



## Specialeafhandling

Forfatter(e): Poul Erik Lytken & Andreas Lottrup

Titel: Erstatningsudmåling ved krænkelse af enerettigheder

Emnebeskrivelse: Erstatning ved krænkelse af enerettigheder, herunder især problemstillingen vedrørende opgørelsen af, om der er lidt et tab og i givet fald tabets størrelse.

Vejleder: Lektor, Ph.d. Morten Rosenmeier

Afleveret den: 16. juli 2008

Karakter: 10

Antal studieenheder:

2     3

Antal tegn:

139.310

Må gerne benyttes på Det Juridiske Fakultets Bibliotek med karakter

Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets Bibliotek

# Indholdsfortegnelse

<b>INDHOLDSFORTEGNELSE .....</b>	<b>1</b>
<b>1. INDLEDNING .....</b>	<b>3</b>
<i>Problemformulering</i> .....	3
<i>Afgrænsning</i> .....	3
<i>Opbygning</i> .....	4
<b>2. ENGLISH SUMMARY .....</b>	<b>5</b>
<b>3. GENERELT OM ERSTATNING .....</b>	<b>6</b>
3.1 ERSTATNINGENS BAGGRUND OG FORMÅL .....	6
3.2 SUBJEKTIVE BETINGELSER .....	7
3.3 OBJEKTIVE BETINGELSER .....	8
3.4 LEMPELSER OG BORTFALD .....	8
3.4.1 <i>Tabsbegrænsningspligt</i> .....	9
3.4.2 <i>Passivitet</i> .....	9
3.4.3 <i>Forældelse</i> .....	9
3.4.4 <i>Lempelsesreglen</i> .....	9
3.5 SAMMENFATNING .....	10
<b>4. DET INTERNATIONALE RETSGRUNDLAG .....</b>	<b>11</b>
4.1 RETSHÅNDHÆVELSESDIREKTIVET .....	11
4.1.1 <i>Baggrund</i> .....	11
4.1.2 <i>Reglerne om erstatning</i> .....	13
4.2 TRIPS .....	17
4.3 ANDRE KONVENTIONER .....	18
4.4 SAMMENFATNING .....	19
<b>5. DET NATIONALE RETSGRUNDLAG .....</b>	<b>20</b>
5.1 IMMATERIALRETTLIGE REGLER .....	20
5.1.1 <i>Ophavsret</i> .....	20
5.1.2 <i>Patentret</i> .....	21
5.1.3 <i>Brugsmodeller</i> .....	22
5.1.4 <i>Designs</i> .....	23
5.1.5 <i>Varemærker</i> .....	23
5.2. KONKURRENCERETTLIGE ENERETTIGHEDER MV. ....	24
5.3 ERSTATNINGSREGLERNE .....	26
5.3.1 <i>Immaterialret</i> .....	26
5.3.2 <i>Konkurrenceret</i> .....	27
5.4 SAMMENFATNING .....	28
<b>6. ERSTATNINGSOPGØRELSEN .....</b>	<b>29</b>
6.1 UDNYTTELSESVEDERLAG .....	29
6.2 ERSTATNING FOR YDERLIGERE SKADE .....	30
6.3 GODTGØRELSE FOR IKKE-ØKONOMISK SKADE .....	34
6.4 GOD TROS VEDERLAG .....	35
6.5 SAMMENFATNING .....	37
<b>7. RETSPRAKSIS.....</b>	<b>38</b>
7.1 OVERSIGT 1966 - 2000.....	38
7.2 OVERSIGT 2000 - 2008.....	39
7.3 UDNYTTELSESVEDERLAG .....	41
7.3.1 <i>Indledning</i> .....	41
7.3.2 <i>Praksis om parallelimport af medicin</i> .....	43

7.3.3	Praksis i øvrigt.....	43
7.3.4	Bagatelgrænse?.....	49
7.4	YDERLIGERE ERSTATNING .....	50
7.4.1	Generelt.....	50
7.4.2	Uberettiget vinding.....	51
7.5	IKKE-ØKONOMISK SKADE.....	53
7.6	UDVIKLINGEN 2006 - 2008 .....	57
7.7	INSPIRATION FRA UDENLANDSK RETSPRAKSIS .....	58
7.8	SAMMENFATNING .....	60
<b>8.</b>	<b>KONKLUSION.....</b>	<b>61</b>
	<i>Retsstillingen</i> .....	61
	<i>Udviklingen</i> .....	62
<b>9.</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>63</b>
	<i>Love og bekendtgørelser</i> .....	63
	<i>Forarbejder</i> .....	64
	<i>Internationale konventioner</i> .....	64
	<i>EU retskilder</i> .....	65
	<i>Litteratur</i> .....	65
	<i>Artikler</i> .....	66

## **Bilag**

### I. Oversigt over erstatningsudmåling i retspraksis om eneretskrænkelser

## 1. Indledning

Lige siden de første stiftelser af enerettigheder har der eksisteret et tæt bånd mellem enerettighederne, og det samfund de er opstået i. På grund af de omkostninger der oftest er forbundet med frembringelsen, er det nødvendigt at skabe et værn, der beskytter enerettighederne. I takt med at samfundet er blevet mere kompliceret, og der bruges stadig flere penge på frembringelsen, er det nødvendigt bevare og udvikle dette værn. Uden dette værn ville man risikere, at mange på forhånd ville opgive at begive sig ud i nye frembringelser. Enerettighederne kan derfor opfattes som et nødvendigt modspil til den frie konkurrence. Værnet kan være mangeartet, men erstatningen har altid haft en central rolle i denne sammenhæng.

Der findes i de forskellige retssystemer divergerende opfattelser af erstatningsudmålingens karakter og formål. Her tænkes især på den pønale brug af erstatningsudmåling i specielt common law-lande overfor den danske stringente tabsafhængige udmåling.

Aktuelt foregår denne diskussion om en tabsafhængig udmåling contra en mere pønalt udmåling især på enerettighedernes område. Både i Danmark og det øvrige Europa har der været et pres på at få udmålt større erstatningsbeløb i krænkelssager. Dette har været begrundet i til dels pønale hensyn, men også på grund af tilsyneladende store problemer med præcise, pålidelige og beviselige opgørelser af de lidte tab, hvilket muligvis har ført til en for stor tilbageholdenhed ved udmålingen ved domstolene. Dette ønske om større erstatninger udmøntede sig i 2005 i Retshåndhævelsesdirektivet, hvor hensigten bag var en harmonisering og en øgning af erstatningsudmålingerne ved enerettighedskrænkelser.

## Problemformulering

Vi vil derfor i denne specialeafhandling belyse problemstillingen vedrørende erstatning ved krænkelser af enerettigheder, herunder især problemstillingen vedrørende opgørelsen af, om der er lidt et tab og i givet fald tabets størrelse.

## Afgrænsning

Vi vil i opgaven ikke kun beskæftige os med de enerettigheder, som traditionelt betegnes immaterialrettigheder<sup>1</sup>, men tillige beslægtede rettigheder, som giver en beskyttelse, der ligner den fra immaterialretslovene. Det vil først og fremmest sige enerettigheder i medfør af Markedsføringsloven, men f.eks. også den ulovbestemte eneret til eget billede. Præsentationen af det almene retsgrundlag i afsnit 5 vil dog alene omfatte de væsentligste af enerettighederne.

Valget af enerettigheder i bred forstand i modsætning til immaterialrettigheder i smal forstand skyldes især et ønske om at få det bredeste grundlag for den i bilag I udarbejdede statistik over dansk retspraksis i perioden 2000 til 2008. Vi har fra perioden indhentet et materiale af betydeligt omfang, som vil kunne bruges til at sandsynliggøre i hvilket omfang, der har været en bevægelse i de seneste år. Der er dog også anvendt ældre domme i det omfang, det er fundet nødvendigt. I enkelte tilfælde vil der blive draget paralleller til udenlandsk retspraksis for at sætte elementer i den danske praksis i kontekst.

---

<sup>1</sup> Se Kommissionens fortolkningsmeddelelse til Retshåndhævelsesdirektivet.

Inden for de fleste retsområder har bevisets stilling ofte en afgørende og central rolle ved retssager. Sager vedrørende krænkelse af enerettigheder er ingen undtagelse herfra. Grundet det begrænsede omfang af denne afhandling vil denne problemstilling ikke blive berørt. Vi har i stedet valgt at fokusere udelukkende på de materielle regler og ikke de for erstatningsudmålingen relevante processuelle regler<sup>2</sup>. Derimod vil alle de materiale regler, der regulerer kompensationen for en eneretskrænkelse, blive belyst, og ikke kun det som kan kaldes for erstatning i traditionel forstand.

## Opbygning

Afhandlingen vil indledningsvist i afsnit 3 beskrive de almindelige betingelser for at pålægge et erstatningsansvar samt redegøre for de specielle forhold, der gør sig gældende for erstatningen på det immaterialretlige område. Herefter gennemgås i afsnit 4 det internationale regelgrundlag, herunder Danmarks internationale forpligtelser inden for immaterialretten. Dernæst vil det nationale retsgrundlag blive gennemgået i afsnit 5. Det centrale i dette afsnit er de for erstatningsopgørelsen bagvedliggende immaterialretlige og konkurrenceretlige regler. I afsnit 6 redegøres der for selve erstatningsopgørelsen, hvis hovedpunkter er udnyttelsesvederlaget og erstatningen for yderligere skade. Endelig vil afhandlingen i afsnit 7 efterprøve størrelsen af de udmålte erstatninger samt forsøge at udlede en mulig tendens i retspraksis påvirket af Retshåndhævelsesdirektivet og/eller den offentlige debat.

---

<sup>2</sup> Se i stedet Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, som har en fyldig gennemgang af bevis- og procesregler.

## 2. English summary

The subject of this thesis is to determine the amount of damages given as a consequent loss caused by the breach to an intellectual property right. Although the focus is on the Danish legal system, European and international law have been considered where found applicable.

The general terms for obtaining damages and a brief introduction to the most common of the Danish intellectual property laws will be given.

Generally, to obtain damages from a party, the party must have acted either by intention or by negligence. It is enough to obtain damages according to Danish law that one has acted negligent. Negligence is characterised by three things: breach of a legal duty of care, which results in damage undesired by the defendant to the plaintiff.

To obtain damages there must be a consequent loss, and that loss must be consequent in both fact and law. However, according to laws on intellectual property rights one is entitled to compensation for the unauthorised use of ones property in the form of a license fee, even if there has not been a consequent loss due to the unauthorised use.

The 29<sup>th</sup> of April 2004 the European Parliament and the Council introduced Directive 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights. The main concern of the Directive is to ensure the enforcement of intellectual property rights by given measures, procedures and remedies. It was implemented in the Danish law system on the 1<sup>st</sup> of January 2006 by the legislation L 2005-12-21 no. 1430.

According to the Directive the judicial authorities, among others, shall consider any unfair profits made by the infringer when settling the damages, cf. art. 13(1), litra a. Overall the Directive has brought a more homogenous level of protection to the Danish intellectual property provisions, and the rules concerning damages are now the same, whether the infringement concerns patents, copyrights, trademarks etc.

A secondary, yet central, subject of this thesis is to determine the effect of Directive 2004/48 and its attendant in the Danish legislation.

The thesis will review the applicable legal rulings by the Danish courts, primarily from the Supreme Court, High Court and the Copenhagen Maritime and Commercial Court.

The conclusion of this thesis is that the monetary damages set by the courts have not in any way increased significantly after the introduction of Directive 2004/48 and its Danish attendant.

### 3. Generelt om erstatning

Efter en kort introduktion vil dette afsnit beskæftige sig med erstatningens baggrund og formål (afsnit 3.1), subjektive og objektive betingelser for et erstatningsansvar (hhv. afsnit 3.2 og 3.3) og lempelse og bortfald af ansvaret (afsnit 3.4).

De immaterialretlige love hjemler alle mulighed for at få tilkendt erstatning ved krænkelse af rettighedshaverens eneret. Fælles for disse bestemmelser er bl.a., at dansk rets almindelige betingelser for erstatning forudsættes opfyldt. Der sondres skarpt mellem erstatning og godtgørelse, hvor begge typer af ydelser kan komme på tale ved immaterialretlige krænkelse. Godtgørelse anvendes oftest ved ikke-materiel skade, hvor det er vanskeligt at opgøre et økonomisk tab, og således kræves det ikke, at der kan opgøres et økonomisk tab<sup>3</sup>. Det kræver normalt særlig hjemmel for at udmåle godtgørelse<sup>4</sup>, jf. dommene U 1978.1016 Ø (rejsebureaus aflysning af rejse) samt U 1980.712 /1H (udlejers uberettigede opsigelse af lejemål).

Generelt kan man skelne mellem skader, der sker mellem parter, der står henholdsvis i og uden for kontraktforhold til hinanden. Der er ikke nogen principiel forskel mellem teorien om udmåling af erstatning i de to forhold. Erstatning i kontrakt vil dog ofte være særskilt reguleret af parterne, og de bagvedliggende generelle erstatningsregler viger i så fald for parternes aftale i det omfang reglerne ikke er helt eller delvist præceptive, eller der i øvrigt er grundlag for at tilsidesætte parternes aftale, f.eks. efter Aftalelovens § 36. For immaterialretskrænkelser vil der som oftest blive tale om erstatning uden for kontrakt<sup>5</sup>, dvs. deliktiskrav, da parterne i immaterialretlige retssager ikke står i et aftaleforhold. Parterne vil tværtimod ofte stå i et indbyrdes konkurrenceforhold.

De generelle regler vedrørende flere skadevoldere finder tilsvarende anvendelse ved erstatning for krænkelse af enerettigheder, jf. generelt om reglen i EAL § 25. Reglerne kan have betydning, hvis f.eks. både en producent og en distributør krænker en enerettighed.

#### 3.1 Erstatningens baggrund og formål

Baggrunden for alle erstatningsregler er et ønske om den bedste og mest hensigtsmæssige placering af tab forvoldt af skader, idet det ikke er hensigtsmæssigt, at skadelidte i alle tilfælde selv skal bære tabet. Da reglerne således udspringer af generelle hensigtsmæssighedsbetragtninger, er reglerne om erstatning og erstatningsansvar heller ikke statiske, men ændrer sig i takt med ændrede samfundsforhold, som f.eks. udbredelsen af specialbestemmelser om objektivt ansvar på særligt farlige områder<sup>6</sup>.

Erstatningsbestemmelserne kan, *for det første*, anses som en form for genoprettelse af udgangspunktet. Skadelidte får et økonomisk surrogat for den lidte skade<sup>7</sup>.

Dernæst, og *for det andet*, har erstatningsbestemmelserne en præventiv funktion, idet frygten for at ifalde ansvar medfører en generel påpasselighed og afholdenhed fra visse risikobetonede handlinger.

<sup>3</sup> Se således, for så vidt angår Erstatningsansvarsloven, EAL § 3 om svie og smerte, EAL § 4 om varigt mén, EAL § 26 om tort. For så vidt angår Ophavsretsloven, se om godtgørelse for ikke-økonomisk skade, OHL § 83, stk. 3.

<sup>4</sup> Lærebog i obligationsret, bind I, side 181.

<sup>5</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 419.

<sup>6</sup> Objektivt ansvar findes f.eks. inden for området for færdsel, jernbanedrift og for nukleare anlæg.

<sup>7</sup> Se om dette surrogatprincip, Erstatningsret, side 167ff.

Den præventive funktion kan tillige være af normativ karakter, ligesom den kan være moraldannende<sup>8</sup>. På immaterialrettens område har den stigende bekymring og ønsket om at forhindre krænkelse ført til en højere grad af fokus på erstatningsreglernes præventive effekt.

Endvidere kan erstatningen, *for det tredje*, ses som en hensigtsmæssig overførsel af tab og dermed risikofordeling<sup>9</sup>. Baggrunden for denne tabsoverflytning kan være mangeartet, men kan f.eks. bestå i, at en skadevolder har handlet culpøst, jf. straks nedenfor. Hermed opstår der en nær sammenhæng med det præventive element i erstatningen, idet man gennem sin adfærd vil forsøge at undgå et erstatningsansvar.

Endelig, *og for det fjerde*, kan erstatningen ses som en form for garanti for ens rettigheder. I nær sammenhæng hermed kan erstatningen ses som et middel til tryghed eller et udtryk for den almindelige retsfølelse<sup>10</sup>. Påfører man en anden person skade, forsætligt eller uagtsomt, må man være indstillet på at skulle betale erstatning herfor.

Da erstatningen således kan ses som en overførsel af et tab, stilles der betingelser for at pålægge et erstatningsansvar. Disse opdeles traditionelt i subjektive og objektive betingelser.

### **3.2 Subjektive betingelser**

Det er grundlæggende for al erstatning, at der først og fremmest er et ansvarsgrundlag. Dette kan foreligge enten ved uagtsomhed eller forsæt.

Den almindelige og ulovbestemte culpa regel bygger på princippet om, at hvis der findes én, som kan bebrejdes en skade som forsætlig eller uagtsom, så er denne nærmest til at bære tabet<sup>11</sup>. Den nedre grænse for at ifalde et erstatningsretligt ansvar er uagtsomhed, hvorfor sondringen mellem den ikke-uagtsomme adfærd og den uagtsomme adfærd bliver central. Reglens indhold bliver da reelt at fastslå, om en handling eller undladelse afviger fra et på handlingens/undladelsens tidspunkt anerkendt adfærdsmønster<sup>12</sup>. Afgrænsningen mellem uagtsomhed og forsæt påkalder sig omvendt ikke samme centrale placering i erstatningsretlig sammenhæng, idet både uagtsomhed og forsæt er tilstrækkeligt til et ansvarsgrundlag.

Adfærdsmønsteret kan eksempelvis være fastlagt og udtrykt direkte i en lov eller med hjemmel heri. Erstatningsreglerne i de immaterialretlige lov kan derfor i vidt omfang ses som en kodificering på immaterialrettens område af det ellers ulovbestemte culpa ansvar<sup>13</sup>.

Sondringen mellem grov og simpel uagtsomhed har i øvrigt ikke betydning i forhold til spørgsmålet om erstatning, idet simpel uagtsomhed er tilstrækkeligt til at ifalde erstatningsansvar. Sondringen kan dog have betydning på det ophavsretlige område, idet grov uagtsomhed her er tilstrækkeligt til at ifalde strafansvar, jf. OHL § 76, stk. 1. I de øvrige immaterialretlige love kræves forsæt for at ifalde strafansvar<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> Enerettigheder og vederlagsrettigheder, side 78ff.

<sup>9</sup> Lærebog i erstatningsret, side 26 samt Enerettigheder og vederlagsrettigheder, side 80f.

<sup>10</sup> Enerettigheder og vederlagsrettigheder, side 81.

<sup>11</sup> Lærebog i erstatningsret, side 3.

<sup>12</sup> Lærebog i erstatningsret, side 66.

<sup>13</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 425.

<sup>14</sup> Se således PTL § 57, stk. 1, BML § stk. 1, DSL § 36, stk. 1 samt VML § 42, stk. 1.

For *registrerede* rettigheder vil der som oftest blive statueret uagtsomhed, såfremt rettigheden krænkes. Det forventes således normalt, at en fornuftig erhvervsdrivende er opmærksom på andres rettigheder i en sådan grad, at han ville have opdaget en eneret, som et produkt mv. ville støde an mod<sup>15</sup>. Erstatningsansvaret følger dog ikke alene af registreringen, men der vil blive stillet store krav for at kunne statuere god tro.

Da der bliver stillet strenge krav til erhvervsdrivendes agtpågivenhed<sup>16</sup>, bliver der også kun i få tilfælde statueret god tro, for så vidt angår *uregistrerede* rettigheder<sup>17</sup>.

### **3.3 Objektive betingelser**

Grundlæggende for erstatningsansvaret er, at der er sket en retsstridig handling<sup>18</sup>. På det immaterialretlige område består denne retsstridighed som udgangspunkt i overtrædelse af bestemmelserne i de enkelte immaterialretlige love.

Det kræves, at skaden har ramt en anden en skadevolder, hvilket medfører, at såfremt der er personsammenfald mellem skadevolder og skadelidte, kan der ikke kræves erstatning. Princippet er, at man ikke kan kræve erstatning af sig selv. I forlængelser heraf skal der altså kunne udpeges henholdsvis en skadelidt og en skadevolder.

Yderligere er det et krav, at der er årsagssammenhæng (kausalitet) mellem skaden og den udøvede adfærd, der har forvoldt skaden<sup>19</sup>. I immaterialretlig sammenhæng skal der være sammenhæng mellem krænkelsen og det lidte tab. Sammenhængen skal endvidere være så kvalificeret, at den kan karakteriseres som påregnelig. Dette medfører, at det udover årsagssammenhæng kræves, at sammenhængen mellem krænkelsen og tabet skal være adækvat.

Der er ligeledes et krav, at der ikke foreligger objektive ansvarsfrihedsgrunde i form af nødværge, nødret, uanmodet forretningsførelse eller samtykke. På det immaterialretlige område er kravet dog noget teoretisk, idet det er vanskeligt at forestille sig immaterialretlige situationer, hvor der foreligger objektive ansvarsfrihedsgrunde<sup>20</sup>. Det kunne måske tænkes i forbindelse med fremstilling af medicin til katastroferamte områder, men kriteriet bør formentlig generelt afvises.

### **3.4 Lempelser og bortfald**

Det erstatningsretlige krav som følge af en enerettighedskrænkelse kan lempes og i visse tilfælde bortfalde helt. Nedenfor er de mest almindelige tilfælde gennemgået.

---

<sup>15</sup> Se artiklen *Damages for Patent Infringement According to German Law*.

<sup>16</sup> Immaterialret, side 533.

<sup>17</sup> Se dog U 2007.1112 H, hvor Coop Danmark i god tro havde forhandlet T-shirts identiske med et beskyttet design.

<sup>18</sup> Se detaljeret gennemgang af retsstridighedsbegrebet i Lærebog i erstatningsret, side 44 samt specifikt for immaterialretten i Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 426 samt Erstatning for ophavsretlige krænkelser, side 194.

<sup>19</sup> Lærebog i erstatningsret, side 251f.

<sup>20</sup> Se hertil Erstatning for ophavsretlige krænkelser, side 198.

### 3.4.1 Tabsbegrænsningspligt

Det erstatningsretlige udgangspunkt er, at skadelidte generelt har en pligt til at begrænse sit tab, og kan altså ikke få erstattet et tab, der efter en konkret vurdering kunne være undgået. Dette medfører dog ikke, at skadelidtes tab bortfalder fuldstændigt, men medfører altså blot bortfald af netop den del, der kunne være undgået gennem iagttagelse af nødvendig tabsbegrænsning.

På det immaterialretlige område er pligten til tabsbegrænsning snæver. En rettighedshaver kan således ikke pålægges, på baggrund af denne, en forpligtelse til at afholde yderligere markedsføringsomkostninger for derigennem at undgå en markedsfortrængning. På samme måde kan rettighedshaveren heller ikke forpligtes til at sætte priserne drastisk ned for derigennem at begrænse tabet<sup>21</sup>.

Omvendt kan en rettighedshaver dog formentlig have en pligt til at begrænse et tab for så vidt angår manglende udnyttelse af et produktionsapparat i form af forrentning og afskrivning<sup>22</sup>.

### 3.4.2 Passivitet

Dansk rets almindelige regler om passivitet finder også anvendelse for så vidt angår den immaterialretlige krænkelse. I princippet kan den immaterielle rettighed fortabes ved passivitet, men der skal meget til, da immaterialrettigheder sidestilles med ejendomsrettigheder i denne sammenhæng<sup>23</sup>. I forhold til spørgsmålet om passivitet kan det have betydning hvilken type immaterialret, der er tale om. Passivitet indtræder formentlig hurtigere i sager om varemærkekrænkelser eller produktetfterligninger, da den mulige krænker bør have mulighed for at indrette sig efter rettighedshaveren.

### 3.4.3 Forældelse

Det erstatningsretlige krav forældes efter dansk rets almindelige regler om forældelse. Det erstatningsretlige krav forældes således efter 3 år, jf. Forældelseslovens § 3, stk. 1. Fristen regnes fra skadens indtræden for så vidt angår krav opstået uden for kontraktforhold, jf. lovens § 2, stk. 4. I kontraktforhold regnes fristen fra tidspunktet for misligholdelsen, jf. lovens 2, stk. 3.

### 3.4.4 Lempelsesreglen

Erstatningen kan nedsættes eller helt bortfalde, såfremt ansvaret vil virke urimeligt tyngende for den erstatningsansvarlige, jf. EAL § 24. Der er således tale om en lempelsesregel, der først finder anvendelse, når det er fastslået, at de øvrige betingelser for at pålægge et erstatningsansvar er opfyldt.

Om et erstatningsansvar er så urimeligt tyngende, at det kan give baggrund for en nedsættelse eller et bortfald, beror på en helhedsvurdering, men angår først og fremmest den erstatningsansvarliges økonomiske forhold. Andet led af bestemmelsen åbner dog også mulighed for lempelse/bortfald,

---

<sup>21</sup> Erstatning for ophavsretlige krænkelser, side 199f.

<sup>22</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 483. Se i øvrigt nedenfor afsnit 6.2 om andre tab.

<sup>23</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 493f.

når ganske særlige forhold i øvrigt gør det rimeligt. Bestemmelsen sigter dermed først og fremmest på fysiske personer, men kan principielt tillige anvendes på juridiske personer<sup>24</sup>.

I forhold til de immaterialretlige erstatningsregler kan der både ske lempelse af et vederlagskrav som et krav om erstatning<sup>25</sup>.

### **3.5 Sammenfatning**

Immaterialretten er en speciel del af formueretten. Derfor tager den immaterialretlige erstatning udgangspunkt i dansk rets almindelig regler om erstatning.

På visse områder adskiller den immaterialretlige erstatning sig dog fra den traditionelle erstatningsopgørelse. Dette kommer til udtryk derved, at visse af de erstatningsretlige principper er svære at overføre til de immaterialretlige krænkelse og erstatninger. Det kommer dog også til udtryk derved, at de immaterialretlige bestemmelser om erstatning har visse særtræk. Reglerne om erstatning i immaterialretslovene og selve opgørelsen af erstatningen vil derfor blive behandlet særskilt og uddybende nedenfor hhv. i afsnit 5.3 og 6.

---

<sup>24</sup> Lærebog i erstatningsret, side 417.

<sup>25</sup> Erstatning for ophavsretlige krænkelse, side 248f samt dommen U 2005.60 V.

## 4. Det internationale retsgrundlag

For forståelsen af de danske regler om beskyttelse af enerettigheder er det vigtigt at holde sig Danmarks internationale forpligtelser for øje. Der findes således internationale krav forbundet til mange områder af immaterialretten - og også til erstatningen for krænkelse. Nedenfor gennemgås de internationale retskilder, som er af relevans for denne afhandling, hhv. Retshåndhævelsesdirektivet (afsnit 4.1), TRIPs (afsnit 4.2) og andre konventioner (afsnit 4.3).

Vi har af hensigtsmæssighedsgrunde valgt at behandle både internationale konventioner og EU-retten i dette afsnit, selvom EU-rettens rette ”hylde” kan diskuteres.

### 4.1 Retshåndhævelsesdirektivet

#### 4.1.1 Baggrund

##### *Historie*

EU-kommissionen fremlagde i 1998 en grønbog om bekæmpelse af varemærkeforfalskninger og piratkopiering i det indre marked<sup>26</sup>. På baggrund af denne og en opfølgingsmeddelelse til grønbogen udarbejdet efter høring af de interesserede kredse, fremsatte Kommissionen den 26. februar 2003 et forslag til direktiv om foranstaltninger og procedurer til sikring af overholdelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder<sup>27</sup>.

Det omstridte forslag måtte dog igennem en længere behandling i Europa-Parlamentet før det i revideret udgave blev til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder - *Retshåndhævelsesdirektivet*<sup>28</sup>.

Rådets og Europa-Parlamentets revision af Kommissionens forslag førte til et bredere anvendelsesområde for direktivet. Anvendelsesområdet er derfor ikke blot intellektuelle ejendomsrettigheder, som er reguleret af fællesskabsretten, men også alle nationalt fastsatte intellektuelle ejendomsrettigheder. Derudover blev definitionen af intellektuelle ejendomsrettigheder gjort bredere, således at også de industrielle ejendomsrettigheder eksplicit medtages. Efter Kommissionens opfattelse omfatter direktivet nu mindst følgende enerettigheder<sup>29</sup>:

- ophavsrettigheder
- ophavsretsbeslægtede rettigheder
- databasefremstillerens sui generis-ret
- rettigheder tilhørende frembringeren af et halvlederprodukts topografi
- varemærkerettigheder
- designrettigheder
- patentrettigheder, herunder rettigheder afledt af supplerende beskyttelsescertifikater
- geografiske betegnelser
- brugsmodelrettigheder
- sortsbeskyttelsesrettigheder
- handelsnavne, for så vidt disse er beskyttet som eksklusive ejendomsrettigheder efter den pågældende nationale ret.

---

<sup>26</sup> KOM (98)596.

<sup>27</sup> KOM (2003)46.

<sup>28</sup> Se om direktivets tilblivelse i artiklen *The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?*, side 821.

<sup>29</sup> Kommissionens meddelelse om fortolkning af Retshåndhævelsesdirektivet

Yderligere ændringer tæller bl.a. ændring i definitionen af grænsen mellem strafbare og tolererede handlinger. Europa-Parlamentet valgte at ændre ordlyden fra handlinger begået i *kommercielt øjemed* til *kommerciel målestok*, og tilføjede, at det normalt udelukker handlinger, udført i god tro af forbrugere. Desuden blev det efter Rådets ønske - men i modsætning til Kommissionens forslag - overladt til medlemsstaterne at vælge, om de vil anvende strafferetlige sanktioner.

Slutteligt, men ganske væsentligt, blev bestemmelsen om erstatning i forslaget revideret, således at krænkerens vinding nu blot er et aspekt ved udmåling af erstatning. Efter Kommissionens oprindelige forslag, kunne rettighedshaveren forlange at blive tildelt krænkerens uberettigede fortjeneste<sup>30</sup>. Kommissionen havde således af præventive hensyn tiltænkt at give erstatningsudmålingen en pønål karakter. I det oprindelige forslag var der ligeledes - efter tysk forbillede<sup>31</sup> - mulighed for at tilkende en rettighedshaver det dobbelte af den licensafgift, som han ville have været berettiget til - dette er også udgået i direktivet. Det pønåle element blev derimod bevaret for så vidt angår bestemmelsen om offentliggørelse af domme<sup>32</sup>.

Kommissionens ønske om erstatning med en pønål karakter blev altså underkendt af Europa-Parlamentet og Rådet. Kommissionens ønske om en meget hårdere linje kan tydeligt læses ud af det oprindelige forslag, hvor Kommissionen er stærkt bekymret for omfanget og konsekvenserne af krænkelse af immaterialrettigheder. I forslaget sammenkædes varemærkeforfalskninger og piratkopiering sågar med terrorisme og finansiering deraf<sup>33</sup>.

#### *Direktivet*

Kommissionens motivation for fremsættelsen af direktivforslaget var at skabe et ensartet højt niveau for medlemslandenes nationale foranstaltninger om overholdelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Foranstaltningerne skal være effektive og af en sådan art, at de genopretter den situation, rettighedshaveren befandt sig i forud for krænkelsen. Det er samtidig formålet at sikre tilstedeværelsen af *afskrækkende* sanktioner for krænkelse af enerettigheder.

Direktivet er et *minimumsdirektiv*<sup>34</sup> og hjemler således mulighed for stærkere beskyttelse af immaterialrettigheder i national lovgivning.

Det er tilsigtet, at direktivet skal ligge inden for rammerne af den øvrige EU-ret, TRIPs-aftalen og de øvrige internationale konventioner på området, se nedenfor, jf. direktivets præambel, pkt. 4 og 5 og forslaget, side 18.

For så vidt angår den øvrige EU-ret, har Kommissionen i forbindelse med en sag om parallelimport af lægemidler anført, at kompensationen for immaterialretskrænkelser skal fastsættes i overensstemmelse med de nationale principper om foranstaltninger til økonomisk godtgørelse, forudsat at de er forenelige med fællesskabsretten og international ret, og navnlig at de er forenelige med principperne om ækvivalens, effektivitet og proportionalitet, jf. EF-Domstolens dom C-348/04 (Boehringer II), præmis 57. EF-Domstolen udtalte i samme sag, præmis 64, at den nationale ret fra

---

<sup>30</sup> Princippet kendes både fra common law-lande, se f.eks. dommen refereret i European Intellectual Property Review, N-7 (New Zealand), og civil law-lande, se f.eks. IIC 2004.226 (Japan).

<sup>31</sup> 1973 GRUR 379. Dommen er omtalt i afsnit 7.7.

<sup>32</sup> Se præambelens pkt. 27.

<sup>33</sup> KOM(2003)46, side 12

<sup>34</sup> Ibid., side 16 og 18.

sag til sag skal fastsætte beløbet for den økonomiske godtgørelse under hensyntagen til bl.a. omfanget af den af varemærkeindehaveren lidt skade som følge af parallelimportørens krænkelshandling og under overholdelse af proportionalitetsprincippet. Retshåndhævelsesdirektivet skal således læses med principperne om ækvivalens, effektivitet og proportionalitet for øje.

### *Implementering*

Der var en frist på 2 år for implementeringen af direktivet. I Danmark førte implementeringen hovedsageligt til ændringer i Retsplejeloven og samtlige immaterialretslove. Folketinget vedtog således i december 2005 lov om ændring af Patentloven, Ophavsretsloven med flere love<sup>35</sup>, som trådte i kraft 1. januar 2006, jf. lovens § 8, og lov nr. 1431 af 21. december 2005 om brugsmønstre. De nye regler finder altså anvendelse på krænkelser sket efter den 1. januar 2006.

Da direktivet i Danmark blev implementeret inden udløbet af den fastsatte implementeringsfrist, bliver der ikke spørgsmål om direkte anvendelse af direktivet<sup>36</sup>, men alene om direktivkonform fortolkning<sup>37</sup>.

Ændringerne i Retsplejeloven skete med lov nr. 279 af 5. april 2006. Ændringerne i Retsplejeloven omfatter især bevisregler, som - på trods af betydningen for erstatningsudmåling - ligger uden for grænserne af denne afhandling.

## **4.1.2 Reglerne om erstatning:**

Direktivets bestemmelser om kompensation for krænkelser findes i artikel 13 og til dels artikel 14. Artikel 13 (1) rammer forsætlige eller uagtsomme krænkelser, og artikel 13 (2) åbner mulighed for kompensation ved krænkelser i god tro:

### Artikel 13 Erstatning

1. Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af den forurettede pålægger den krænkende part, der vidste eller med rimelighed burde vide, at hans aktiviteter medførte en sådan krænkelse, at betale rettighedshaveren en erstatning, der står i rimeligt forhold til det tab, denne har lidt som følge af krænkelsen.

Når de retslige myndigheder fastsætter erstatningen,

a)  
skal de tage hensyn til alle relevante aspekter, såsom negative økonomiske konsekvenser, herunder tabt fortjeneste, som den forurettede har lidt, den krænkende parts uberettigede fortjeneste, og, når det er hensigtsmæssigt, andre elementer end de økonomiske, f.eks. den ikke-økonomiske skade, rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen

b)  
eller de kan, som et alternativ til litra a), når det er hensigtsmæssigt, 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.

<sup>35</sup> Lov nr. 1430 af 21. december 2005.

<sup>36</sup> EU-ret i kontekst, side 344.

<sup>37</sup> Ibid., side 351.

2. I sager, hvor den krænkede part har krænket intellektuelle ejendomsrettigheder uden at vide det eller uden at have rimelig grund til at vide det, kan medlemsstaterne bestemme, at de retslige myndigheder kan træffe beslutning om tilbagebetaling af et overskud eller om betaling af en erstatning, der kan være fastsat på forhånd.

Endelig giver artikel 14 mulighed for godtgørelse af sagsomkostninger, som ikke vil blive behandlet yderligere.

Hovedformålet med artikel 13 (1), er at sikre, at der udmåles *en erstatning, der står i rimeligt forhold til det tab, en rettighedshaver har lidt som følge af en forsætlig eller uagtsom krænkelse.*

Litra a opregner nogle for erstatningsopgørelsen relevante aspekter, men er ikke ment som en udtømmende opregning<sup>38</sup>. Der skal tages hensyn til negative økonomiske konsekvenser, såsom rettighedshaverens tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste. Desuden kan der tages hensyn til andre aspekter end de økonomiske, såsom ikke-økonomisk skade. Litra b giver muligheden for at opgøre erstatning til den sum, som skulle have været betalt som licensafgift, hvis udnyttelsen af enerettigheden var sket efter aftale.

Erstatningsudmålingen nævnes desuden i direktivets præambel, pkt. 26, hvor ordlyden fra artikel 13 (1), litra a, gentages næsten eksakt. Derudover nævnes det, at det er meningen, at litra b's opgørelsesmetode kan bruges, hvor der er problemer med opgørelsen af det faktiske lidte tab efter litra a. Litra b er således heller ikke ment som en mulighed for at fastsætte erstatninger af pønål karakter, men alene for at lette en udmåling efter objektive kriterier.

I Kommissionens oprindelige forslag angives det, at immaterialretskrænkelser for den forurettede virksomhed kan betyde tab af omsætning og markedsandele (tab af direkte salg), immaterielle og ideelle skader af virksomheden eller mærkets image (tab af fremtidig salg). Krænkelser fører til en forfladigelse, som er ødelæggende for den ægte vares omdømme og originalitet - især i tilfælde hvor markedsføringen er baseret på kvalitet og sjældenhed. Den forurettede virksomhed kan desuden få dækket udgifter til undersøgelser mv. i forbindelse med formodede krænkelser. Det er således disse udgifter Kommissionen især har haft i sigte ved udarbejdelsen af det oprindelige forslag.

#### *Krænkerens fortjeneste*

For dansk ret er det nyt - i hvert fald i teorien<sup>39</sup> - at man ved udmålingen af erstatning, kan tage hensyn til en krænkerens uberettigede vinding, da dette ikke nødvendigvis er en indikator af tabets størrelse<sup>40</sup>. En sådan erstatning, der ikke strengt følger princippet om genoprettelse, kendes dog fra TRIPS-aftalens artikel 45 (2), jf. nedenfor.

---

<sup>38</sup> Jf. ordlyden af litra a.

<sup>39</sup> Krænkerens fortjeneste har til tider været inddraget i retssager af rettighedshavere, f.eks. U 1964.53 H, hvor rettighedshaveren fik tilkendt erstatning svarende til krænkerens fortjeneste, da denne tog bekræftende til genmæle. Med indførelsen af vederlagsbestemmelser i de forskellige immaterialretslove har uberettiget fortjeneste været et element ved fastsættelsen af vederlaget.

<sup>40</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 99. Således også U 1964.628 H: "[D]er må gives appellanten medhold i, at de foreliggende oplysninger om hans fortjeneste på de solgte ilæggere ikke er afgørende for bedømmelsen af indstævntes tab..."

At krænkerens uberettigede vinding er blevet et aspekt, som der *skal* tages hensyn til, jf. ordlyden af litra a, kan være udslag af et ønske om at lette bevisbyrden for rettighedshaveren i forbindelse med opgørelsen af tabet. I dette tilfælde er der derfor blot tale om en slags processuel regel, men ikke en materiel ændring af erstatningsbegrebet. Hvis krænkerens vinding kan fastslås, bliver det herefter til dels krænkeren, der må løfte bevisbyrden for, at det faktiske lidte tab ikke har samme omfang. Med denne forståelse af reglen, vil det ikke være muligt at få tilkendt erstatning udover det faktisk lidte tab. Bestemmelsen er blot et udslag af, at der kan være et misforhold mellem det umiddelbart dokumenterbare tab og det faktisk lidte tab. Det vil tit kunne volde store problemer at dokumentere *hypotetisk fortjeneste*, men krænkerens vinding vil i nogle tilfælde kunne pege på, i hvilken størrelsesorden tabet ligger.

En anden mulighed er, at hensynet til krænkerens vinding er et ønske om en udvidelse af erstatningsbegrebet til at omfatte andet og mere end det faktisk lidte tab - altså en materiel regel. I så fald er der tale om at tillægge erstatningsudmålingen et pønalt element. Et lignende princip kendes fra den danske straffelovs §§ 75 - 77 om konfiskation af udbytte ved en strafbar handling. Da der er tale om et direktiv, der fastsætter minimumsbeskyttelsen for rettighedshavere, vil en sådan udvidelse binde Danmark til at tillade erstatningsudmålinger, der overstiger det faktuelle tab.

Det kan ikke specifikt læses ud af bestemmelsen, om der efter litra a kun kan tilkendes en erstatning, som ligger inden for det faktuelle tab. Der er alene tilkendegivet, at erstatningen skal stå i rimelig forhold til tabet. Som nævnt indledningsvis fandtes der i Kommissionens førsteudkast en formulering, som udtrykkelig gav den krænkede part ret til at få tilkendt en krænkers uberettigede fortjeneste. Denne bestemmelse blev fjernet under den senere behandling i Parlamentet og Rådet. Desuden er der i præambelen nu tilkendegivet, at det ikke er et formål med direktivet, at erstatningsudmåling skal have karakter af straf.

Når det herudover tages i betragtning, at der med direktivet er gjort store anstrengelser for at lette håndhævelsen af enerettigheder ved domstolene, se f.eks. præambelen pkt. 20, er det mest sandsynlige formål med passagen om krænkerens fortjeneste, at der er tiltænkt en lettelse af bevisbyrden for rettighedshaveren.

Der er dog som sagt tale om et minimumsdirektiv, hvorfor man i national ret under alle omstændigheder kan have regler om erstatning der overstiger det faktiske tab, hvilket er tilfældet for bl.a. *exemplary damages* i britisk ret<sup>41</sup>.

#### *Godtgørelse for ikke-økonomisk skade*

Godtgørelse for ikke-økonomisk skade i forbindelse med immaterialretskrænkelser kendes i Danmark fra tiden før direktivet udelukkende på ophavsrettens område. Sigtet var især kompensation for *droit moral*-krænkelser.

Direktivet indførte en lignende kompensation for krænkelse af de øvrige immaterialrettigheder i form af erstatning for ikke-økonomisk skade, når det er hensigtsmæssigt. *Erstatning* for ikke-økonomisk skade er imidlertid en nyskabelse for dansk erstatningsret<sup>42</sup> - i hvert fald når bortses fra

---

<sup>41</sup> Se hertil artiklen *The Enforcement Directive: Its Effects on UK Law*, side 92 samt den ældre dom *Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129 (1120-1231) og fra New Zealand, dom af 5. december 2005, *European Intellectual Property Review*, 2006, N-174.

<sup>42</sup> Se Undervisningsnote til brug for kursusfaget Immaterialret, side 5.

skader på den personlige integritet<sup>43</sup>. Det er desuden en nyskabelse for dansk ret, at der kan gives kompensation for ikke-økonomisk skade til juridiske personer<sup>44</sup>.

I EU-retten er begrebet godtgørelse for ikke-økonomisk skade<sup>45</sup> tidligere blevet indfortolket i artikel 5 i Rådets direktiv 90/314/EØF af 13. juni 1990 om pakkerejser, herunder pakkeferier og pakketure ved EF-Domstolens dom af 12. marts 2002 (sag C-168/00). Også her er der tale om noget, der ligner skade på den personlige sfære.

Sigtet med bestemmelsen i Retshåndhævelsesdirektivet er ideelle skader, f.eks. på et mærkes image<sup>46</sup>. Kommissionen rubricerer bemærkelsesværdigt dette under tab af fremtidige salg<sup>47</sup>. Efter en dansk opfattelse omfatter tab af fremtidige salg udelukkende økonomiske tab.

I den engelske version af direktivet bruges følgende formulering: "...elements other than economic factors, such as the moral prejudice caused to the rightholder by the infringement", der også peger på ideelle skader.

Det synes tvivlsomt, i hvilket omfang bestemmelsen vil få betydning for de kommercielle rettighedshavere<sup>48</sup>.

#### *Vederlag*

I perioden mellem 1963 og 1995 blev der i de danske immaterialretslove indsat bestemmelser om betaling af et rimeligt vederlag for krænkelse. Begrebet er således ikke nyt i dansk ret.

Direktivets artikel 13 (1), litra b, om vederlag for krænkelse er formuleret således:

Når de retslige myndigheder fastsætter erstatningen, [kan de], som alternativ til litra a, når det er hensigtsmæssigt, 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 [vores fremhævning].

Det skal bemærkes, at litra b efter opbygningen og ordlyden af artikel 13 er et alternativ til udmålingen efter litra a. Betydningen heraf er, at der ikke er mulighed for dobbelt kompensation for den samme krænkelse - i modsætning til det amerikanske *treble damages*-begreb. Derudover kan det ikke tillægges betydning, at litra a og b er sat op som enten/eller. Litra b åbner således ved formuleringen *der som minimum svarer til* op for kombination af litra b's licensbetragtninger med litra a's almene erstatningsmuligheder. Det er da også alment accepteret, at der kan udmåles erstatning ud over et licensvederlag, hvis der er lidt tab, der berettiger dette, jf. f.eks. Varemærkelovens § 43, stk. 1<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> F.eks. EAL §§ 3, 26 og 26 a om hhv. svie og smerte, tort og godtgørelse til efterladte.

<sup>44</sup> Immaterialret, side 538. Se om problemstillingen *Erstatning (oppreisning) for ikke-økonomisk skade*.

<sup>45</sup> I den engelske version: "compensation for non-material damage".

<sup>46</sup> Se det oprindelige forslag, KOM(2003)46, side 24.

<sup>47</sup> Ibid., side 8.

<sup>48</sup> Se artiklen *Ændringer i immaterialretslovgivningen ved implementering af dele af retshåndhævelsesdirektivet*.

<sup>49</sup> Immaterialret, side 533.

### *God tro*

Direktivet giver udover de almindelige regler om erstatning ved forsætlige og uagtsomme krænkelse medlemsstaterne mulighed for at lave regler om kompensation for krænkelse udført i god tro.

Kompensationen kan fastsættes til fortjenesten ved udnyttelsen af enerettigheden eller efter almindelige erstatningsretlige principper.

Der er ikke i direktivet eller i det oprindelige forslag angivet baggrunden for, at der også er medtaget en mulighed for at lave regler om kompensation for god tros-krænkelse. Det er dog nærliggende at tænke sig, at man ikke har ønsket at fratage medlemsstaternes mulighed for at lave sådanne regler.

Regler om kompensation ved god tros-krænkelse er også i overensstemmelse med det bagvedliggende formål med direktivet om i det hele taget at lette retshåndhævelsen generelt, da der vil skulle bruges færre ressourcer på påstande om god tro fremsat af mulige krænkere.

Regler om kompensation for krænkelse udført i god tro er ikke fremmede for dansk immaterialret, da sådanne regler fandtes i bl.a. Ophavsretsloven § 83, stk. 2 og Patentloven § 58, stk. 2, indtil implementeringen af Retshåndhævelsedyrektivet.

## **4.2 TRIPs**

Danmark ratificerede aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPs-aftalen) den 30. december 1994, jf. bekendtgørelse nr. 71 af 8. juni 1995.

TRIPs-aftalens del III drejer sig om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder. De udtrykkelige krav til erstatning for krænkelse af enerettigheder er fastsat i artikel 45:

### Artikel 45

#### Erstatning

1. De retlige myndigheder skal være beføjet til at pålægge lovovertræderen at betale rettighedsindehaveren en passende erstatning for den skade, som rettighedsindehaveren har lidt som følge af, at en lovovertræder vel vidende eller med rimelig grund til at vide, at han begik en krænkelse, har krænket den pågældende persons intellektuelle ejendomsrettigheder.
2. De retlige myndigheder skal tillige være beføjet til at pålægge lovovertræderen at betale rettighedsindehaverens udgifter, herunder eventuelt et passende advokathonorar. I egnede sager kan medlemmerne bemyndige de retlige myndigheder til at pålægge lovovertræderen at tilbagebetale overskud og/eller betale på forhånd fastlagte erstatningsbeløb, også selv om lovovertræderen ikke vidste eller ikke havde rimelig grund til at vide, at han begik en krænkelse.

De kontraherende stater er således forpligtet til at give mulighed for, at en krænket rettighedshaver kan få en *passende erstatning for den skade, som rettighedshaveren har lidt*. Ordlyden må forstås således, at der ikke er andet krav til erstatningens størrelse, end at den skal i stå forhold til skaden,

dvs. - i hvert fald for kommercielle rettighedshavere - det økonomiske tab. I den engelske udgave bruges ordlyden *damages adequate to compensate for the injury*, hvilket synes at stille større krav til, at erstatningen står mål med skaden<sup>50</sup>. Da de officielle WTO sprog er engelsk, fransk og spansk<sup>51</sup>, må der tillægges den engelske ordlyd større vægt end den danske. Bestemmelsen åbner dog under alle omstændigheder op for, at der tages hensyn til de involverede parter specielle forhold<sup>52</sup>.

Der er kun krav om mulighed for erstatning ved forsætlige eller uagtsomme krænkelser, jf. ordlyden ”vel vidende eller med rimelig grund til at vide”, og altså ikke ved god tros-krænkelser.

Af særlig interesse er artikel 45 (2), 2. pkt., hvorefter der åbnes op for, at der *i egnede sager* kan pålægges en krænker at tilbagebetale overskud eller at betale et på forhånd fastsat beløb. Der skelnes her ikke mellem god eller ond tro. Det er således ikke krav om, at national ret skal give mulighed for erstatning udover det faktisk lidte tab<sup>53</sup>, men bestemmelsen giver spillerum for f.eks. Retshåndhævelsesdirektivets artikel 13 (2).

Endeligt er der et krav om mulighed for godtgørelse af sagsomkostninger, jf. artikel 45 (2), 1. pkt.

Dansk ret - med Retshåndhævelsesdirektivet inkluderet - lever fuldt op til Danmarks internationale forpligtelser for så vidt angår TRIPs-aftalens artikel 45. Det er i øvrigt værd at bemærke, at der alene kræves, at de retlige myndigheder er beføjet til at udmåle en sådan erstatning. Der stilles derfor ikke umiddelbart krav til den erstatning, der rent faktisk udmåles af domstolene.

### **4.3 Andre konventioner**

De mest betydningsfulde internationale konventioner for dansk immaterialret - udover TRIPs-aftalen - tæller Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker - herunder WIPO Copyright Treaty, Pariserkonventionen om beskyttelse industriel ejendomsret og Romkonventionen om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender - herunder WIPO Performances and Phonograms Treaty.

Ingen af konventionerne har bestemmelser, der direkte stiller krav til national erstatningsudmåling, når bortses fra Bernerkonventionens krav om national behandling. Konventionerne stiller således alene krav om, at der er adgang til fornødne retsmidler til at sikre effektiv håndhævelse, jf. f.eks. Pariserkonventionen artikel 10c, WIPO Copyright Treaty artikel 14 og WIPO Performances and Phonograms Treaty artikel 23.

---

<sup>50</sup> The TRIPS Agreement, side 205.

<sup>51</sup> Aftalen om oprettelsen af WTO.

<sup>52</sup> The TRIPS Agreement, side 205.

<sup>53</sup> The TRIPS Agreement, side 207.

#### **4.4 Sammenfatning**

De internationale krav til dansk immaterialret for så vidt angår mulighederne for kompensation for krænkelse, følger især af Retshåndhævelsesdirektivet. Da direktivet stiller strengere krav end TRIPs-aftalen, er det alene nødvendigt at fokusere på kravene i direktivet ved fortolkning af national ret.

Heraf følger, at rettighedshavere skal have adgang til en rimelig erstatning for eventuelle krænkelse. En sådan erstatning kan udmåles efter betragtninger om, hvad krænkeren skulle have betalt for udnyttelsen af rettigheden eller efter almindelige erstatningsretlige principper. Der skal dog i så fald tages hensyn til krænkerens uberettigede vinding og i egnede sager til den ikke-økonomiske skade, som den uberettigede benyttelse har forvoldt.

På trods af, at der skal tages hensyn til krænkerens uberettigede vinding, ligger der ikke i direktivet et krav om, at de nationale regler skal muliggøre erstatninger, der overstiger det faktiske tab.

## 5. Det nationale retsgrundlag

Det nationale retsgrundlag hviler på en hovedsondring mellem på den ene side de konkurrenceretlige regler, primært stadfæstet i Markedsføringsloven, samt på den anden side de immaterialretlige love, herunder Ophavsretsloven, Patentloven, Brugsmodelloven, Designloven og Varemærkeloven. Reglerne overlapper til en vis grad hinanden. De immaterialretlige love opfattes dog traditionelt som specialregulering, hvorimod de konkurrenceretlige regler opfattes som mere generelle regler. De konkurrenceretlige regler supplerer altså de immaterialretlige regler, men har en selvstændig eksistensberettigelse, idet specialreglerne ikke på alle måder fremstår som en velstruktureret helhed, og da de konkurrenceretlige regler på visse områder kan ses som mere lettilgængelige<sup>54</sup>.

Dette afsnit vil kort præsentere de væsentligste immaterialretlige regler (afsnit 5.1), de konkurrenceretlige enerettigheder mv. (afsnit 5.2) samt introducere reglerne om erstatning (afsnit 5.3).

### 5.1. Immaterialretlige regler

#### 5.1.1 Ophavsret

Reglerne om beskyttelse af ophavsret findes i Ophavsretsloven. Loven sonderer overordnet mellem litterære og kunstneriske værker (lovens kapitel I) og udøvende kunstnere mv. (lovens kapitel IV). Ophavsretten tilkommer skaberen af værket, ophavsmanden, som skal være en fysisk person, jf. princippet i OHL § 1<sup>55</sup>. Ophavsretten kan dog også opstå i fællesskab ved en fælles skabende indsats, jf. OHL § 6. Dette er i tråd med den fælles kontinentale retsopfattelse, hvorefter ophavsretten tilkommer den originære retsindehaver. Princippet ses også i sammenhæng med arbejdstageres ophavsret, idet denne tilkommer den enkelte ansatte, og arbejdsgiveren kan alene få den afledte ret<sup>56</sup>. Beskyttelsen opstår i og med, at værket bliver skabt, og den er som sådan formløs. For at opnå beskyttelse skal værket besidde en hvis originalitet<sup>57</sup>. Det skal være resultatet af en personligt, skabende indsats.

Da ophavsretten er en formueret, kan den som udgangspunkt frit overdrages og pantsættes som underpant i løsøre. Sker der sådan overdragelse kan retten til at råde over værket dog gøres til genstand for kreditorforfølgning, jf. OHL § 62ec. Herfra gælder dog tre undtagelser, idet manuskripter ikke kan gøres til genstand for kreditorforfølgning. På samme måde gælder for stokke, plader og lignende, hvorved et kunstværk kan udføres samt eksemplarer af kunstværker, som ikke er udstillet, udbudt til salg eller på anden måde godkendt til offentliggørelse, jf. OHL § 62, stk. 2.

Ophavsmanden har eneret til at fremstille eksemplarer af værket samt at gøre værket tilgængeligt for offentligheden, jf. OHL § 2. Vælger ophavsmanden at overdrage eksemplarer, konsumeres ophavsretten dog for de enkelte eksemplarer, således at køberen som udgangspunkt har fri adgang til at anvende eksemplaret, men dog ikke til eksemplarfremstilling eller offentlig fremførelse.

---

<sup>54</sup> Lærebog i konkurrenceret, side 345 samt Immaterialret, side 20.

<sup>55</sup> OHL § 65 om udøvende kunstnere taler om *kunstneren*, OHL § 66 om fremstilling af lydoptagelser taler om *fremstilleren*.

<sup>56</sup> Immaterialret, side 118. Den afledede ret kan udspringe af ansættelsesforholdets beskaffenhed eller branchesædvaner.

<sup>57</sup> Begrebet stammer fra Immaterialret, side 61. Tidligere anvendtes begrebet værkshøjde.

Hovedprincippet er, at når et eksemplar af værket er solgt eller på anden måde overdraget til andre, må eksemplaret frit spredes videre - typisk ved videresalg, jf. OHL § 19, stk. 1. Hertil undtages dog udleje og udlån for så vidt angår visse typer af værker, jf. OHL § 19, stk. 2-3.

Overfor disse primært økonomiske rettigheder, står ophavsmandens ideelle rettigheder. Disse rettigheder omfatter dels faderskabsretten og dels respektretten, jf. OHL § 3, stk. 1 og stk. 2. Ifølge faderskabsretten har ophavsmanden krav på at blive navngivet, efter hvad god skik kræver, såvel på eksemplarer af værket, som når det gøres tilgængeligt for almenheden<sup>58</sup>. Efter respektretten har ophavsmanden ret til at modsætte sig krænkende ændringer af værket.

Eneretten omfatter både det identiske værk og værket i bearbejdet udgave, jf. OHL § 2, stk. 1. Frembringelsen af et nyt og selvstændigt værk ved hjælp af et andet værk, er dog ikke omfattet af denne eneret. Spørgsmål, om der er tale om en krænkelse, er derfor som udgangspunkt, om de to værker (det oprindelige og det måske krænkende værk) hidfører fra den samme æstetiske oplevelse<sup>59</sup>. Beskyttelsen ydes dog kun for værkets konkrete form, hvilket vil sige, at det kræves, at værkernes konkrete form er identiske, da det ikke er tilstrækkeligt til at statuere en krænkelse, at det alene kan påvises, at de har samme bagvedliggende motiv eller ide<sup>60</sup>.

### 5.1.2 Patentret

Det nationale retsgrundlag for patentretten er Patentloven, som bærer præg af den fællesnordiske lovreform i 1967 samt en udpræget international udvikling. Retserhvervelsen er formbunden, hvorved erhvervelsen sker på baggrund af en ansøgning, der skal leve op til visse formelle og materielle krav. Ansøgningen skal således blandt andet indeholde et eller flere patentkrav samt et resume. Der findes tre muligheder for at opnå en patentret. Dette kan ske ved en dansk patentansøgning, ved en international patentansøgning og endelig ved en europæisk patentansøgning. Her skal blot den danske patentansøgning omtales.

Retten til efter ansøgning at opnå patent tilkommer den, der har gjort opfindelsen, opfinderen, medmindre retten er overgået til en anden, jf. PTL § 1, stk. 1. Da patentet er en formueret, er retten til opfindelsen fuldt overdragelig. I forhold til arbejdstagere findes der speciallovgivning på området, idet bestemmelserne herom findes i lov om arbejdstageres opfindelser. Det er lovens udgangspunkt, at arbejdstagere har retten til de af dem gjorte opfindelser, jf. § 3. Hertil gælder dog to undtagelser, idet arbejdsgiveren kan kræve retten til opfindelsen overdraget til sig, såfremt udnyttelsen af opfindelsen falder inden for virksomhedens arbejdsområde, jf. § 5, første led. Det samme gør sig gældende, hvis opfindelsen angår en af arbejdsgiveren nærmere stillet opgave, jf. § 5, andet led. Området for forskeres opfindelser er ligeledes genstand for specialregulering<sup>61</sup>.

Det, der kan patenteres, er opfindelser, der kan udnyttes industrielt, jf. PTL § 1, stk. 1, 1. pkt. Udgangspunktet er den normale sproglige forståelse af begrebet opfindelse. I tillæg hertil er det dog et krav, at opfindelsen har teknisk karakter, teknisk virkning og kan reproducere<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Faderskabsretten kan undlades efter ”god skik”, hvor dette ville virke stødende, jf. Immaterialret, side 138.

<sup>59</sup> Immaterialret, side 149.

<sup>60</sup> Immaterialret, side 151f.

<sup>61</sup> Lov om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner.

<sup>62</sup> Se Præliminær betænkning (Stockholm 1962) og betænkning ang. nordisk patentlovgivning, nordiske betænkninger nr. 6 1963 (Stockholm 1964) samt EPK art. 52 (1).

Endvidere kræves det, at opfindelsen skal være ny, hvorved det kræves, at opfindelsen som sådan kan anses for at være en objektiv, global nyhed, jf. PTL § 2, stk. 1. Kan opfindelsen således allerede være anses for at være kendt, kan der ikke opnås patent.

I forlængelse heraf kræves endelig, at opfindelsen har en vis opfindeshøjde, idet den væsentligt skal adskille sig fra, hvad der hidtil var kendt, jf. PTL § 2, stk. 1. En opfindelse savner alene nyhedsværdi, i det omfang en fagmand anser den for i det væsentligste identisk med en allerede ansøgt eller patenteret opfindelse eller en tilsvarende helhed, beskrevet i faglitteraturen eller foreliggende praksis<sup>63</sup>.

Patentet skaber en eneret til opfindelsen, jf. PTL § 1, stk. 1. Herefter er en enhver erhvervsmæssig udnyttelse forbeholdt rettighedshaveren. Den udtømmende liste over uberettigede anvendelsesmuligheder findes i PTL § 3. Der indtræder dog generel konsumtion for så vidt angår produkter, som med patenthaverens samtykke er bragt til omsætning her i landet (eller i et EØS-land), jf. PTL § 3, stk. 2, nr. 2.

I forhold til krænkelsen er spørgsmålet, om den påståede krænkelse ud fra en sammenligning med patentdokumentet svarer hertil, jf. PTL § 39. Er dette tilfældet, foreligger der et patentindgreb.

### 5.1.3 Brugsmodeller

Hensigten med brugsmodeller var at skabe en let og billig eneret for mindre opfindelser. Disciplinen er relativ ny i Danmark og bygger i store træk på tyske erfaringer<sup>64</sup>. Bestemmelserne vedrørende brugsmodeller findes i Brugsmodelloven. Området er nært beslægtet med patentretten.

Retsstiftelsen sker ved ansøgning, jf. BML §§ 1 og 14. Ansøgningen gøres dog ikke til genstand for materiel prøvelse, og patentmyndigheden skal kun påse, om visse nærmere angivne betingelser er opfyldt, jf. BML § 19. Der er mulighed for at lave international brugsmodelansøgning, jf. BML kap. 3. Der er ligeledes mulighed for at konvertere en europæisk ansøgning til en dansk brugsmodelansøgning, jf. BML kap. 4.

Den ønskede brugsmodel skal være en frembringelse, som kan udnyttes industrielt, og som indebærer løsningen på et teknisk problem, jf. BML § 1. Kravet til frembringelsen ses her at være lavere end for opfindelser efter Patentloven, idet der ikke stilles krav om opfindeshøjde. Frembringelsen skal dog tydeligt adskille sig fra det kendte, jf. BML § 5. Der er tale om et lavere krav end i Patentloven<sup>65</sup>. Der skal dog stadig være tale om en objektiv, global nyhed, jf. BML § 5.

Spørgsmålet om krænkelse svarer til patentretten, dog således at brugsmodelkravene kan bestå i blotte henvisninger til beskrivelsen<sup>66</sup>. Ligeledes vil den patentretlige praksis ikke kunne anvendes for så vidt angår de frembringelser, som ikke samtidig lever op til Patentlovens krav.

---

<sup>63</sup> Whole contents princippet, jf. Immaterialret, side 268. Om fagmandskriteriet, jf. EPK art. 56.

<sup>64</sup> Immaterialret, side 325.

<sup>65</sup> Se dommen U 1999.1070 SH.

<sup>66</sup> Brugsmodelbekendtgørelsen § 19, stk. 2.

#### 5.1.4 Designs

Designbeskyttelsen blev tidligere benævnt mønsterbeskyttelsen og omfatter beskyttelsen af industriprodukters ydre udseende. Der er flere måder at erhverve ret på: Ved registrering i Danmark efter nationale regler, ved registrering på fællesskabsplan efter den europæiske forordning og endelig kan retten erhverves efter forordningens regler om ikke-registreret EF-design. Her skal blot omtales den nationale retserhvervelse.

For at kunne få et design<sup>67</sup> registreret skal det være visuelt og have en fast og rimelig bestandig form<sup>68</sup>. Desuden skal det være nyt og have individuel karakter, jf. DSL § 3. Endelig må det ikke kun have teknisk karakter, jf. DSL § 8.

Retten til designet tilfalder som udgangspunkt den, der har frembragt det, jf. DSL § 1. Da designretten er en formueret, er den fuldt overdragelig. Dette kommer blandt andet til udtryk i forhold til de af arbejdstageren udarbejdede designs. Designloven regulerer ikke området, men det antages, at der sker en rettighedsovergang til arbejdsgiveren, selvom der ikke findes udtrykkelig hjemmel i en ansættelseskontrakt eller lignende<sup>69</sup>. Sker der overgang af et allerede registreret design, skal dette registreres i designregistret<sup>70</sup>.

Er der opnået national designret til et design, giver denne eneret til erhvervsmæssig udnyttelse af designet, jf. DSL § 9. Dog følger visse undtagelser, jf. §§ 10-11. På samme måde konsumeres designretten i det omfang designet er markedsført regionalt (EØS) med indehaverens samtykke, jf. DSL § 12.

I forhold til krænkelsen er det afgørende, om det påståede krænkende design giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk, jf. DSL § 9, stk. 2. Er dette ikke tilfældet, er der tale om en krænkelse.

#### 5.1.5 Varemærker

Det nationale retsgrundlag for varemærker er Varemærkeloven, som dog præges af international ret, herunder især EF-harmoniseringsdirektivet<sup>71</sup> og EF-forordningen<sup>72</sup>. Stiftelsen af en varemærkeret kan ske på flere måder: Ved national registrering eller ibrugtagning, ved EF-registrering i OHIM og ved en international ansøgning. Her skal blot omtales den nationale stiftelse.

Varemærker kan enten være handelsmærker eller produktmærker. Handelsmærkerne er mærker, der påsættes af detailhandelen og er langt mindre udbredt end produktmærkerne, der er producenternes mærke. Varemærkernes funktion er at adskille varer eller tjenesteydelser, der benyttes i en erhvervsvirksomhed, jf. VML § 1. Formen af varemærket kan være mangeartet, men fælles gælder det, at det skal kunne gengives grafisk, jf. VML § 2. Bestemmelsen opregner en række varemærker, der kan registreres. Således kan varemærker bestå i ordmærker, bogstaver og tal, figurmærker og

---

<sup>67</sup> Design defineres som et produkts udseende, som er bestemt af de særlige træk ved selve produktet eller dets udsmykninger, navnlig for så vidt angår linier, konturer, farver, form, struktur eller materiale, jf. DSL § 2, nr. 1.

<sup>68</sup> Immaterialret, side 349.

<sup>69</sup> Immaterialret, side 358.

<sup>70</sup> Enkelte transaktioner, side 418.

<sup>71</sup> Rådets direktiv af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, 89/104/EØF

<sup>72</sup> Rådets forordning nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker

endelig vareudstyr. Opregningen er dog ikke udtømmende, hvorfor der også kan erhverves varemærker til slogans og farver, om end sidstnævnte sjældent vil kunne registreres<sup>73</sup>.

Ud over at skulle kunne gengives grafisk, skal et varemærke have fornødent særpræg, jf. VML § 3, stk. 3 samt § 13. Da varemærkerne skal være egnede til at adskille varer og tjenesteydelser, følger det, at varemærket skal være distinktivt. Endvidere indgår det også i kravet til særpræg, at varemærket ikke må være udelukkende beskrivende. Hensynet bag er at friholde sprogets almindelige ord samt friholde almindelige symboler mv.

Retten til et varemærke tilkommer den person, fysisk som juridisk, der har registreret varemærket, alternativt taget det i brug. I forhold til ansatte tilkommer varemærkeretten virksomheden, jf. princippet i VML § 38, stk. 2. Da varemærkeretten er en formuerettighed, kan den frit overdrages, jf. dog særbestemmelserne i VML §§ 38 - 41.

Er der stiftet en varemærkeret, skaber dette en eneret til at anvende varemærket erhvervsmæssigt. Indehaveren af varemærkeretten kan forbyde andre at gøre brug af tegn, hvis tegnet er identisk med eller ligner varemærket i det omfang, brugen vedrører varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art, og at der derved opstår risiko for forveksling, jf. VML § 4, stk. 1, nr. 1 og 2.

I det omfang varen er bragt i omsætning med indehaverens samtykke, indtræder der regional<sup>74</sup> (EØS) konsumtion, jf. VML § 6, stk. 1. Undtagelsen hertil er dog, at indehaveren kan modsætte sig dette, hvis denne har rimelig grund hertil, f.eks. hvis varernes tilstand er ændret eller forringet, jf. VML § 6, stk. 2.

Krænkelsen af et varemærke kan ske ved identiske mærker. Det er altså selvsagt forbudt at anvende identiske mærker. Krænkelsen kan dog også bestå i, at der anvendes forvekslelige mærker, for så vidt de angår varer af samme eller lignende art. Der er tale om en helhedsvurdering, når det skal bedømmes, om to mærker er forvekslelige. I vurderingen indgår momenter som særpræg, indarbejdelse, praktisk benyttelse, lighed i skrift og tale, varernes beskaffenhed, køberkredsens art mv.<sup>75</sup>.

## **5.2. Konkurrenceretlige enerettigheder mv.**

Navnet på en virksomhed, der er registreringspligtig efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, skal tydeligt adskille sig fra navnet på andre virksomheder, jf. LEV § 6, stk. 2. Dette gælder tilsvarende for aktieselskaber og anpartsselskaber, jf. ASL § 153, stk. 2 samt ApSL § 2, stk. 2. En registrering af navnet skaber dog ikke en egentlig eneret til navnet, men blot en fortrinsstilling til at anvende navnet i forhold til andre registreringspligtige virksomheder. Samtidig skabes også en bevismæssig fortrinsret, hvoraf følger, at en virksomhed der ønsker at benytte et navn, som er registreret i Erhvervs og Selskabsstyrelsens registre, skal føre bevis for, at de har etableret en navneret inden registreringen<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> EF-Domstolens dom C-104/01 (Libertel vs Benelux-Merkenbureau).

<sup>74</sup> EF-Domstolens dom C-355/96 (Silhouette.)

<sup>75</sup> Immaterialret, side 436f.

<sup>76</sup> Dansk selskabsret 3, side 313. For så vidt angår den bevismæssige fortrinsret se hertil U 1990.544 SH.

Hertil kommer, at beskyttelsen af navnet er beskyttet efter Navneloven, jf. Navnelovens § 27<sup>77</sup>. Herefter kan der opnås dom over den, der uberettiget benytter vedkommendes navn i det omfang, dette kan godtgøres. Beskyttelsen udstrækkes i sidste led til også at omfatte navne, der er forvekslelige.

Den forretningsmæssige identitet nyder også beskyttelse efter Markedsføringsloven. Markedsføringsloven bygger på et princip om, at udøvelsen af erhvervsmæssig virksomhed er et samfundsmæssigt anliggende, hvorunder reguleringen skal afvejes under hensyntagen til erhvervsinteresser, forbrugerinteresser og almene samfundshensyn<sup>78</sup>. Reguleringen af den forretningsmæssige identitet kan opdeles i to hovedvarianter: Forretningskendetegn og produktefterligninger.

En virksomheds forretningskendetegn<sup>79</sup>, herunder blandt andet navnet, nyder beskyttelse efter Markedsføringsloven, jf. MFL § 18. Bestemmelsen er delt op i to led, hvorefter første led beskytter personnavne, som man har adgang til. Det antages, at der tages vidtgående hensyn til anvendelsen af eget navn, for så vidt der ikke er risiko for forveksling<sup>80</sup> med et beskyttet forretningskendetegn. Andet led i bestemmelsen beskytter netop mod benyttelse af forvekslelige kendetegn. Der er tale om en helhedsbedømmelse, som minder om bedømmelsen i varemærkeretten. Således kræves det, at et kendetegn, for at nyde beskyttelse, har det fornødne særpræg. Bestemmelsen forudsætter i øvrigt, at udnyttelsen er erhvervsmæssig. Ren privat anvendelse af forretningskendetegn er derfor ikke omfattet.

I forlængelse heraf ydes der også beskyttelse efter Markedsføringslovens generalklausul, jf. MFL § 1. I forhold til MFL § 18 er der tale om en supplerende beskyttelse af de forhold, som ikke umiddelbart falder under specialbestemmelsen, men hvor der stadig er tale om udnyttelse af andres indsats<sup>81</sup>. Bestemmelsen omfatter således blandt andet efterligninger, snyltning samt anden udnyttelse af andres indsats. Beskyttelsen omfatter enhver frembringelse, hvis værdi bliver udhulet, hvis andre frit kan eftergøre frembringelsen.

Der kræves dog en vis grad af særpræg samt en selvstændig skabende indsats. Er der tale om en efterligning, kræves det herudover, at der foreligger risiko for forveksling. Desuden kræves det, at der hos den påståede krænker foreligger ond tro. Beskyttelse vil dog, efter omstændighederne, følge af de immaterialretlige regler

Den retlige regulering af internetadresser findes i Internetdomæneloven. Den materielle regulering af anvendelsen af internetdomænenavne findes i lovens § 12. Herefter må internetdomæner ikke registreres og anvendes i strid med god domænenavnsskik, jf. DNL § 12, stk. 1. Bestemmelsen skal anvendes med forrang i forhold til MFL § 1<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Beskyttelsen omfatter både erhvervsmæssig og privat benyttelse.

<sup>78</sup> Lærebog i konkurrenceret, side 39. Der foreligger i vid udstrækning interessesammenfald mellem de erhvervsdrivende og deres aftagere, således at der efterspørges varer af bestemt oprindelse, kvalitet, art, egenskaber smag osv.

<sup>79</sup> Ved forretningskendetegn forstås ethvert kommercielt individualiserings- og differentieringsmiddel, der – via sin symbolfunktion – kan tjene som bindeled mellem en erhvervsvirksomhed og dens kundekreds, hvorved der etableres en adskillelse i forhold til andre virksomheder, jf. Lærebog i konkurrenceret, side 336.

<sup>80</sup> Lærebog i konkurrenceret, side 347.

<sup>81</sup> Betænkning II, nr. 681, 1973, side 19.

<sup>82</sup> Immaterialret, side 386.

God domænenavnsskik er en retlig standard, hvis nærmere indhold defineres af det på området særligt nedsatte klagenævn<sup>83</sup> samt domstolene. Klagenævnet har kompetence til at suspendere, inddrage eller overføre et domænenavn, der er registreret i strid med god domænenavnsskik, jf. DNL § 15, stk. 3, nr. 1. Klagenævnet har i øvrigt kompetence til at stadfæste, ændre eller henvise beslutninger truffet af administrator<sup>84</sup>, jf. DNL § 15, stk. 3, nr. 2. Klagenævnet har dog ikke kompetence til at tildele erstatning, hvorfor klager er henvist til et almindeligt erstatningssøgsmål ved domstolene.

I nævnets afgørelser anvendes de øvrige eneretsbestemmelser ved fastlæggelsen af god domæneskik, jf. f.eks. Klagenævnets afgørelse af 22. maj 2008 i j.nr. 1437, hvor indklagede findes at overtræde Navnelovens § 27.

## 5.3 Erstatningsreglerne

### 5.3.1 Immaterielret

Der kan efter de immaterialretlige love kræves erstatning. Hjemlen hertil findes i OHL § 83, stk. 1, PTL § 58, stk. 1, BML § 55, stk. 1, DSL § 37, stk. 1 samt VML § 43, stk. 1. Tidligere var erstatningsreglerne i de forskellige love noget forskellige i deres ordlyd, men efter implementeringen af Retshåndhævelsesdirektivet, jf. ovenfor, er reglerne nu harmoniserede, således at de i dag fremstår ens. Bestemmelserne vedrørende erstatning, lyder således (her fra Varemærkelovens § 43):

Den, som forsætligt eller uagtsomt krænker en andens varemærkeret, 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 krænkerens uberettigede fortjeneste.

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

[...]

Bestemmelsens udgangspunkt er, at der kan kræves *vederlag* for den krænkende udnyttelse, jf. VML § 43, stk. 1, nr. 1, samt nedenfor. Hertil kan der efter bestemmelsen gives erstatning for ikke-økonomisk skade, jf. VML § 43, stk. 3. Kan der påvises tab herudover, kan der tillige kræves *erstatning*, jf. § VML § 43, stk. 1, nr. 2 samt nedenfor. Derudover angives nogle kriterier, der skal indgå ved fastlæggelsen af erstatningens størrelse, herunder krænkerens uberettigede fortjeneste, jf. VML § 43, stk. 2.

---

<sup>83</sup> Klagenævnet for internetdomænenavne, jf. DNL § 13.

<sup>84</sup> Administrator (for tiden DK-Hostmaster) bliver udpeget af videnskabsministeren og administrerer de danske domænenavne. Administrator er første klageinstans.

### 5.3.2 Konkurrenceret

I forhold til Markedsføringsloven findes hjemlen til at kræve erstatning i Markedsføringsloven § 20, stk. 2-4. Bestemmelsen hjemler desuden mulighed for nedlæggelse af forbud, jf. MFL § 20, stk. 1. Ordlyden af bestemmelsen er således:

Handlinger i strid med loven kan forbydes ved dom. I forbindelse hermed eller senere kan der ved dom gives sådanne påbud, som må anses for nødvendige for at sikre

- 1) forbuddets overholdelse, herunder ved bestemmelse om, at aftaler, som indgås i strid med et forbud, er ugyldige, og
- 2) genoprettelse af den forud for den ulovlige handling eksisterende tilstand, herunder om tilintetgørelse eller tilbagekaldelse af produkter og om udsendelse af oplysninger eller berigtigelse af angivelser.

Stk. 2. Handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.

Stk. 3. Den, der krænker eller uberettiget udnytter en andens ret i strid med denne lov, skal betale et rimeligt vederlag herfor.

Stk. 4. Foreligger der hverken forsæt eller uagtsomhed, skal den, der har krænket eller udnyttet en ret i strid med denne lov, betale et vederlag efter stk. 3, i det omfang det skønnes rimeligt.

Udgangspunktet for erstatning er dansk rets almindelige regler om erstatning, jf. MFL § 20, stk. 2 samt ovenfor. Bestemmelsen har sin største betydning i forhold til erhvervsdrivende, men forbrugere vil også kunne anlægge sag om erstatning efter bestemmelsen, f.eks. til forgæves transportudgifter<sup>85</sup>.

Markedsføringsloven blev revideret i 2007 med ikrafttræden den 1. januar 2008. Ved lovrevisionen blev indført hjemmel til at kræve et rimeligt vederlag for krænkende eller uberettiget udnyttelse af en andens ret i medfør af loven, jf. MFL § 20, stk. 3. Bestemmelsen svarer i det væsentligste til den immaterialretlige bestemmelse vedrørende rimeligt vederlag, jf. f.eks. VML § 43, stk. 1, nr. 1. Der henvises derfor til gennemgangen nedenfor.

Endelig kan der kræves vederlag, selvom der hverken foreligger forsæt eller uagtsomhed, jf. MFL § 20, stk. 3. Bestemmelsen omfatter herefter handlinger begået i god tro, men kræver stadig, at der er sket en krænkelse eller udnyttelse, samt at det vil være rimeligt at kræve vederlag. Bestemmelsen fandtes tidligere i de immaterialretlige love, jf. f.eks. den tidligere VML § 43, stk. 2. Det er stadig usikkert, hvilken betydning bestemmelsen vil få<sup>86</sup>. Spørgsmålet om god tros vederlag vil blive behandlet nærmere nedenfor<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Karnov note 170 til markedsføringslovens § 20.

<sup>86</sup> Karnov note 173 til markedsføringslovens § 20.

<sup>87</sup> Se afsnit 6.4.

## **5.4 Sammenfatning**

Immaterielretslovene åbner alle - med undtagelse af Ophavsretsloven - op for registrering af de relevante enerettigheder. For patenter og brugsmodeller er dette et krav.

For rettigheder, som ikke er beskyttet af immaterielretslovene, er der mulighed for at opnå beskyttelse med deraf følgende mulighed for erstatning efter regler i bl.a. Markedsføringsloven, som beskytter både registrerede og uregistrerede rettigheder. Her er der nu også hjemmel til at få kompensation for god tros krænkelse. For at ifalde et erstatningsansvar, vil der dog som oftest stilles strengere krav til krænkerens fremfærd i forhold til immaterielretslovene, da beskyttelsen af rettighederne efter Markedsføringsloven er strakt til det yderste og er subsidiær til immaterielretslovene.

## 6. Erstatningsopgørelsen

Erstatningsbestemmelsen i de immaterialretlige love er delt op i adgangen til at kræve et rimeligt vederlag for den uberettigede udnyttelse (afsnit 6.1), adgangen til at kræve erstatning for yderligere skade (afsnit 6.2) og endelig muligheden for godtgørelse for ikke-økonomisk skade (afsnit 6.3). Endelig er der mulighed for at få tilkendt god tros vederlag (afsnit 6.4).

### 6.1 Udnyttelsesvederlag

Baggrunden for betaling af et rimeligt vederlag er, at krænkeren som et minimum skal betale for udnyttelsen af eneretten, som hvis denne havde været udnyttet retmæssigt. Det sker ud fra hensynet om, at det aldrig skal kunne betale sig at udnytte en rettighed uretmæssigt frem for retmæssigt. Princippet bygger på almindelige aftaleretlige principper om kvasiaftalen<sup>88</sup>, hvorefter krænkeren tilegner sig en ydelse uden vilje til at betale for den<sup>89</sup>. Behovet for at konstruere sådanne aftalemodeller udspringer navnlig af et ønske om rettighedshaverens restitution, når andre beriger sig ugrundet på dennes bekostning<sup>90</sup>.

Den krænkede rettighedshaver kan altså først og fremmest kræve et rimeligt vederlag for den uberettigede udnyttelse, jf. f.eks. VML § 43, stk. 1, nr. 1. Der er her tale om en videreførelse af de tidligere regler om rimeligt vederlag<sup>91</sup>. Reglerne er dog blevet ændret, så ordlyden i dag fremstår ens i de immaterialretlige love.

Det er et krav for tilkendelse af vederlag (og erstatning for yderligere skade og godtgørelse for ikke-økonomisk skade), at der er sket en krænkelse af enerettigheden<sup>92</sup>. Endvidere kræves det, at handlingen er begået ved uagtsomhed eller forsæt<sup>93</sup>. Det er tilstrækkeligt, at handlingen er begået ved simpel uagtsomhed, hvorfor sondringen mellem uagtsomhedsgraderne er af mindre betydning ved udmåling af vederlaget. I tvivlstilfælde kan rettighedshaveren vælge at afsende et advarselsbrev, som under alle omstændigheder vil medføre ond tro hos krænkeren. Det vil ofte også være nødvendigt for rettighedshaveren at kunne fastslå med en vis sikkerhed, hvor mange enheder krænkelsen vedrører, således at antallet af krænkende enheder kan sammenlignes med det sædvanlige vederlag for licens, jf. straks nedenfor.

Udmålingen af størrelsen af det rimelige vederlag sker på baggrund af en betragtning om licens, uanset om rettighedshaveren ville have givet tilladelse hertil eller ej. Der er derfor tale om en hypotetisk betragtning, hvor rettighedshaveren som udgangspunkt har krav på at få et beløb svarende til, hvad rettighedshaveren med rimelighed kunne have forlangt, såfremt rettigheden var udnyttet med dennes samtykke<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> En kvasiaftale defineres som en retlig konstruktion, der afføder aftalelignende virkninger med sigte på en bestemt transaktion, men som ikke udspringer af nogen viljeserklæring, jf. Aftaler, side 399.

<sup>89</sup> Grundlæggende aftaleret, side 236ff samt Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 447ff.

<sup>90</sup> Se hertil den engelske dom *Celanese International Corp v. BP Chemicals Ltd* [1999] RPC 203, hvor retten bl.a. udtalte: "The defendant is treated as if he conducted his business and made profits on behalf of the plaintiff" (afsnit 36).

<sup>91</sup> Immaterialret, side 530.

<sup>92</sup> F.eks. ved patentindgreb, varemærkekrænkelse eller overtrædelse af OHL §§ 76 og 77.

<sup>93</sup> Efter 1. januar 2008 kan der dog tilkendes vederlag for god tros krænkelser med hjemmel i markedsføringsloven, se afsnit 6.4.

<sup>94</sup> Se hertil sagen U 2007.1219 H, hvor en opfinder havde fået patent på et system til ammoniakbehandling samt pakning af halmballer. Højesteret udtaler til spørgsmålet om det rimelige vederlag (det hypotetiske licensvederlag), at dette skal fastsættes ud fra den markedsmessige værdi af fordelen.

På områder, hvor der normalt ikke er praksis for at udstede licenser, er det vanskeligere at fastsætte det rimelige vederlags størrelse, således traditionelt indenfor varemærkeretten<sup>95</sup>. Udgangspunktet er dog stadig, at vederlaget skal gives ud fra en hypotetisk licensbetragtning<sup>96</sup>. I takt med at der bliver licenseret flere varemærker, f.eks. i forbindelse med franchising, bliver det gradvist gjort nemmere at beregne størrelsen af vederlaget. Indtil retspraksis er blevet mere fast og ensartet, bliver vederlaget derfor oftest fastsat skønsmæssigt, evt. under hensyntagen til foreliggende branchesædvaner<sup>97</sup>.

For så vidt angår krænkelse af ophavsretten er udgangspunktet, at det rimelige vederlag skal beregnes ud fra det honorar/arbejdsvederlag, som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt udnyttelsen var sket retmæssigt<sup>98</sup>. I de tilfælde, hvor der ikke er fastsat normale honorarer, skal dette fastsættes skønsmæssigt<sup>99</sup>. Er dette tilfældet vil der som oftest ikke være grundlag for yderligere erstatning.

Vederlagsreglerne kan på denne baggrund ses som en opblødning af de almindelige erstatningsretlige regler, hvorefter der skal dokumenteres et tab, hvilket ikke er nødvendigt for at få tilkendt et rimeligt vederlag. Rettighedshaveren kan altså altid og i det mindste få et rimeligt vederlag for krænkelsen, selvom der ikke kan dokumenteres et tab. Begrebsmæssigt er der derfor ikke tale om erstatning i traditionel forstand, men om en kompensation, som måske lægger sig mere op af begrebet godtgørelse.

Som nævnt ovenfor, skal der efter EF-domstolens praksis tages hensyn til EU-rettens proportionalitetsprincip, når vederlaget udmåles. Ved beregning af et vederlag, må der derfor tages hensyn til hvilken indflydelse, den krænkede eneret konkret har haft for krænkerens virksomhed. Hvis der f.eks. er tale om salg af en større maskine, hvor alene en mindre komponent udgør en krænkelse, skal vederlaget alene beregnes på baggrund heraf<sup>100</sup>. Da reglen om vederlag ikke er af pønål karakter, skal der ikke ved udmålingen tages hensyn til krænkerens uagtsomhedsgrad eller om krænkelsen er sket med forsæt<sup>101</sup>.

## **6.2 Erstatning for yderligere skade**

Ud over det rimelige vederlag kan rettighedshaveren kræve erstatning for yderligere skade. Tilkendelse af et rimeligt vederlag udelukker således ikke, at der kan kræves erstatning ud fra almindelige erstatningsretlige principper, i det omfang et tab kan dokumenteres. Der kan ikke tilkendes dobbelt erstatning, jf. ordvalget *yderligere skade* i bestemmelserne. Dansk rets almindelige betingelser for erstatning skal være opfyldt, jf. ovenfor. Der skal således foreligge et ansvarsgrundlag, hvor selv den laveste grad af uagtsomhed er tilstrækkelig. Området for god tro er

---

<sup>95</sup> Varemærkeloven med kommentarer, side 317, note 43.3.

<sup>96</sup> Se lovbemærkningerne til Varemærkelovens § 43 ved lovændringen i 2005.

<sup>97</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 451.

<sup>98</sup> Se lovbemærkningerne til Ophavsretslovens § 83, stk. 1, tredje sidste afsnit.

<sup>99</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 450f.

<sup>100</sup> Eksemplet er taget fra den japanske afgørelse refereret i IIC 2004.1041, hvor udmålingen skete på baggrund af indkomsten ved salget af maskinen multipliceret med en faktor, svarende til den patenterede parts relevans for den samlede maskine.

<sup>101</sup> Se hertil artiklen *Damages for Patent Infringement According to German Law*.

derfor ganske snævert, og i tvivlstilfælde kan rettighedshaveren som sagt vælge at afsende et advarselsbrev, som under alle omstændigheder vil medføre ond tro hos krænkeren.

Det skal desuden kunne påvises og dokumenteres, at der er lidt et tab. Som ved anden erstatningsopgørelse påkalder selve udmålingen sig stor interesse, idet denne traditionelt er vanskelig at opgøre<sup>102</sup>. Ved Rets håndhævelsesdirektivet blev der indført et nyt princip til udmålingen, idet der ved udmålingen skal tages hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste, jf. f.eks. VML § 43, stk. 2.

Det traditionelle udgangspunkt i dansk ret er, at skadelidte skal have økonomisk genopretning for det tab, som en skadevolder har påført ham<sup>103</sup>. Da der nu kan tages hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste, kan den tilkendte erstatning muligvis overstige tabet, hvilket er et brud med udgangspunktet om økonomisk genopretning. Da Rets håndhævelsesdirektivet næppe kræver, at der gives mulighed for erstatninger, der overstiger det faktiske tab, og da der ikke ved den danske inkorporering er noget, der afgørende taler for, at man har ønsket at fravige dette grundlæggende princip, kan der højst sandsynligt stadig ikke tilkendes erstatning, som overstiger tabet<sup>104</sup>. De danske forarbejder peger i begge retninger<sup>105</sup>.

Det følger dog samtidig af bestemmelsen, at krænkerens uberettigede fortjeneste kun er et af flere momenter, der indgår i vurderingen<sup>106</sup>. Herefter indgår følgende momenter ved erstatningsudmålingen<sup>107</sup>:

- i. Afsætningstab
- ii. Krænkerens uberettigede fortjeneste
- iii. Tabet ved markedsforstyrrelse
- iv. Andre tab

Rettighedshaveren vil således *for det første* og primært kunne opgøre et erstatningskrav for yderligere tab, som en erstatning baseret på manglende afsætning.

Dette forudsætter dog, at rettighedshaveren står over for en færdiggjort, påbegyndt eller planlagt produktion af produktet, og at krænkelsen har medført dennes umulighed eller dog ringere mulighed for afsætning<sup>108</sup>.

Det har heroverfor været anført, at kriteriet var forældet, således at det er tilstrækkeligt, at rettighedshaveren blot havde en potentiel mulighed for at kunne have produceret og solgt sit originale produkt, idet produktionsformerne har ændret sig på en sådan måde, at produktionen i

---

<sup>102</sup> Se artiklen *Damages for Patent Infringement According to German Law*.

<sup>103</sup> Lærebog i erstatningsret, side 26.

<sup>104</sup> Samme Ændringer i immaterialretslovgivningen ved implementering af dele af retshåndhævelsesdirektivet (2004/48/EF), Juristen 6/2006, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, side 296, og Immaterialret, side 536, men modsat Rets håndhævelse af immaterialrettigheder, side 445.

<sup>105</sup> Immaterialret, side 536.

<sup>106</sup> Ordvalget i bestemmelsen er netop, at krænkerens uberettigede fortjeneste *blandt andet* indgår i opgørelsen af den yderligere erstatning.

<sup>107</sup> Immaterialret, side 535.

<sup>108</sup> Ibid. Kriteriet stammer oprindeligt fra Mogens Koktvedgaard, Det ophavsretlige sanktionssystem, side 57.

højere grad end tidligere sker på bestilling<sup>109</sup>. Til støtte for denne påstand er dommene U 1988.775 SH samt FED 1996.1503 Ø blevet anført.

I dommen U 1988.775 SH blev der statueret overtrædelse af Markedsføringslovens § 1, idet helhedspræget af nogle af krænkeren markedsførte striktrøjer krænkede rettighedshavers enerettigheder. Rettighedshaveren havde reklameret for trøjerne i sit katalog for 1985/1986 samt 1986/1987 til en pris af ca. kr. 840, og krænkeren reklamerede for trøjerne i sit katalog for efterår/vinter 1986 til en pris af kr.129-149. Rettighedshaveren ophørte herefter med produktionen af trøjerne.

Når afgørelsen tages til indtægt for, at der bliver tilkendt afsætningstab, selvom produktionen er standset, er det for vidtgående herfra at slutte, at erstatning for afsætningstab kan tilkendes, når blot rettighedshaveren ville kunne have produceret og afsat sit produkt. Rettighedshaverens ophør af produktionen i sagen grunder netop i krænkelsen, og at markedet blev mættet af kopiproduktet. Det ligger i naturlig forlængelse heraf at konkludere, at rettighedshaveren med rimelig sandsynlighed ville have forsat produktionen med deraf følgende afsætning, hvis krænkelsen ikke var sket. Der er derfor ikke blot tale om en potentiel produktion, men en igangværende produktion (planlagt til at fortsætte), der ophører.

Dommen FED 1996.1503 Ø angik krænkelse af ophavsretten til en række fonogrammer. En række rettighedshaveres ophavsret blev krænket ved en kopiering og eksport samt udgivelse af fonogrammer i form af cd og kassettebånd. Landsretten udtaler om erstatningen:

Under hensyn til den usikkerhed, der forsat findes at eksistere om størrelsen af det reelle afsætningstab sammenholdt med, at de ulovlige kopieringer efter bevisførelsen har medført forstyrrelser af markedet for sagsøgernes produkter, ligesom sagsøgerne er påført ikke ubetydelige interne tab, findes erstatningen skønsmæssigt at kunne fastsættes til 8 mio. kr. [...]

Det vil også ud fra denne dom være for vidtgående at udlede, at en potentiel produktion er tilstrækkeligt til at kræve afsætningstab. I dommen udtaler flere af vidnerne netop, at de har afstået fra en genudgivelse af visse fonogrammer, idet markedet var blevet mættet af billige kopier bestående af nye sammensætninger af de originale fonogrammer. Når rettighedshaveren i den konkrete sag således afstår fra en genudgivelse, så er det nærliggende at antage, at produktionen har været mere end blot potentiel, men måske snarere led i et almindeligt, og for branchen sædvanligt, mønster af udgivelser. Rettens begrundelser tyder i øvrigt på, at der kun i mindre grad er tilkendt erstatning for afsætningstab og i højere grad for markedsforstyrrelse.

Der kan i øvrigt peges på dommen U 2007.1112 H, hvor der blev solgt nogle T-shirts identiske med et beskyttet design. Efter en henvendelse fra rettighedshaveren returnerede forhandleren af de uoriginale T-shirts et restparti til leverandøren. Leverandøren solgte herefter partiet i Letland. Salget i Letland udgjorde en forsætlig krænkelse af det beskyttede design. Højesteret udtalte, at det ikke var sandsynliggjort, at rettighedshaveren ved salget i Letland havde lidt et tab, hvorefter der alene blev tilkendt vederlag. Da rettighedshaveren havde et igangværende salg i Danmark, synes der hermed også at have været en potentiel afsætning i Letland. Der er dog ikke i sagen oplysninger om, at der skulle være planer om salg til Letland.

---

<sup>109</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 465, petit afsnittet.

Det kan derfor afvises, at det er tilstrækkeligt, at rettighedshaver for at kunne kræve et afsætningstab potentielt ville kunne have produceret og afsat sit eget produkt. Der må angiveligt mere til, således at rettighedshaveren nærmere sandsynliggør, at krænkelsen har afskåret rettighedshaveren fra en for rettighedshaveren aktuel afsætningsmulighed. I modsat fald synes resultatet at være svært vanskeligt at administrere i praksis, idet den blotte besiddelse af en enerettighed kunne muliggøre et krav om erstatning for afsætningstab fra rettighedshaveren. Et krav om potentiel produktion synes alene at rumme et krav om at rettighedshaveren har adgang til kapital i et omfang, der muliggøre igangsættelsen af en produktion, hvilket ville medføre, at alle større virksomheder reelt ville opfylde betingelsen. En rettighedshaver, der vælger at afstå fra at bringe et produkt på markedet, pga. at det potentielle afkast vurderes for lille i forhold til risikoen, bør ikke kunne få erstatning for afsætningstab, selvom rettighedshaveren i øvrigt inden for meget kort tid ville kunne bringe produktet i omsætning. Her må rettighedshaveren i stedet søge kompensation for krænkelsen efter vederlagsreglerne.

Hernæst og *for det andet* skal krænkerens uberettigede fortjeneste indgå ved erstatningsopgørelsen. Der er som tidligere nævnt tale om en nyskabelse i dansk ret. Det bemærkes, at kriteriet *skal* indgå i fastlæggelsen af erstatningens størrelse, jf. bestemmelsens ordlyd. Herefter vil kriteriet som udgangspunkt og i hvert tilfælde på det teoretiske plan også kunne være med til at trække erstatningen (men ikke vederlaget<sup>110</sup>) ned, f.eks. i tilfælde hvor krænkeren har haft en meget ringe fortjeneste.

I overensstemmelse med tysk retspraksis<sup>111</sup> må krænkerens fortjeneste opgøres alene med fradrag af de variable omkostninger ved den krænkende produktion. Således kan de faste udgifter til husleje mv. ikke fratrækkes, da de er uafhængige af den krænkende produktion, og krænkeren derfor som udgangspunkt ville have skulle afholdt disse udgifter, selvom den krænkende produktion ikke havde fundet sted.

Der kan *for det tredje* kræves erstatning for den markedsforstyrrelse, som krænkelsen har medført. Med betegnelsen markedsforstyrrelse tænkes på de problemer, som krænkelsen kan skabe for de fremtidige afsætningsmuligheder for rettighedshaveren. Selvom der derfor i høj grad er tale om et afsætningstab, giver det god mening at skille det fremtidige afsætningstab ud, da det er et endnu urealiseret tab, og da opgørelsen af tabet derfor skal ske efter andre principper.

Drejer krænkelsen sig f.eks. om produkter af en ringere kvalitet, kan dette skade et ellers velfunderet varemærke. Der kan også opstå en udhuling af markedet, hvis det mættes af billige kopier af underlødige kvalitet, f.eks. hvis der til rettighedshaverens produkt er knyttet en vis sikkerhed. Retableringen kan koste mange penge og tage lang tid. Et sådant tab kan, i det omfang det kan bevises, kræves dækket af krænkeren. Der kan også kræves erstatning for markedsforstyrrelse i form af mistet renommé i det omfang, dette kan bevises. Desuden kan et stort antal solgte enheder medføre markedsforstyrrelse, idet især mindre markeder kan blive mættet hurtigt af kopiprodukter, som måske oven i købet er af samme eller lignende kvalitet som originalen. I det omfang rettighedshaveren ikke allerede har lidt et afsætningstab, men kan forvente en fremtidig nedgang af salget som følge af mætningen, er der tale om markedsforstyrrelse. I forhold til parallelimporterede produkter, som ikke er omfattede af konsumtion, kan det være ødelæggende for markedet, hvis disse udbydes til en pris, der er lavere end prisen på de produkter, der er bragt i omsætning med rettighedshaverens samtykke.

---

<sup>110</sup> Kriteriet genfindes ikke eksplicit i bestemmelserne om vederlag.

<sup>111</sup> 2001 GRUR 329.

Rettighedshaveren kan endelig og *for det fjerde* kræve erstatning for andre tab. Andre tab kan foreligge i form af eksterne tab i de tilfælde, hvor rettighedshaveren har brugt penge på forudgående undersøgelser og udtalelser fra fagfolk, konstatering af krænkelsen ved undersøgelser, prøveindkøb mv. I det omfang disse udgifter findes at være rimelige og proportionale med krænkelsen, kan de indgå i erstatningsopgørelsen. På samme måde kan disse tab i princippet kræves dækket, såfremt tabene er opstået intern i virksomheden., hvilket dog også medfører, at beviset for et lidt tab er sværere at bevise, idet der ikke kan fremlægges fakturaer på arbejdet. Endelig kan tab i form af manglende udnyttelse af produktionsapparat kræves dækket i begrænset omfang, idet rettighedshaveren skal iagttage sin tabsbegrænsningspligt<sup>112</sup>.

### **6.3 Godtgørelse for ikke-økonomisk skade**

Dansk ret indeholder flere bestemmelser om godtgørelse for ikke-økonomisk skade<sup>113</sup>. Disse bestemmelser er begrænset til at omfatte fysiske personer, idet godtgørelsen tager sigte på krænkelsen af en persons selv- og æresfølelse. Det er ydmygelsen, der begrunder kravet<sup>114</sup>.

Således blev også bestemmelsen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade først indsat på det ophavsretsretlige område til beskyttelse af ophavsmanden, hvor den stadig må formodes at have sit største anvendelsesområde. I dag indeholder samtlige de immaterialretlige love nu mulighed for at kræve godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

Tilkendelse af godtgørelse for ikke-økonomisk skade forudsætter, at krænkelsen er sket enten ved uagtsomhed eller med forsæt, jf. f.eks. VML § 43, stk. 3., jf. stk. 1. Der er tale om en isoleret og uafhængig godtgørelse i forhold til den øvrige erstatning, hvilket medfører, at bestemmelsen ikke obligatorisk finder anvendelse, når der tilkendes vederlag eller erstatning for yderligere skade. Udgangspunktet er, at der er tale om en godtgørelse for den ideelle skade, som en rettighedshaver kan lide ved siden af det økonomiske tab. Da der er tale om en godtgørelse, følger det af godtgørelsens natur, at rettighedshaveren ikke skal dokumentere et tab. Der må dog stilles krav om en form for dokumentation eller sandsynliggørelse af den ideelle skade.

Det er den originære rettighedshaveren selv, der kan kræve godtgørelsen, også selvom de økonomiske rettigheder er overdraget. Erhververen af de økonomiske rettigheder vil formentlig også kunne kræve godtgørelse for ikke-økonomisk skade<sup>115</sup>, hvilket fremgår af sagen U 1996.1093 V, som angik ophavsretlig krænkelser af Kylling-figuren kendt fra børneprogrammet ”Bamse og Kylling”. En erstatning på kr. 100.000 blev tilkendt DR og legetøjsproducenten, der havde fremstillet figuren. Forholdet mellem ophavsmanden og DR henholdsvis legetøjsproducenten er ikke nærmere angivet, hvorfor det allerede af den grund er problematisk at konkludere, at en erhverver af de økonomiske rettigheder altid vil kunne gøre et krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade gældende. I forhold til bestemmelsens udspring i ophavsmandens ideelle ret,

---

<sup>112</sup> Se Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 483, hvor det også påpeges, at et sådant tab er vanskeligt dokumenterbart.

<sup>113</sup> Se f.eks. erstatningsansvarslovens § 26 om tort, retsplejelovens § 1018a-h om erstatning i anledning af strafferetlig forfølgning samt ligebehandlingslovens § 14 om godtgørelse efter kønsdiskriminering på arbejdspladsen. Ligeledes kan der gives erstatning for tort efter markedsføringsloven efter henvisningen til dansk rets almindelige regler om erstatning, jf. MFL § 20, stk. 2. Det bemærkes, at EAL § 26 kan påberåbes til støtte for OHL § 83, stk. 3.

<sup>114</sup> Lærebog i erstatningsret side 278 samt Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 483f.

<sup>115</sup> Erstatning for ophavsretlige krænkelser, side 246f samt Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 485f.

virker det ikke helt logisk, at den, der har fået overdraget de økonomiske rettigheder, skal kunne kræve godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

Det primære anvendelsesområde er altså de tilfælde, hvor en ophavsmands ideelle ret er blevet krænket. Godtgørelse for ikke-økonomisk skade er derudover tiltænkt for de industrielle immaterialretligheder i tilfælde, hvor kopiprodukter er af så ringe kvalitet, at de kan anses for skadelige for rettighedshaveren af et patent i ideel henseende<sup>116</sup>. Godtgørelsen kan formentlig også gives ved tort lignende krænkelser af varemærker<sup>117</sup>.

Spørgsmålet er, om det, i hvert tilfælde for så vidt angår de industrielle rettigheder, giver mening at tale om en ikke-økonomisk skade. Formålet med de industrielle rettigheder er jo netop på sigt at genere et overskud eller være med til at genere overskud. Patenter kan således danne grundlag for produktion, og varemærker kan være med til at profilere virksomheden og adskille den fra konkurrenter. Bliver rettigheden herefter krænket, vil det påvirke denne evne til at genere et overskud. Det tager måske længere tid at genere overskud, markedsføringen skal måske intensiveres og så videre. Krænkelsen og den medfølgende skade vil altid give sig udslag på det økonomiske plan i det omfang, der sker en rettighedskrænkelse af en industriel rettighed. Under alle omstændigheder er det forhold, der allerede kan søges erstattet i form af erstatning for yderligere skade, og bestemmelsens anvendelighed i sammenhæng med de industrielle enerettigheder er derfor i bedste fald tvivlsom. Bestemmelsen synes i industrielle sammenhæng alene at kunne anvendes med et pønalt sigte, således at der ved krænkelser, som domstolene finder særligt grove, kan tilpligtes krænkeren at betale en ekstra compensation, som ligger uden for, hvad der er hjemmel til i de almindelige vederlags- og erstatningsbestemmelser.

Selve udmålingen af størrelsen af godtgørelsen beror på et konkret skøn under hensyntagen til krænkelsens grovhed og den skadevirkning, som rettighedshaveren er påført<sup>118</sup>.

Det første eksempel på godtgørelse for ikke-økonomisk skade på et andet område end ophavsretten er kommet med SHD 17. juni 2008, sag V-101-05 (Los Piratas)<sup>119</sup>.

## **6.4 God tros vederlag**

I de tidligere immaterialretlige love fandtes tillige en bestemmelse om vederlag uden, at der fra krænkerens side forelå uagtsomhed eller forsæt. Denne bestemmelse er nu udgået fra de immaterialretlige love, men er i stedet indført i Markedsføringsloven, jf. MFL § 20, stk. 4<sup>120</sup>. Baggrunden herfor er formentlig, at man har villet lave den brede og generelle dækning i Markedsføringsloven, medens de mere specielle bestemmelser følger af de immaterialretlige love. Set i forhold til de almindelige vederlagsregler, må bestemmelsen forventes at få begrænset anvendelse for fremtiden, selvom der dog til tider kommer sager, hvor krænkelsen er sket i god tro.

---

<sup>116</sup> Se bemærkningerne til lovforslag nr. 48 af 15/12 2005 som vedtaget ved lov nr. 1430 af 21/12 2005 § 1 om ikke-økonomisk skade.

<sup>117</sup> Se gennemgangen af retspraksis i afsnit 7.5.

<sup>118</sup> Erstatning for ophavsretlige krænkelser, side 245f samt Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 487f med gennemgang af retspraksis.

<sup>119</sup> Se nærmere om dommen i afsnit 7.5.

<sup>120</sup> Tidligere § 13, stk. 4. Som indsat efter lovforslag nr. 13 af 10/6 2005 vedrørende ændring af markedsføringsloven og vedtaget ved lov nr. 1389 af 21/12 2005.

Af bestemmelsens ordlyd følger, at vederlaget kun kan tilkendes i det omfang, det skønnes rimeligt. Kravet om rimelighed skyldes, at selve handlingen udspringer af et forhold, som ikke kan henføres under selv den laveste grad af uagtsomhed<sup>121</sup>. Vederlaget må således ikke være ødelæggende for krænkerens virksomhed. Bestemmelsen finder selvsagt ikke anvendelse i de tilfælde, hvor rettighedshaveren har fremsendt et advarselsbrev, som efter sin natur bringer forholdet ud af bestemmelsens område.

Da bestemmelsen er nogenlunde enslydende med de tidligere immaterialretlige bestemmelser, er den tidligere praksis relevant ved fastlæggelsen af indholdet af bestemmelsen.

I dommen U 1975.1014 Ø lagdes det til grund, at en lysestage nød ophavsretlig beskyttelse. Det fandtes imidlertid ikke godtgjort, at krænkeren havde udvist forsæt eller grov uagtsomhed. Imidlertid er simpel uagtsomhed tilstrækkeligt til at kræve rimeligt vederlag og erstatning for den yderligere skade, som krænkelsen har forvoldt. Retten udtaler dog, at krænkeren har undladt at foretage yderligere undersøgelser af den lysestage, som var observeret, inden produktionen blev sat i gang. Dette kunne tolkes som laveste grad af uagtsomhed, men retten henviser dog til god tros bestemmelsen, jf. den dagældende ophavsretslov § 56, stk. 2<sup>122</sup>. Afgørelsen viser altså grænsen mellem uagtsomhed og god tro ved immaterialretskrænkelser.

Dommen U 2007.1112 H vedrører en rettighedshavers erstatningskrav over for en forhandler og en importør af nogle T-shirts, der var identiske med nogle af rettighedshaveren tidligere solgte T-shirts. Højesteret afviste, at designet var beskyttet ophavsretligt, og designet nød herefter alene beskyttelse efter Designloven (EF uregistreret design). Yderligere kom retten frem til, at forhandleren var i god tro, og forholdet skulle derfor som udgangspunkt vurderes efter god tros bestemmelsen i den dagældende designlov<sup>123</sup>. Højesteret fandt dog, at der i den konkrete sag ikke var grundlag for at pålægge forhandleren at betale vederlag eller erstatning efter denne bestemmelse. Der gives ikke nogen yderligere forklaring på frifindelsen, men dommen illustrerer begrebet god tro.

---

<sup>121</sup> Ordlyden i den tidligere varmærkelov er, at vederlaget ikke kan overstige det beløb, der udgør mere end selve vindingen, jf. lovbekendtgørelse nr. 141 af 18/3 1986 § 38, stk. 2, in fine.

<sup>122</sup> Lovbekendtgørelse nr. 130 af 15. april 1975.

<sup>123</sup> Se den dagældende designlov, lov nr. 1259 af 20. december 2000, § 37, stk. 2.

## 6.5 Sammenfatning

Efter gældende dansk ret har rettighedshaveren mulighed for at kræve vederlag ud fra en hypotetisk licensbetragtning og erstatning for yderligere tab. Endelig findes der hjemmel til godtgørelse for ikke-økonomiske skade.

Kompensation for eneretskrænkelser kan ske efter licensbetragtninger. Som det vil ses i næste afsnit<sup>124</sup>, har Højesteret fastslået, at et sådan hypotetisk licensvederlag som udgangspunkt skal fastsættes i overensstemmelse med, hvad rettighedshaveren kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt.

Den yderligere erstatning udmåles efter de almindelig erstatningsretlige principper med den modifikation, at der også skal tages hensyn til krænkerens uberettigede vinding. For immaterialretskrænkelser deler man gerne tabsposterne op i afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab.

Afsætningstab kan almindeligvis forekomme, hvis rettighedshaveren står over for en færdiggjort, påbegyndt eller planlagt markedsføring og krænkelsen har medført dennes umulighed eller dog ringere mulighed for afsætning. Afsætningstab kan også forekomme, hvis krænkelsen har afskåret rettighedshaveren fra en - for rettighedshaveren aktuel og relevant - afsætningsmulighed. Da afsætningstabet sjældent er objektivt konstaterbart, er opgørelsen af tabet forbundet med en vis usikkerhed.

Erstatning for markedsforstyrrelse dækker over de fremtidige tab og ekstra udgifter, som endnu ikke er realiserede, trods skaden er indtrådt. Da tabet ikke er realiseret, er opgørelsen deraf forbundet med yderligere usikkerhed.

Endelig kan andre tab eller udgifter i forbindelse med krænkelsen kræves erstattet, hvis de afholdte udgifter er rimelige og proportionale. Visse af disse udgifter afholdt til tredjemand kan dokumenteres med fakturaer eller lign., mens andre interne udgifter og tab er forbundet med større usikkerhed.

Erstatning eller godtgørelse for ikke-økonomisk skade er endnu et ubeskrevet blad for så vidt angår industrielle enerettigheder - i modsætning til ophavsretten, hvor godtgørelse for ikke-økonomisk skade har været kendt længe. Det er uvist, hvordan hjemlen til erstatning for ikke-økonomisk skade vil blive brugt, og hvordan udmålingen vil foregå. Da tidligere retspraksis om ikke-økonomisk skade drejer sig om krænkelser af en persons selv- og æresfølelse, vil den næppe kunne overføres helt eller delvist til området for industrielle enerettigheder.

Det kan tænkes, at hjemlen vil kunne blive brugt som en slags pønalt betinget erstatning efter common law-forbillede. Altså en ekstra kompensation til rettighedshaveren i tilfælde, hvor krænkelsen har været særlig grov i den ene eller anden henseende.

---

<sup>124</sup> Se i afsnit 7.3.1.

## 7. Retspraksis

Dansk retspraksis om immaterialretlige erstatninger i perioden 1966 - 2000 er blevet behandlet af Olaf Eskildsen<sup>125</sup>. Denne gennemgang vil derfor, efter en præsentation af Olaf Eskildsens betragtninger (afsnit 7.1), fokusere på retspraksis i perioden 2000 – 2008 (afsnit 7.2), hvor retspraksis kommenteres ud fra forskellige emner (afsnit 7.3 – 7.6). Slutteligt vil der blive hentet lidt inspiration fra udenlandsk retspraksis (afsnit 7.7).

### 7.1 Oversigt 1966 - 2000

For perioden 1966 - 1992 var retsafgørelserne talrige inden for ophavs- og markedsføringsretten, hvilket skyldtes mange sager om produktefterligninger. For patent-, mønster-, foto- og varemærkeret var der derimod ikke samme mængde afgørelser.

Olaf Eskildsen bemærker først og fremmest, at erstatningsbeløbene, som tilkendes, ligger langt under rettighedshavernes påstande. Årsagen til dette antages at være bevisvanskeligheder, og han foreslår i forlængelse heraf udmelding af regnskabs- og branchekyndige som syns- og skønsmand som løsningen<sup>126</sup>.

For perioden fra 1992 til primo 2000 var fordelingen af sagstyperne den samme, som den var i den tidligere periode.

Olaf Eskildsen gør sig for denne periode nogle statistiske betragtninger.

En opgørelse af sammenhængen mellem krævede erstatningsbeløb og tilkendte erstatningsbeløb i de sager, hvor der forelå en krænkelse, viste, at en fjerdedel af sagerne i perioden imødekommes med mellem 75 - 100 % af kravet, en fjerdedel med 50 - 75 % af kravet, og endeligt imødekommes halvdelen af sagerne kun med 0 - 50 % af kravet. Samtidigt bliver de høje erstatningsbeløb generelt udmålt i sager om efterligning af produkter, mens der i sager om varemærker, fotorettigheder og ophavsret generelt udmåles lavere erstatninger.

Han konkluder<sup>127</sup>, at retspraksis kun har flyttet sig med små skridt mod en højere erstatningsudmåling, om end der findes enkelte tilfælde, hvor udmålingen svarer til eller ligger rimeligt nær det krævede beløb. Der er således stadig betydelige vanskeligheder for rettighedshaverne ved at fremskaffe de beviser, som domstolene anser for tilstrækkelige. Han fremhæver igen brug af revisorer og branchekyndige som en mulig løsning<sup>128</sup>. Brugen af syn og skøn til at dokumentere tab og vederlag er også senere blevet fremhævet<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> For 1966 – 1992 i artiklen *Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister*, side 363ff, og for 1992 - 2000 i artiklen *Immaterialretlige erstatninger i Danmark*.

<sup>126</sup> Se artiklen *Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister*, side 376f.

<sup>127</sup> Se artiklen *Immaterialretlige erstatninger i Danmark*, side 120.

<sup>128</sup> *Ibid.*, side 118.

<sup>129</sup> Se f.eks. artiklen *Nye danske domme på patent- og brugsmodelområdet*.

## 7.2 Oversigt 2000 - 2008

En opgørelse for perioden 2000 - 2008<sup>130</sup> af sammenhængen mellem krævede erstatningsbeløb og tilkendte erstatningsbeløb i de sager, hvor der foreligger en krænkelse, viser, at en femtedel af sagerne i perioden imødekommes med mellem 75 - 100 % af kravet, lige over en femtedel med 50 - 75 % af kravet, og endeligt imødekommes lige under 3/5 af sagerne kun med 0 - 50 % af kravet. I forhold til de to tidligere perioder er der således sket et fald af de udmålte erstatninger, når de sættes i forhold til påstanden, hvilket umiddelbart synes meget bemærkelsesværdigt i forhold til det fokus, der har været på at få øget de beløb, som domstolene tilkender.

Til opgørelsen knytter sig de efterfølgende kommentarer og forbehold. Først og fremmest er sagerne hentet fra Ugeskrift for Retsvæsen, hvor der er medtaget domme efter 2000, side 500<sup>131</sup> og indtil 2008, side 1431. Dernæst er der til supplement indhentet utrykte domme fra Sø- og Handelsretten for perioden 1. januar 2002 til 1. juni 2008, da Sø- og Handelsretten behandler et stort antal immaterialretssager<sup>132</sup>. Utrykte domme fra Sø- og Handelsretten er angivet som SHD efterfulgt af dato og sagsnummer. I alt 123 domme om eneretskrænkelser ligger til grund for opgørelsen.

Ved fastlæggelsen af påstande og tilkendte beløb i opgørelsen er det tilstræbt alene at medtage de dele, som vedrører forhold, som retten statuerede som krænkende. Således er rettighedshaverens principale påstand på kr. 700.000 for 3 krænkelser i sagen U 2004.1302 H kun medtaget for den del der vedrører den statuerede krænkelse, hvilket efter opgørelsen i sagen kan antages at udgøre tæt på kr. 350.000. Påstandsbeløbene er den endelige påstand, som den højeste retsinstans har taget stilling til.

På trods af det betydelige antal sager er der ikke grundlag for med sikkerhed at konstatere, at det er en reel ændring i forhold til perioden 1992 - 2000, og ikke bare et statistisk udsving. Såfremt den udvikling, opgørelsen viser, er reel, er der dog tale om en mærkbar ændring i forholdet mellem doms- og påstandsbeløb. Dette kan skyldes et flertal af momenter. Det kan blandt andet tænkes, at den øgede fokus i samfundet generelt på krænkelser af enerettigheder, kan påvirke rettighedshavernes opfattelse af krænkelserne alvorlighed og dermed påstandsbeløbene. På linje hermed kan de seneste lovtiltag som f.eks. arbejdet med og implementeringen af Retshåndhævelsesdirektivet også påvirke rettighedshavernes forventninger til erstatningsbeløb i opadgående retning. Når dette sammenholdes med, at det lovgrundlag, domstolene udmåler erstatninger efter, ikke i særligt omfang har ændret sig siden 2000<sup>133</sup>, vil en sådan udvikling ikke nødvendigvis være overraskende. Domstolene er således stadig påpasselige med ikke at tilkende beløb, som reelt overstiger, hvad rettighedshaveren har krav på<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Bilag I.

<sup>131</sup> Hvilket omtrent svarer til skæringspunktet for Olaf Eskildsen i Immaterialretlige erstatninger i Danmark.

<sup>132</sup> Se RPL § 225, stk. 2, nr. 3.

<sup>133</sup> De eneste reelle ændringer i bestemmelserne om udmåling af erstatning i immaterialretslovene, er muligheden for at tage hensyn til krænkerens fortjeneste og muligheden for erstatning for ikke-økonomisk skade. Det er nu som tidligere de generelle principper for erstatningsudmåling i dansk ret, som danner rammen for udmåling af erstatning ved domstolene - også i immaterialretssager.

<sup>134</sup> Se f.eks. rettens udtalelse om "forsigtighed" i SHD 3. april 2007, sag V-160-05, om varemærket Diesel samt SHD 6. november 2006, sag V-108-05, om efterligning af Burberry punge.

Det skal desuden påpeges, at der er et forholdsvis stort antal sager om parallelimport af medicin, hvor der efter fastlæggelsen af en ensartet praksis<sup>135</sup> har været tilkendt beløb, der i høj grad modsvarer påstandene. Disse sager vil således generelt trække op i statistikken. Dog skal det også påpeges, at der i opgørelsen er medtaget sager, hvor der, f.eks. pga. udvist passivitet, slet ikke er udmålt erstatning. Det kunne argumenteres for at udelade disse fra statistikken<sup>136</sup>.

Der er også værd at notere sig, at der alene i to sager, når bortses fra sager om parallelimport af medicin, er udmålt over kr. 1.000.000, nemlig i U 2004.1085 H (Montana II)<sup>137</sup> og U 2007.1254 H om skadelige udtalelser om konkurrerende produkt.

Det er til tider også blevet påstået, at Sø- og Handelsretten generelt er mere imødekommende over for rettighedshavere end Højesteret, som skulle lægge mere vægt på den frie konkurrence<sup>138</sup>. I opgørelsen for perioden 2000 - 2008 er gennemsnittet - af forholdet mellem påstand og dom - fordelt på retter således<sup>139</sup>:

Sø- og Handelsretten:	41 %
Landsretterne:	66 %
Højesteret:	38 %

Der kan altså på denne baggrund ikke sluttes, at Højesteret generelt skulle bedømme følgerne af krænkelse mildere end Sø- og Handelsretten.

Landsretternes gennemsnit synes at skille sig ud, hvilket kan skyldes, at typen af sager, der pådømmes ved landsretterne, adskiller sig fra de typiske immaterialretssager. 9 ud af 11 af landsretsafgørelserne drejer sig om ophavsretskrænkelser, hvor der er en tendens til større imødekommenhed. Således imødekommes 35 % inden for 75 - 100 %, 20 % inden for 50 - 75 % og 45 % inden for 0 - 50 % ved sager om ophavsretskrænkelser. Gennemsnittet for ophavsretssagerne ligger i alt på 55 %, imod 43 % for alle sager i perioden<sup>140</sup>. Dette kan skyldes, at det er lettere at finde relevante sædvaner, se nedenfor. Det kan også skyldes, at der generelt bliver set strengere på ophavsretskrænkelser på grund af deres natur, eller at landsretterne bare generelt udmåler større beløb, hvilket så påvirker opgørelsen for så vidt angår ophavsretssager.

Hvis det undersøges, hvor tit Højesteret har hhv. nedsat, stadfæstet eller forhøjet det tilkendte beløb<sup>141</sup>, er resultatet:

Nedsat:	10 sager	(50 %)
Stadfæstet:	6 sager	(30 %)
Forhøjet:	4 sager	(20 %)
I alt:	20 sager	

---

<sup>135</sup> Jf. nedenfor.

<sup>136</sup> F.eks. U 2003.421 SH, hvor retten til erstatning var bortfaldet som følge af passivitet.

<sup>137</sup> Se artiklen *Kommentar til U 2004.1085 H (Montana reolsystem)*.

<sup>138</sup> Se f.eks. senest artiklen *Dømte firmaer bliver rensset i Højesteret*.

<sup>139</sup> Alene det endelige resultat er medtaget, dvs. resultatet i en lavere instans er ikke medtaget, når sagen har været behandlet i Højesteret.

<sup>140</sup> Inklusive ophavsretssagerne.

<sup>141</sup> Af sagens natur er alene medtaget sager, hvor både Højesteret og den lavere instans nåede til, at der forelå en krænkelse.

Resultatet af denne undersøgelse synes - om end på et spinkelt grundlag - at underbygge, at Højesteret generelt bedømmer eneretskrænkelser en anelse mildere end de lavere instanser, herunder Sø- og Handelsretten, som har afsagt de fleste af de ankede afgørelser.

Hertil kan det i øvrigt nævnes, at en Højesteret i 2007 samlet underkendte 62 % af de af Sø- og Handelsrettens afgørelser, som blev anket, mod hhv. 20 og 22 % for så vidt angår landsretterne<sup>142</sup>. Der tænkes her på alle sagstyper og ikke blot på eneretssager.

De næste afsnit vil gennemgå et udpluk af dommene - fortrinsvis de nyeste - fra perioden efter 2000 opdelt efter emnerne udnyttelsesvederlag (afsnit 7.3), yderligere erstatning (afsnit 7.4), ikke-økonomisk skade (afsnit 7.5) og den seneste udvikling (afsnit 7.6).

Der vil som alt overvejende hovedregel ikke blive skelnet mellem de forskellige typer af enerettigheder, da det bagvedliggende lovgrundlag, som nævnt ovenfor, er fuldstændigt ens for hovedpartens vedkommende.

I langt de fleste af krænkelssagerne ved de danske domstole bliver der tilkendt ét samlet beløb uden nærmere udspecificering fra rettens side om, hvor meget der udgør hhv. vederlag, yderligere erstatning og godtgørelse<sup>143</sup>. I egnede sager vil vi dog alligevel forsøge at udlede niveauer for de enkelte poster med den usikkerhed, som der så vil knytte sig til det.

En del af forklaringen på praksis om udmåling af ét samlet beløb kan være den store usikkerhed om selve fastsættelsen af de forskellige poster. Den er ren skønsmæssig, hvorfor retten kan mene, at det ikke giver mening at dele det op i de enkelte poster. De meget kortfattede begrundelser af erstatningsudmålingen kan have samme forklaring<sup>144</sup>.

## **7.3 Udnyttelsesvederlag**

### **7.3.1 Indledning**

Retspraksis om udnyttelsesvederlag er især interessant på området for parallelimport af lægemidler. Der er på dette område opstået en hel fast praksis for udmålingen af vederlag. Da sagerne desuden generelt er godt oplyste mht. det krænkende salgs omfang, er spørgsmålet om vederlagets størrelse derfor også sjældent et større stridspunkt i sådanne sager aktuelt<sup>145</sup>.

På andre områder er retspraksis dog meget mere broget. Der kan også, som nævnt ovenfor<sup>146</sup>, knytte sig særlige problemer til udmålingen af vederlaget, f.eks. hvis det drejer sig om rettigheder, hvor licenser aldrig - eller meget sjældent - vil komme på tale.

Det kan med baggrund i ordlyden af artikel 13 i Retshåndhævelsesdirektivet og i ordlyden i forarbejderne til vederlagsbestemmelserne gøres gældende, at bestemmelsen om rimeligt vederlag skal forstås således, at opgørelsen af vederlaget skal tage sit udgangspunkt i rettighedshaverens

---

<sup>142</sup> Se artiklen *Højesteret giver erhvervslivets domstol smæk*.

<sup>143</sup> Modsat SHD 12. juli 2007, sag V-24-06 (Creative), med fyldig stillingtagen til de forskellige poster.

<sup>144</sup> Se til illustration SHD 9. januar 2004, sag V-140-01 (Børge Mogensen), hvor retten udmålte erstatningen med følgende begrundelse: "[Erstatningspåstanden] tages til følge for så vidt angår 200.000 kr."

<sup>145</sup> Se således dommene SHD 22. januar 2008, sag V-81-01 og SHD 15. august 2007, sag V-140-04.

<sup>146</sup> Se i afsnit 6.1.

forlangende<sup>147</sup>. En slags analog anvendelse af princippet i Købelovens § 5<sup>148</sup>. Der findes i retspraksis i hvert fald én nyere dom, som kan støtte dette synspunkt, jf. U 1999.1462 Ø, hvor vederlaget blev fastsat til, hvad rettighedshaveren ville have forlangt. Dette synspunkt synes dog ikke for alvor at have slået igennem i retspraksis, jf. f.eks. U 2002.696 H, hvor rettighedshaverens opfattelse af - understøttet af et vidneudsagn fra direktøren fra den krænkende virksomhed - at et licensvederlag ville have ligget på 35 - 40 % blev tilsidesat, og vederlaget blev i stedet uden større begrundelse fastsat til 5 %. Synspunktet blev også gjort gældende af rettighedshaveren i SHD 21. december 2007, sag V-25-06 (Amokka), men er ikke afspejlet i rettens afgørelse.

Endelig synes U 2007.1219 H at have gjort op med den parallelle anvendelse, selvom der dog i dommen hentes inspiration fra princippet. Rettighedshaveren havde ønsket vederlaget udmålt på baggrund af, hvad han havde krævet i et udkast til en licensaftale, som han havde sendt til en anden virksomhed. Retten udtalte:

Højesteret finder, at [det rimelige vederlag] som udgangspunkt skal fastsættes, i overensstemmelse med hvad [rettighedshaveren] kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt.

Det kontraktudkast, som [rettighedshaveren] har fremlagt, indebar, at der skulle betales en licensafgift i form af et fast beløb pr. kg halm i en uopsigelig periode på 15 år. Det må imidlertid efter bevisførelsen antages, at en sådan licensafgift i en uopsigelig periode på 15 år klart lå uden for, hvad markedet kunne bære. Det må endvidere antages, at kontraktudkastet ikke udtrykte, hvad [rettighedshaveren], når det efter forhandling kom til stykket, ville være parat til at acceptere. [Rettighedshaveren] tilbød således i advarselsbrevet maskinstationen en licensordning mod betaling af en passende licensafgift uden størrelsesangivelse.

Højesterets tilsidesættelse af rettighedshaveren oprindelige forlangende synes at gøre endeligt op med argumentet om, at princippet fra Købelovens § 5 kan bruges parallelt på immaterialrettens område for så vidt angår vederlagsudmåling<sup>149</sup>. Den første sætning i citatet rummer dog en klar reference til princippet - om end kravet til rimeligheden af det forlangte er skærpet fra *ikke ubilligt*<sup>150</sup> til *rimeligt ud fra markedsforholdene*. Hvis en rettighedshaver kan godtgøre, at han ville have forlangt et vederlag i overkanten af markedsværdien, skal størrelsen deraf altså lægges til grund i en krænkelssag - under forudsætning af at det forlangte ikke blot var et forhandlingsudkast, men et reelt krav. Højesterets fortolkning falder godt sammen med ordlyden i vederlagsbestemmelserne; *rimeligt vederlag*.

I tysk retspraksis fastsættes vederlaget til, hvad der mellem fornuftige parter ville være blevet aftalt<sup>151</sup>, dog med visse mindre *tillæg*, som følge af den gunstige position, krænkeren har befundet sig i ved ikke på forhånd at have indgået en aftale, som almindeligvis ville have påført ham nogle yderligere forpligtelser udover at betale licens<sup>152</sup>. Når bortses fra tillæg, som den danske højesteret vist endnu ikke har haft lejlighed til at tage stilling til, så giver dansk ret - i hvert fald i teorien - mulighed for et højere vederlag end efter den tyske praksis.

<sup>147</sup> Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser, side 195.

<sup>148</sup> Se herom afsnit 6.1 samt Enerettigheder og vederlagsrettigheder, side 227ff.

<sup>149</sup> Se artiklen *Nye danske domme på patent- og brugsmodelområdet*.

<sup>150</sup> Jf. ordlyden i Købelovens § 5

<sup>151</sup> 1992 GRUR 432

<sup>152</sup> 2000 GRUR 309 og 2000 GRUR 690.

### 7.3.2 Praksis om parallelimport af medicin

For varemærkekrænkelser i forbindelse med parallelimport af lægemidler er der fast praksis for, at vederlaget udgør 5 % af krænkerens omsætning af det krænkende produkt opgjort i *grossistindkøbspris*, jf. U 2002.696 H, U 2003.1825, -1826, -1844 og -1845 H og senest f.eks. SHD 21. februar 2008, sag V-31-07, og 6. december 2007, sag V-63-06. Oprindeligt synes det ikke muligt at argumentere for en afvigelse af 5 %-satsen pga. krænkelsens lidet alvorlige karakter, jf. U 2002.696 H med dissens.

Dette synes dog ikke at kunne fastholdes som følge af EF-Domstolens henvisning til EU-rettens krav om proportionalitet i afgørelsen af 26. april 2007 i sag C-348/04 (Boehringer II), præmisserne 63 og 64, hvor domstolen i begge præmisser udtaler:

[...] Det tilkommer imidlertid den nationale ret fra sag til sag at fastsætte beløbet for den økonomiske godtgørelse under hensyntagen til bl.a. omfanget af den af varemærkeindehaveren lidte skade som følge af parallelimportørens krænkelsehandling og under overholdelse af proportionalitetsprincippet.

Sø- og Handelsretten fraveg således den faste praksis med henvisning til Boehringer II-dommen i SHD 31. marts 2008, sagerne V-39-02 og V-87-03, hvor vederlaget sattes ned fra 5 til 2 %, da krænkelsen alene bestod i angivelse af ukorrekt ompakker. I SHD 21. februar 2008 blev et vederlag på 5 % anset for *at være en rimelig og proportional kompensation*.

Fra praksis om parallelimport af medicin findes også en interessant dom, U 2003.1826 H, om forrentningen af krav om vederlag, hvor Højesteret med bemærkningen, "[d]et må derimod tages i betragtning, at beløbet skal dække en løbende betaling gennem den omhandlede periode fra begyndelsen af 1992 til udgangen af 1999", tillagde rettighedshaveren renter af det samlede vederlagskravet fra et tidspunkt midt i perioden, 2. december 1996. Det samme gør sig gældende i U 2003.1825 H.

Retten til vederlag (og erstatning og godtgørelse) kan i øvrigt under alle omstændigheder fortabes ved passivitet, jf. U 2003.421 SH samt ovenfor.

### 7.3.3 Praksis i øvrigt

Det lader sig vanskeligt gøre at fastslå vederlagsprocenter i andre sager - i høj grad fordi erstatning og vederlag for det meste udmåles samlet, men også pga. af usikkerhed om på hvilket grundlag vederlagsprocenten skal opgøres.

#### *Ophavsret (andet end brugskunst)*

På visse dele af ophavsrettens område findes dog ofte sædvaner, hvorfor vederlagsudmålingen ikke volder så store problemer her. Der vil tit findes organisationer som KODA eller Copydan, som har standard takster for benyttelse af eneretten, eller dog være en praksis på området<sup>153</sup>, som kan bruges ved udmålingen af vederlaget. Se ØLD 17. maj 2002, hvor et vederlag fastsat af Copydan blev lagt til grund<sup>154</sup>, U 2002.911 Ø om sædvanligt vederlag på 3.000 kr. for udnyttelsen af filmklip, U 2008.77 Ø om benyttelse af forspil til salmemelodi<sup>155</sup> og U 2007.2507 V om uberettiget

<sup>153</sup> Fra engelsk ret findes Artist's Resale Right Regulations fra 2006, hvor en kunstners royalty ved videresalg er fastsat til 4 % faldende til 0,25 % efter visse værdigrænser. Se hertil artiklen *Droit de Suite*.

<sup>154</sup> Immaterialret, side 532.

<sup>155</sup> Se nærmere om sagen i afsnit 7.5.

overdragelse af edb-program, hvor listeprisen uden leveringsomkostninger blev lagt til grund. Fra tiden før vederlagsbestemmelsen blev indført i Ophavsretsloven findes U 1985.257 Ø, hvor en journalists tab ved uberettiget brug af en af hans artikler blev fastsat til et beløb svarende til, hvad han kunne have krævet for en tilsvarende artikel i et andet blad

Disse standard-takster kan dog ikke altid bruges, da den uberettigede brug af det beskyttede materiale kan være sket på en sådan måde, at brugen falder uden for det område, som der findes takster for, jf. f.eks. U 2001.1572 V om links til ulovligt tilgængelige musiknumre på internettet, hvor vederlaget i stedet blev skønsmæssigt fastsat svarende til rettighedshavernes teoretiske avance ved salg af samme mængde, hvilke synes højt sat. Der er i stedet på visse af disse områder opstået en fast retspraksis for udmålingen af vederlaget, herunder kr. 20 pr. musiknummer, kr. 200 pr. salgsvideo og kr. 500 pr. udlejningsvideo, der uberettiget kopieres og videresælges / -distribueres<sup>156</sup>, jf. U 1983.979 Ø, ØLD 10. december 1984, U 1991.216 Ø, U 2001.1572 V og U 2005.60 V. Efter EF-Domstolens afgørelse i sag C-348/04 (Boehringer II) ville der dog skulle tages stilling til størrelsen af vederlaget i forhold til den konkrete krænkelse ud fra en betragtning om proportionalitet.

I U 2005.1438 H (Tivoli-slottet)<sup>157</sup> havde krænkeren betalt kr. 25.000 (inkl. moms) for brug af et billede af Tivoli-slottet i 3 år. Krænkeren havde efter udløbet af aftalen uberettiget benyttet billedet yderligere i knapt 10 år. Den gamle aftale lød på kr. 8.333 pr. år, hvilket ville føre til et vederlag på kr. 83.333 for 10 år. Højesteret næsten fordoblede dette beløb med begrundelsen:

Efter aftalen betalte [krænkeren] 20.000 kr. med tillæg af moms for 3-års-perioden [...] Det var alene prisen for denne første 3-års-periode, der var fastsat i aftalen, og det må antages at være forudsat, at der skulle aftales en ny pris for eventuel fortsat brug efter periodens udløb. Det er nærliggende at antage, at [rettighedshaveren] ville have krævet en betydelig forhøjelse af beløbet som betingelse for ikke at opsigte aftalen. [Rettighedshaveren] har imidlertid ikke fremlagt oplysninger fra aftaler med andre samarbejdspartnere, der giver mulighed for mere præcist at fastsætte størrelsen af en sådan forhøjelse. På den baggrund finder Højesteret, at betalingen for den fortsatte brug [...] skønsmæssigt kan fastsættes til 150.000 kr., inkl. moms.

Højesteret åbner således op for, at den markeds-mæssige værdi af brugen muligvis er meget højere end det tilkendte beløb, men er pga. usikkerheden herom tilbageholden ved udmålingen.

### *Personlige kendetegn*

Ved krænkelse af retten til personlige kendetegn vil der ofte være oplysninger, som kan bruges til at fastsætte et rimeligt vederlag ud fra, da disse krænkelse tit angår kendte mennesker, som før har anvendt deres navn og/eller billede kommercielt. Dommene vedrører tiden inden indsættelsen af vederlagsbestemmelsen i Markedsføringsloven, men er udmålt efter vederlagsbetragtninger:

I SHD 30. april 2002, sag V-0134-00, blev ugebladet Se og Hør dømt til at betale kr. 50.000 for uberettiget at have distribueret en idolplakat af fodboldspilleren Martin Jørgensen sammen med bladet. Til brug for erstatningsudmålingen blev fremlagt en erklæring om et minimumsvederlag på kr. 100.000 for kommerciel udnyttelse af billeder af fodboldlandsholdet/landsholdsspillere, som dog kun vedrørte aftaler, der omfattede mindst tre spillere og kunne fraviges af den enkelte spiller ved individuelle aftaler. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til kr. 50.000 under hensyntagen til

<sup>156</sup> Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 456.

<sup>157</sup> Dommen er kommenteret af Knud Wallberg i artiklen *Kommentar til UfR 2005.1438H (Tivoli)*.

aftalen, at der kun var tale om én spiller, som til gengæld på det pågældende tidspunkt var en meget populær spiller, og at idolplakaten fra 1999 blev brugt meget intensivt i markedsføring af det pågældende nummer af Se og Hør.

I SHD 21. august 2006, sag V-83-04, brugte tøjmærket RedGreen både et helsides billede af samt en artikel om sejleren Paul Elvstrøm i et tøjkollektionskatalog. Erstatningen blev her skønsmæssigt sat til kr. 100.000. Til brug for erstatningsudmålingen blev fremlagt oplysninger om to licensaftaler om brug af Paul Elvstrøms navn og billede, som der dog ikke henvises til i rettens begrundelse.

Højesterets dom af 26. maj 2008, sag 95/2004 (SHD 24. februar 2004, sag V-44-03), handler om et indstik i ugebladet Se og Hør med et billede af kvindelandsholdet i håndbold på den ene side og holdets målmand på den anden side. Erstatningen blev her skønsmæssigt udmålt til kr. 100.000. Der blev ligeledes her fremlagt oplysninger om tidligere aftaler på kr. 40.000 - 60.000 pr. spiller pr. billede, som der dog heller ikke henvises til rettens begrundelse.

Yderligere retspraksis på området siden 2000 tæller U 2006.2128 V (Ebbe Sand-foldboldtrøjer), U 2007.280 SH (stillbilleder af Mads Mikkelsen), U 2000.2068 SH (Georg Jensens signatur) og SHD 13. september 2005, sagerne V-40-04 og V-41-04 ([www.Taabel.dk](http://www.Taabel.dk)).

#### *Andre områder*

På andre områder kan det være svært at finde oplysninger om sædvaner eller lign., som kan benyttes som grundlag for udmålingen af vederlaget. Det fremgår ofte af rettens begrundelse, at retten har manglet relevante oplysninger at udmåle vederlaget efter, jf. f.eks. U 2005.1291 H (Jutlandoor)<sup>158</sup>, SHD 21. december 2006, sag V-182-05, om genopfyldning og uberettiget salg af BP gasflasker<sup>159</sup> og SHD 22. december 2006, sag V-24-05, om varemærket EXIT<sup>160</sup>. I hvert fald i U 2005.1291 H (Jutlandoor) og SHD 21. december 2006, sag V-182-05, synes det at komme rettighedshaveren til skade, at der ikke under sagen er fremlagt oplysninger, der kan indikere et niveau for vederlaget. Tidligere har selv rettighedshaveren enkelte gange opgivet at opgøre et rimeligt vederlag, jf. U 1994.147 SH (Tordenskjold) og U 1998.1385 SH, hvor der blot påstås tillagt et passende beløb efter rettens skøn.

#### *Produktefterligninger m.v.*

I SHD 17. april 2008, sag V-145-05, om krænkelse af Rosendahls ophavsret til ”Global”-knivserien udtalte retten, at ”[f]or varer af denne art findes vederlaget passende at kunne fastsættes til 8 % af indkøbsprisen.” Det synes ikke at være noget i sagen, der begrundet netop denne procentsats, hvorfor det må være et skøn ud fra rettens erfaringer. Værd at bemærke er også, at der tilkendes et rimeligt vederlag på trods af, at kopiproductet aldrig kom i omsætning<sup>161</sup>.

I SHD 16. april 2008, sagerne V-113-05 & V-139-05, om ”Alfi”-thermokander udtalte retten: ”I det foreliggende tilfælde ville en royalty ud fra rettens kendskab til området udgøre ca. 5 %, i visse tilfælde noget mindre, af prisen for produktet ved salg fra fabrik.”

---

<sup>158</sup> ”Da der ikke er tilvejebragt nærmere oplysninger om sædvanligt vederlag eller om de økonomiske aspekter for parterne af krænkelsen, finder vi, at vederlag og erstatning skønsmæssigt kan fastsættes til 50.000 kr.”

<sup>159</sup> ”Videre er det ved udmålingen tillagt vægt, at der ikke under sagen er fremkommet oplysninger om størrelsen af en eventuel licensprocent.”

<sup>160</sup> ”I mangel af oplysninger om procentsatsen for licens fastsættes vederlaget til 50.000 kr.”

<sup>161</sup> Samme SHD 12. november 2007, sag V-38-06, om import af falske Canada Goose-jakker, som blev beslaglagt i tolden og destrueret, SHD 24. oktober 2006, sag V-21-05 (Rolex), og SHD 4. maj 2006, sag V-11-05 (Den ulovlige forsendelse).

De to sager minder meget om hinanden og er afsagt en dag efter hinanden, hvorfor det kan undre, at der er en ikke uvæsentlig forskel i procentsatsen for varer af relativt samme art. Vederlaget i begge sager udmåles med hjemmel i Ophavsretsloven.

Fra sagerne kan det dog udledes, at retten udregner vederlaget på baggrund af en procentsats af antal krænkende varer multipliceret med grossistindkøbsprisen for det originale produkt<sup>162</sup>. I det omfang det er muligt, vil det derfor være denne opgørelsesmetode, der vil blive brugt som sammenligningsmodel. En del af de procentsatser, som fremhæves i den nedenstående gennemgang, er behæftet med en stor usikkerhed. De giver dog alligevel samlet et brugbart billede af vederlagsudmålingen.

Opgørelsesmetoden stemmer overens med U 2007.1112 H om kopi af et T-shirt-design, hvor der blev tilkendt vederlag på kr. 10.000 for salget af 879 krænkende T-shirts til Letland for kr. 10 pr. stk. Der er ikke oplyst stykpris for de originale T-shirts, men det er klart, at vederlaget er udmålt på baggrund heraf, da salget af de uoriginale T-shirts alene må have givet en omsætning på kr. 8.790.

I sagen SHD 4. maj 2006, sag V-11-05 (Den ulovlige forsendelse), udmålte retten vederlaget til 25 % af udsalgsprisen:

Sagsøgerne har derudover krav på et rimeligt vederlag for udnyttelsen af sagsøgernes varemærker og design. Efter oplysningerne om originalprodukternes udsalgspris og et hypotetisk licensniveau på 25 % finder retten, at vederlaget kan fastsættes til 15.400 kr. til Chanel og til 69.550 kr. til Louis Vuitton.

I SHD 24. oktober 2006, sag V-21-05 (Rolex), hvor falske Rolex-ure blev tilbageholdt i tolden, blev vederlaget udmålt svarende til ca. 15 % af de originale ures vejledende udsalgspris.

I SHD 30. maj 2007, sag V-131-05, blev der af rettighedshaveren peget på en licensafgift på 25 % for uberettiget brug af "the Burberry check" på paraplyer. Retten lagde til grund, at der var tale om 400 krænkende paraplyer, og tilkendte vederlag og erstatning på samlet kr. 80.000. Det fremgår af sagen, at udsalgsprisen på en Burberry-paraply er kr. 1.650. Hvis det lægges til grund, at indkøbsprisen ligger på kr. 800, svarer det tilkendte beløb til et vederlag på 25 %. Når der skal være plads til en vis erstatning i beløbet på kr. 80.000, sammenholdt med at indkøbsprisen meget vel kan være mindre, synes en procentsats på 15 - 20 ikke at være urealistisk.

I SHD 6. november 2006, sag V-108-05, om efterligning af Burberry-punge, blev der solgt 17.039 efterligninger. Udsalgsprisen for originale punge lå på mellem kr. 1.400 og 2.500, og vederlag og erstatning blev samlet fastsat til kr. 150.000. Hvis det anslås, at indkøbsprisen er ca. kr. 800, svarer det til en procentsats på omkring 1 %. Da en betydelig del af det udmålte beløb må udgøre erstatning for markedsforstyrrelse, må licensafgiften antages at ligge nærmere på 0,5 %. I forhold til ovennævnte dom om Burberry-paraplyer er dette en bemærkelsesværdig lav procentsats, som der ikke ses at være en rimelig begrundelse for.

---

<sup>162</sup> Den finske højesteret har i to sager om vederlag valgt at tage udgangspunkt i detailhandelsprisen og ikke indkøbspris, jf. dom af 21. august 1998, R97/98 No. 2632, se Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 455, og dom af 27. april 2001, KKO 2001:42, se NIR 2002.181.

Der findes en yderligere dom om Burberry-paraplyer, SHD 3. februar 2005, sag V-55-02, hvor vederlag og erstatning samlet udmålt skønsmæssigt til kr. 50.000, som påstået af rettighedshaveren. Det uberettiget salg skete i Føtex, men der er ikke i dommen nærmere oplysninger om salgets omfang eller om kompensationens beregningsgrundlag.

I SHD 25. januar 2008, sag, V-68-06 (Staffs tv-buks), blev der indkøbt 2.146 kopi-bukser, hvor vejledende udsalgspris for de originale var kr. 599. Indkøbsprisen for de originale bukser må ligge omkring kr. 200. Efter et samlet skøn fastsatte retten vederlag og erstatning for markedsforstyrrelse til et beløb på kr. 150.000, hvilket svarer til en procentsats på ca. 35 %. Da der er tale om en modevarer, og det mulige fremtidige salg derfor er begrænset, kan erstatningen for markedsforstyrrelse ikke anses for at udgøre en stor del af det udmålte beløb. En vederlagsprocent på omtrent 30 % virker derfor sandsynlig. Det kan i øvrigt bemærkes, at retten begrundelse i sagen kan læses som om der kun blev tilkendt vederlag for antal solgte kopi-bukser, hvilket i så fald ikke stemmer overens med retspraksis i øvrigt<sup>163</sup>.

I SHD 12. juli 2007, sag V-24-06, om efterligning af Creatives MP3-afspiller ”MuVo”,

Retten lægger til grund at [krænkeren] har solgt 4.074 eksemplarer af [efterligningen] i Danmark i perioden [...]. Et rimeligt vederlag for udnyttelsen af designet kan herefter passende fastsættes til 100.000 kr.

Med en gennemsnitlig pris for rettighedshaveren ved salg fra fabrik på 80 euro, svarende til ca. kr. 570, udgør vederlaget lige over 4 %.

SHD 21. december 2006, sag V-182-05, om genopfyldning og uberettiget salg af BP gasflasker.

[Vederlaget] fastsættes skønsmæssigt til 75.000 kr. Ved udmålingen af vederlaget har retten lagt vægt på, at Viking Gas har købt 100 kompositflasker af RPT Gas og bragt mindst 92 af disse i omsætning, at der ikke foreligger oplysninger om, hvor mange grønne BP-kompositflasker Viking Gas har påfyldt, men at det under henvisning til Viking Gas’ meget lille markedsandel og relativt kortvarige tilstedeværelse på markedet må antages, at omfanget af udnyttelsen har været beskedent. Videre er det ved udmålingen tillagt vægt, at der ikke under sagen er fremkommet oplysninger om størrelsen af en eventuel licensprocent.

Indkøbsprisen for de 100 flasker er kr. 760 pr. stk. Det udmålte vederlag svarer herefter til tæt på 100 %, når der kun tages hensyn til de indkøbte gasflasker. Retten må derfor have lagt til grund, at den uberettigede påfyldning af BP gasflasker har haft et vist omfang - på trods af rettens bemærkning om, at omfanget har været beskedent.

I SHD 22. maj 2008, sag V-52-07 (Carrybag), blev vederlag og erstatning samlet udmålt til kr. 125.000 kr. Der blev solgt 3.804 krænkende produkter, og udsalgsprisen for det originale produkt var kr. 346 pr. stk. Med en anslået forhandlerpris på 150 kr./stk., giver det en procentsats på omtrent 20 %. Når der i denne procentsats også skal være plads til erstatning, må procentsatsen for vederlaget ligge nærmere de 15 %.

---

<sup>163</sup> Se f.eks. SHD 17. april 2008, sag V-145-05 (Global-knive), nævnt umiddelbart ovenfor, med tilhørende fodnote.

### *Vederlag udmålt efter den krænkende omsætning*

U 2007.1219 H<sup>164</sup> vedrørte et indgreb i et fremgangsmådepatent på behandling og pakning af halmballer, hvor vederlaget blev udmålt til 5 % af den del af krænkerens omsætning, som benyttede den beskyttede fremgangsmåde:

På denne baggrund finder Højesteret, at licensafgiften må fastsættes ud fra den markedsmæssige værdi af fordelene for maskinstationen ved at kunne anvende maskineri med [rettighedshaverens] opfindelser i stedet for andet maskineri. Der er ikke fremlagt nærmere oplysninger til bedømmelse heraf. Licensafgiften må herefter fastsættes skønmæssigt ud fra den i perioden behandlede mængde halm og den markedsmæssige værdi af denne behandling. Der er enighed om, at der er behandlet 6.000 baller a 300 kg om året, og Højesteret fastsætter efter en samlet bedømmelse af de foreliggende oplysninger en skønnet gennemsnitlig markedspris på 40 kr. pr. balle og afgiften til 5 % af omsætningen, dvs. til 12.000 kr. om året.

SHD 21. december 2007, sag V-25-06, om uberettiget brug af varemærket Amokka for en restaurant. Rettighedshaver påstod et vederlag på 18 % af restaurantens omsætning i perioden. Retten udtalte:

[Restauranten] skal for den uberettigede benyttelse af Amokka-mærkerne, navnlig benyttelsen af det med AMOKKA forvekslelige mærke på markisen, betale et vederlag herfor. Vederlaget fastsættes efter benyttelsesperiodens længde, den kraftige eksponering af mærket på [restaurantens front] og oplysningerne om [restaurantens] omsætning i [perioden] til 300.000 kr.

Det udmålte vederlag svarer til omtrent 5 % af omsætningen.

I SHD 15. april 2008, sag V-70-06 (Harley-Davidson), afviste retten et vederlag på 15 %:

Endvidere er vederlaget på 15 % efter rettens erfaringer på området sat alt for højt. Ved udmåling af vederlag skal det også tages i betragtning at benyttelsen af Harley-Davidson har været tolereret af [rettighedshaveren], og at vederlaget alene vedrører varemærkebenyttelsen, ikke en benyttelse af [rettighedshaverens] designs til de pågældende varer.

Vederlag og erstatning blev samlet udmålt til kr. 50.000. Det er ikke muligt ud fra oplysningerne i dommen at lave en skønmæssig udregning af, hvilken procentsats retten benyttede.

U 2007.1941 SH om brug af et mærke for chokolade, der krænkede Rolls-Royce. Rettighedshaveren påstod et vederlag på 1,2 % af krænkerens omsætning i perioden. Retten udtalte:

Ved fastsættelsen af vederlaget må der lægges vægt på, at Rolls-Royce aldrig meddeler licens til brug af sine varemærker, og at PR Chokolades oparbejdelse af sin betydelige virksomhed i høj grad må antages at have sammenhæng med, at PR Chokolade har markeret sig i kundernes bevidsthed ved at bruge sit figurmærke, som ”spiller på” en åbenbar lighed med Rolls-Royce’s figurmærke, hvortil der som ovenfor nævnt er knyttet en ganske særlig aura af prestige, luksus og kvalitet. Efter et samlet skøn fastsættes vederlaget herefter til 250.000 kr.

Det udmålte vederlag svarer til omtrent 0,3 % af omsætningen. Der synes at være et stort misforhold mellem denne procentsats og de elementer, retten har lagt vægt på, som det er svært at se årsagen til. Med det som retten vælger at lægge vægt på, måtte man forvente, at procentsatsen ville blive fastsat noget over det sædvanlige, som ofte ligger nærmere på 5 % end på 1 %.

---

<sup>164</sup> Dommen er kommenteret i artiklen *Nye danske domme på patent- og brugsmodelområdet*. Se i øvrigt om dommen ovenfor.

I SHD 23. maj 2008, sagerne V-0010-05 & V-0109-05 (Budweiser II), blev der udmålt et vederlag på samlet kr. 316.000, der også omfattede erstatning for yderligere skade<sup>165</sup>. Hvis beløbet på \$ 3.275 til interne omkostninger fratrækkes, er der tale om en procentsats på ca. 15 % af den af rettighedshaveren anslåede uberettigede omsætning på kr. 2.000.000, som synes realistisk. Når der skal tages højde for, at der i beløbet indgår et erstatningsbeløb, kan en procentsats på omkring 10 % virke sandsynlig.

I SHD 20. marts 2007, sag V-111-06 (Comitel/Comitec), udtale retten:

Der er ikke grundlag for at tillægge [rettighedshaveren] erstatning for markedsforstyrrelse eller godtgørelse for ikke-økonomiske skader. Efter parternes omsætning og den tidsmæssige udstrækning af udnyttelsen af varemærket [fra juli 2006 indtil domsafsigelsen i marts 2007] fastsættes vederlaget for [krænkerens] uberettigede benyttelse af det med COMITEL forvekslelige mærke COMITEC skønsmæssigt til 25.000 kr., jf. varemærkelovens § 43, stk. 1, nr. 1.

Retten har tilsyneladende lagt vægt på begge parters omsætning. Krænkerens omsætning udgjorde anslået kr. 60.000.000 årligt, og rettighedshaverens ca. kr. 1.000.000.000, hvoraf omsætningen i Danmark udgør kr. 160.000.000. Vederlaget udgør 0,04 % af krænkerens omsætning.

### 7.3.4 Bagatelgrænse?

I U 2006.3158 H (Expandet/Fischer) har Højesteret indført en bagatelgrænse for, hvornår der skal betales vederlag (og erstatning), når omfanget af krænkelsen er mindre, selvom der er tale om en relativt grov krænkelse:

I betragtning af at salget fra Expandets æsker kun skete fra to butikker og kun i en kort periode, finder Højesteret ikke tilstrækkeligt grundlag for at pålægge Expandet at betale vederlag og erstatning efter varemærkelovens § 43 eller markedsføringslovens § 13. Der er heller ikke grundlag for at pålægge Expandet en bøde [...]

Sø- og Handelsretten har idømt krænkeren bødestraf med følgende begrundelse:

Expandet har imidlertid forsætligt og aktivt bidraget til den foretagne varemærkekrænkelse, som er særdeles grov, og retten finder derfor, at der i denne sag undtagelsesvist bør idømmes en bøde

U 2007.1112 H<sup>166</sup> kan støtte denne betragtning, om end udmålingen af vederlaget skulle foretages efter den tidligere bestemmelse om krænkelse i god tro med det deraf følgende krav om vederlagets rimelighed.

I SHD 8. februar 2006, sag (Broadcom), hvor der forelå en krænkelse af et varemærke i en periode på 2 ½ år, synes rettens udmåling af erstatning også at bygge på en bagatelgrænse:

Der findes ikke grundlag for at tillægge erstatning for markedsforstyrrelse. Efter omstændighederne findes vederlaget i medfør af § 43 at burde fastsættes til 0 kr.

Retten havde forinden konkluderet, at der ikke forelå sammenfald i parternes kundesegment, og at de ikke udbød identiske ydelser.

<sup>165</sup> Rettens begrundelse vedrørende erstatningsudmåling er gengivet i afsnit 7.4.2.

<sup>166</sup> Se om dommen i afsnit 6.4.

## 7.4 Yderligere erstatning

### 7.4.1 Generelt

For varemærkekrænkelser i forbindelse med parallelimport af lægemidler er der almindeligvis ikke grundlag for at udmåle erstatning udover udnyttelsesvederlag, jf. f.eks. U 2002.1523 H, U 2003.630 H og U 1999.1678 H, da medicinen er den samme, og da rettighedshaveren ikke mister salg, da krænkeren køber original medicin<sup>167</sup>.

På andre områder kan det være forbundet med lige så store, hvis ikke større problemer, at påvise størrelsen af det yderligere tab, som at påvise størrelsen af et rimeligt vederlag.

Til illustration heraf kan peges på SHD 22. december 2005, sag V-11-04 (Fiskeagn), hvor retten, på trods af at det må antages, at parterne henvendte sig til nøjagtige samme kundesegment, og at retten udtalte, at krænkerens produkter styk for styk var systematiske efterligninger af rettighedshaverens, ikke tilkendte rettighedshaveren nogen erstatning pga. manglende dokumentation for tab. Der var tale om en krænkelse af Markedsføringsloven, forinden vederlagsreglen blev indført.

Vestre Landsret har i to domme benyttet sig af et *dobbelt-op princip*, muligvis efter tysk forbillede, hvor størrelsen af den yderligere skade blot opgøres til det samme som vederlaget, jf. U 2005.60 V (Videodistribution på internettet) og U 1997.1546 V. I U 2005.60 V udtalte retten:

Da udgifterne til kontrol og tabet som følge af markedsforstyrrelse efter en gennemsnitsbetragtning, som tidligere antaget i retspraksis, kan anses at svare til det økonomiske omfang af de krænkelser af [rettighedshavernes] rettigheder, [krænkeren] har medvirket til, findes den yderligere erstatning passende at kunne fastsættes til et beløb svarende til det rimelige vederlag [...]

Fra Østre Landsret findes U 2008.77 Ø om benyttelse af forspil til salmemelodi, som går i samme retning. Erstatningsopgørelsen, som blev lagt til grund af retten, indeholdt et sædvanligt vederlag plus et tillæg på 100 % for den uberettigede benyttelse<sup>168</sup>.

I SHD 20. maj 2008, sag V-161-04 (Ferrari), tilkendtes der ingen erstatning, da varen ikke var kommet i omsætning, og da krænkelsen skete før vederlagsreglen blev indført i Markedsføringsloven, fik rettighedshaveren ingen kompensation for den skete krænkelse. Der vil således kun i meget særlige tilfælde kunne tilkendes erstatning, såfremt den krænkende vare ikke er kommet i omsætning. I SHD 12. november 2007, sag V-38-06 (Canada Goose), nåede retten til samme resultat. Der blev ikke tilkendt erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse for varemærkeforfalskede "Canada Goose"-jakker, der var blevet tilbageholdt i tolden. Der blev dog tilkendt erstatning for interne tab i form af opbevarings- og destruktionsomkostninger og et rimeligt vederlag. Samme også SHD 24. oktober 2006, sag V-21-05 (Rolex), hvor falske Rolex-ure blev tilbageholdt i tolden og SHD 4. maj 2006, sag V-11-05 (Den ulovlige forsendelse), hvor en pakke med kopivarer blev tilbageholdt i tolden.

<sup>167</sup> For kritik af denne praksis se Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, side 455, med henvisning til finsk retspraksis.

<sup>168</sup> Se yderligere kommentarer til dommen i afsnit 7.5. Se i øvrigt om den lignende tyske "dobbelt-op" praksis i afsnit 7.7.

For så vidt angår erstatning for afsætningstab, har Sø- og Handelsretten i flere sager tilkendt et sådant, selvom der desuden er udmålt et rimeligt vederlag for udnyttelsen. I SHD 25. januar 2008, sag, V-68-06 (Staffs tv-buks), blev der tilkendt erstatning for et afsætningstab på 2.000 stk. Krænkeren havde alene solgt 848 kopier, dog til en væsentlig lavere pris, hvorfor retten må have skønnet, at krænkerens produkt og den lave pris ødelagde afsætningsmulighederne for originalproduktet totalt. Der er dog stadig tale om dobbelt erstatning for krænkelsen, idet der er betalt erstatning for et afsætningstab på 2.000 stk., samtidig med at der er betalt vederlag for 2.146 kopi-bukser. Samme synes at gøre sig gældende i SHD 22. maj 2008, sag V-52-07 (Carrybag), og SHD 15. april 2008, sag V-70-06 (Harley-Davidson).

I SHD 21. december 2007, sag V-25-06 (Amokka), blev der ikke tilkendt erstatning. Sagen handlede om en restauration, som efter opsigelsen af en licensaftale uberettiget fortsatte brugen af det licenserede varemærke ved ikke at fjerne varemærke og kendetegn tilstrækkeligt fra facade, markise, kvitteringer mv. Krænkelsen strakte sig over en periode på mindst 5 måneder. Retten udtalte

Der er ikke grundlag for at antage at benyttelsen af [varemærket] medførte et tab for [rettighedshaveren], og der er heller ikke ført bevis for at benyttelsen var markedsforstyrrende for [rettighedshaveren].

Retten udmålte herefter alene et vederlag for den uberettigede benyttelse. Umiddelbart synes rettens betragtning rigtig. Rettighedshaveren har efter oplysningerne i dommen ikke i krænkelsesperioden brugt eller forsøgt at bruge varemærket på en måde, hvor krænkelsen kan have resulteret i et afsætningstab. Der er heller ikke grund til at tro, at der skulle være sket en markedsforstyrrelse i og med, at der er tale om en lødig brug af mærket. Krænkeren havde således tidligere benyttet varemærket efter aftale, og rettighedshaveren havde tilbudt at forlænge licensaftalen. Man kunne sågar påstå, at den lødige eksponering kan have været til gavn for varemærket.

Da der efter den 1. januar 2006 ved udmålingen af erstatning skal tages hensyn til krænkerens uberettigede vinding, er det meget muligt, at erstatningsudmålingen i sagen havde fået et andet udfald, hvis krænkelse var sket i dag. Det er dog vanskeligt at se, hvordan forholdet mellem vederlag og erstatning ville skulle løses.

## **7.4.2 Uberettiget vinding**

### *Ny retspraksis*

Efter 1. januar 2006 skal der tages hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste, når der skal udmåles erstatning. Der er afsagt i alt 10 domme af Sø- og Handelsretten, hvor krænkelsen - eller en ikke uvæsentlig del af denne - er sket efter 1. januar 2006. Heraf er den ene en sag om parallelimport af medicin.

I sagerne U 2008.241 SH (Lån & Finans), U 2007.1941 SH (Rolls Royce), SHD 20. marts 2007, sag V-111-06 (Comitel/Comitec) og SHD 12. november 2007, sag V-38-06 (Canada Goose), blev spørgsmålet om krænkerens fortjeneste ikke inddraget, da der alene blev udmålt vederlag.

SHD 25. januar 2008, sag, V-68-06 (Staffs tv-buks): Krænkeren oplyste, at de havde haft en totalfortjeneste på kr. 35.406,48, men alt i alt havde haft tab, fordi de destruerede et stort restparti af de krænkende bukser. Fortjenesten er ikke inddraget i rettens begrundelse for størrelsen af erstatningen.

I SHD 22. maj 2008, sag V-52-07 (Carrybag)<sup>169</sup>, kan fortjenesten anslås til ca. kr. 95.100. Vederlag og erstatning blev samlet udmålt til 125.000 kr. Det fremgår ikke af rettens bemærkning, at den uberettigede fortjeneste har været et element ved udmålingen af erstatningen.

I SHD 15. april 2008, sag V-70-06 (Harley-Davidson), og SHD 9. november 2007, sag V-129-06 (Kapitalanlæg), synes fortjenesten heller ikke at have været inddraget direkte i erstatningsudmåling.

I SHD 23. maj 2008, sagerne V-0010-05 & V-0109-05 (Budweiser II) begrundede retten udmåling af kompensation således:

Samlet foreligger der i sagerne en bevidst og gentaget krænkelse af [rettighedshaverens] varemærke som forpligter til betaling af vederlag som retten [...] fastsætter til [samlet 316.000 kr.] som de sagsøgte skal udrede solidarisk. [...] Ved fastsættelsen af beløbet er taget hensyn til at [krænkerne] ikke har givet nærmere oplysninger om omsætningstal og avancer mv., og dette skal ikke komme dem til fordel. Det kan videre lægges til grund at de sagsøgte markedsføring og salg af øl under betegnelsen BUDWEIS og BUDWEISER har medført en ikke ubetydelig kommerciel skade for [rettighedshaverens]. Det er på den anden side også taget i betragtning at [rettighedshaverens] salg i Danmark i det væsentlige må antages at have været upåvirket af sagerne.

Rettighedshaveren anslår - på baggrund af udsalgsprisen og oplysninger fra krænkerne om antal solgte øl - den uberettigede fortjeneste til at være ca. kr. 1.000.000 for den ene af krænkerne. Beløbet virker realistisk, og den samlede fortjeneste for begge krænkerere må i hvert fald overstige kr. 1.000.000. Krænkerens fortjeneste synes på denne baggrund ikke at have vægtet tungt ved udmålingen af kompensationen.

Alt i alt synes krænkerens uberettigede fortjeneste som hovedregel fortsat ikke at udgøre et aspekt, der tillægges nogen nævneværdig betydning ved erstatningsudmålingen.

#### *Gammel retspraksis*

Retspraksis fra før Retshåndhævelsesdirektivet kan også virke som inspiration, da krænkerens uberettigede fortjeneste - også for krænkelse før 2006 - ofte inddrages af rettighedshaveren ved stridigheder om erstatningsopgørelsen.

Specifikt har der, i de nu ophævede bestemmelser om erstatning for krænkelse sket i god tro, været grund til at inddrage krænkerens fortjeneste. Erstatning og vederlag for ophavsretskrænkelse kunne i disse tilfælde ikke overstige krænkerens fortjeneste<sup>170</sup>. Som et eksempel herpå kan nævnes SHD 2. maj 2003, sag V-110-99 (Kapselåbneren), hvor en kapselåbner, der viste sig at krænke en andens ophavsret, blev uddelt gratis til kunder som reklame, præmier mv. Retten udtalte:

Der findes imidlertid ikke at være tilstrækkeligt grundlag for at antage, at sagsøgte har indvundet en fortjeneste ved den skete krænkelse, og allerede af den grund tilkendes der ikke sagsøgeren noget beløb i erstatning eller vederlag [...]

Man kan argumentere for, at uddelingen må være sket med den bagtanke, at den reklamemæssige værdi af uddelingen oversteg indkøbsprisen for en kapselåbner, og at der dermed vil blive tale om

<sup>169</sup> Se om dommen afsnit 7.3.

<sup>170</sup> Se § 83, stk. 2, 2. pkt. i lovbekendtgørelse nr. 164 af 12. marts 2003 om ophavsret.

en fremtidig gevinst. Man kan også pege på de sparede udgifter, der muligvis har været ved at benytte et kopi-produkt i stedet for det originale.

I sagen U 2005.60 V (Videodistribution på internettet), hvor der ikke forelå god tro, blev den udmålte erstatning nedsat med hjemmel i Erstatningsansvarsloven § 24, til dels pga. at krænkelse ikke var erhvervsmæssig, og at der ikke havde været et økonomisk udbytte for krænkeren.

## **7.5 Ikke-økonomisk skade**

Kompensation for ikke-økonomisk skade har traditionelt i dansk immaterialret kun været kendt fra ophavsrettens område<sup>171</sup> i form af godtgørelse. Fra retspraksis kan nævnes afgørelsen U 2001.1572 V, hvor der i medfør af Ophavsretsloven tilkendtes godtgørelse for ikke-økonomisk skade for oprettelse af direkte links til ulovligt tilgængeliggjorte musiknumre på internettet.

En af de første sager om industrielle immaterialrettigheder, hvor spørgsmålet om godtgørelse for ikke-økonomisk skade blev rejst, må være SHD 4. maj 2006, sag V-11-05 (Den ulovlige forsendelse), hvor kravet dog blev afvist, da krænkelsen var sket, inden reglerne om godtgørelse for ikke-økonomisk skade var trådt i kraft.

U 2008.77 Ø (Forpil til salmemelodi) synes også at være et eksempel på godtgørelse for ikke-økonomisk skade på ophavsrettens område. Sagen drejede sig om uberettiget brug af et forspil til salmemelodi, hvor kravet blev opgjort til standardtariffen på området plus et tillæg på 100 % for manglende samtykke og kreditering. Efter det oplyste ville der være givet samtykke til brugen, hvis der var rettet henvendelse til rettighedshaveren forinden. Selvom tillægget - efter rettighedshaverens forklaring - er sædvanligt på området, kan det derfor bedst betegnes som godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Det kan gøres gældende, at manglende kreditering muligvis kan medføre et mindre fremtidigt tab, ved at rettighedshaveren ikke får den berettigede eksponering, hvilket dog ikke blev gjort gældende i sagen.

Værd at bemærke er, at det er rettighedshaveren, som er et kommercielt foretagende, som får tilkendt tillægget - og ikke ophavsmanden, som dog muligvis får del i tillægget alt efter forholdet mellem rettighedshaveren og ophavsmanden. Hvis der i dommen er tale om godtgørelse af ikke-økonomisk skade, synes retten at have statueret, at det er muligt for andre end den originære rettighedshaver at få tilkendt godtgørelse for ikke-økonomisk skade<sup>172</sup>.

Retten tager ikke stillingen til arten af det udmålte beløb med begrundelsen, at beløbsstørrelsen er ubestridt, selvom krænkeren gør gældende, at benyttelsen ikke kan influere på rettighedshaverens salg af noder, og at rettighedshaveren ikke har sandsynliggjort at have lidt noget tab. Retten kan dog også have anset tillægget som en del af det sædvanlige vederlag, hvilket dog synes tvivlsomt, under hensyn til at vederlag efter de immaterialretlige love skal udmåles, efter hvad rettighedshaveren efter markedsforholdene med rimelighed ville have forlangt. Endelig kan der være tale om et udslag af dobbelt-op betragtninger, jf. diskussionen ovenfor<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Se § 83, stk. 3 i lovbekendtgørelse nr. 725 af 6. juli 2005 om ophavsret

<sup>172</sup> Se hertil diskussionen i afsnit 6.3.

<sup>173</sup> Se afsnit 7.4.

Fra varemærkerettens område findes sagen U 2008.521 SH (Chanel-urnen), som et tilfælde, hvor den nye hjemmel til godtgørelse for ikke-økonomisk skade kunne blive aktuel. Krænkelsen fandt dog sted inden implementeringen af Retshåndhævelsesdirektivet, hvorfor der desværre ikke blev taget stilling til spørgsmålet om ikke-økonomisk skade. I sagen blev der udmålt et vederlag på kr. 25.000 for brugen af varemærket ”Coco Chanel” på en begravelsesurne, og retten udtalte bl.a.:

Den beskrevne anvendelse af urnen med Channels logo i en for Chanel uacceptabel sammenhæng er endvidere i strid med god markedsføringsskik. [...]  
Begravelsesservices benyttelse af mærket har ikke medført økonomisk tab for Chanel, hverken som markedsforstyrrelse eller omsætningsnedgang. Vederlaget for benyttelsen af mærket fastsættes efter de foreliggende, særegne omstændigheder til 25.000 kr. [...]

Der var i sagen tale om en meget beskedne brug af varemærket, hvorfor det også blev fastslået, at rettighedshaveren ikke havde lidt et tab. Vederlagets størrelse, der muligvis er højt sat i forhold til den beskedne benyttelse, kan være begrundet i betragtninger om, at der er påført varemærket en ideel skade.

SHD 3. april 2007, sag V-148-04, om salg af Von Dutch kopiprodukter kan givet være den første dom, hvor der er taget hensyn til ikke-økonomisk skade på et andet retsområde end ophavsretten:

På denne baggrund og under hensyn til reglerne i artikel 13 i direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder kommer retten frem til at fastsætte den samlede erstatning og godtgørelse til 100.000 kr. [...]

Det er bemærkelsesværdigt, at der direkte henvises til reglerne i Retshåndhævelsesdirektivet, da krænkelsen skete før direktivet blev implementeret. Det er ikke til at læse ud af dommen, hvilken indflydelse Retshåndhævelsesdirektivet konkret har haft.

I SHD 22. maj 2008, sag V-52-07, om design-kurven ”Carrybag” fremsatte rettighedshaveren krav om godtgørelse for ikke-økonomisk skade på kr. 180.000. Krænkeren gjorde på den anden side gældende, at der ikke kan tilkendes godtgørelse for ikke-økonomisk skade ved siden af et vederlag. Retten udtalte:

Idet det bemærkes, at der ikke er godtgjort grundlag for at pålægge [krænkeren] at betale noget yderligere beløb som godtgørelse for ikke-økonomisk skade, fastsættes det [rettighedshaverens] tilkommende beløb i vederlag og erstatning herefter skønsmæssigt til 125.000 kr.

I U 2001.747 H (Tripp Trapp barnestol) blev godtgørelsen fastsat til det af rettighedshaveren påståede:

Godtgørelsen til Peter Opsvik for krænkelsen af ophavsretten, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 3, fastsættes til 30.000 kr. som påstået.

Beløbet blev tilkendt den oprindelige ophavsmand og ikke den kommercielle bruger af ophavsrettens.

SHD 12. november 2007, sag V-38-06, om varemærkeforfalskede ”Canada Goose”-jakker, kunne også være en mulig sag, hvor der kunne tilkendes godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Der blev ikke tilkendt erstatning for afsætningstab eller markedsforstyrrelse. Rettighedshaveren påstod ikke erstatning for ikke-økonomisk skade, selvom varemærkekrænkelsen fandt sted efter 1. januar 2006 -

ikrafttrædelsesdagen for bestemmelsen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade. I SHD 25. januar 2008, sag V-68-06 (Staffs tv-buks), om krænkelse af Designloven ved efterligning af beskyttet buksedesign, blev der ligeledes ikke påstået godtgørelse for ikke-økonomisk skade, på trods af at krænkelsen for den væsentlige del fandt sted efter 1. januar 2006. Heller ikke i SHD 23. maj 2008, sagerne V-0010-05 & V-0109-05 (Budweiser II), blev der påstået godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Rettighedshaveren påstod dog erstatning for markedsforstyrrelse, fordi varemærkets image var blevet skadet. Retten fandt, at der forelå *en bevidst og gentaget krænkelse* af varemærket Budweiser for øl, og der var i sagen også overtrådt et fagedforbud. Retten tilkendte udelukkende vederlag, hvor der dog ved fastsættelsen var taget hensyn til, at krænkelsen havde medført *en ikke ubetydelig kommerciel skade* og til andre omkostninger, som i teorien er vederlaget uvedkommende. I U 2007.1941 SH (Rolls Royce-chokolade), U 2008.241 SH (Lån & Finans), SHD 21. december 2007, sag V-25-06 (Amokka), SHD 15. april 2008, sag V-70-06 (Harley-Davidson), der alle drejer sig om krænkelse, hvor en ikke uvæsentlig del skete efter 1. januar 2006, blev der heller ikke rejst spørgsmål om godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

For parallelimport af medicin findes sagen SHD 6. december 2007, sag V-63-06, hvor spørgsmålet om godtgørelse for ikke-økonomisk skade ikke blev rejst.

I sagen SHD 20. marts 2007, sag V-111-06 (Comitel/Comitec), tog retten stilling til om der skulle tilkendes erstatning for ikke-økonomisk skade, men afslog med begrundelsen:

Der er ikke grundlag for at tillægge Comitel erstatning for markedsforstyrrelse eller godtgørelse for ikke-økonomiske skader.

Sagen handlede om benyttelsen af navnet Comitec, som krænkede varemærket Comitel. Der var på ikke uvæsentlige områder lighed mellem de varer og tjenesteydelser, som parterne udbød. Da der dog ikke var tale om identiske forretningsområder, da der næppe heller var tale om en forsætlig krænkelse, og da brugen af det krænkende navn i øvrigt skete anstændigt, synes det korrekt, at der ikke blev tilkendt erstatning for ikke-økonomisk skade.

Muligheden for godtgørelse for ikke-økonomisk skade, har således i perioden 2000 - 1. juni 2008 kun været benyttet af domstolene i et enkelt tilfælde, som drejer sig om den gamle bestemmelse i Ophavsretsloven, hvor der tilkendtes et beløb til ophavsmanden som privatperson. Det manglede således fortsat at se en dansk domstol statuere, at et kommercielt foretagende er blevet pådraget en ikke-økonomisk skade, selvom U 2008.77 Ø (Forspil til salme) med den rette vilje kan læses derhen af.

Den første dom, hvor der udtrykkeligt blev udmålt godtgørelse for ikke-økonomisk skade på et andet område end ophavsretten, blev imidlertid afsagt af Sø- og Handelsretten den 17. juni 2008 i sagen V-101-05 (Los Piratas)<sup>174</sup>. Krænkeren havde markedsført et spiritusprodukt med lakridsmag under navnet Los Piratas, hvilket krænkede rettighedshaverens varemærke Piratos for lakridser. Retten udmålte vederlag, erstatning og godtgørelse:

---

<sup>174</sup> Sagen er afsagt efter 1. juni 2008 og er derfor ikke medtaget i de benyttede statistikker.

[Krænkeren] skal efter varemærkelovens § 43, stk. 1, betale rimeligt vederlag til [rettighedshaveren] for benyttelsen af det med [rettighedshaverens] varemærke forvekslelige mærke samt erstatning for yderligere skade.

Efter § 43, stk. 3, kan der herudover fastsættes en godtgørelse. Retten finder at bestemmelsen bør tages i brug i det foreliggende tilfælde hvor der forsætligt er foretaget en krænkende handling af en ikke ubetydelig grovhed med en ideel skade for indehaveren af varemærket til følge. Det kan ikke som anført af [krænkeren] antages at bestemmelsen alene kan finde anvendelse i tilfælde af produktkopiering. Hverken bemærkningerne til lovforslaget om ændring af bl.a. varemærkeloven der gav mulighed for godtgørelse for ikke økonomisk skade (Lovforslag nr. 48 om ændring af patentloven, ophavsretsloven med flere love (Implementering af EF-direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder), jf. lov nr. 1430 af 21. december 2005) eller artikel 13, stk. 1, litra a), i retshåndhævelsesdirektivet, direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, jf. direktivets betragtning 26, giver holdepunkter for at bestemmelsen alene skal finde anvendelse på kopiprodukter.

Fastsættelsen af vederlag, erstatning og godtgørelse efter varemærkelovens § 43, stk. 1 og stk. 3, må i det foreliggende tilfælde ske efter et samlet skøn og under hensyntagen til de i retshåndhævelsesdirektivets artikel 13, stk. 1, anførte faktorer, jf. tillige bemærkningerne i betragtning 26 til direktivet. Ved fastsættelsen skal der i det foreliggende tilfælde lægges vægt på omfanget af den uretmæssige benyttelse af mærket over for en række salgssteder med en skadevirkning for varemærkets omdømme og position i markedet, oplysningerne om omsætningen og fortjenesten og under hensyn til at krænkelsen medførte at [rettighedshaverens] mærke der benyttes over for børn og unge, blev sat i forbindelse med indtagelse af spiritus, en forbindelse som [rettighedshaveren] har en særlig og berettiget interesse i at undgå. Det samlede beløb fastsættes ud fra disse hensyn til 150.000 kr.

Årsagen til, at retten vælger at udmåle godtgørelse for ikke-økonomisk skade i denne sag, er højst sandsynligt, at retten har fundet det utilbørligt, at krænkeren snyltede på et populært slik-varemærke for at markedsføre et spiritusprodukt, som åbenlyst har haft børn og unge som målgruppen. Det er altså sammenkædningen mellem de to produktgrupper, som efter rettens opfattelse har medført en ideel skade på rettighedshaverens varemærke. Efter denne dom må det antages at være rimelig sandsynligt, at der i sagen om Chanel-urnen, ville kunne være tilkendt godtgørelse for ikke-økonomisk skade, såfremt krænkelsen havde fundet sted efter 1. januar 2006. I den forbindelse er det værd at bemærke, at krænkelsen af varemærket Piratos rent faktisk skete i foråret 2005. Krænkeren gjorde imidlertid ikke i sagen gældende, at bestemmelsen om ikke-økonomisk skade ikke var trådt i kraft, men alene at bestemmelsen ikke skulle anvendes, da den kun sigter på produktefterligninger af ringe kvalitet, hvorfor retten sandsynligvis har undladt at tage stilling til spørgsmålet om ikrafttræden.

Det skal i øvrigt til sagen bemærkes, at krænkeren også blev idømt bødestraf for den forsætlige krænkelse, hvilke yderligere indikerer, at retten anså krænkelsen for at være grov. Ankefristen er i skrivende stund ikke udløbet.

Årsagen til, at der alene er tilkendt erstatning efter de nye regler om ikke-økonomisk skade i dette ene tilfælde, kan være, at domstolene i forvejen tager hensyn til de tabsposter, som reglerne sigter på<sup>175</sup>, når der skal udmåles erstatning for markedsforstyrrelse. Rettens begrundelse af udmålingen i U 2008.521 SH (Chanel-urnen) synes at pege i denne retning.

---

<sup>175</sup> Se om Kommissionens hensigter med reglen i afsnit 4.1.2, hvor ideelle skader rubriceres under fremtidigt salg.

## 7.6 Udviklingen 2006 - 2008

Retspraksis om krænkelse efter 1. januar 2006, hvor Retshåndhævelsesdirektivets implementeringslov trådte i kraft, er sparsom. Dette skyldes at perioden fra starten af krænkelsen, til de første kontakter mellem parterne, til undersøgelser og eventuelt fogedforbud, til sagsanlæg og endelig til domsafsigelse kan tage år. I overensstemmelse med teorien<sup>176</sup> blev det fastslået i SHD 4. maj 2006, sag V-11-05 (Den ulovlige forsendelse), at loven kun finder anvendelse for krænkelse, der er sket efter lovens ikrafttræden, og altså ikke sager, der blot pådømmes efter 1. januar 2006.

Der findes enkelte domme, hvor der direkte henvises til Retshåndhævelsesdirektivet. Som nævnt<sup>177</sup> er der indtil 1. juni 2008 afsagt i alt 10 domme i Sø- og Handelsretten, hvor krænkelsen - eller en ikke uvæsentlig del af denne - er sket efter 1. januar 2006, heraf er den ene en sag om parallelimport af medicin.

Umiddelbart adskiller disse 10 domme sig ikke fra de øvrige domme i perioden. Det gennemsnitlige forhold mellem påstand og dom er ens (40 % for de 10 domme mod 42 % for alle domme i perioden<sup>178</sup>). 8 domme ligger i området 0 – 50 %, 0 i 50 – 75 % og 2 i 75 – 100 %, hvilket stemmer overens med det generelle mønster for hele perioden.

I SHD 3. april 2007, sag V-148-04 (Von Dutch), om salg af kopiprodukter, som er nævnt ovenfor, henvises bemærkelsesværdigt til Retshåndhævelsesdirektivet, som på daværende tidspunkt endnu ikke fandt anvendelse i Danmark. Det samme gør sig gældende i SHD 30. maj 2007, sag V-131-05 (Burberry paraplyer II), om uberettiget brug af ”the Burberry check” på paraplyer, hvor retten udtalte:

Det er ikke sandsynliggjort at markedsføring af [den krænkende paraply] har ført til en fortrængning af Burberrys produkter, hvorimod det må antages at markedsføringen har bidraget til en mindre forstyrrelse af Burberrys position i markedet. En samlet vurdering under hensyn til principperne i artikel 13 i direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, retshåndhævelsesdirektivet, fører retten til at fastsætte vederlag og erstatning til 80.000 kr.

Umiddelbart adskiller de udmålte beløb i de to domme sig ikke markant fra udmålingen i andre domme i perioden. Forholdet mellem påstand og dom er hhv. 57 % og ca. 48 %. I Von Dutch-sagen må den relativt høje erstatning i høj grad tillægges krænkerens forhold og adfærd - og Retshåndhævelsesdirektivet har nok haft mindre betydning. I Burberry blev udmålt et vederlag i omegnen af 20 %<sup>179</sup>. Det er også i denne sag svært at se, at Retshåndhævelsesdirektivet, som reelt kun var nyskabende mht. hensynet til krænkerens vinding ved erstatningsudmåling og mht. godtgørelse for ikke-økonomisk skade, har haft en indvirkning på beløbet. Da hovedparten af paraplyerne ikke nåede at blive solgt<sup>180</sup>, har krænkerens uberettigede vinding været minimal. Der er dog tale om en relativ høj procentsats, hvilken retten kan begrunde i, at Retshåndhævelsesdirektivet generelt søger at hæve de udmålte erstatningsbeløb.

Bortset fra disse to domme fra før direktivet blev implementeret i Danmark, så synes direktivet ikke at have efterladt sig mange spor i den beskedne retspraksis indtil 1. juni 2008. Som indikation heraf

<sup>176</sup> Undervisningsnote til brug for kursusfaget Immaterialret, side 1.

<sup>177</sup> Se afsnit 7.4.2.

<sup>178</sup> Bilag I.

<sup>179</sup> Se ovenfor i afsnit 7.3.3.

<sup>180</sup> 385 ud af ca. 400 paraplyer blev ikke solgt.

kan peges på, at der i 9<sup>181</sup> ud af de 10 domme stadig blot er udmålt ét samlet beløb som kompensation for krænkelsen. Kun i SHD 25. januar 2008, sag V-68-06 (Staffs tv-buks), er der sket en opdeling på forskellige poster.

## 7.7 Inspiration fra udenlandsk retspraksis

I Tyskland har Der Bundesgerichtshof inden for ophavsretten område fastsat en praksis om *dobbelt-op*. I sagen 1973 GRUR 379 - Doppelte Lizenzgebühr blev der tilkendt et 100 % tillæg oven på den normale tarif. Området, hvor dobbelt vederlag kan komme på tale, er dog begrænset, således er det blevet afvist i flere efterfølgende sager, jf. 1980 GRUR 841, 844, 1986 GRUR 376, 380 og 1988 GRUR 296, 299. Det dobbelte vederlag er begrundet i store generelle kontrolomkostninger, og kan derfor også kun tildeles på områder, hvor der er behov for sådanne kontrolforanstaltninger for at opdage krænkelserne. Det dobbelte vederlag er derfor begrænset til tilfælde af uberettiget udnyttelse af musik<sup>182</sup>. Dette stemmer fuldstændig overens med Vestre Landsrets begrundelse i sagen U 1997.1546 V og passer til dels også på de lignende tilfælde i U 2008.77 Ø (For spil til salme) og U 2005.60 V (Videodistribution på internettet), hvor retterne dog ikke gentager begrundelsen.

I norsk retspraksis synes der at have udviklet sig et ulovfæstet princip om gevinstafståelse ved immaterialretskrænkelser<sup>183</sup>. Princippet findes i den norske ophavsretslov, men er af Borgating lagmannsrett i LB-2006-8527 og LB-2005-117741 blevet udvidet til et generelt princip. I LB-2006-8527 blev krænkeren dømt til at afstå en netto salgsgevinst på næsten nkr. 12.000.000 til rettighedshaveren for et patentindgreb. LB-2005-117741 omhandlede et simpelt uagtsomt brud på en konkurrenceklausul, hvor krænkeren ligeledes blev dømt til at afstå netto salgsgevinsten på nkr. 50.000. Dommen blev anket til den norske højesteret.

Den norske højesteret har i to sager haft mulighed for at tage stilling til spørgsmålet. I ankesagen om bruddet på konkurrenceklausulen (HR-2007-898-A) undlod retten at tage stilling til spørgsmålet allerede fordi, at dom til afståelse af en uberettiget fortjeneste efter rettens mening i det mindste måtte kræve kvalificeret uagtsomhed, hvilket ikke forelå. I Rt. 2005.1560 undlod retten at tage stilling til spørgsmålet allerede fordi, at et krav om afståelse af uberettiget fortjeneste konkret ikke ville stille rettighedshaveren bedre end sædvanlig erstatning

Ved alene at have afvist at afsige dom om afståelse af uberettiget fortjeneste pga. de konkrete forhold, og ikke uden videre at have afvist argumentet generelt, synes retten at have åbnet op for muligheden for, at der ved den første egnede sag kan blive tale om, at retten afsiger dom om gevinstafståelse<sup>184</sup>. Et sådan princip kendes fra engelsk ret, jf. *Celanese International Corp v. BP Chemicals Ltd* [1999] RPC 203.

Det synes ikke usandsynligt, at der ved en dansk domstol vil kunne blive tale om erstatning opgjort til krænkerens uberettigede fortjeneste med hjemmel i erstatningsbestemmelsernes bemærkning om,

---

<sup>181</sup> SHD 22. maj 2008, sag V-52-07 (Carrybag), SHD 23. maj 2008, sagerne V-0010-05 & V-0109-05 (Budweiser II), SHD 15. april 2008, sag V-70-06 (Harley-Davidson), SHD 6. december 2007, sag V-63-06 (parallelimport af medicin), SHD 12. november 2007, sag V-38-06 (Canada Goose), SHD 9. november 2007, sag V-129-06 (Kapitalanlæg), SHD 20. marts 2007, sag V-111-06 (Comitel), U 2008.241 SH (Lån & Finans) og U 2007.1941 SH (Rolls Royce-chokolade)

<sup>182</sup> Se om dommene i artiklerne *No Multiple Damages for Patent Infringement Under German Law?* samt *The enforcement Directive - Rough Start, Happy Landing?*

<sup>183</sup> Se artiklen *Nyere, norske dommer om berikelseskrav på immaterialrettens område*.

<sup>184</sup> Ibid.

at der skal tages hensyn til en sådan. Eventuelt ved at der tilkendes et rimeligt vederlag, og at den yderligere erstatning så opgøres til forskellen mellem vederlaget og den fortjeneste, krænkeren har haft ved krænkelsen. Det må dog kræve, at der er sikkert grundlag for at opgøre krænkerens fortjeneste - eventuelt sammenholdt med store usikkerhedsmomenter for så vidt angår rettighedshaverens tab. Indtil videre har de danske domstole dog været meget tilbageholdende med at fravige de almindelige erstatningsretlige principper om erstatningsudmåling.

Fra norsk retspraksis findes også inspiration om udmålingen af et rimeligt vederlag. Højesteretspraksis bygger på, at vederlag skal udmåles under hensyn til sædvanlig markedspris<sup>185</sup>. Det har dog været gjort gældende, at vederlagsudmålingen desuden burde indeholde et præventivt element. Dette har vundet tilslutning i lagmannsretterne i sagerne RG 2003.868 om retten til eget billede, hvor retten lagde til grund, at vederlaget måtte udmåles til et højere beløb, end hvad den krænkende kunne have opnået ved at have givet forhåndssamtykke, og RG 1999.330, hvor retten udtalte, at der må tages hensyn til, at vederlagskravet ikke skal dække manglende betaling af et aftalt vederlag men en ophavsretskrænkelse. Byretten var nået til samme resultat med formuleringen: "[P]ræventive hensyn taler for at det skal koste mer å krenke loven, enn å følge den".

Den danske højesteretspraksis<sup>186</sup> adskiller sig til dels herfra. Vederlaget skal, som efter norsk lagmannsretspraksis, ikke udmåles til hvad rettighedshaveren kunne have opnået ved en aftale med krænkeren forinden krænkelsen, men til hvad rettighedshaveren ville have krævet - under hensyn til at det efter markedsforholdene skal være realistisk. Der synes ikke i den danske praksis at indgå stærke præventive elementer. Dansk praksis om vederlag tager således mere udgangspunkt i, at det skal koste det samme - uanset om udnyttelsen har været berettiget eller uberettiget. Udmålingen af vederlaget skyldes hensynet til rettighedshaveren og er ikke rettet mod krænkeren som et pønalt element. Reglerne om yderligere erstatning og et eventuelt strafferetligt ansvar dækker således disse behov.

Det skal dog hertil bemærkes, at dansk retspraksis om vederlag ved produktetfterligninger udmåles på baggrund af priser for originalproduktet, og derfor kan overstige krænkerens fortjeneste. I modsætning hertil synes norsk retspraksis i højere grad at tage udgangspunkt i krænkerens salgspriser, og vil derfor som oftets ligge under krænkerens fortjeneste. Se f.eks. LE-2004-14262, hvor vederlaget dog på trods af dette blev bemærkelsesværdigt højt. Der var solgt 100 krænkende plancher, som viste akupunkturpunkter for heste, til nkr. 650 pr. stk. Vederlaget inkl. rentetab blev på baggrund heraf udmålt til nkr. 75.000, altså mere end den samlede salgspris<sup>187</sup>.

Erik Monsen fremfører, at den norske praksis fører til, at det generelle præventionshensyn med erstatningsregler så bliver varetaget, uden at det er nødvendigt at føre bevis for økonomisk tab, og uden at domstolene behøver at trække en grænse mellem, hvad der bliver kompenseret som vederlag, og hvad der falder ind under yderligere erstatning<sup>188</sup>.

Især for så vidt angår uagtsomme eneretskrænkelser, ville samme argument kunne genbruges i den øvrige erstatningsret, hvor man dog har anerkendt, at reglerne om erstatning ikke skal stille den krænkede bedre, end hvis krænkelsen ikke var sket. De erstatningsretlige regler rummer kun et

---

<sup>185</sup> Se artiklen *Nyere, norske dommer om berikelseskrav på immaterialrettens område*.

<sup>186</sup> U 2007.1219 H som refereret ovenfor i afsnit 7.3.1.

<sup>187</sup> Se kritik af dommen i artiklen *Nyere, norske dommer om berikelseskrav på immaterialrettens område*.

<sup>188</sup> *Ibid*.

præventivt element i form af at faktiske tab overføres til den krænkende. Yderligere præventive virkninger må hentes på strafferettens område, som er indrettet til netop dette formål.

## 7.8 Sammenfatning

Den udarbejdede opgørelse for perioden 2000 – 2008 synes at pege på, at der i perioden har været et fald i erstatningsudmålingerne i sager om krænkelse af immaterialrettigheder. Gennemgangen af retspraksis viser i hvert fald, at domstolene nu som tidligere er meget påpasselige med ikke at udmåle erstatningsbeløb, som reelt kunne være større end det faktuelle lidte tab.

Det må medgives domstolene, at der ofte er så stor usikkerhed om størrelsen af det lidte tab, at tabsopgørelserne kan nærme sig gætværk. Det gavner dog ikke den generelle usikkerhed på området, at retterne i meget lille grad argumenterer for størrelsen af de udmålte beløb. Første skridt mod afhjælpning af dette, kunne være at dele udmåling op i de enkelte bestanddele. Dette ville være med til at anskueliggøre, hvilke poster der kompenseres for og i hvor høj grad. Mere gennemsigtighed vil generelt føre til en mere saglig diskussion om erstatningsudmålingen ved retterne og give rettighedshavere og krænker langt bedre mulighed for at varetage deres interesser for så vidt angår erstatningsudmålingen. Som eksempel kan de to domme om hhv. Burberry-punge og Burberry-paraplyer nævnes. Det er her svært at se forklaringen på den store forskel i de afledte procentsatser.

Vigtigt fra perioden er det også at hæfte sig ved afgørelsen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Hvis Højesteret anerkender den af Sø- og Handelsretten anlagte fortolkning, kan godtgørelse for ikke-økonomisk skade herefter komme på tale ved utilbørlig sammenkædning af forskellige produktkategorier, samt sandsynligvis ved kopi-produkter af ringe kvalitet som skader rettighedshaverens omdømme. Afgørende må altså være, om selve rettighedshaverens omdømme har lidt skade.

I perioden er det desuden blevet fastslået af Højesteret, at fastsættelsen af vederlag skal ske efter, hvad rettighedshaveren kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt for den skete udnyttelse forud for krænkelsen. Retsspraksis synes at pege på, at vederlaget næsten uden undtagelse skal findes i spændet 0 - 25 % af værdien af den krænkende udnyttelse. Vigtig for fastlæggelsen af procentsatsen synes især at være enerettens værdi og enerettens betydning for krænkerens virksomhed.

Højesteret og Sø- og Handelsretten synes endvidere at have indført en bagatelgrænse for, hvornår der kan tilkendes erstatning. En sådan bagatelgrænse kendes fra andre retsområder, herunder mangler ved fast ejendom.

Slutteligt skal der peges på, at til brug for dokumentation af tabs- eller vederlagsstørrelsen kan det være en fordel i visse tilfælde at benytte syn og skøn, hvilket er udbredt i bl.a. Tyskland<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> Se artiklen *Damages for Patent Infringement According to German Law*.

## 8. Konklusion

Vi ønskede at undersøge problemstillingen vedrørende erstatning ved krænkelse af enerettigheder, herunder især problemstillingen vedrørende opgørelsen af, om der er lidt et tab og i givet fald tabets størrelse.

### Retsstillingen

De almindelige danske regler om erstatning finder som udgangspunkt også anvendelse ved erstatning for krænkelse af enerettigheder. I overensstemmelse hermed er kravet for at ifalde erstatningsansvar efter immaterialretslovene uagtsomhed.

Dog er det konstateret, at der er visse undtagelser på områder, hvor immaterialrettens natur slår igennem. Man anser således ikke de almindelige erstatningsregler for tilstrækkeligt værn for rettighedshaverne, hvorfor det er muligt at få tilkendt andet end blot erstatning efter den traditionelle forståelse af begrebet. Den kompensation, man kan tildeles, kan opgøres i (1) vederlag, (2) erstatning, (3) godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

Vederlaget bygger på det samme ansvarsgrundlag som erstatningsansvaret, men der er ikke tale om en erstatning i traditionel forstand. Rettighedshaveren skal derfor ikke kunne dokumentere et tab for at kunne få tilkendt et rimeligt vederlag. I henhold til højesteretspraksis skal vederlaget opgøres til, hvad rettighedshaveren kan godtgøre ud fra markedsforholdene med rimelighed at ville have forlangt. Det er ikke muligt at udlede en generel målestok for en vederlagsprocent, om end der synes at være en tendens i retspraksis mod procentsatser i spændet 1 - 15 % inden for en ydre ramme på 0 - 25 %.

Det er et grundlæggende krav for al erstatning, at man kan opgøre et tab. Tabets størrelse skal i princippet kunne dokumenteres forholdsvis præcist, førend man kan få tilkendt erstatning. På det immaterialretlige område har dette dog været under pres, idet rettighedshaveren ofte har haft svært ved at bevise et tab, om end denne utvivlsomt har lidt et tab. De tab, som kan erstattes, kan kategoriseres i afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab.

Vi har konstateret, at der ikke kan opnås erstatning for afsætningstab, hvis der blot er tale om en potentiel produktion for rettighedshaveren. Kravet til afsætningstab må i det mindste være, at krænkelsen har afskåret rettighedshaveren fra en - for rettighedshaveren aktuel og relevant - afsætningsmulighed. Markedesforstyrrelse dækker i hovedsagen over fremtidige endnu ikke realiserede afsætningstab, herunder tab som ikke skyldes mindre afsætning, men en mindre fortjeneste pr. enhed. Endelig kan andre kausale og adækvate tab og rimelige og proportionale udgifter selvfølgelig dækkes. Der skal ved udmålingen af erstatning tages hensyn til krænkerens uberettiget vinding, men dette hensyn synes ikke at veje tungt i praksis.

Sidste mulighed for kompensation er godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Fænomenet er relativt velbeskrevet for så vidt angår krænkelse af en persons selv- og æresfølelse. Principperne derfra er dog svære uden videre at overføre til kommercielle forhold. Vi har således påpeget flere problemer ved begrebet *erstatning for ikke-økonomisk skade* i forbindelse med krænkelse af kommercielle og industrielle enerettigheder. Bestemmelsens anvendelse synes at måtte blive en slags pønalt betinget erstatning. Altså en ekstra kompensation til rettighedshaveren i tilfælde, hvor krænkelsen har været særlig grov i den ene eller anden henseende.

Sø- og Handelsretten valgte i juni 2008 at benytte hjemlen ved utilbørlig sammenkædningen mellem de to produktgrupper, som efter rettens opfattelse havde medført en form for ideel skade for rettighedshaveren. Derudover kan hjemlen tænkes benyttet ved produktefterligninger af ringe kvalitet, som medfører en form for ideel skade for rettighedshaveren. Der synes dog at være hjemmel til at dække begge former for skader efter reglerne om erstatning for markedsforstyrrelse, medmindre der rent faktisk er tale om en pønalt betinget erstatning, som tillægges rettighedshaveren, udover det ved sammenkædningen eller produktefterligningen medførte tab.

Efter gennemgangen af dansk retspraksis, kan det vanskelig konstateres, hvordan domstolene vægter de enkelte elementer, og hvilke elementer der især tillægges betydning ved udmålingen af kompensation for eneretskrænkelser. Der kan dog peges på objektive konstaterbare afsætningstab, krænkelsernes grovhed, krænkelsernes omfang, enerettens værdi, enerettens betydning for krænkeren, kundesegmenter og markedsforhold, som nogle aspekter, som i hvert fald synes at tillægges betydning.

For at afhjælpe domstolenes problemer med fastsættelsen af hhv. det lidte tab og vederlagets størrelse må der peges på udpegning af sagkyndige syns og skøns mænd, som qua deres baggrund vil kunne bidrage til en kvalificering af erstatningsudmålingen.

## Udviklingen

Retshåndhævelsesdirektivet havde blandt andet til formål at gøre retsstillingen i EU mere homogen. Som det er afdækket, er faren, at man til en vis grad går på kompromis med logikken, som f.eks. ved bestemmelsen om erstatning for ikke-økonomisk skade. Derudover var det hensigten, at kompensationen for krænkelser generelt skulle hæves.

Der kan ikke ud fra retspraksis konstateres en mærkbar stigning i kompensationsbeløbene siden implementeringen af Retshåndhævelsesdirektivet. Der kan dog heller ikke på dette grundlag helt udelukkes, at der slet ikke har været en udvikling. Erstatningen er stadig strengt tabsafhængig, mens vederlaget udmåles efter samme hensyn som tidligere; værdien af eneretten i forhold til den skete krænkelse.

På trods af, at der for krænkelser efter 1. januar 2006 skal tages hensyn til krænkerens uberettigede vinding, synes dette element ikke for alvor at have slået igennem i retspraksis.

Hvis Sø- og Handelsrettens fortolkning af reglen om ikke-økonomisk skade bliver stående, så vil der muligvis derigennem blive mulighed for større kompensation for krænkelser i fremtiden.

Retshåndhævelsesdirektivets implementering har i øvrigt ikke givet sig udslag i en revolutionerende ændring af erstatningsbestemmelserne, hvorfor det ikke kan overraske, at direktivet ikke for alvor har rykket ved udmålingen. Retshåndhævelsesdirektivet har været med til at ensarte erstatningsbestemmelserne både internt i dansk ret og i forhold til resten af Europa, men har ikke i øvrigt ind til nu opfyldt sit andet hovedformål - at hæve erstatningsbeløbene mærkbart.

## 9. Litteraturliste

Litteraturlisten er opdelt i love mv., forarbejder, EU retskilder, internationale konventioner mv., litteratur og artikler. De i afhandlingen anvendte forkortelser er angivet i [...]. Der henvises i afhandlingen til titlen på den anvendte litteratur.

For så vidt angår domssamlinger, er der anvendt Ugeskrift for Retsvæsen [U], Forsikrings- og Erstatningsretlig domssamling [FED], Sø- og Handelsrettens domsdatabase [SHD], Nordiskt Immaterielt Rättsskydd [NIR], International Review of Intellectual Property and Competition Law [IIC] samt Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR].

### Love og bekendtgørelser

Aftaleloven	Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26/8 1996.
Aktieselskabsloven [ASL]	Lovbekendtgørelse nr. 649 af 15/6 2006 som ændret ved lov nr. 108 af 7/2 2007, lov nr. 573 af 6/6 2007 og lov nr. 576 af 6/6 2007.
Anpartsselskabsloven [ApSL]	Lovbekendtgørelse nr. 650 af 15/6 2006 som ændret ved lov nr. 573 af 6/6 2007.
Arbejdstagers opfindelser	Lovbekendtgørelse nr. 131 af 18/3 1986 som ændret ved lov nr. 130 af 26/2 1992 og lov nr. 523 af 6/6 2007.
Brugsmodelbekendtgørelsen	Bekendtgørelse nr. 1605 af 8/12 2006.
Brugsmodelloven [BML]	Lov nr. 1431 af 21/12 2005 som ændret ved lov nr. 538 af 8/6 2006.
Designloven [DSL]	Lov nr. 1259 af 20/12 2000 som ændret ved lov nr. 451 af 10/6 2003, lov nr. nr. 1430 af 21/12 og lov nr. 538 af 8/6 2006. Historisk version: lov nr. 1259 af 20/12 2000.
Erhvervsvirksomhedsloven [LEV]	Lovbekendtgørelse nr. 651 af 15/6 2006 som ændret ved lov nr. 573 af 6/6 2007.
Erstatningsansvarsloven [EAL]	Lovbekendtgørelse nr. 885 af 20/9 2005 som ændret ved lov nr. 1545 af 20/12 2006 og lov nr. 523 af 6/6 2007.
Internetdomæneloven [DNL]	Lov nr. 598 af 24/6 2005.
Købeloven	Lovbekendtgørelse nr. 237 af 28/3 2003 som ændret ved lov nr. 523 af 6/6 2007.
Ligebehandlingsloven	Lovbekendtgørelse nr. 734 af 28/6 2006.
Markedsføringsloven [MFL]	Lov nr. 1389 af 21/12 2005 som ændret ved lov af 8/6 2006, lov nr. 1547 af 20/12 2006 og lov nr. 181 af 28/2 2007.
Navneloven	Lov nr. 524 af 24/ 6 2005 som ændret ved lov nr. 435 af 14/5 2007.
Opfindelser ved off. forskningsinst.	Lov nr. 347 af 2/6 1999 som ændret ved lov nr. 145 af 25/3 2002, lov nr. 545 af 24/6 2005 og lov nr. 523 af 6/6 2007.
Ophavsretsloven [OHL]	Lovbekendtgørelse nr. 763 af 30/6 2006. Fremtidige lovændringer: Lov nr. 231 af 8/4 2008. Historiske versioner: Lovbekendtgørelse nr. 130 af 15/4 1975 og lovbekendtgørelse nr. 164 af 12/3 2003.
Patentloven [PTL]	Lovbekendtgørelse nr. 1136 af 16/11 2004

som ændret ved lov nr. 1430 af 21/12 2005, lov nr. 538 af 8/6 2006, lov nr. 546 af 8/6 2006 og lov nr. 399 af 30/4 2007.

Retshåndhævelsesdirektivets  
implementeringslov

Lov nr. 1430 af 21/12 2005.

Retsplejeloven

Lovbekendtgørelse nr. 1261 af 23/10 2007  
som ændret ved lov nr. 67 af 11/2 2008, lov nr. 168 af 12/3 2008 og lov nr. 484 af 17/6 2008. Historisk ændringslov: lov nr. 279 af 5/4 2006.

Straffeloven

Lovbekendtgørelse nr. 1260 af 23/10 2007  
som ændret ved lov nr. 316 af 30/4 2008, lov nr. 490 af 17/6 2008, lov nr. 494 af 17/6 2008, lov nr. 498 af 17/6 2008, lov nr. 500 af 17/6 2008 og lov nr. 501 af 17/6 2008.

Varemærkeloven [VML]

Lovbekendtgørelse nr. 782 af 30/8 2001  
som ændret ved lov nr. 451 af 10/6 2003, lov nr. 1430 af 21/12 2005 og lov nr. 538 af 8/6 2006. Historiske versioner: Lovbekendtgørelse nr. 162 af 21/02 1997 og lovbekendtgørelse nr. 141 af 18/3 1986.

Ratifikation af TRIPs

Bekendtgørelse nr. 71 af 8/6 1995.

## Forarbejder

Godtgørelse til efterladte ved dødsfald

Betænkning nr. 1412/2002.

Implementering af  
Retshåndhævelsesdirektivet

Lovforslag nr. 48 af 15/12 2005.

Markedsføring, Forbrugerombudsmand  
og Forbrugerklagenævn

Forbrugerkommissionen betænkning nr. 681/1973.

Nordisk betænkninger

Præliminær betænkning (Stockholm 1962) og betænkning ang. Nordisk patentlovgivning, nordiske betænkninger nr. 6, 1963 (Stockholm 1964).

Ændring af Markedsføringsloven

Lovforslag nr. 13 af 10/6 2005.

Ændring af Ophavsretsloven

Lovforslag nr. 119 af 18/1 1995.

## Internationale konventioner

Bernerkonventionen

Til værn for litterære og kunstneriske værker.

Den Europæiske patent konvention

EPC 2000.

Pariserkonventionen

Om beskyttelse af industriel ejendomsret.

Romkonventionen

Beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender.

TRIPs-aftalen

Aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder af 30. december 1994.

WIPO

Copyright Treaty.

WIPO

Performances and Phonograms Treaty.

WTO

Aftalen om oprettelsen af WTO af 15. april 1994.

## EU retskilder

EU-kommissionens meddelelse om fortolkning af Retshåndhævelsesdirektivet

Meddelelse 2005/295/EC.  
Offentliggjort i EUT 2005 af 13.4.2005, L 94, side 37.

EF-designforordningen

Rådets forordning 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design som ændret ved TA 2003, EUT 2003 L 236/344, TA 2005, EUT 2005 L 157/233 og Rfo 1891/2006, EUT 2006 L 386/1.

EF-harmoniseringsdirektivet

Rådets direktiv af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, 89/104/EØF.

EF-forordningen

Rådets forordning nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker.

Overholdelse af intellektuelle ejendomsrettigheder

EU-kommissionens forslag til direktiv, KOM(2003)46.

Retshåndhævelsesdirektivet

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

Rådets direktiv om pakkerejser

90/314/EØF af 13. juni 1990.

Varemærkeforfalskninger mv. i det indre marked Grønbog, KOM (98)596.

## Litteratur

Andersen, Mads Bryde

Grundlæggende aftaleret  
2. udgave, 2002.

Andersen, Mads Bryde

Enkelte transaktioner  
1. udgave, 2004.

Andersen, Mads Bryde m.fl.

Lærebog i obligationsret  
1. udgave, 2000.

Andersen, Niels M. m.fl.

Retshåndhævelse af immaterialrettigheder  
1. udgave, 2006.

Eyben, Bo von og Isager, Helle

Lærebog i erstatningsret  
6. udgave, 2007.

Eyben, Bo von m. fl.

Karnovs lovsamling  
Thomson online, 2008.

Friis Hansen, Søren og Krenchel, Jens Valdemar

Dansk Selskabsret 3  
1. udgave, 2004.

Gervais, Daniel

The TRIPS Agreement - Drafting History and Analysis  
1998, Sweet & Maxwell.

Rasmussen, Hjalte

EU-ret i Kontekst  
5. udgave, 2003.

Riis, Thomas

Enerettigheder og vederlagsrettigheder  
1. udgave, 2005.

Schovsbo, Jens og Rosenmeier, Morten

Immaterialret  
1. udgave, 2008.

Schovsbo, Jens og Rosenmeier, Morten

Undervisningsnote til brug for kursusfaget Immaterialret  
Efterår 2007.

Schønning, Peter

Ophavsretsloven med kommentarer  
3. udgave, 2003.

Skovbo, Eva Aaen	Erstatning for ophavsretlige krænkelse 1. udgave, 2005.
Ussing, Henry	Aftaler 3. udgave.
Ussing, Henry	Erstatningsret 1957.
Wahlberg, Knud	Varemærkeret 4. udgave, 2008.
<b>Artikler</b>	
Deichmann, Hanne Kirk	Kommentar til U.2004.1085 H (Montana reolsystem) Nordiskt Immaterielt Rättsskydd, 2004, side 487 til 492.
Eskildsen, Olaf	Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister Venebog til Mogens Koktvedgaard, 1992, side 363 til 382.
Eskildsen, Olaf	Immaterielretlige erstatninger i Danmark Nordiskt Immaterielt Rättsskydd, 2000, side 116 til 120.
Huniar, Kirstin	The Enforcement Directive: Its Effects on UK Law European Intellectual Property Review, 2008, side 92.
Koktvedgaard, Mogens	Det ophavsretlige sanktionssystem Juristen, 1966, side 49 til 62.
Kur, Annette	The Enforcement Directive - Rough Start, Happy Landing? International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2004, side 821 til 830.
Lindgreen, Nikolai m.fl.	Nye danske domme på patent- og brugsmodeområdet Nordiskt Immaterielt Rättsskydd, 2008, side 152 til 165.
Monsen, Erik	Nyere, norske domme om berikelseskrav på immaterialrettens område. Nordiskt Immaterielt Rättsskydd, 2007, side 323 til 347.
Møgelvang-Hansen, Peter og Friis, Thomas	Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser Festschrift til Bernhard Gomard, 2001, side 195.
Pagenberg, Jochen	No Multiple Damages for Patent Infringement Under German Law? International Review of Intellectual Property and Competition Law, 1980, side 723 til 730.
Ringnes, Arne	Erstatning (oppreisning) for ikke-økonomisk skade. Nordiskt Immaterielt Rättsskydd, 2006, side 615 til 622.
Ritzaus Bureau	Dømte firmaer bliver rensset i Højesteret. 18. juni 2008.
Skouboe, Jakob	Højesteret giver erhvervslivets domstol smæk. Dagbladet Børsen, 7/7 2008.
Skovbo, Eva Aaen	Ændringer i immaterialretslovgivningen ved implementering af dele af retshåndhævelsesdirektivet. Juristen 6/2006, side 214 til 217.
Valentin, Pierre	Droit de Suite European Intellectual Property Review, 2008, side 268.
Wallber, Knud	Kommentar til UfR 2005.1438H (Tivoli) Nordiskt Immaterielt Rättsskydd, 2007, side 475 til 478.

# Bilag I

# Oversigt over erstatningsudmåling i retspraksis om eneretskrænkelser

Bilag til specialeafhandling af Poul Erik Lytken og Andreas Lottrup

Afgørelse	påstand	dom	%	Type af krænkelse	0-49 %	50-75 %	76-100 %
U 2000.1351 H	= kr 20.000,00	kr -	0%	Varemærkeret - ordmærke	1		
U 2000.1838 SH	kr 500.000,00	kr 100.000,00	20%	Varemærkeret - ordmærke	1		
U 2000.2068 SH	kr 5.000.000,00	kr -	0%	Varemærkeret - signatur	1		
U 2000.2068 SH	kr 10.000,00	kr 10.000,00	100%	Ophavsret - musik			1
U 2001.287 H	= kr 200.000,00	kr 40.000,00	20%	Markedsføringslov - god markedsføringskik	1		
U 2001.697 Ø	kr 250.000,00	kr 50.000,00	20%	Markedsføringslov - internetdomæne	1		
U 2001.747 H	kr 2.644.000,00	kr 530.000,00	20%	Ophavsret - brugskunst	1		
U 2001.1006 2H	kr 410.000,00	kr 75.000,00	18%	Markedsføringslov - produktetfærligning	1		
U 2001.1572 V	kr 100.000,00	kr 100.000,00	100%	Ophavsret - musik			1
U 2001.2387 SH	kr 60.000,00	kr 30.000,00	50%	Markedsføringslov - produktetfærligning		1	
U 2001.2594 Ø	kr 60.000,00	kr 60.000,00	100%	Ophavsret - bygningsværk			1
U 2002.612 SH	kr 500.000,00	kr 200.000,00	40%	Varemærkeret - ordmærke	1		
U 2002.696 H	+ kr 3.125.000,00	kr 3.000.000,00	96%	Varemærkeret - parallelimport af medicin			1
U 2002.717 H	- kr 100.000,00	kr 25.000,00	25%	Varemærkeret - ordmærke	1		
U 2002.857 SH	kr 200.000,00	kr 20.000,00	10%	Markedsføringslov - god markedsføringskik	1		
U 2002.911 Ø	kr 252.000,00	kr 54.000,00	21%	Ophavsret - tv-klip	1		
U 2002.1056 2H	kr 100.000,00	kr 25.000,00	25%	Varemærkeret - ordmærke	1		
U 2002.1645 Ø	kr 2.970.000,00	kr 400.000,00	13%	Ophavsret - bygningsværk	1		
U 2003.421 SH	kr 6.000.000,00	kr -	0%	Varemærkeret - parallelimport af medicin	1		
U 2003.694 SH	kr 550.000,00	kr 400.000,00	73%	Markedsføringslov - produktetfærligning		1	
U 2003.1020 H	- kr 2.000.000,00	kr 100.000,00	5%	Varemærkeret - ordmærke	1		
U 2003.1343 SH	kr 200.000,00	kr 10.000,00	5%	Varemærkeret	1		
U 2003.1826 H	= kr 1.000.000,00	kr 1.000.000,00	100%	Varemærkeret - parallelimport af medicin			1
U 2003.1845 H	+ kr 600.000,00	kr 600.000,00	100%	Varemærkeret - parallelimport af medicin			1
U 2004.1018 H	kr 500.000,00	kr 50.000,00	10%	Arbejdstagers opfindelse	1		
U 2004.1085 H	- kr 10.000.000,00	kr 3.000.000,00	30%	Markedsføringslov - produktetfærligning	1		
U 2004.1302 H	- kr 350.000,00	kr 250.000,00	71%	Markedsføringslov - produktetfærligning		1	
U 2004.2464 SH	kr 1.200.000,00	kr 250.000,00	21%	Ophavsret - brugskunst	1		
U 2005.60 V	kr 2.405.700,00	kr 753.013,00	31%	Ophavsret - filmværker (EAL § 24)	1		
U 2005.1019 V	kr 105.000,00	kr 100.000,00	95%	Ophavsret - tv-transmission			1
U 2005.1291H	- kr 200.000,00	kr 50.000,00	25%	Varemærke - ordmærke	1		
U 2005.1393 2V	kr 400.000,00	kr 400.000,00	100%	Ophavsret - litterære værker			1
U 2005.1438 H	- kr 5.000.000,00	kr 150.000,00	3%	Varemærkeret - figurmærke, Ophavsret - fotografi	1		
U 2005.2082 H	+ kr 50.000,00	kr 25.000,00	50%	Varemærkeret - ordmærke		1	
U 2005.2162 H	- kr 400.000,00	kr 150.000,00	38%	Markedsføringslov - god markedsføringskik	1		
U 2006.336 SH	kr 500.000,00	kr 100.000,00	20%	Markedsføringslov - misrekommandering	1		
U 2006.2128 V	kr 50.000,00	kr 25.000,00	50%	Markedsføringslov - produktetfærligning		1	
U 2006.2709 H	= kr 1.000.000,00	kr 500.000,00	50%	Markedsføringslov - misrekommandering		1	
U 2006.3158 H	- kr 100.000,00	kr -	0%	Varemærkeret - figurmærke	1		
U 2007.280 SH	kr 500.000,00	kr 75.000,00	15%	Ophavsret - filmværk	1		
U 2007.1112 H	- kr 100.000,00	kr 10.000,00	10%	Designret - produktetfærligning	1		
U 2007.1219 H	- kr 3.150.492,00	kr 336.000,00	11%	Patentret	1		
U 2007.1254 H	= kr 3.500.000,00	kr 2.000.000,00	57%	Markedsføringslov - misrekommandering		1	
U 2007.1896 H	+ kr 500.000,00	kr 500.000,00	100%	Varemærkeret			1
U 2007.1941 SH	* kr 1.000.000,00	kr 250.000,00	25%	Varemærke - figurmærke	1		
U 2007.2507 V	kr 315.250,00	kr 305.250,00	97%	Ophavsret - edb-program			1
U 2007.2713 SH	kr 900.000,00	kr 580.000,00	64%	Designret - produktetfærligning		1	
U 2008.77 Ø	kr 2.178,00	kr 2.178,00	100%	Ophavsret - musik			1
U 2008.241 SH	* kr 100.000,00	kr 25.000,00	25%	Varemærkeret - ordmærke	1		
U 2008.521 SH	kr 125.000,00	kr 25.000,00	20%	Varemærkeret - god markedsføringskik	1		
U 2008.1211 H	= kr 584.622,00	kr 300.000,00	51%	Markedsføringslov - misrekommandering		1	
					31	9	11

Gennemsnit for domme trykt i UFR

42%

210102 Buffalo boots	kr 135.745,50	kr 10.000,00	7%	Varemærkeret - produktetfærligning	1		
280202 Cross mod Merck	kr 293.950,00	kr 200.000,00	68%	Varemærkeret - parallelimport af medicin		1	
180302 Uno	kr 35.000,00	kr 5.000,00	14%	Markedsføringslov - forretningskendetegn	1		
110402 Viby Jern	kr 100.000,00	kr -	0%	Markedsføringslov - forretningskendetegn	1		
300402 Martin Jørgensen	kr 100.000,00	kr 50.000,00	50%	Markedsføringslov - retten til eget billede		1	
210502 Eternit	kr 50.000,00	kr 25.000,00	50%	Varemærkeret - ordmærke		1	
270502 Astra mod GEA	kr 3.184.845,00	kr 3.000.000,00	94%	Varemærkeret - parallelimport af medicin			1
130602 model Kannothe	kr 500.000,00	kr 50.000,00	10%	Markedsføringslov - produktetfærligning	1		
280602 Hjem og Fusk	kr 100.000,00	kr 50.000,00	50%	Varemærkeret - ordmærke		1	
180702 Paranova v Merck	kr 686.987,00	kr 597.380,00	87%	Varemærkeret - parallelimport af medicin			1
210802 Masai	kr 400.000,00	kr 150.000,00	38%	Markedsføringslov - produktetfærligning	1		
250902 Aston	kr 250.000,00	kr 25.000,00	10%	aktieselskabslovens § 153, stk. 2.	1		
210103 Tripp Trapp trævarer	kr 200.000,00	kr 120.000,00	60%	Ophavsret - brugskunst		1	
050203 Hustol ctr Läkerol	kr 100.000,00	kr 35.000,00	35%	Varemærkeret - vareudstyrmærke	1		
020403 Havelampe	kr 420.600,00	kr 250.000,00	59%	Markedsføringslov - produktetfærligning		1	
020503 Kapselåbneren	kr 200.000,00	kr -	0%	Ophavsret - brugskunst	1		
120803 De Gule Sider	kr 250.000,00	kr 50.000,00	20%	Varemærkeret - ordmærke	1		
150803 Rainwear	kr 30.000,00	kr 30.000,00	100%	Markedsføringslov - produktetfærligning			1
051203 Airfield	kr 500.000,00	kr 100.000,00	20%	Varemærkeret - ordmærke	1		
091203 Body Balance	kr 100.000,00	kr 20.000,00	20%	Varemærkeret - ord- og figurmærke	1		
090104 Børge Mogensen	kr 300.000,00	kr 200.000,00	67%	Markedsføringslov - kendetegn		1	
030204 Burberry paraplyer I	kr 50.000,00	kr 50.000,00	100%	Varemærkeret - produktetfærligning			
240204 Håndbold	kr 200.000,00	kr 100.000,00	50%	Markedsføringslov - retten til eget billede		1	
150304 Broncestøberierne	kr 400.000,00	kr 50.000,00	13%	Markedsføringslov - produktetfærligning	1		
170504 Piaf	kr 50.000,00	kr 25.000,00	50%	Markedsføringslov - kendetegn		1	
121104 Butiksreolsystem	kr 500.000,00	kr 100.000,00	20%	Markedsføringslov - produktetfærligning	1		
021204 Digestive	kr 601.480,00	kr 100.000,00	17%	Markedsføringslov - produktetfærligning	1		
131204 Møbelplejeserie	kr 473.000,00	kr 300.000,00	63%	Markedsføringslov - produktetfærligning		1	
150305 Halogenlamper	kr 100.000,00	kr -	0%	Markedsføringslov - kendetegn	1		
230305 Panda-handsken	kr 200.000,00	kr 200.000,00	100%	Markedsføringslov - produktetfærligning			1
300305 Novi	kr 50.000,00	kr 50.000,00	100%	Varemærkeret - ordmærke			1
010705 Vero Moda	kr 370.084,60	kr 75.000,00	20%	Designret - produktetfærligning	1		

070705 Toyota	kr	100.000,00	kr	30.000,00	30%	Varemærkeret - ordmærke	1			
300805 Menu fakkel	kr	50.000,00	kr	30.000,00	60%	Markedsføringslov - produktetfærlighed		1		
120905 Pilgrim-smykke	kr	50.000,00	kr	25.000,00	50%	Ophavsret - brugskunst			1	
130905 Taabbel	kr	100.000,00	kr	80.000,00	80%	Varemærkeloven - ordmærke			1	
091105 Jobskiftet	kr	900.000,00	kr	-	0%	Markedsføringslov - misrekommandering mv.	1			
021205 Fakta-kaffe	kr	500.000,00	kr	200.000,00	40%	Varemærkeret - ordmærke	1			
221205 Fiskeagn	kr	100.000,00	kr	-	0%	Markedsføringslov - produktetfærlighed	1			
080206 Broadcom	kr	100.000,00	kr	-	0%	Varemærkeret - ordmærke	1			
060406 Dårlig idé	kr	50.000,00	kr	-	0%	Markedsføringslov - misrekommandering	1			
210406 Stessless	kr	1.000.000,00	kr	650.000,00	65%	Markedsføringslov - produktetfærlighed			1	
040506 Den ulovlige forsendelse	kr	216.100,00	kr	94.950,00	44%	Varemærke- og designret - produktetfærlighed	1			
190506 Corn Snack	kr	100.000,00	kr	60.000,00	60%	Varemærkeret - figurmærke			1	
210806 RedGreen	kr	300.000,00	kr	100.000,00	33%	Markedsføringslov - ret til eget billede/navn	1			
031006 Arkitekt-tegninger	kr	175.000,00	kr	100.000,00	57%	Ophavsret - bygningsværk			1	
131006 Te-embalage	kr	225.000,00	kr	100.000,00	44%	Varemærkeret - vareudstyrmærke	1			
241006 Rolex-ure	kr	400.000,00	kr	75.000,00	19%	Varemærkeret - produktetfærlighed	1			
011106 Integral	kr	100.000,00	kr	25.000,00	25%	Ophavsret - grafik og markedsføringslov - misrekommandering	1			
031106 Lotus-brændeovne	kr	500.000,00	kr	50.000,00	10%	Varemærke - ordmærke	1			
061106 Burberry pung	kr	1.000.000,00	kr	150.000,00	15%	Varemærke - produktetfærlighed	1			
211206 BP Gas	kr	1.000.000,00	kr	75.000,00	8%	Varemærke - god markedsføringskik	1			
221206 Exit	kr	100.000,00	kr	50.000,00	50%	Varemærkeret - ordmærke			1	
200307 Comitel	kr	100.000,00	kr	25.000,00	25%	Varemærkeret - ordmærke	1			
030407 Von Dutch	kr	176.000,00	kr	100.000,00	57%	Varemærkeret - produktetfærlighed			1	
030407 Diesel	kr	100.000,00	kr	25.000,00	25%	Varemærkeret - ordmærke	1			
300507 Burberry paraplyer II	kr	166.666,67	kr	80.000,00	48%	Varemærke - produktetfærlighed	1			
150807 Merck	kr	118.800,00	kr	118.800,00	100%	Varemærke - parallelimport af medicin			1	
150807 Boehringer	kr	160.000,00	kr	132.000,00	83%	Varemærke - parallelimport af medicin			1	
091107 Kapitalanlæg	kr	50.000,00	kr	50.000,00	100%	Varemærkeret - ordmærke			1	
121107 Canada Goose	kr	75.000,00	kr	15.000,00	20%	Varemærkeret - produktetfærlighed	1			
061207 EuroPharma	kr	883.663,00	kr	883.663,00	100%	Varemærke - parallelimport af medicin			1	
211207 Amokka	kr	1.350.000,00	kr	300.000,00	22%	Varemærkeret - ordmærke	1			
220108 Medipack	kr	1.908.360,00	kr	1.500.000,00	79%	Varemærke - parallelimport af medicin			1	
250108 Staffs tv-buks	kr	1.200.000,00	kr	350.000,00	29%	Markedsføringslov - produktetfærlighed	1			
210208 Orifarm	kr	103.183,00	kr	103.183,00	100%	Varemærke - parallelimport af medicin			1	
260308 Opera-glas	kr	500.000,00	kr	125.000,00	25%	Varemærkeret - ordmærke	1			
310308 Paranova	kr	4.612.067,00	kr	4.159.067,00	90%	Varemærke - parallelimport af medicin			1	
150408 Harley-Davidson	kr	150.000,00	kr	50.000,00	33%	Varemærkeret - ordmærke	1			
160408 Alfi-kander	kr	950.000,00	kr	100.000,00	11%	Ophavsret - brugskunst	1			
170408 Rosendahl	kr	300.000,00	kr	200.000,00	67%	Ophavsret - brugskunst			1	
220508 Carrybag	kr	850.000,00	kr	125.000,00	15%	Designret - produktetfærlighed	1			
230508 Budweiser II	kr	1.000.000,00	kr	316.000,00	32%	Varemærkeret - ordmærke	1			
Gennemsnit for Sø- og Handelsrettens utrykte domme				43%			72	27	24	123
Gennemsnit, i alt				43%			59%	22%	20%	
Gennemsnit, *				40%						

\* En ikke uvæsentlig del af krænkelsen fandt sted efter 1. januar 2006

8	0	2	10
80%	0%	20%	

Alle Sø- og Handelsrettens domme	41%
Alle Højesterets domme	38%
Alle landsretternes domme	66%

#### Højesterets erstatningsudmåling i forhold til lavere instanser

Højere (markeret med +)	4	20%
Samme (markeret med =)	6	30%
Lavere (markeret med -)	10	50%
I alt	20	

#### Ophavsret, gennemsnit

0-50 %	9	45%
50-75 %	4	20%
75-100 %	7	35%
I alt	20	55%