är fråga om uppskattning av en inträffad skada och full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras, får rätten uppskatta skadan till skäligt belopp. Så får också ske om bevisningen kan antas medföra kostnader eller olägenheter som inte står i rimligt förhållande tilladans storlek och det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp".

¹⁰¹ Se Torsten Iversen (2000): "Erstatningsberegning I kontraktsforhold", Thomson GadJura, København, s. 168, og A. Vinding Kruse (1985): "Erstatningsansvar for uberettiget brug af dokumentformuleringer", Advokaten 1985, 297-300, s. 298 f.