Erstatning for ophavsretlige krænkelser

Eva Aaen Skovbo

Erstatning for ophavsretlige krænkelser

FORLAGET THOMSON
GadJura

Eva Aaen Skovbo
Erstatning for ophavsretlige krænkelser
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2005

ISBN 87-619-1225-5

Omslag: Axel Surland, Ljungbyhed
Sats: Type-it ApS, København 2005
Tryk: BookPartner A/S, København

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Forord

Min interesse for ophavsretten blev vakt i den tid jeg arbejdede som advokat. Særligt sager om sanktionsmuligheder ved ophavsretlige krænkelser var interessante, da især erstatningsudmålingen ofte efterlod klienterne, og til dels advokaten, noget uforstående. Emnet var derfor oplagt at forfølge set i lyset af den omfattende EU-retlige regulering, der i disse år sker på området. Forståelsen er herved blevet noget bedre.

Mange personer har bidraget til, at arbejdet nu er blevet færdiggjort. Professor Palle Bo Madsen har været min vejleder under forløbet, og jeg skylder ham stor tak for hans velvilje og professionalisme.

Afdeling for privatret på Juridisk Institut har, med alle de privilegier en ansættelse medfører, været en glimrende ramme om mit arbejde, og jeg takker alle på afdelingen for deres støtte igennem projektet.

Jeg har under afhandlingens udfærdigelse haft ophold på Instituttet för immaterialrätt och marknadsrätt (IFIM) ved Stockholms Universitet. Jeg takker herved professor Marianne Levin, som generøst tog imod mig og stillede gode arbejdsvilkår til rådighed.

Om dele af afhandlingens problemstillinger har jeg haft en god og konstruktiv dialog med advokat Lasse Arffmann Søndergaard Christensen, Gorrissen Federspiel Kirkegaard, for hvilket jeg særskilt takker.

Advokat Vagn Søndergaard, Clemens Advokater, har velvilligt stillet utrykte domme til min rådighed, hvilket jeg er meget taknemmelig for.

Ligeledes har advokat Torben Steffensen, Johan Schlüter advokatfirma, i sin egenskab af advokat og formand for Antipiratgruppen stillet materiale til min rådighed, for hvilket jeg er yderst taknemmelig.

Til min far, Statsaut. revisor Bjarne Aaen, skal hermed lyde en stor tak for din grundige gennemlæsning af manuskriptet og dine uvurderlige kommentarer.

Tak til Grete Johansen for oversættelse af resumé til engelsk.

Til sidst en tak til min mand, advokat Peter Skovbo, for gennemlæsning af dele af manuskriptet samt for konstruktiv dialog om ophavsretlige problemstillinger igennem de seneste år.

Afhandlingens kapitel 3, afsnit 2.2.1-2.2.3 har været publiceret i U.2004B.124. Der er ikke taget hensyn til materiale fremkommet efter den 01.06.2005.

Aarhus Universitet, juni 2005

Eva Aaen Skovbo

Indholdsfortegnelse

Forord 5
Indholdsfortegnelse 7

Kapitel 1
Indledning 13
1. Afhandlingens formål 13
1.1. Afhandlingens emne 16
2. Emnets afgrænsning 19
3. Metode 21
4. Kort om afhandlingens hovedspørgsmål 23
5. Forskelle i den ophavsretlige grundopfattelse 25
6. Retskilder 27
6.1. Anvendelse af danske retskilder 27
6.2. Anvendelse af udenlandske retskilder 32
6.3. Anvendelse af supranationale retskilder 33
7. Retspolitiske betragtninger 33
8. Reglernes historie 34
8.1. Træk af udviklingen frem til 1961 34
8.2. Træk af udviklingen frem til 1992 36
8.3. Udviklingen fra 1992 til 2004 37
9. Kort om terminologi 42
10. Plan for fremstillingen 43

Kapitel 2
Ophavsrettens internationale karakter 45
1. Indledning 45
2. De internationale konventioner 46
2.1. Indledning 46
3. EU-harmoniseringer 51
3.1. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF om håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder 55
3.2. Erstatning 67
3.3. KOM (2003)427 81

Kapitel 3

Sanktioner og bevissikring ... 85
1. Indledning ... 85
2. Fogedforbud ... 86
2.1. Bestemmelsen i retsplejelovens § 641, stk. 1 ... 88
2.2. Bestemmelsen i retsplejelovens § 641, stk. 2 ... 89
2.3. Betingelser for nedlæggelse af fogedforbud ... 97
2.4. Retsvirkning af nedlæggelse af forbud ... 102
2.5. Overtrædelse af forbud ... 103
2.6. Svensk ret ... 104
2.6. Svensk ret ... 104
2.7. Passivitet ... 105
2.8. Markedsføringslovens § 13 ... 107
2.9. Reglernes anvendelighed ... 108
3. Retsplejelovens kapitel 57a om bevissikring ... 111
3.1. Baggrund ... 111
3.2. Formål ... 113
3.3. Bevissikring ... 113
3.4. Svensk ret ... 120
4. Isoleret bevisoptagelse ... 121
5. Edition ... 122
6. Ransagning ... 123
7. Inddragelse m.v. ... 124
8. Påtale ... 127
9. Straf ... 132
9.1. Lov nr. 352 af 19.05.2004 om It-kriminalitet m.v. ... 132
9.2. Subjektive betingelser for straf ... 136
9.3. Strafsubjektet ... 140
9.4. Bøde- og strafudmåling ... 141
9.5. Svensk ret ... 143
10. Retshåndhævelsesdirektivet ... 144
10.1. Direktivets enkelte bestemmelser ... 145
10.2. Konklusion ... 154
11. Samlet konklusion og vurdering ... 155

Kapitel 4

De grundlæggende principper i ophavsretslovens § 83 159
1. Indledning 159
1.1. Erstatningsreglernes funktion, principper og formål... 160
1.2. Introduktion til bestemmelsen i ophavsretslovens § 83 161
1.3. Bestemmelsens anvendelsesområde 162
2. Anvendelse af erstatningsbestemmelserne i de øvrige eneretslove 163
2.1. Immaterialretslovgivningen samt den nordiske ret 164
3. Erstatningssubjekterne 172
3.1. Definition af rettighedssubjektet i § 83, stk. 1 og 2 ... 172
3.2. Definition af rettighedssubjektet i § 83, stk. 3 175
3.3. Definition af erstatningssubjektet 176
4. Forsæt og uagtsomhed 182
4.1. Uagtsomhed 182
4.2. Forsæt 190
4.3. God tro 192
5. De øvrige betingelser for erstatningsansvar 193
5.1. Retsstridighed 194
5.2. Årsagssammenhæng 194
5.3. Adækvans 197
5.4. Tab 197
5.5. Egen skyld 198
5.6. Tabsbegrænsningspligt 199
6. Grundlæggende om bestemmelsen i § 83 200
6.1. Indledning 200
6.2. Forholdet mellem de gamle og de nye regler 201
6.3. Delkonklusion 204
7. Rimeligt vederlag for udnyttelsen 205
7.1. Dansk rets stilling til begrebet 205
7.2. Rimeligt vederlag i medfør af de øvrige eneretslove . 215
7.3. Svensk ret 217
7.4. Norsk ret 218
7.5. EU-rettens stilling til begrebet 220
7.6. De internationale retskilders anvendelse af begrebet.. 222
8. Erstatning for yderligere skade 222
8.1. Rettighedshaverens tab 223
8.2. Krænkerens fortjeneste 238
8.3. Norsk ret 240
9. Erstatning for overtrædelse af ophavsretslovens kapitel 6a 241

10. Ophavsretslovens § 83, stk. 2 243
10.1. God tro 243
10.2. Rimelighedsbedømmelsen 244
10.3. Den indvundne fortjeneste 244
11. Ophavsretslovens § 83, stk. 3 245
11.1. Beskyttelseskredsen 246
12. Erstatningsansvarslovens §§ 24 og 26 248
12.1. EAL § 24 248
12.2. EAL § 26 250
13. Foreløbig konklusion 251

Kapitel 5
Introduktion til retspraksis 255
1. Indledning 255
2. Ophavsretslovens anvendelsesområde 255
2.1. Kravet om originalitet i ophavsretsloven 258
3. Kort om beskyttelse i medfør af markedsføringsloven 263
3.1. Norsk og svensk ret 265
3.2. Erstatning for overtrædelse af markedsføringsloven 266
4. Anvendelse af retspraksis 268
4.1. Indledning 268
4.2. Anvendelse af retspraksis med hjemmel i de øvrige eneretslove 268
4.3. Anvendelse af nordisk retspraksis 271
4.4. Anvendelse af retspraksis med hjemmel i markedsføringsloven 272
5. Forhandlingsmaksimen 272
6. Skønsudøvelsen 273
7. Systematikken ved gennemgang af retspraksis 274

Kapitel 6
Retspraksis om erstatning efter vederlagsreglen 275
1. Analyse af retspraksis 275
2. Retspraksis før 1995 275
3. Retspraksis efter 1995 277
3.1. Dansk retspraksis om vederlagsbestemmelsen 277
3.2. Retspraksis med hjemmel i de øvrige eneretslove 296
3.3. Svensk retspraksis 306
4. Erstatning i tilfælde af god tro, jf. § 83, stk. 2 313
5. Godtgørelse for ikke-økonomisk skade, jf. § 83, stk. 3 315
6. Konklusion 320

Kapitel 7
Retspraksis om erstatning efter de almindelige erstatningsregler 327
1. Indledning ... 327
2. Afsætningstab ... 329
2.1. Ophavsmandens salgsnedgang ... 330
2.2. Krænkerens salg og ophavsmandens fortjeneste ... 334
2.3. Krænkerens fortjeneste ... 340
3. Markedsforstyrrelse ... 340
4. Andre tab ... 344
4.1. Samspillet mellem erstatning for andre tab og markedsforstyrrelser ... 345
5. Markedsføringsloven ... 346
5.1. Afsætningstab ... 348
5.2. Markedsforstyrrelser ... 355
5.3. Licensbetragtninger? ... 356
6. Konklusion ... 361

Kapitel 8
Bevis ... 367
1. Indledning ... 367
2. Bevisvurdering og bevisbyrde ... 368
3. Ansvarsgrundlag ... 370
4. Årsagssammenhæng ... 370
5. Erstatningskravet ... 371
5.1. Rimeligt vederlag ... 373
5.2. Afsætningstab ... 376
5.3. Markedsforstyrrelser ... 379
5.4. Andre tab ... 382
5.5. Godtgørelse for ikke-økonomisk skade, jf. § 83, stk. 3 383
5.6. Bevisets karakter ... 384
6. Konklusion ... 388

Kapitel 9
Konklusion og afsluttende bemærkninger ... 393
1. Konklusioner ... 393
1.1. Det rimelige vederlag ... 395
1.2. Afsætningstab ... 399
1.3. Markedsforstyrrelser ... 402
2.4. Principper for udmåling af godtgørelse for ikke-økonomisk skade ... 404
2. Retspolitiske betragtninger ... 404

2.1. Fogedforbud 405
2.2. Kompensationens karakter 406
2.3. Retsøkonomiske betragtninger 409
3. Afsluttende bemærkninger 414

Resumé 415
Summary 419
Forkortelsesliste 423
Litteraturfortegnelse 425
Betænkninger 432
Stikord 439

Kapitel 1

Indledning

1. Afhandlingens formål

Erstatning for krænkelse af ophavsrettigheder gives med hjemmel i ophavsretslovens § 83. Erstatning udmåles som et rimeligt vederlag for udnyttelsen, samt erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte medføre, jf. § 83, stk. 1 in fine. Desuden kan dansk rets almindelig erstatningsregler finde anvendelse. Ophavsretsloven indeholder ingen regler, der regulerer selve erstatningsberegningen uden for de tilfælde, hvor krænkelsen er sket i god tro, jf. § 83, stk. 2. Erstatningen er i disse tilfælde maksimeret til krænkerens fortjeneste.

Formålet med afhandlingen er dels at foretage en analyse af begreberne i ophavsretslovens § 83, dels at foretage en undersøgelse af, *om* der i dansk ret eksisterer gældende principper for, hvorledes erstatningen udmåles, når en eksisterende ophavsrettighed er krænket.[1] Det er flere forfatteres opfattelse, at området er behæftet med betydelig retsusikkerhed, og at det derfor er yderst vanskeligt at forudsige retstilstanden, når der foreligger en given krænkelse.[2] Dette skyldes primært, at erstatningsudmålingen stort set altid beror på et skøn, og at grundlaget for skønsudøvelsen vanskeligt kan udledes af den foreliggende retspraksis. Det vil igennem analyserne også blive muligt at afdække, hvorvidt erstatningsudmålingen sker efter forskellige principper, alt afhængig af hvilken skyldgrad den krænkende part har udvist, og hvilken værkstype der er udsat for krænkelse.

Ophavsretsloven yder retsværn for adskillige, i princippet et ubegrænset antal, værksarter, og er den del af retssystemet, der regulerer rettigheder over kunst og litteratur.

> Beskyttet af ophavsretsloven, jf. dennes § 1, er således ethvert litterært eller kunstnerisk værk, det være sig skønlitteratur, faglitteratur, musikværker, billedkunst, grafik, film, sceneværk, fotografisk værk, bygningskunst, brugskunst, kort og teg-

1. Jf. umiddelbart nedenfor om emnets afgrænsning.
2. Jf. nedenfor i note 20.

ninger i grafisk eller plastisk form, varemærker, spil, software,[3] multimediearbejde og audiovisuelle produkter. Lovens § 1 indeholder ikke en udtømmende opregning men alene en eksemplifikation, hvilket fremgår af motiverne til 1961-loven (FT 59/60 Tillæg A, spalte 2683) samt lovteksten in fine, hvor det fremgår, at værker »der er kommet til udtryk på en anden måde« nyder beskyttelse.

Reglerne i ophavsretsloven fastslår, at *alene* frembringeren har rettighederne over sin frembringelse og skal give samtykke, såfremt der skal ske en udnyttelse af det beskyttede værk. De enerettigheder frembringeren har, er retten til at råde over værket ved eksemplarfremstilling og tilgængeliggørelse for offentligheden, samt retten til at oversætte eller på anden måde omarbejde værket. Eksisterede en sådan beskyttelse ikke, ville frembringeren være uden økonomiske og ideelle rettigheder, så snart værket var kommet til offentlighedens kundskab i en form, der kan benyttes til reproduktion.

Immaterialretten, og dermed ophavsretten, er en disciplin, der balancerer på kanten mellem offentlig ret og privat ret. Den ophavsretlige regulering skal søge at finde en balance mellem de udøvende kunstneres interesse i, at deres værker beskyttes bedst muligt mod efterligninger, og almenhedens interesse i at kunne operere i det kunstneriske rum uden for mange restriktioner.

Det er karakteristisk, at ophavsretslovens dækningsflade er blevet udvidet i takt med den teknologiske udvikling, og loven dækker nu områder, der ligger fjernt fra de oprindeligt tiltænkte.[4] Endvidere er selve værksdefinitionen blevet udvidet, idet man har fundet det hensigtsmæssigt at sidestille visse arbejder, for eksempel edb-programmer, med de velkendte former for værker, jf. ophavsretslovens § 1, stk. 3.

Ophavsretslovens § 83 regulerer det kompensationsspørgsmål, der opstår, når der foreligger en ophavsretlig krænkelse. I medfør af bestemmelses stk. 1 har den, der forsætligt eller uagtsomt begår en ophavsretlig krænkelse, pligt til at udrede et rimeligt vederlag for udnyttelsen, samt erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført. I medfør af § 83, stk. 2 kan der tilkendes den forurettede vederlag og erstatning efter stk. 1, uanset den krænkende har handlet i god tro. Denne kompensation skal dog kun erlægges i det omfang, det skønnes rimeligt, og er maksimeret til krænkerens fortjeneste. Er ophavsmandens rettigheder

3. Beskyttelse af edb-programmer er reguleret i direktiv 250/1991/EØF og behandles nærmere nedenfor i kapitel 4, afsnit 9.
4. Jf. nedenfor i afsnit 8 om reglernes historie. Om ophavsrettens udvikling mod beskyttelse af de nye teknologiske fænomener, se *Per Jonas Nordell*: The Notion and Originality – Redundant or not?, NIR2001.73.

krænket ved retsstridigt forhold, kan der tilkomme ham en godtgørelse for ikke-økonomisk skade, jf. § 83, stk. 3.

Afhandlingen omhandler hele indholdet af § 83, og der skelnes ikke overordnet i terminologien mellem vederlag og erstatning i dette indledende kapitel. Erstatningsbegrebet dækker således også begrebet vederlag. I kapitlerne 4-7, hvor der foretages en indgående analyse af erstatningsudmålingen og principperne herfor, skelnes der dog mellem erstatning og vederlag.

Bestemmelsen i § 83 om tilkendelse af et rimeligt vederlag for ophavsretlige krænkelser blev indsat i ophavsretsloven i 1995. Dette begreb analyseres indgående, da det i ophavsretslig henseende er forholdsvist nyt, og har den vigtige betydning, at ophavsmanden har krav på et sådant vederlag, uden at han behøver at have ført bevis for at have lidt et tab. Forinden bestemmelsen om rimeligt vederlag fandtes, blev der alene givet erstatning efter dansk rets almindelige regler om erstatning uden for kontraktforhold. Dommene afsagt før 1995 er stadig af interesse, da der efter den nuværende retstilstand fortsat er mulighed for at give erstatning for krænkelser efter de almindelige regler om erstatning uden for kontraktforhold. Der blev da også i nogle enkelte afgørelser fra før 1995 skelet til reglerne om rimeligt vederlag, der på dette tidspunkt fandtes i de øvrige eneretslove, for eksempel patentloven.[5] Desuagtet har bestemmelsen om tilkendelse af et rimeligt vederlag haft vanskeligt ved at slå igennem i retspraksis. At bestemmelsen nu findes har dog enkelte konsekvenser for vurderingen af retstilstanden før 1995. Afgørelser, der ikke tilkender erstatning på grund af manglende dokumentation for eller sandsynliggørelse af tab, kan således ikke tillægges afgørende vægt for så vidt angår selve udmålingsspørgsmålet.

Genstand for behandling i afhandlingen er således også det spørgsmål, om retstilstanden er blevet mere gennemsigtig og styrket ved indførelsen af reglen om tilkendelse af et rimeligt vederlag. Der vil endvidere blive taget stilling til, om domstolene udnytter potentialet i bestemmelsen i § 83, når erstatningen skal udmåles.

Ansvarsgrundlaget for erstatningssanktionen spænder fra simpel uagtsomhed til forsæt. I medfør af § 83, stk. 2 skal der også betales erstatning for krænkelser begået i god tro. Erstatningsbestemmelserne skal således rumme både krænkelser begået i god tro og krænkelser begået med forsæt. Krænkelser begået med forsæt kan nærme sig professionel kriminalitet, men kan også være udtryk for en gennemtænkt snyltning på et forretningsområde udviklet af en konkurrent. Det kan således tænkes, at de dramatiske forskelle i skyldgraderne har betydning ved erstatningsud-

5. Se f.eks. U1978.901V og U1984.201Ø.

målingen. I afhandlingen vil der blive taget stilling til, i hvilket omfang dette kan antages at være tilfældet.

Ophavsretten favner i dag værksarter, der ligger langt fra den oprindelige »rene kunst«. En væsentlig del af de i ophavsretsloven beskyttede objekter er af meget stor økonomisk værdi for frembringeren. Det konkluderes i det afsluttende kapitel 9, om den erstatning, der udmåles for ophavsretlige krænkelser, er influeret af, hvilken værkstype der er udsat for krænkelse. Da værksarter som musik, film og edb-programmer, repræsenterer store økonomiske værdier, undersøges det, om dette faktum har nogen indflydelse på erstatningsudmålingen, herunder om erstatningsniveauet i denne type sager er blevet hævet. I afhandlingen benævnes de nævnte værksarter ofte som *de teknisk reproducerbare værker* eller som *værker, der grundes på den moderne teknologi*.

1.1. Afhandlingens emne

Afhandlingens emne er valgt, fordi det er af teoretisk interesse at foretage en analyse af erstatningsudmålingen for ophavsretlige krænkelser og dermed undersøge, om der af den nuværende retsstilling kan udledes principper herfor. Dette skal ske under særlig hensyntagen til bevisførelsens karakter og de af parterne påberåbte påstande og anbringender. Dette ses ikke tidligere at have været genstand for udtømmende behandling. Mogens Koktvedgaard anførte i sin tidligere artikel om de ophavsretlige sanktionsmuligheder i Juristen 1966.49, at: »Medens strafansvaret er uden betydning i det praktiske retsliv, er ophavslovens erstatningsregler af den allerstørste betydning. Bortset fra adgangen til at hindre ophavsretlige krænkelser gennem forbud og lign., står man her overfor ophavsrettens vigtigste sanktion. Spørgsmålet om erstatning for ophavskrænkelser hører til disciplinens vanskeligste emner«.

Emnet er også af praktisk relevans for såvel rettighedshavere som disses rådgivere og er naturligvis den sanktion, ud over forbudsnedlæggelsen, der interesserer rettighedshaveren mest. Dette skyldes, at der knytter sig stadigt voksende økonomiske interesser til immaterielle rettigheder – både for udøvende kunstnere og for erhvervsvirksomheder. Således er en del vestlige landes eksportmarkeder i høj grad præget af eksport af immaterielle rettigheder, særligt værker beskyttet af ophavsretsloven, ligesom den moderne teknologis udvikling sætter afgørende præg på den lovgivning, der bliver foreslået og vedtaget netop i disse år.[6]

6. Jf. f.eks. *Jens Schovsbo*: Ophavsrettens monopolproblemer, Ånd og Rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen.

Den særlige regel i § 83, stk. 1 om rimeligt vederlag er som nævnt af forholdsvis nyere dato, og giver anledning til en række særlige problemer. Disse er primært spørgsmålet om fastlæggelse af et beregningsgrundlag og, ikke mindst, bevisførelsen i den forbindelse. Reglen har på nuværende tidspunkt eksisteret i ophavsretsloven i 10 år, hvorfor det nu kan vurderes, hvorvidt erstatningsudmåling sker med større sikkerhed og på et mere gennemsigtigt grundlag end tidligere, hvor erstatning alene kunne gives med baggrund i de almindelige erstatningsretlige regler. Lige så længe de immaterialretlige regler har eksisteret, har det været en gængs opfattelse, at erstatningsreglerne dels er for svage til reelt at have nogen præventiv effekt, og dels at de udmålte erstatninger er for lave. Frem til 1995 har dette ikke haft nogen synderlig effekt på lovgiver. Herefter blev der dog i ophavsretsloven givet mulighed for en minimumserstatning ved indførelse af reglen om rimeligt vederlag.

Ved en gennemgang af retspraksis kan konstateres, at de rejste erstatningskrav i forbindelse med sager om ophavsretlige krænkelser for de fleste vedkommende meget langt fra imødekommes. Det kan konstateres, at rettighedshaveren i mange tilfælde ikke kan løfte den påhvilende bevisbyrde i tilstrækkeligt omfang. Dette er især tilfældet i sager, hvor der nedlægges påstand om erstatning for rettighedshaverens tab efter de almindelige regler om erstatning, men ses også i sager, hvor der anlægges et vederlagssynspunkt. Som en del af analysen foretages en opstilling af hvilke bevismidler, der anvendes i denne type sager, samt kravene til den bevisbyrde, der uomtvisteligt påhviler ophavsmanden.

Kommissionen fremsatte i 2003 et direktivforslag, KOM 2003(46), om håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Forslaget blev, efter en række ændringer, vedtaget den 29. april 2004 som direktiv 2004/48/EF.[7] Direktivet skal være gennemført senest 24 måneder efter vedtagelsen, det vil sige inden den 29. april 2006. Direktivet, der indgående behandles i kapitel 2, indeholder nogle bestemmelser, der kan få stor indflydelse på de problemstillinger afhandlingen omhandler, om lovgiver vil. Direktivets bestemmelser medinddrages endvidere løbende i afhandlingen, ligesom der tages stilling til, om den danske retsstilling vil blive berørt af direktivets bestemmelser.

I et særligt retspolitisk kapitel vil der også, under hensyntagen til indholdet af direktiv 2004/48/EF, blive reflekteret over, hvorledes det kan gøres muligt at træffe mere ensartede og forudsigelige afgørelser og dermed skabes større retssikkerhed. Dette både i relation til erstatningsudmålingen og i relation til løft af den bevisbyrde, der påhviler ophavsmanden.

7. 2004 nr. L 157/45.

Betragtningerne vil berøre spørgsmålet om hvilke bevismidler, der vurderes at være hensigtsmæssige, og spørgsmålet om det vil være muligt at opstille faste kriterier for hvilken bevisbyrde, der skal løftes i relation til erstatningsudmålingen, når denne bygger på et skøn.

Fremdeles vil der i denne sammenhæng blive taget stilling til, om den tilkendte erstatning giver den krænkende part »tilstrækkelig« kompensation, herunder om krænkeren kan siges at beneficere af krænkelsen, uanset der skal udredes erstatning. Der er selvsagt åbenlys forskel på, om kompensationen ækvivalerer den krænkedes tab eller krænkerens gevinst. Som lovgivningen umiddelbart er formuleret i Danmark og Sverige, er der ikke mulighed for at tillægge erstatning svarende til krænkerens gevinst. Retsstillingen er lidt anderledes i Norge, hvor ophavsmanden kan kræve krænkerens nettofortjeneste udbetalt. I anglosaxisk ret opererer man i sager om krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder med begrebet »unjust enrichment«. Begrebet, der i dansk ret kendes som det almindelige ulovfæstede berigelseskrav, anvendes i denne type sager som støtte for en påstand om fralæggelse af uretmæssig opnået berigelse. Erstatningskravet tager dermed udgangspunkt i krænkerens gevinst. Denne retsstilling åbner således mulighed for idømmelse af erstatningsbeløb, der ligger langt højere end det dokumenterbart lidte tab. En sådan retstilstand er der hidtil blevet taget umiddelbart afstand fra i de europæiske retssystemer. Spørgsmålet er imidlertid, om denne retsopfattelse kan opretholdes. Dels åbner direktiv 2004/48/EF mulighed for at tillægge krænkerens fortjeneste betydning ved erstatningsudmåling, og dels kan der måske i anden europæisk lovgivning og retspraksis anes tegn på, at skråsikkerheden i opfattelsen er under afvikling. Der søges til dels konkluderet herpå i afhandlingens dogmatiske afsnit.

Problemstillingen åbner op for det helt generelle retspolitiske spørgsmål om, hvorvidt ophavsmandens økonomiske interesser primært skal beskyttes, eller om det i stedet *kunne* være målet med beskyttelsesreglerne at sikre økonomisk efficiens. Retsbrud kan i visse tilfælde tænkes at tjene samfundsøkonomiske interesser. Krænkeren kan have mulighed for at udnytte den ophavsretligt beskyttede genstand mere effektivt og dermed medvirke til samfundsmæssig værdiskabning. Endvidere kan reglerne om erstatning – i teorien – tænkes at medføre overbeskyttelse på markedet. Det betyder, at en stærk beskyttelse og høj erstatningsudmåling kan afholde fra *lovlig virksomhed.* Derfor må også denne problemstilling drøftes. Dette vil dog alene ske i summarisk form og kan ikke betragtes som andet end retspolitiske bidrag og kommentarer.

2. Emnets afgrænsning

Ved behandling af afhandlingens emner tages der udgangspunkt i, at der eksisterer et værk beskyttet af ophavsretsloven, og at der foreligger en konstaterbar krænkelse af værket. En krænkelse foreligger, hvor andre end den efter loven berettigede person, på retsstridig måde, anvender det beskyttede værk. I kapitel 4 behandles de almindelige erstatningsretlige principper, der kan udledes af § 83. Ansvarsgrundlaget i medfør af § 83 er forsætlige eller uagtsomme overtrædelser af lovens bestemmelser. Er det først konstateret, at der er ansvar for krænkeren, er rettighedshaveren berettiget til fuld erstatning, og det spiller i den forbindelse ingen rolle, hvorvidt ansvarsgrundlaget er objektivt eller beror på en culpavurdering. Dette er det teoretiske udgangspunkt.[8] Det er dog almindeligt anerkendt i såvel teori som praksis, at skyldgraden kan influere på selve erstatningsudmålingen.[9] Bestemmelsen i ophavsretslovens § 83, stk. 2 giver mulighed for at pålægge krænkeren at udrede vederlag og erstatning, selv om krænkelsen er begået i god tro, i det omfang det skønnes rimeligt. Såvel ansvarsgrundlag som rimelighedsvurderingen er genstand for behandling.[10]

Udenfor behandling er problemstillingerne omkring aftalelicenser og tvangslicenser.

Spørgsmålet om ophavsrettens stiftelse, ophavsrettens genstand, herunder spørgsmålet om værkshøjde[11], spørgsmålet om beskyttelsens subjekt samt selve krænkelsesvurderingen er kort behandlet i kapitel 5, der er en introduktion til den gennemgang af retspraksis, der følger i kapitel 6 og 7. Der sigtes ikke til en udtømmende behandling af de spørgsmål, som disse emner rejser, men alene til en fastlæggelse af begreber m.v., hvilket anses for hensigtsmæssigt forinden retspraksis analyseres.

I kølvandet på internettets kommercielle gennembrud er der opstået en række ophavsretlige problemstillinger – især spørgsmålet om spredning af ophavsretligt beskyttet materiale via internettet. Når spørgsmålet om erstatning for krænkelser af værker tilknyttet den moderne teknologi behandles, vil det i et vist omfang blive nødvendigt at redegøre for både problemer omkring værkshøjde, den beskyttede genstand samt krænkelsesproblematikken. Disse redegørelser er korte og tjener alene det formål at kunne behandle spørgsmålet om erstatningsudmåling på forstå-

8. Se uddybende herom *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold p. 77 ff., hvor der redegøres for modifikationer til dette udgangspunkt.
9. Se f.eks. *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold p. 173 med henvisninger.
10. Se nærmere nedenfor kapitel 4, afsnit 10.1 og 10.2.
11. Emnet behandles indgående i *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten.

lig facon, således at der ikke hersker tvivl om betydningen af de anvendte begreber.

Ophavsretlige krænkelser kan finde sted såvel *uden for* kontraktsforhold som *i* kontraktsforhold. For eksempel kan reglerne, der regulerer vilkårene for retsforholdet mellem ophavsmand og erhververen af ophavsretten, overtrædes, således at der foreligger en ophavsretlig krænkelse, der kan sanktioneres med erstatning. Denne erstatning kan have karakter af både erstatning for den ophavsretlige krænkelse og erstatning for kontraktsbrud. Denne problemstilling behandles ikke i denne afhandling, hvor *udelukkende* erstatningsproblematikken, der opstår ved krænkelser uden for kontraktforhold, beskrives. Det lægges således til grund, at der er tale om krænkelse begået af en person, der ikke har noget bestående aftaleretligt forhold til ophavsmanden, og at der dermed foreligger et rent deliktsansvar.[12]

Sagsomkostningsspørgsmålet er også af betydelig praktisk interesse og for brugerne af retssystemet tæt forbundet med erstatningsproblematikken. På dette område hersker der tillige blandt flere praktikere en opfattelse af, at de tillagte sagsomkostninger lider af samme mangel som de tilkendte erstatninger. Dette spørgsmål ligger imidlertid uden for rammerne af afhandlingen.

Emnet afgrænses endvidere ved, at der primært tages udgangspunkt i dansk ret, inklusive de EU-direktiver, der er inkorporeret i den danske ophavsretslovgivning. Der er dog den væsentlige modifikation til dette, at Danmark har tiltrådt de væsentligste internationale konventioner på området for intellektuelle ejendomsrettigheder. Det betyder, at fortolkningen af ophavsretslovgivningen skal ske i lyset af det internationale samarbejde på dette område, ligesom retsstillingen i udlandet kan få indflydelse på fastlæggelsen af gældende ret i Danmark. De internationale konventioner inddrages i afhandlingen, når formålet tilsiger det. I det omfang afhandlingens emner er reguleret EU-retligt, uden inkorporering har fundet sted, eller der er fremsat forslag til EU-retlig regulering, inddrages dette naturligt i afhandlingen – dels løbende og dels i særskilte afsnit.

Der er tradition for en udstrakt grad af retsenhed på ophavsrettens område i Norden. Derfor har retspraksis fra Norden særlig interesse. Især svensk lovgivning og retspraksis vil blive citeret i afhandlingen. Det skyldes, at

12. Det kan spørges, hvad rationalet bag sondringen mellem kontrakts- og deliktsansvar er. Som konkluderet af *Bernhard Gomard*: Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold, p. 46, opstilles særlige erstatningsretlige regler for kontraktsansvar fordi det særlige forhold mellem parterne efter omstændighederne kan give grund til at fravige de almindelige erstatningsregler. Ansvarsgrundlaget for delikter er retsordenens almindelige regler, mens ansvarsgrundlaget i kontraktsretten følger af aftalen, og krænkelse af den pligt kontrakten pålægger.

den danske og den svenske lovgivning stort set er sammenlignelige. Interessant er det imidlertid, at den norske ophavsretlige erstatningsregel adskiller sig på væsentlige punkter fra den danske. Forskelle og uligheder vil blive påpeget, og især i de retspolitiske afsnit vil den norske retstilstand blive anvendt som inspiration.

Spørgsmålet omkring anvendelse af retskilder behandles nedenfor i afsnit 7.

3. Metode

Til grund for afhandlingen ligger primært anvendelse af den traditionelle retsdogmatiske metode. Da store dele af afhandlingen bygger på fortolkning og domsanalyse, er dette det primære udgangspunkt for afhandlingens konklusioner.[13]

Der tages dermed afsæt i den traditionelle juridiske metode eller retskildelæren, hvor de anerkendte retskilder på området anvendes og fortolkes. Retskildernes antal er blevet diskuteret i den juridiske teori.[14] I nærværende afhandling betragtes lovgivning, forarbejder, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur som retskilder.[15]

Mads Bryde Andersen gør sig i sin disputats fra 1988, Edb og Ansvar, samt i IT-retten fra 2001, til talsmand for anvendelse af en særlig analytisk metode til håndtering af IT-retlige problemstillinger. Dette begrundes primært med mangel på retskilder på området samt med, at de almindelige retsregler ikke tager højde for teknologiens særpræg. Det betyder, at man i vidt omfang må analysere sig frem ved at tage højde for teknologiens særpræg og ved hjælp af analogier fra andre retsområder.[16]

Betydningen af denne særlige analytiske metode er vanskelig gennemskuelig, idet det forhold, at et retsområde er præget af teknologiens særlige kendetegn, hvilket efterhånden også præger ophavsretten, næppe berettiger anvendelsen af en speciel juridisk metode til løsning af problemer indenfor dette område. Det er således min opfattelse, at IT-området, herunder den del af ophavsretten der naturligt omhandler IT-retlige problemer, kan håndteres ud fra de sædvanlige anerkendte metoder, herunder den almindelige retsdogmatiske metode. En hjælp på dette område vil være at inddrage

13. Om den retsdogmatiske metode, se f.eks.: *Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller*: Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære, p. 212 ff.
14. Se f.eks. *Svend Gram Jensen*: Almindelig retslære – en introduktion, 2. udgave 1993, p. 194 og *Peter Blume*: Juridisk Metodelære, 3. udg., p. 61 ff.
15. Om retskilder se umiddelbart nedenfor i afsnit 7.
16. *Mads Bryde Andersen*: Edb og Ansvar p. 33-39, 66 og kapitel 3–4 samt IT-retten p. 71 og 72.

beslægtede retsområder, ligesom at inddrage fremmed ret i det omfang, det kan anvendes som inspiration til løsning af de problemer, dette område rejser. Disse problemer er tydeligvis ens i de fleste lande med samme teknologiske udvikling som Danmark.

Hovedsigtet med denne afhandling er at fastslå, hvad der er gældende ret, *de lege lata*. Afhandlingens formål tilsiger, at der vil fremkomme *de lege feranda* og *de sententia ferenda* betragtninger. Disse vil primært være placeret i særlige retspolitiske afsnit med det formål at holde den øjeblikkelige danske retsstilling op imod de fremtidige udviklingsmuligheder.

Som det fremgår af de ovenstående afsnit skrives afhandlingen indenfor et område, der er under hastig udvikling. Derfor vil der være et særligt retspolitisk afsnit. Ved behandlingen af de særlige retspolitiske problemstillinger tjener det ikke noget formål *udelukkende* at skrive på baggrund af den traditionelle retsdogmatiske metode.

Der anlægges i disse afsnit en supplerende synsvinkel, hvor der trækkes forbindelseslinjer til andre videnskaber – i nærværende tilfælde den økonomiske. Retsøkonomi er økonomisk teori anvendt på regler og praksis på det juridiske område.

Den retsøkonomiske tankegang stammer primært fra USA (Law and Economics), hvor den op igennem de seneste 40 år har påvirket såvel retspraksis som den generelle juridiske tankegang.[17] Metoden har trangere kår i Europa, men vinder langsomt indpas i de europæiske lande.[18]

Teorien forudsætter, at retsregler udformes således at samfundets ressourcer anvendes *efficient*, det vil sige samlet set genererer den bedste samfundsmæssige økonomiske situation. Økonomisk efficiens er således rationalet i den retsøkonomiske teori.[19] Det er væsentligt at bemærke, at retsøkonomisk metode ikke er en retskilde, der anvendes til at bestemme retsstillingen *de lege lata*.

Den retsøkonomiske teori kan benyttes på flere forskellige måder og med flere formål for øje. Metoden anvendes ved vurdering af de økonomiske konsekvenser af en given retsstilling eller lovregulering. Retsøkonomien analyserer altså juraen ved hjælp af økonomiske teorier.[20] De retsøko-

17. Som de tidligere amerikanske hovedværker regnes f.eks. *Ronald H. Coase*: The Problem of Social Coasts, 3 The Journal of Law and Ecomonics, vol. 3, 1960, p. 1-44, *Guido Calabresi*: Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts, 70 Yale Law Journal, 1961 og *Richard A. Posner*, Economic Analysis of law, 2nd edition, 1977.
18. Se f.eks. *Agnete Raaschou Nielsen og Nicolai Juul Foss*: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi og *Göran Skog*: Marknadens vilkår 1988.
19. Jf. *Thomas Riis*: Ophavsret og Retsøkonomi, p. 29.
20. Modsat kontraktsøkonomien, hvor det økonomiske fokus ligger på parternes situation i et givet kontraktuelt forhold.

nomiske teorier appliceres bedst på områder, hvor lovgivningen påvirker økonomisk aktivitet. Der er ingen tvivl om, at lovgivningen på ophavsrettens område påvirker økonomisk aktivitet. Retsøkonomisk metode kan derfor i et vist omfang anvendes til at fastlægge ophavsrettens styrke. Dog skal anvendelsen af retsøkonomiske betragtninger under alle omstændigheder ske med respekt for de ideelle rettigheder og disses formål.

Hensigten med anvendelse af den retsøkonomiske metode er at søge at forklare den eksisterende praksis for erstatningsudmåling ud fra retsøkonomiske teori. Anvendelse af den retsøkonomiske metode sker alene i det konkluderende kapitel 9 om erstatningsudmåling. Anvendelsen sker i afsnittet, der indeholder de retspolitiske synspunkter.

4. Kort om afhandlingens hovedspørgsmål

Som nævnt ovenfor består afhandlingen af en beskrivelse af gældende ret, og er der ud over bygget op omkring nogle spørgsmål, der hensigtsmæssigt præsenteres i nærværende afsnit.

Hovedspørgsmål er, hvorledes erstatningen for ophavsretlige krænkelser beregnes med hjemmel i lovens § 83 – altså et fuldstændig dogmatisk spørgsmål på hvilket der gives et fuldstændig dogmatisk svar. Svaret gives både med baggrund i en analyse af selve bestemmelsen og naturligvis den retspraksis, der knytter sig hertil.

Flere forfattere igennem tiden har gjort sig til talsmænd for, at der idømmes for lave erstatninger for ophavsretlige krænkelser, at det idømte beløb i få tilfælde tilsvarer den nedlagte påstand, og at de ophavsretlige sanktioner ikke er tilstrækkeligt effektive.[21] Det er ikke hovedformålet med afhandlingen i sig selv at føre sandhedsbevis, eller det modsatte, for disse

21. Se f.eks. *Olaf Eskildsen*: Erstatningsberegningen i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, p. 363, *Mogens Koktvedgaard* og *Marianne Levin*: Lärobok i Immaterialret, 6. udg., p. 422, *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved Jens Schovsbo, p. 459, *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udg., p. 80, *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg., p. 224, *Mogens Plesner*: Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder, NIR1986.367, *Marianne Levin*: Noveller i Varumärkesrätt, p. 187 og 189. Fra den mere praktiske synsvinkel udtaler advokat *Vagn Søndergaard* i: 18 retsafgørelser vedrørende enerettigheder, p. 9: »Generelt set har de igennem mange år været forbløffende billigt at krænke en anden parts rettigheder i henhold til Markedsføringsloven, Varemærkeloven, Mønsterloven eller Ophavsretsloven. Og det er det stadig – i hvert fald i det store flertal af sagen. Ofte betaler forbrydelser sig nemlig på dette område. Jeg har […] oplevet talrige eksempler på, at den krænkende part har haft et betydeligt overskud på sine ulovlige aktivitet, når erstatning, godtgørelse og sagsomkostninger er betalt.«

udtalelser. Det lægges blot til grund som værende den ubestridte opfattelse blandt mange forfattere. Opfattelsen deles for så vidt af mange af de øvrige aktører på den ophavsretlige slagmark – det være sig for eksempel ophavsmænd og deres repræsentanter i de store fællesorganisationer – og må betragtes som hovedspørgsmålet i den erstatningsretlige diskussion, ikke blot på ophavsrettens område, men også for så vidt angår de øvrige enerettigheder.

Man kan således spørge, hvorfor dette er opfattelsen. Man kan også forsøge at opstille nogle svar, hvilket ikke er en foregriben af konklusionerne på afhandlingen, men en del af problemformuleringen. Det er alene tale om en opstilling af de mange *mulige* svar eller konklusioner i relation til opfattelsen.

Den primære begrundelse – og den der er lettest at gribe til – kan være, at lovens bestemmelse ikke fungerer. Her i ligger, at lovens burde være anderledes på området, eller med andre ord; der burde gives erstatning på helt andre grundlag og efter helt andre parametre, end tilfældet er i dag. Løsningen er således en lovændring, og argumenterne for dette må nødvendigvis være af retspolitisk karakter.

En anden begrundelse kan være, at loven anvendes forkert af domstolene eller slet ikke anvendes. Domstolene udnytter ikke potentialet i lovgivningen.[22] Dette kan skyldes, at domstolene er bundet af en stærk tradition på området og derfor ikke har taget den nye lovændring fra 1995 til sig, når erstatning skal udmåles. Det kan også skyldes, at domstolene ikke er bevidste om ophavsrettighedernes værdi. Når et ophavsretligt beskyttet produkt krænkes sker der ingen produktskade, men en skade på enerettigheden og indehaveren af ophavsrettens markedsposition. Dette er abstrakte begreber.

En tredje begrundelse kan være, at domstolene anvender en vilkårlig skønsudøvelse, der gør gennemsigtigheden af de afsagte afgørelser vanskelig.

En fjerde begrundelse kan være, at parterne ikke har den fornødne respekt for processen, dvs. at der ikke nedlægges korrekte påstande og anbringender under sagen, og at de fremlagte erstatningsopgørelser tjener som dårlige grundlag for erstatningsudmålingerne. Processens parter kan også tænkes at være for bundne af de stærke traditioner, der hersker på området. Endvidere kræver en grundig gennemgang af en erstatningsopgørelse

22. *Are Stenvik og Ole-Andreas Rognstad* anvender det samme synspunkt i »Hvad er immaterialretten verd?«, Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, p. 511 ff. Synspunktet i artiklen er tilpasset den norske retsstilling, hvor der på ophavsrettens område ikke er mulighed for at tillægge et rimeligt vederlag. I artiklen argumenteres for, at ophavsretsloven efter fortolkning alligevel åbner mulighed herfor.

ofte en gennemgang af et betydeligt regnskabsmateriale, på hvilket område domstolene eller advokaterne ikke altid har særskilt erfaring.

En femte begrundelse er eventuelt, at der stilles for strenge krav til tabsdokumentation og bevis. En sjette begrundelse er måske, at man anvender det forkerte bevis og ikke anvender syn og skøn på erstatningsopgørelserne eller til erstatningsudmåling.

Der er måske behov for nytænkning på området, således at retstilstanden bliver mere gennemsigtig. Det er håbet, at denne afhandling kan bidrage.

5. Forskelle i den ophavsretlige grundopfattelse[23]

I kontinental-europæisk ret og i angloamerikansk ret hersker forskellige ophavsretlige grundopfattelser. Europæisk ret bygger på den franske droit d'auteur-tradition, hvorimod den engelske og amerikanske ret bygger på en copyright-tradition. Den fundamentale forskel på anskuelserne er, hvem der anses for at være den primære indehaver af rettigheder beskyttet af ophavsretten.

Droit d'auteur-modellen beskytter frembringerens interesser, således at det ophavsretlige vederlag i første række tilkommer ham. Endvidere anerkender droit d'auteur-modellen frembringerens ideelle interesse i, at hans værk ikke krænkes eller udvandes gennem efterligninger. I droit d'auteur modellen ligger således en fuld anerkendelse af frembringerens droit moral og ikke alene en anerkendelse af den økonomiske interesse i værket.[24] I den danske ophavsretslov viser droit moral sit ansigt i § 3. Efter stk. 1 har ophavsmanden krav på at blive navngivet i overensstemmelse med, hvad god skik kræver, såvel på eksemplarer af værket, som når det gøres tilgængeligt for almenheden. Efter stk. 2 må værket ikke ændres, eller gøres tilgængeligt for almenheden, på en måde eller i en sammenhæng der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart.[25] Retten efter stk. 1 benævnes *navngivningsretten* eller *fader-*

23. Se mere uddybende om dette *Gillian Davies*, IIC 95, p. 964-989 og *Sterling*, IIC 98/302. Jf. også *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 136, *Peter Schønning*: Ophavsret mellem kulturpolitik og handelspolitik p. 88 ff., Samme: Ophavsloven med kommentarer, 3. udgave p. 59 f. og *Thomas Riis*: Immaterialret og IT p. 19.
24. Om droit moral se *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 52, *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 180 ff., *Torben Lund*: Ophavsret p. 91 ff., *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 136 ff.
25. Se nærmere herom *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 137 ff.

skabsretten. Retten efter stk. 2 benævnes *respektretten.* Ophavsmanden har naturligvis en personlig interesse i, at hans navn knyttes til de fremstillede værker, men han har også en økonomisk interesse heri. Dette kan være i forbindelse med værdiansættelsen af værket, men også i forbindelse med retten til et evt. vederlag for så vidt angår de værkstyper, hvor der foreligger kollektiv rettighedsforvaltning. Der kan således tilkendes erstatning for droit-moralkrænkelser med hjemmel i ophavsretslovens § 83.

Copyright-modellen beskytter primært producenten eller arbejdsgiverens interesser. Denne model bekender sig således primært til den økonomiske interesse knyttet til ophavsrettighederne. Modellen beskytter de væsentlige investeringer, der lægges i værker, der er ophavsretligt beskyttede. Det være sig film, software, litteratur- og musikudgivelser. Det betyder, at det ophavsretlige vederlag styrker virksomhederne og ikke frembringeren. Copyright-modellen giver ingen, eller alene en meget begrænset, beskyttelse af ophavsmandens droit moral, hvilket betyder at der vanskeligt kan gives frembringeren erstatning for manglende navnangivelse. Den ophavsretlige beskyttelse *opstår* for eksempel i amerikansk, engelsk og irsk ret[26] hos arbejdsgiveren,[27] ligesom alene filmproducenten opnår den ophavsretlige beskyttelse til et filmværk. Dermed er disse personer også indehavere af påtaleretten for så vidt angår ophavsretlige krænkelser og subjekter i relation til erstatningsbetalingerne.

Den danske ophavsretslovgivning bekender sig primært til droit d'auteur-modellen. Der er dog i dansk ret efterhånden blevet indført visse bestemmelser, der trækker i retning af en copyright-beskyttelse. Dette er særligt tilfældet for beskyttelse af værker, der af deres natur har baggrund i den moderne teknologi.

Der er for eksempel opstået en producentbeskyttelse for så vidt angår filmværker jf. ophavsretslovens § 58. Bestemmelsen indeholder regler om eksemplarfremstilling og konsumption af spredningsrettigheder, når der er indgået en aftale mellem en udøvende kunstner og en filmproducent om indspilning af en film. Af § 65, stk. 3 fremgår, at en aftale mellem en udøvende kunstner og en filmproducent indebærer, at den udøvende kunstner, i mangel af modstående aftale, formodes at have overdraget sin ret til udlejning af filmen til producenten. Medens § 58 har karakter af en legitimationsregel, drejer § 65 stk. 3 sig om egentlig overgang af materielle rettigheder. Disse bestemmelser lægger sig derved mere op af en copyright-model end af

26. Kun ved ansættelsesforhold inden for medierne.
27. I dansk ret overgår ophavsretten til et edb-program til arbejdsgiveren, hvis programmet er frembragt af en arbejdstager under udførelsen af dennes arbejde eller efter arbejdsgiverens anvisninger jf. ophavsretslovens § 59.

droit d'auteur-modellen, hvilket som nævnt har betydning for såvel påtaleberettigelse som retten til erstatning. Ophavsretslovens § 58 er udformet i overensstemmelse med Bernerkonventionens art. 14, og ophavsretslovens § 65 stk. 3 gennemfører art. 2 stk. 5 i udlejnings- og udlånsdirektivet. Endvidere ligger reglerne om beskyttelse af edb-programmer i ophavsretslovens §§ 36 og 37 nærmere på copyright-modellen end på droit d'auteur-modellen.

Forskellene i den ophavsretlige grundopfattelse har dog alene begrænset betydning. Dette skyldes, at de fleste lande har tiltrådt de ovenfor nævnte internationale konventioner. I Bernerkonventionen gives droit-moral beskyttelse, således at de tiltrædende lande reelt er forpligtede til at respektere de udøvende kunstneres ideelle rettigheder. I praksis ses imidlertid, at ophavsmænd, der er underkastet copyright-traditionen, ikke nyder samme beskyttelse som ophavsmænd, der lever med en droit d'auteur tradition. Dette har naturlige følgevirkninger for erstatningsproblematikken.

6. Retskilder

6.1. Anvendelse af danske retskilder

I afhandlingen anvendes samtlige traditionelle danske retskilder.

Der har ikke altid i den juridiske teori hersket enighed om, hvad der kan betegnes som retskilder. Ud over lovgivning, retspraksis, sædvaner og forholdets natur betragtes analogislutninger, almindelige retsprincipper og lovens ånd af nogle forfattere som retskilder af sekundær natur. Det vil sige, at disse kilder finder anvendelse, hvis loven eller sædvanen ikke angiver løsningen på et givet problem.[28] Sondringen mellem primære og sekundære retskilder eksisterer stort set ikke længere i den danske retskildeteori.[29]

I dag sondres der i den nordiske retskildeteori mellem deskriptiv og normativ retskildeteori. Den deskriptive retskildeteori hylder den opfattelse, at der ikke kan sondres mellem retskilderne og den juridiske metode, dvs. der kan ikke sondres mellem selve beskrivelsen af retskilderne og den måde, hvorpå de anvendes.[30] Det betyder, at man som retskilde inddra-

28. Se for eksempel *Viggo Bentzon*: Skøn og Regel.
29. Denne anvendes ikke af *Alf Ross* i: Om ret og retfærdighed, 3. udgave. Om retskildelæren se også: *Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller*: Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære, p. 277 ff.
30. Se f.eks. *Torstein Eckhoff*: Retskildelære, p. 18 ff.

ger de omstændigheder eller momenter, som dommeren i en given sag lægger vægt på ved anvendelse af lovgivningen.[31] For eksempel anses lovforarbejder ifølge den deskriptive retskildeteori som en retskilde.

Ifølge den normative retskildeteori sondres der derimod mellem retskilderne og den juridiske metode. Den juridiske metode forstås som den måde, hvorpå retskilderne anvendes. Den normative retskildeteori tager stilling til, hvilke betingelser der skal være opfyldt før retskilderne kan anses for at være forpligtende.

I denne afhandling forstås retskilder som lovgivning, forarbejder, retspraksis, sædvaner og til dels forholdets natur, dvs. den normative retskildeteori lægges til grund. Der opereres ikke med nogen rangorden mellem disse retskilder.[32] Det betyder at fortolkningsreglerne alene bliver anvendt som et vejledende retligt materiale.

Endvidere anvendes den foreliggende litteratur på området. Den juridiske litteratur karakteriseres ikke som en retskilde, men yder dog et ikke ubetydeligt bidrag til fortolkning af de eksisterende retskilder. Litteraturen har derfor alene vejledende karakter. Litteraturen på området er ganske omfattende. Det har derfor været nødvendigt at foretage en prioritering af, hvorledes litteraturen anvendes i afhandlingen. Der henvises i noterne til de primære værker, hvor den pågældende problemstilling behandles, men det ligger udenfor afhandlingens rammer indgående at beskrive og henvise til samtlige litteraturforekomster i den nordiske litteratur.

Lovgivningen på området er naturligvis primært ophavsretsloven. Som det fremgår ovenfor i afsnit 5, har ophavsretslovgivningen gennemgået omfattende ændringer igennem se seneste 250 år. Til grund for disse ændringer ligger lovforarbejder, betænkninger, kommissionsbetænkninger, hvilke vil blive inddraget på sædvanlig vis. Disse lovforarbejder og betænkninger yder et ganske stort bidrag til det materiale, der anvendes i afhandlingen, dog uden at dette materiale betragtes som umiddelbare retskilder, jf. umiddelbart ovenfor.

Erstatningsretten er primært udviklet og baseret på retspraksis. Da der for ophavsretlige krænkelser gives erstatning efter de almindelige erstatningsretlige principper, har retspraksis naturligvis en meget betydelig rolle for nærværende afhandlings konklusioner.

Retspraksis anerkendes i Danmark som en retskilde af ganske stor betydning. Dog kan det i visse tilfælde være vanskeligt at udlede generelle principper fra afgørelser, der langt hen ad vejen kan være meget konkret begrundede. Dette er særligt et forhold, der karakteriserer erstatningsret-

31. Se hertil *Jens Evald*: Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave p. 8 ff.
32. Dette synspunkt er på linje med den almindelige danske retskildeteori, jf. *Jens Evald*: Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, p. 7.

ten.[33] Endvidere har anvendelse af retspraksis det generelle problem, at domstolene er bundet af forhandlingsmaksimen i retsplejelovens § 338. Det betyder for erstatningsudmålingen, at domstolene er bundet af den påstand, der nedlægges under sagen. Det kan give betydelige problemer i sager om ophavsretlige krænkelser, hvor der er overladt domstolene et vidt skøn i forbindelse med fastsættelse af erstatningen. Dette skøn skal under alle omstændigheder udøves inden for den nedlagte påstand. Det er aldrig et problem, at den nedlagte påstand er for lav, i forhold til den erstatning domstolene vil være villige til at indrømme. Det er snarere et problem, at der nedlægges erstatningspåstande angivet som en rund sum, uden at det gøres gældende, om påstanden vedrører vederlag, erstatning eller eventuelt erstatning for ikke-økonomisk skade, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 3. Nedlægges alene påstand om erstatning udmålt efter de almindelige erstatningsretlige regler, får domstolene ikke mulighed for at tage stilling til hele det materielle indhold af § 83.

Da erstatningsudmålingen ved ophavsretlige krænkelser således kan gives efter forskellige regelsæt, og da afgørelserne i mange tilfælde er meget konkret begrundede, vil præjudikatværdien af retspraksis i nogle tilfælde ikke være betydelig. Da der tilmed, jf. det ovenstående, er overladt domstolene et betydeligt skøn i forbindelse med retsanvendelsen, påvirkes præjudikatværdien af de afsagte afgørelser yderligere.

Dommes præjudikatværdi afhænger også af, hvilken instans der har afsagt dommen. I afhandlingen anvendes den traditionelle præjudikatlære ved vurderingen af den givne doms værdi. Det er dog ikke min opfattelse at trykte landsretsdomme skal tillægges væsentlig større præjudikatværdi end utrykte domme, til trods for at dette traditionelt nok har været tilfældet. Det er ikke altid udtryk for en afgørelses egnethed som præjudikat om den trykkes eller ej. Der henvises således i afhandlingen i et vist omfang til utrykte domme. Der gives et dækkende referat af hver enkelt utrykt dom således, at læseren har en reel mulighed for at få et billede af dommens indhold. Endvidere citeres præmisserne i stort set samtlige påberåbte domme i betydeligt omfang, for præcisionens skyld. En del domme om ophavsretlige krænkelser er afsagt af Sø- og Handelsretten til trods for, at Sø- og Handelsretten ikke umiddelbart er værneting. Dette skyldes, at der ofte i sager om ophavsretlige krænkelser tillige nedlægges påstand om krænkelse af markedsføringsloven, hvor Sø- og Handelsretten er kompetent. Sager om markedsføringskrænkelser anlægges i medfør af markedsføringslovens § 14, stk. 1. Det betyder, at der, ved afsigelsen af disse domme, har medvirket sagkyndige dommere. Selvom disse domme i nogle tilfælde er afsagt

33. Men naturligvis også andre retsområder f.eks. strafferetten.

at Sø- og Handelsretten som første instans, tillægges de som udgangspunkt samme retskildemæssige værdi som landsretsdomme.

Dommenes præjudikatværdi er tillige under indflydelse af dommens alder. Dette har en særlig betydning for et område, der, som det ophavsretlige, er under hastig udvikling. Der kan således være særlig grund til at tilsidesætte en ældre afgørelse al den stund, at den samfundsmæssige eller teknologiske udvikling tilsiger, at retstilstanden må ændres.[34] Derfor spiller ældre retsafgørelser ikke en afgørende rolle for undersøgelserne eller konklusionerne i nærværende afhandling. Fokus for afhandlingens anvendelse af retspraksis ligger på afgørelser fra efter 1980 og særlig efter 1995. Det skyldes, at ophavsretslovens § 83 i 1995 blev indført i sin nuværende skikkelse.

Dommes præjudikatværdi afhænger i nogen grad af, om de er afsagt i enighed eller med dissens. Der gøres opmærksom på, hvis en anvendt dom er afsagt med dissens, men det tillægges ikke nogen grundlæggende betydning for dommens præjudikatsværdi.

Når alt dette er skrevet, skal det erindres, at et af formålene med analyserne i denne afhandling netop er domstolenes anvendelse og fortolkning af § 83. Derfor bliver retspraksis af overordentlig stor betydning for konklusionerne. Netop fordi der skal tages de ovennævnte forbehold, for så vidt angår anvendelsen af retspraksis som retskilde, foretages en analyse af bestemmelsen i § 83 indledningsvist på baggrund af primært de øvrige retskilder, hvorefter retspraksis analyseres.

Forholdets natur bærer vel i realiteten en del afgørelser i såvel ophavs- som erstatningsretten. Det gælder for afgørelser, der bygger på almindelige rimelighedsbetragtninger, betragtninger omkring hensigtsmæssighed, eller betragtninger om konsekvens. Derfor anvendes forholds natur i et vist omfang som en retskilde, men dog således, at den primært bliver af vejledende karakter. Anvendes forholdets natur som begrundelse for en given afgørelse, betyder det alt andet lige, at afgørelsen er konkret begrundet. Afgørelsen må således anvendes med forsigtighed, hvis formålet er at udlede noget generelt omkring retstilstanden på et givet område.

6.1.1. EU-retten som retskilde

Ophavsretten bliver i stadig stigende omfang harmoniseret i EU-retligt regi. Der er udstedt flere direktiver med det formål at regulere den intellektuelle ejendomsret. Spørgsmålet om erstatningsudmåling er nu med direktivfor-

34. Jf. *W. E. von Eyben*: Juridisk Grundbog bind 1, Retskilderne, p. 94 og *Jens Evald*: Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, p. 44 ff.

slag 2004/48/EF, jf. nedenfor i kapitel 2, genstand for opmærksomhed og dermed regulering i fællesskabsretligt regi. EU-retten er derfor en retskilde, der anvendes i udtalt grad i afhandlingen.

EU-retten er en sui generis ret, eller en supranational ret.[35] EU-rettens retskilder er mangfoldige og har forskellig karakter i relation til i hvilket omfang, de binder medlemslandene og disses borgere.[36]

De primære retskilder er traktaterne, som har bindende virkning for medlemslandene og har forrang frem for national ret.[37] Traktaterne har også forrang frem for de sekundære EU-retlige retskilder. De vigtigste sekundære retskilder er forordninger og direktiver. Forordninger har direkte virkning i medlemslandene og skal ikke implementeres i national ret. Forordninger kan påberåbes såvel i sager mellem private som i sager mellem en privat og en offentlig part. På ophavsrettens område er der ikke udstedt forordninger, der påvirker den materielle ophavsret.[38]

På området for intellektuelle ejendomsrettigheder anvendes oftest EU-regulering i form af direktiver. Direktiver er af bindende, generelt indhold og skal implementeres i medlemslandenes lovgivning.[39] Direktiver kan således ikke påberåbes i en sag mellem private, men det antages, at direktiver kan påberåbes mellem en privat og en offentlig part. Se mere herom nedenfor i kapitel 2, afsnit 3.1.1.

På EU-rettens område findes nogle øvrige retskilder af mindre og mere tvivlsom betydning. Det drejer sig om henstillinger, anbefalinger og forarbejder til traktater og øvrige retskilder. I relation til afhandlingens emner spiller disse retskilder ingen rolle.[40]

En enkelt retskilde skal fremhæves, nemlig *præamblen* til direktiver og forordninger. I afhandlingen benævnes præamblen »betragtninger«. Dom-

35. Se f.eks. *Peter Germer*: Indledning til folkeretten, 3. udg., p. 3.
36. EF-Domstolen fastslog i afgørelsen 26/62 (Van Gend en Loos), at EU-rettens retssubjekter også er statsborgerne i de enkelte medlemslande.
37. Om de traktatbestemmelser der har betydning for immaterialretten, se nedenfor kapitel 2, afsnit 3.
38. Der er udstedt en forordning, Rådets forordning (EF) nr. 241/1999 om fastsættelse af visse foranstaltninger i forbindelse med indførsel fra Fællesskabet og udførsel og genudførsel fra Fællesskabet af varer, der krænker visse former for intellektuel ejendomsret. Der er endvidere fremsat forslag fra Rådet KOM (2003)427 om vedtagelse af en forordning om lovvalgsregler for forpligtelser udenfor kontraktforhold.
39. Om implementering af direktiver på immaterialrettens område, se nedenfor kapitel 2, afsnit 3.1.1.
40. Se mere herom *Ruth Nielsen*: EU-ret, 3. udgave. p. 119 ff. Ruth Nielsen anfører, at henstillinger og anbefalinger (også kaldet *soft law*) får større og større betydning som retskilde, da der kan være en tendens til, at de bliver fulgt, selvom de ikke er bindende. Det kan være problematisk i relation til den lovgivende proces i EU's institutioner.

stolen henviser ofte til betragtningerne til direktiverne, og særligt i relation til behandling af direktiv 2004/48/EF anvendes betragtningerne i udpræget grad. Betragtningerne betragtes som en retskilde, idet de i væsentlig grad bidrager til fortolkning af direktivets indhold.

En generelt meget vigtig retskilde i EU-retten er afgørelser fra EF-Domstolen. På området for den materielle ophavsret er denne retskilde endnu af begrænset betydning, men vedtagelse af håndhævelsesdirektivet 2004/48/EF vil givet betyde, at der i fremtiden vil fremkomme praksis fra Domstolen af stor værdi for problemstillingerne i denne afhandling.

6.2. Anvendelse af udenlandske retskilder

Afhandlingen har ikke noget særskilt komparativt formål. Formålet med afhandlingen er at afklare den *danske* retsstilling på området. Dog kan det være væsentligt at inddrage fremmed ret, på grund af ophavsrettens natur, da frembringelse af værker, samt den ophavsretlige beskyttelse deraf, ikke kan betragtes som udelukkende et nationalt fænomen.

Udmåling af erstatning har hidtil været, og vil, indtil direktiv 2004/48/EF implementeres, primært være et nationalt anliggende. Derfor kan det ikke undgå at interessere, hvorledes de lande, vi normalt sammenligner os med, løser det udmålingsmæssige problem, da krænkelsesvurderingen samt kravene til værkshøjde i store træk er sammenlignelige.

Dette er særligt interessant, da Danmark i europæisk sammenhæng er et meget lille land med begrænset erfaringsmateriale.

Som nævnt nedenfor i afsnit 8, under gennemgangen af ophavsretslovens udvikling, har de nordiske lande et betydeligt retsfællesskab på ophavsretslovgivningens område. Også indenfor erstatningsretten hersker et nordisk retsfællesskab, hvor erstatningsansvarsloven i Danmark, Norge og Sverige oprindeligt havde fælles ordlyd. Derfor er det naturligt at inddrage den nordiske ret. Brugen af fremmed ret begrænses derfor primært til retslitteratur og retsafgørelser fra Norge og Sverige.

Når der anvendes nordiske afgørelser i stort omfang opstår spørgsmålet om, hvilken retskildemæssig betydning dette materiale har. I nogle sammenhænge anvendes den nordiske retslitteratur og de nordiske afgørelser, som udgangspunkt, på linje med den danske retslitteratur og de danske retsafgørelser. Er der tale om en problemstilling, der eksisterer i samtlige nordiske lande og hvor retstilstanden er tilnærmelsesvis ens, vil den nordiske litteratur og de nordiske afgørelser blive anvendt stort set som de danske. I andre sammenhænge vil den nordiske ret blive anvendt på linje med anden fremmed ret. Det drejer sig om de tilfælde, hvor retstilstanden er mærkbart anderledes.

Den nordiske ret tjener, på visse områder, som en vigtig inspirationskilde for dansk ret. Det drejer sig både om tilfælde, hvor den nordiske ret giver anvisning på løsning af et problem, der er uafklaret i dansk ret, og om tilfælde, hvor dansk ret endnu ikke har formuleret de mulige problemer, der kan opstå indenfor et givet område. Endvidere hersker der et helt generelt samfundsmæssigt og retsideologisk fællesskab i de nordiske lande, der gør disses retsanvendelse særdeles velegnede, også i forbindelse med retspolitiske vurderinger.

6.3. Anvendelse af supranationale retskilder

Danmark har på lige fod med de lande, vi normalt sammenligner os med, tiltrådt en række internationale konventioner på området for intellektuel ejendomsret. Umiddelbart nedenfor i kapitel 2 beskrives de internationale konventioner, der har betydning på ophavsrettens område.

I det omfang *formålet tilsiger det,* og hvor der er inspiration at hente, vil også disse retskilder blive inddraget i afhandlingen.

Bidrager national og nordisk ret til en relevant løsning af problemet, vil disse retskilder som udgangspunkt blive anvendt.

7. Retspolitiske betragtninger

Det er ikke sigtet med afhandlingen, at de retspolitiske afsnit skal bære afhandlingens konklusioner. Der er imidlertid tale om problemstillinger, hvor der ikke hersker retsenhed. Derfor vil det, særligt i tre tilfælde, være naturligt at inddrage visse retspolitiske aspekter.

For det første i relation til spørgsmålet om fastlæggelse af gennemsigtige principper for erstatningsudmålingen. Det vil således blive drøftet, hvorvidt de eksisterende regler i ophavsretslovens § 83 anses for tilstrækkelige til regulering af de problemer, der hersker på området. Endvidere vil der blive taget stilling til, hvorvidt direktiv 2004/48/EF kan medvirke til en ændret og forbedret retsstilling.

For det andet vil retspolitiske aspekter indgå ved vurderingen af, hvilke bevismidler der bør tjene som de mest effektive og nødvendige, når den krænkedes erstatning skal udmåles. I dette afsnit vil spørgsmålet om, hvorvidt bevisbyrden lettest løftes ved indhentelse af sagkyndige erklæringer, udregninger udført af regnskabskyndige, markedsføringskyndige, eller ved afholdelse af syn og skøn, blive behandlet, ligesom der vil blive taget stilling til, hvilke fagpersoner der med fordel kan anvendes som sagkyndige inden for området.

For det tredje vil der forekomme retspolitiske betragtninger ved vurderingen af, hvilke principper, der lægges, eller burde lægges, til grund for anvendelse af reglen om rimeligt vederlag i ophavsretslovens § 83, stk. 1.

8. Reglernes historie

I nærværende afsnit gennemgås ophavsretslovens historie.

De mange ændringer af ophavsretsloven igennem tiderne følger ganske nøje den teknologiske udvikling, der lige så langsomt har udviklet sig fra håndafskrifter til opfindelsen af bogtrykkerkunsten i årene omkring 1400, over fotokopiering, og endelig til scanning og anden reproduktion ad effektiv mekanisk og højteknologisk vej.

Der foretages en gennemgang af reglernes historie, da det er nødvendigt for til fulde at forstå, hvilket type regelsæt der behandles i afhandlingen, og hvor høj grad af smidighed, dette regelsæt skal være i besiddelse af, for at kunne regulere dette vanskelige og hurtigt udviklende område. Endvidere er det vigtigt at forstå områdets fortid for at kunne identificere dets problemer nu og i fremtiden. Afsnittet anskueliggør endvidere det omfattende nordiske samarbejde, der, stort set siden reglernes tilblivelse, har eksisteret på området.

8.1. Træk af udviklingen frem til 1961

Den ældste danske retsforskrift om ophavsret, Forordning af 7.1.1741 blev udstedt af Christian VI.[41] Efter denne måtte ingen »oplægge, eftertrykke eller eftertrykt indføre eller sælge nogen bog eller skrift, som en anden på lovlig måde har erhvervet sig.«[42] Forordningen fra 1741 var gældende indtil 29.12.1857 hvor lov om eftertryk udstedtes. Denne gav udførlige regler, der både beskyttede litterære værker og musikværker. En krænker heraf skulle erstatte al forårsaget skade, som ophavsmanden med rimelighed havde lidt. Sidst i 1800-tallet opstod behovet for international beskyttelse af kunstneriske værker, hvilket udmøntede sig i vedtagelse af Bernerkonventionen i 1886. Bernerkonventionen gav unionslandenes kunstnere og forfattere beskyttelse i de øvrige unionslande efter det pågældende lands regler. Beskyttelsen gjaldt uanset om værket var offentliggjort eller ej i det pågældende land eller i et unionsland i det hele taget. I Bernerkonventionen

41. I England indførtes allerede i 1709 en lov mod eftertryk.
42. Se om baggrunden for forordningen *Inger Dübeck*: Ophavsretten i 150 år i U1991B. 155.

var anført, at ophavsrettens indehaver har krav på erstatning for forårsaget skade.

I begyndelsen af 1890'erne indledes et dansk-norsk samarbejde om revision af reglerne, således at Bernerkonventionen kunne tiltrædes. Dette udmøntede sig i et lovforslag, der blev vedtaget i Danmark den 19. december 1902. Denne lov gav både mundtlige og skriftlige litterære og musiske værker beskyttelse, også mod spredning ad *mekanisk* vej. Danmark tiltrådte Bernerkonventionen den 1. juli 1903. På dette tidspunkt var al uagtsom krænkelse erstatningspålagt.

Den følgende lovændring skete på baggrund af en Højesteretsdom fra 1907.[43] Ved lov nr. 39 af 28. februar 1908 blev der indført beskyttelse for kunstværker fremstillet i *industrielt* øjemed.

Den danske regering blev inviteret til at deltage i en revision af Bernerkonventionen i 1927. Der blev i den anledning nedsat et særligt sagkyndigt udvalg, som afgav en betænkning i 1928. Denne betænkning blev ikke trykt, men dannede grundlag for de danske deltageres bemyndigelse ved en konference i Rom i 1928, hvor konventionen den 2. juni blev vedtaget og undertegnet.

De betydelige ændringer i Bernerkonventionen i 1928 bragte på ny den danske ophavsretlige lovgivning problemer, hvorfor der blev nedsat et nyt sagkyndigt udvalg, som afgav betænkning i 1931.[44] Lovforslaget som følge af betænkningen blev vedtaget den 26. april 1933. I loven fra 1933 anvendtes stadig udtrykket »erstatning for *skade*«. Det affødte nogle diskussioner om, hvorvidt der kunne gives erstatning for ikke-økonomiske tab.[45] Konklusionen på denne diskussion var under alle omstændigheder, at domstolene ikke tillagde spørgsmålet nogen vægt ved erstatningsudmåling. Med 1933-loven blev ansvarsgrundlaget endvidere ændret, således at *alene* groft uagtsomme eller forsætlige krænkelser medførte erstatningsansvar. Dette affødte en del kritik af de juridiske forfattere.[46] Interessant

43. U1907.619H omhandler det forhold, at en dansk porcelænsfabrik havde fremstillet en kaffekande efter en kunstners model. Højesteret antog, at en kaffekande alene tjente til praktisk brug og dermed ikke kunne betragtes som et *kunstværk* i lovens betydning. Kaffekanden nød derfor ikke beskyttelse efter loven.
44. Rigsdagstidende 1931–32, Tillæg A, sp. 5241-5320. Det var udvalgets opfattelse, at den oprindelige danske systematik fra loven i 1902, hvorefter loven var opdelt i to afsnit om henholdsvis forfatterret og kunstnerret, skulle opretholdes. Dette i modsætning til den norske lov, der i 1930 havde vedtaget Lov om åndsværker som samlede de to begreber.
45. Se f.eks. *Torben Lund*: Erstatningsproblemer inden for ophavsretten, Festskrift til professor, dr. juris Henry Ussing 5. maj 1951, *J. Hartvig Jacobsen*: Ophavsretten, p. 306-307, *Torben Lund*: Billedkunsten i retlig belysning, p. 278.
46. Se f.eks. *J. Hartvig Jacobsen*: Ophavsretten, p. 299.

er det imidlertid, at erstatningsudmålingen skete efter et nettoindtægtsprincip. Erstatningen kunne således, jf. lovens § 18, stk. 2, *i intet tilfælde* fastsættes til mindre end krænkerens opnåede nettoindtægt. Erstatningen kunne sættes højere, såfremt der ingen nettoindtægt var, og ophavsmanden dog alligevel havde lidt skade.

I 1938 blev de nordiske lande hver især enige om et fælles nordisk samarbejde omkring en revision af ophavsretslovgivningen, og i 1939 blev der i Danmark nedsat en kommission med dette formål. Endvidere blev Bernerkonventionen atter revideret i 1948. Dokumentet benævnes Brysselakten.

I Danmark blev betænkning »Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger« afgivet i 1951. Verdenskonventionen for ophavsret, som blev oprettet i Genève i 1952, var medvirkende til en mindre revision af udkastet, hvorefter lovforslag med motiver blev fremsat i 1959-60.[47]

8.2. Træk af udviklingen frem til 1992

Den 1. oktober 1961 trådte de to nye love om ophavsret og fotografiret i kraft.[48] Omtrent samtidig trådte de stort set tilsvarende love i kraft i Sverige, Norge og Finland. Helt frem til 1995 blev ophavsretsloven og fotografiloven holdt adskilt.

Den nugældende lovbekendtgørelse følger i sin grundstamme disse ophavsretslove fra 1961, der i § 2 gav rettighedshaveren eneret til eksemplarfremstilling samt til tilgængeliggørelse for almenheden. Endvidere kunne udøvende kunstnere søge beskyttelse i § 2, således at direkte gengivelse af et litterært eller musisk værk for en offentlig forsamling blev beskyttet af reglen.[49] Med den nye lov, jf. § 56, blev det slået fast, at ansvarsgrundlaget for ophavsretlige krænkelser er culpa, at erstatning kunne kræves efter de almindelige erstatningsregler, samt at der kunne gives erstatning for ikke-økonomisk skade.

Den teknologiske udvikling, startende med tv, radio og grammofonplader, var meget intensiv op gennem 1970'erne. En mængde nye medier, så som video, fotokopiering, edb, databaser samt informationssamfundets udvikling i det hele taget, muliggjorde krænkelser af ophavsrettigheder i et hidtil uset omfang.

---

47. Folketingstidende 1959-60, tillæg A sp. 2657-2808
48. Lov nr. 157 og 158 af 31. maj 1961.
49. Der dog havde visse undtagelser i § 20, nemlig fremførelser under gudstjenester, ved undervisning m.v.

Den 4. maj 1976 nedsatte kulturministeren et udvalg, benævnt Ophavsretsudvalget, med den særlige opgave at gennemgå de eksisterende love og ud fra den samfundsmæssige og teknologiske udvikling vurdere, hvilke lovændringer der nu skønnedes hensigtsmæssige. Udvalget afgav otte delbetænkninger og afsluttede sit arbejde i 1990.[50] Udvalget arbejdede dog tæt sammen med tilsvarende udvalg nedsat i de øvrige nordiske lande, og loven fra 1961 blev genstand for en række ændringer, medens udvalget arbejdede.

I 1985 blev ophavsretsloven på ny ændret i form af lov nr. 274 af 06.06.1985. Blandt meget andet indeholdt loven i §§ 55–55 f nye bestemmelser om sanktionsmuligheder ved overtrædelse af ophavsretsloven.

I 1989 var den teknologiske udvikling på området for edb-programmer så fremskreden, at en lovændring var påkrævet. Desuden havde ophavsretsudvalget i 1986 udgivet en betænkning om ophavsret og edb, betænkning nr. 1064, der anbefalede en lovændring.[51] Derfor blev bl.a. lovens § 1, stk. 2 ændret til også at beskytte værker i form af edb-programmer. Det danske Ophavsretsudvalg afsluttede i 1990 sit arbejde med betænkning 1197/1990 – Revision af Ophavsretslovgivningen. Der fremkom ligeledes afsluttende betænkninger fra udvalgene i de øvrige nordiske lande. På baggrund heraf var det hensigten at gennemføre en generel revision af ophavsretsloven.

8.3. Udviklingen fra 1992 til 2004

Grundet fastsatte frister for gennemførsel af EF-direktiver blev yderligere lovændringer dog nødvendige forinden den endelige generelle lovrevision.

I 1992 blev indsat et nyt kapitel efter § 26 omhandlende vederlagsordningen for uindspillede bånd.[52]

Senere samme år blev indført endnu en ændring af loven til yderligere beskyttelse af edb-programmer.[53] Ændring af loven skete som nævnt ude-

---

50. Betænkning 912/1981: Licenskonstruktioner og fotokopiering
    Betænkning 944/1982: Båndafgifter – sanktioner – påtale
    Betænkning 962/1982: Beskyttelse af kunstneriske præstationer
    Betænkning 1000/1984: Film- og videogramspørgsmål
    Betænkning 1038/1985: Ophavsretligt biblioteksvederlag
    Betænkning 1063/1986: Billedret
    Betænkning 1064/1986: Ophavsret og edb
    Betænkning 1197/1990: Slutbetænkning med lovudkast
51. Både udvalgsbetænkningen samt lovforslaget var afstemt med de øvrige nordiske lande. Sverige gennemførte en ændringslov med henblik på beskyttelse af edb-programmer i juni 1989, Norge i juni 1990 og Finland i januar 1991.
52. Jf. Lov nr. 338 af 14.05.1992
53. Jf. Lov nr. 1010 af 19.12.1992 samt Lovbekendtgørelse 714 af 08.09.1993.

lukkende for at gennemføre Rådets direktiv nr. 91/250/EØF af 14. maj 1991 om beskyttelse af edb-programmer og føjede enkelte ændringer til ophavsretsloven.

Den ene tilføjelse er en ændring i adgangen til dekompilering. Bestemmelsen i § 11b giver brugeren ret til at dekompilere, dvs. på nærmere betingelser ændre og kopiere et edb-program, når det er en forudsætning for at skaffe de oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet mellem to edb-programmer. Interoperabilitet vil sige, at software og hardware produkter kan kommunikere indbyrdes. Interoperabilitet er for eksempel nødvendig, når forskellige softwareudbyderes programmer skal kunne arbejde sammen. Den anden tilføjelse var ændring af konsumptionsprincippet for så vidt angår edb-programmer, således at spredningsretten konsumeres, når programmet første gang *sælges eller på anden måde overdrages* med rettighedshaverens tilladelse.[54] Konsumption betyder, at de pågældende eksemplarer frit må videresælges, udlejes, udlånes eller på anden måde spredes til almenheden og fremvises offentligt. Dette betyder, at eksemplarer af et edb-program kan spredes videre blot det er overdraget til andre, hvilket vil sige ved gave eller anden form for endelige overdragelse af ejendomsretten. Dette skal være med rettighedshaverens samtykke. Er der tale om ulovligt fremstillede eksemplarer, indtræder der ikke konsumption.[55] Den sidste vigtige ændring i loven var ændringen i sanktionsadgangen, som blev indført i § 55 g. Dette var en ændring som egentlig er uafhængig af selve den ophavsretlige beskyttelse. Besiddelse samt grov uagtsom eller forsætlig omsætning af midler, hvis eneste formål er af fjerne tekniske indretninger, som anvendes til beskytte et edb-program, blev sanktioneret med bødestraf. Disse tekniske indretninger benævnes kopispærringer, hvilke lægges ind i et edb-program for at hindre kopiering.[56]

54. Efter § 23 stk. 1 i den dagældende ophavsretslov konsumeredes spredningsretten for så vidt angår litterære og musikalske værker, når værket var blevet udgivet. Forskellen mellem udgivelseskriteriet og salgskriteriet er, at konsumption i sidstnævnte tilfælde ikke forudsætter, at selve værket er blevet udgivet, jf. ophavsretslovens § 8, stk. 2. Det var den generelle nordiske opfattelse på dette tidspunkt, at man skulle overgå til at bygge konsumptionsprincippet på salgskriteriet, for så vidt angår samtlige værksarter, for at undgå, at man havde forskellige principper for forskellige værksarter. Dette ville man imidlertid lade afvente den igangværende lovrevision, hvorfor der på dette tidspunkt alene skete en ændring af adgangen til eksemplarspredning af edb-programmer. Offentlig fremførelse af edb-programmer var stadig omfattet af § 23, stk. 1, 1. pkt.
55. Udlån og udlejning anses ikke som overdragelse, jf. bemærkningerne til LSF nr. 74 af 28.10.1992.
56. Se nærmere om kopispærringen nedenfor i kapitel 4 afsnit 9.

Helt frem til 1995 blev erstatning for ophavsretlige krænkelser udmålt efter principperne i 1961-loven, det vil sige efter de almindelige erstatningsretlige regler.

I 1995 kom imidlertid den omtalte generelle lovrevision.[57] Formålet med denne lov var at tilvejebringe en samlet ny og systematisk moderniseret ophavsretslovgivning. Det betød først og fremmest, at man gik bort fra den traditionelle hidtidige lov om retten til fotografiske billeder og inkorporerede denne i den nye ophavslov, ligesom man tog højde for den nyeste udvikling såvel digitalt som i EU,[58] idet tre direktiver skulle gennemføres i dansk lovgivning: Rådets direktiv 92/100/EØF af 19/11/1992 – udlejnings- og udlånsdirektivet, Rådets direktiv 93/83/EØF af 27/09/1993 – satellit- og kabeldirektivet, Rådets direktiv 93/98/EØF af 29/10/1993 – beskyttelsestidsdirektivet.

På dette tidspunkt indebar den nyeste digitale teknologi, at store mængder information kunne kopieres uden kvalitetsstab og meget hurtigt, dels via telefonnettet og andre kabelforbindelser, dels via jordbaserede sendere og satellit og dels via internettet. Alligevel indeholdt den ophavsretlige regulering alene bestemmelser om edb-programmer. Der pågik imidlertid flere store internationale forhandlinger i EU- og WIPO-regi, hvorfor man ville afvente disse, forinden der blev foretaget yderligere ændringer på dette punkt i den eksisterende lovgivning. Man var således i 1995 klar over, at en snarlig ændring af ophavsretsloven ville blive nødvendig. På det erstatningsretlige område betød 1995-loven, at hovedreglen om erstatningsberegning blev fraveget. Fra at erstatning blev givet efter de almindelige erstatningsretlige regler, blev den teoretiske hovedregel nu, at erstatningen skulle gives som et rimeligt vederlag for udnyttelsen med tillæg af erstatning for eventuel yderligere skade. Dermed blev ophavsretslovens erstatningsregler bragt på linje med, hvad der allerede i flere år havde været gældende efter patentloven og varemærkeloven.

Den i 1995 ventede revision af ophavsretsloven kom i 1998 og implementerede databasedirektivet.[59] Databasedirektivet blev fremsat, fordi der i de enkelte medlemsstater var forskellig lovgivning på området for beskyttelse af databaser.

57. Jf. lov nr. 395 af 14.06.1995.
58. Jf. *Peter Schønning*: Nordisk Harmoni på ophavsområdet?, NIR1992.187.
59. Jf. Rådets direktiv af 11/93/1996, lov nr. 407 af 26.06.1998 og lovbekendtgørelse nr. 706 af 29.09.1998.

> I dansk ret kunne en database, forstået som en sammenstilling af et større antal oplysninger, informationer, værker eller lignende, være beskyttet som et værk, jf. § 1 eller et samleværk jf. § 5 samt efter § 71 om kataloger m.v. Fremstilleren nød kun beskyttelse mod eftergørelse og ikke mod eksemplarspredning. Nu blev der indført ensartede regler i § 71, hvorefter ikke alene databaser i den danske forståelse af ordet var beskyttet, men også databaser, som er resultatet af en væsentlig arbejdsmæssig eller økonomisk investering, blev beskyttet. Endvidere blev eneretten udstukket, således at fremstilleren af en database fik eneret til eksemplarfremstilling og tilgængeliggørelse for almenheden. Indholdet af den ophavsretlige beskyttelse svarer til lovens § 2. Flygtige og tilfældige fikseringer, som følge af en sammenhængende teknisk proces, opfattes ikke som eksemplarfremstilling.[60] Den ophavsretlige beskyttelse rammer selve strukturen af en database og udvælgelsen af en databases indhold, men ikke selv det materielle indhold i databasen. Rettighederne til de allerede ophavsretligt beskyttede værker, der findes i en database, berøres ikke af databasebeskyttelsen. Endvidere blev der gennemført en såkaldt sui generis-beskyttelse. Ved denne gives en beskyttelse mod uretmæssig tilegnelse af den økonomiske eller arbejdsmæssige investering, der er medgået til at fremskaffe og indsamle indholdet i en database, men som ikke opfylder kravene til ophavsretlig beskyttelse.

I 2001 blev indført en liberalisering af forbudet mod digital kopiering til privat brug, således at dette kunne ske til personlige brug inden for en husstand.[61] Siden 1995 eksisterede der i § 12 stk. 2, nr. 4 et totalt forbud mod digital eksemplarfremstilling af værker i digital form. Efterhånden som det blev mere og mere almindeligt, at private personer anvendte digitale medier i hverdagen, i særdeleshed internettet, blev det nødvendigt at ændre reglerne, så private personer ikke foretog daglige brud på ophavsretsloven.

Med lovbekendtgørelse nr. 1051 af 17/12/2002 skete gennemførelsen af infosoc-direktivet.[62] Hovedformålet med infosoc-direktivet er en harmonisering af eneretten til henholdsvis kopiering, overføring og spredning, udfærdigelse af en udtømmende liste over tilladte undtagelser fra disse rettigheder samt at indføre regler om beskyttelse af tekniske foranstalt-

60. Jf. FT 1997-98, Tillæg A, sp. 995 ff.
61. Jf. lov nr. 472 af 07.06.2001 og lovbekendtgørelse nr. 618 af 27.06.2001.
62. Jf. Rådets direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet. Formålet med direktivet er at sikre ensartet gennemførelse af WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) i de enkelte medlemsstater. Direktivet er i skrivende stund ikke gennemført i Sverige og Norge. I Finland er der fremsat lovforslag til gennemførelse af direktivet. Om den danske lov se FT 2002-03, Tillæg A, p. 312 samt Tillæg B, p. 91 ff.

ninger og elektroniske oplysninger om rettighedsforvaltning.[63] Direktivet regulerer både spørgsmålet om privatkopiering og spørgsmålet om kompensationsordninger.

Beskyttelsens indhold i § 2, stk. 2, 1. pkt. blev ændret med den nye lov. Som nævnt ovenfor var det med bemærkningerne til 1998-loven opfattelsen i Danmark, at flygtige og tilfældige fikseringer ikke kunne anses som eksemplarfremstilling.[64] Denne opfattelse er imidlertid i strid med direktivet, hvorfor man fandt det nødvendigt at præcisere dette i lovteksten, således at *enhver form for midlertidig kopiering omfattes af ophavsretten*. Der findes dog en undtagelse til denne bestemmelse i § 11a omhandlende netop midlertidig eksemplarfremstilling. Denne bestemmelse regulerer det forhold, at der til stadighed fremstilles kopier som er flygtige og tilfældige, som udgør en integreret og væsentlig del af den tekniske proces, som udelukkende har til formål at muliggøre enten en mellemmands transmission af et værk i et netværk mellem tredjemænd eller en lovlig brug af nettet, og som er uden selvstændig økonomisk værdi. Er samtlige af disse forhold til stede, sker ingen krænkelse ved, at der opstår en flygtig og tilfældig kopi af beskyttet materiale. Det kan for eksempel være den automatiske kopiering af materiale i computerens cache, der uvægerligt sker ved anvendelse af internettet, og som ikke, med den teknologi der er til rådighed for øjeblikket, kan forhindres. Denne flygtige kopiering medfører da ej heller noget retstab for rettighedshaveren.

Reglerne om privatkopiering i § 12 blev ligeledes underlagt en ændring. Retsstillingen var før denne, at fysiske private personer måtte kopiere til eget brug og til brug for personer som var nært forbundne med fremstilleren. Denne retsstilling opretholdtes. I erhvervslivet eksisterede en adgang til kopiering til kolleger, som fremstilleren ikke nødvendigvis havde et personligt forhold til. Denne kopiering blev med lovændringen ikke længere tilladt, da det med bestemmelsen er præciseret, at *alene kopiering til en brug, som ikke sker i erhvervsøjemed, er tilladt.*[65]

Ved lov nr. 997 af 9.12.2003 blev ophavsretsloven ændret på ny. Loven indeholder regler om revision af blankbåndsordningen samt ændrede regler om kopiering til privat brug. Med ændringsloven er det, i modsætning til tidligere, men i lighed med før 2001, blevet *forbudt at kopiere lånte og lejede eksemplarer, ligesom det er blevet forbudt at omgå kopispær-*

63. En grundig gennemgang af direktivets bestemmelse findes i *Martin Kyst*: Direktivet om ophavsret i informationssamfundet, U2001B.305 ff.
64. Jf. note 37.
65. Har den ansatte et personligt bånd til enkelte kolleger, kan der således ske eksemplarfremstilling til fordel for dem, jf. bemærkningerne til lovforslaget, FT 1997-98, Tillæg A, sp. 995 ff.

ringer for at fremstille kopier – også til privat brug. Liberaliseringen af kopieringsadgangen er således ophørt med den nye ændringslov.

Den seneste lovændring er sket ved lov nr. 352 af 19.05.2004. Denne lovændring sker som led i et samlet lovforslag, der indebærer ændringer i straffeloven, retsplejeloven, markedsføringsloven og ophavsretsloven.[66] Lovens formål er at skabe en forbedret strafferetlig beskyttelse mod IT-kriminalitet.[67] Endvidere indeholder loven de fornødne ændringsbestemmelser i straffeloven og retsplejeloven, således at Danmark kan tiltræde Europarådets konvention om IT-kriminalitet.[68] Loven bliver gennemgået nedenfor i kapitel 2, afsnit 8.5.4 på de punkter, der vedrører indholdet i nærværende fremstilling.

Den seneste bekendtgørelse af lov om ophavsret er således LBK. nr. 710 af 30.06.2004.

9. Kort om terminologi

Afhandlingen refererer flere steder til såvel den krænkede part som til den part, der krænker en eksisterende ophavsrettighed. Som det vil fremgå nedenfor er rettighedshaveren ikke altid synonym med frembringeren af en ophavsrettighed.[69] Det er muligt at erhverve ret til en ophavsrettighed på anden måde end ved at frembringe den. Ophavsrettigheder kan erhverves ved arv, gave eller overdragelse mod vederlag. Når der alene hentydes til den person, der har frembragt eller skabt en ophavsrettighed, anvendes terminologien *frembringeren.*

Begrebet *ophavsmanden* anvendes såvel i afhandlingen som i lovteksten og i litteraturen både om frembringeren og om indehaveren af ophavsretten, der har erhvervet denne. Det samme er gældende for begrebet *rettighedshaveren*. Disse begreber anvendes primært i afhandlingen og betyder således blot indehaveren af den pågældende rettighed. Med mindre der gøres særskilt opmærksom herpå, skelnes der ikke mellem rettighedshavere, der også er frembringere og andre rettighedshavere, der har erhvervet rettigheden på anden måde end ved frembringelse.

66. Se lovforslag nr. L 55 af 5. november 2003.
67. Lovforslaget bygger på betænkning nr. 1417/2002 om IT-kriminalitet afgivet af Brydensholt-udvalget i september 2002.
68. Konventionen er optrykt som bilag 1 til lovforslaget nævnt i note 53.
69. I kapitel 4, afsnit 3.

Der anvendes også begrebet *den krænkede part* og *den forurettede* part. Disse begreber anvendes på linje med ophavsmanden og rettighedshaveren.

Den part der har krænket en ophavsrettighed, benævnes primært *krænkeren*.

10. Plan for fremstillingen

Kapitel 2 indeholder en gennemgang af ophavsretten sat i international kontekst. Derefter gennemgås i kapitel 3 de forskellige mulige sanktioner, ud over erstatning, der kan bringes i anvendelse, når der foreligger en ophavsretlig krænkelse.

Herefter søges i kapitel 4 de grundlæggende principper i ophavsretslovens § 83 beskrevet og begreberne defineret. Desuden beskrives anvendelse af øvrige retskilder, definition af erstatningssubjekterne, ansvarsgrundlag samt forholdet til den almindelige erstatningsret.

I kapitel 5 gives en introduktion til anvendelse af retspraksis, herunder spørgsmålet om anvendelse af de nordiske afgørelser. I kapitel 6 analyseres retspraksis om rimeligt vederlag i kombination med erstatning for yderligere skade og i kapitel 7 analyseres retspraksis med hjemmel i de almindelige erstatningsretlige regler. Kapitel 8 omhandler kravene til bevis samt spørgsmålet om bevisførelsens karakter. I kapitel 9 opsummeres de væsentligste konklusioner. Der fremsættes nogle retspolitiske betragtninger og afslutningsvist nogle retsøkonomiske betragtninger.

Kapitel 2

Ophavsrettens internationale karakter

1. Indledning

Ophavsretten er et retsområde, der ikke lader sig afgrænse af, hvilken nationalitet rettighedshaveren har, eller i hvilket land han har offentliggjort sit værk. Værker bringes på markedet på tværs af landegrænser og kan reproduceres på meget kort tid over samme grænser, uden at kvaliteten berøres. Samtidig er der ofte store økonomiske interesser knyttet til værker, der er beskyttet af ophavsretslovgivningen. Set i lyset af dette, har beskyttelse af de udøvende kunstneres rettigheder haft det internationale samfunds, og ikke mindst EU's, bevågenhed i ganske mange år.

I ophavsretsloven reguleres spørgsmålet om lovens anvendelsesområde af §§ 85 og 86.[1] Et værk har beskyttelse efter § 85, hvis det opfylder et af de stillede *tilknytningskriterier*. De væsentligste kriterier er, at ophavsmanden er statsborger eller er bosat i Danmark eller et land, der er omfattet af EØS-samarbejdet. Værket skal være udgivet første gang i et af disse lande. Såfremt disse betingelser opfyldes, er retsstillingen, at samtlige værker fra lande indenfor EØS-samarbejdet, beskyttes som danske værker. For det erstatningsretlige område betyder det, at rettighedshavere, der er statsborgere indenfor EØS-samarbejdet, kan rejse erstatningskrav mod en dansk krænker efter de danske erstatningsregler.

I ophavsretslovens § 88 er der hjemmel til, at ophavsretslovens anvendelsesområde kan udvides til at omfatte lande, der ikke er omfattet af EØS-samarbejdet. Dette kan kun ske under forudsætning af gensidighed og under

1. Bestemmelsen i ophavsretslovens § 85 blev indført i sin nuværende skikkelse med lovændringen i 2002 (lov nr. 1051af 17.12.2002, der gennemførte infosoc-direktivet). Bestemmelsen grunder sig på Bernerkonventionens artikel 3. Med lovændringen ændredes lovens grundlæggende tilknytningskriterium. Forinden lovændringen var hovedreglen dansk tilknytning. Den ændrede retsstilling fulgte for så vidt også af anordning nr. 452 af 18.06.1990 Kulturministeriets anordning om anvendelse af ophavsretsloven og fotografiloven i forhold til andre lande m.v. (Udlandsanordningen) § 2, stk. 4 (nu afløst af anordning 1213 af 17.12.2002).

forudsætning af, at de samme konventioner er tiltrådt. Denne hjemmel er udnyttet i Kulturministeriets anordning nr. 1213 af 17.12.2002 om anvendelse af ophavsretsloven i forhold til andre lande. Anordningen benævnes »Udlandsanordningen.«[2] I gensidighedskravet ligger ikke et krav om *materiel gensidighed*, men alene et krav om *formel gensidighed*. I kravet om formel gensidighed ligger, at danske værker i det pågældende land skal beskyttes efter regler, der forekommer acceptable. Beskyttelsesreglerne skal altså ikke nødvendigvis være fuldstændig i overensstemmelse med reglerne i den danske ophavsretslov, for at ophavsmænd opnår gensidig beskyttelse.[3]

2. De internationale konventioner

2.1. Indledning

Siden 1886 har ophavsretten været reguleret gennem en række multilaterale konventioner. I konventionerne stilles visse minimumskrav til den ophavsretlige beskyttelse. Samtlige tiltrædende lande er bundet heraf. Konventionerne forpligter i vidt omfang Danmark til at anvende den danske ophavsretslovgivning på frembringelser med oprindelse i andre lande, der har tiltrådt tilsvarende konventioner. Omvendt opnår danske rettighedshavere en tilsvarende beskyttelse i de pågældende lande.

Værker, der er knyttet til et land, der har tiltrådt Bernerkonventionen, Verdenskonventionen, Den europæiske overenskomst af 22.06.1960 om beskyttelse af fjernsynsudsendelser, Romkonventionen samt WTO-overenskomsten, indeholdende TRIPS-aftalen, er omfattet af udlandsanordningen.[4]

Der er enkelte undtagelser til den gensidige beskyttelse. Beskyttelsestiden er til enhver tid den samme som i hjemlandet. Der stilles endvidere krav om, at værket ophavsretligt kan beskyttes i hjemlandet, efter hjemlandets lovgivning, for at opnå beskyttelse.[5] Derfor stiller beskyttelsens intensivitet krav til styrken af de enkelte landes beskyttelsesværn. Da spredning

2. Tidligere: Anordning om anvendelse af ophavsretsloven i forhold til andre lande, nr. 964 af 12.12.1995.
3. Jf. *Peter Schønning* Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 701 ff. samt Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker, FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2784.
4. Jf. nedenfor afsnit 2.1.5.
5. Dette gælder ikke EU-statsborgere eller EØS-statsborgere, jf. *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 2, 4. udgave p. 16 med de der angivne henvisninger. Disse statsborgere behandles i ophavsretlig henseende son nationale statsborgere.

af de ophavsretligt beskyttede værker ikke er begrænset af nationalstater, vil retsstillingen på området uvægerligt være noget usikker. Til trods for tiltrædelse af de samme konventioner, vil der kunne spekuleres i, i hvilke lande en krænkelse bedst kan »betale sig«, det vil sige hvor beskyttelsen er svagest.

2.1.1. Bernerkonventionen

Den tidligste internationale konvention på området er Bernerkonventionen af 1886.[6] Konventionen regulerer beskyttelsen af litterære og kunstneriske værker. Som det fremgår ovenfor, er Bernerkonventionen siden vedtagelsen blevet revideret enkelte gange. Der forventes ikke yderligere ændringer til Bernerkonventionen. Dette skyldes, at ændringer kræver enighed. Mange udviklingslande har nu tiltrådt konventionen, og disse lande ønsker ikke at udvide den ophavsretlige beskyttelse. Derfor bliver der i stedet vedtaget supplerende konventioner til Bernerkonventionen. Udviklingslandene bliver i en vis grad tvunget til at tiltræde de internationale konventioner, da dette er en betingelse for medlemskab af WTO.[7]

Betydningen af at have ratificeret Bernerkonventionen er primært, at borgere fra andre Bernerlande har krav på mindst samme beskyttelse som borgerne i det pågældende land, hvor værket gøres tilgængeligt for offentligheden. Det vil sige, at et værk beskyttes efter den danske ophavsretslov, hvis frembringeren er statsborger, eller blot bosat, i et land, der har tiltrådt konventionen på udnyttelsestidspunktet.[8] I en del lande stilles der krav om en formel registrering af ophavsrettigheder. Formfri retserhvervelse er et af grundmomenterne i Bernerkonventionen. Dette har betydet at visse lande, herunder USA, ikke kunne tiltræde konventionen. USA tiltrådte dog konventionen i 1989.[9] Bernerkonventionen regulerer ikke sanktioner for ophavsretlige krænkelser. Dette område reguleres af de tiltrædende landes nationale lovgivninger. For erstatningskrav finder lovgivningen, på det sted beskyttelsen kræves, anvendelse, jf. konventionens artikel 5 stk. 2.[10]

6. Til beskyttelse af den industrielle ejendomsret, dvs. patenter, varemærker, mønstre m.v. blev Pariserkonventionen indgået allerede i 1883.
7. Se nærmere om WTO umiddelbart nedenfor i afsnit 2.1.5.
8. Se mere generelt om ophavsretslovens nationale og internationale anvendelsesområde i betænkning 962/1982.
9. I USA eksisterer stadig et krav om registrering af værker for at opnå ophavsretlig beskyttelse. Dette krav gælder dog alene amerikanske værker. Dog bør udenlandske værker påføres copyright-mærket ©, idet dette fratager en mulig krænker muligheden for at påberåbe sig god tro.
10. Bestemmelsen har følgende ordlyd: »Når ikke andet er foreskrevet i denne konvention, retter beskyttelsens omfang såvel som de retsmidler, der er hjemlet ophavsmanden i det

Det er interessant at bemærke, at Bernerkonventionen ikke finder national anvendelse. Det betyder, at en ophavsmand i Danmark ikke kan påberåbe sig, at den danske ophavsretslov strider mod Bernerkonventionen. Dette kan alene en ikke-dansk ophavsmand påberåbe sig.

2.1.2. Verdenskonventionen[11]

I 1952 blev Verdenskonventionen vedtaget i Geneve. Den er senere revideret i 1971. Verdenskonventionen vedrører, i lighed med Bernerkonventionen, beskyttelse af kunstneriske og litterære værker. Verdenskonventionen yder dog ikke så omfattende en beskyttelse af udenlandske værker som Bernerkonventionen.

Verdenskonventionen forbinder de lande, der har tiltrådt Bernerkonventionen, med de lande, der ikke har tiltrådt konventionen, f.eks. på grund af formelle krav til retserhvervelsen. Den reelle årsag til Verdenskonventionens oprettelse var, at USA ikke kunne tiltræde Bernerkonventionen. Dette skyldes, at man i USA har formelle regler for registrering og brug af copyright-mærket som en betingelse for at opnå beskyttelse.

Verdenskonventionen bygger på samme gensidighedsprincip som Bernerkonventionen. I forholdet mellem lande, der har tiltrådt begge konventioner, anvendes alene Bernerkonventionen, jf. Verdenskonventionens art. XVII. Verdenskonventionen regulerer ikke sanktionsspørgsmål. Da stort set samtlige lande har tiltrådt Bernerkonventionen, herunder USA som det vigtigste, har Verdenskonventionen i det væsentlige mistet sin betydning.

2.1.3. Romkonventionen

Romkonventionen af 1961 giver beskyttelse for de nærtstående rettigheder, det vil sige for udøvende kunstnere, fonogramfremstillere og radio- og fjernsynsforetagender. Denne konvention er tiltrådt af hele Norden og alle EU-lande. Danmark tiltrådte Romkonventionen i 1965. USA har ikke tiltrådt Romkonventionen. Denne konvention har ikke været genstand for ændringer. Romkonventionen har ikke noget særlig højt beskyttelsesniveau og har ingen særlig gennemslagskraft.

øjemed at værne om hans rettigheder, sig derfor udelukkende efter lovgivningen i det land, hvor beskyttelsen kræves.«

11. Verdenskonventionen administreres af UNESCO.
Traktaten kan ses på www.UNESCO.org/culture/laws/copyright/html.

2.1.4. WIPO[12]

De fleste internationale konventioner, herunder Bernerkonventionen, administreres under FN af organisationen WIPO (World Intellectual Property Organization). Organet blev stiftet ved WIPO-konventionen i 1967. Konventionen blev tiltrådt af Danmark i 1970. WIPO beskæftiger sig med ophavsret og industriel ejendomsret, samt rådgivning af nye stater og ulande, således at der også i disse lande gennemføres lovgivning på det ophavsretlige område.

I 1996 blev der gennem WIPO indgået to nye traktater, der benævnes WCT og WPPT. WCT vedrører beskyttelse af tekniske foranstaltninger samt øvrige ophavsretlige problemer opstået med den teknologiske udvikling. Konventionen er reelt et supplement til Bernerkonventionen. WPPT vedrører beskyttelse af udøvende kunstnere. Traktaten erstatter reelt Romkonventionen, idet den har et højere beskyttelsesniveau og yder, i modsætning til Romkonventionen, beskyttelse af kunstnernes droit moral. Traktaterne trådte i kraft i foråret 2002, dog således at EU-landene endnu ikke har tiltrådt disse. Danmark vil tiltræde traktaterne med en fælles EU-ratifikation, som p.t. afventer infosoc-direktivets gennemførelse i samtlige EU-lande.

2.1.5. WTO-overenskomsten[13]

I 1994 blev der indgået en overenskomst om oprettelse af en verdenshandelsorganisation, kaldet WTO (World Trade Organization). WTO afløste GATT-samarbejdet. Inden for denne GATT-overenskomst findes den såkaldte TRIPS-aftale (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), der er den del af WTO overenskomsten, der vedrører immaterialret.[14]

TRIPS-aftalen fordrer, i lighed med de øvrige konventioner, national behandling af rettighedshavere fra de øvrige medlemslande, men stiller der ud over krav om, at de fordele, som gives rettighedshavere i et medlemsland, også skal gives rettighedshavere i alle de andre medlemslande. Det betyder, at der ikke er mulighed for at indgå særlige aftaler med særlige lande på dette område. TRIPS-aftalen forpligter alle GATT-landene til at tiltræde og efterleve Bernerkonventionen, som den foreligger efter

12. Traktaterne, administreret af WIPO, kan ses på www.WIPO.int/treaties/ip/index.
13. Jf. *Kazenberger* i GRUR-int. 95/447, *Thomas Riis*: Ophavsret og retsøkonomi 1996 p. 161 ff. samt *Birger Stuevold Lassen*: Bern, TRPIS, EØS og Phil Collins. Om utenlandske opphavsmenns og fotografers vern effer norsk åndsverkslov, NIR1998.533
14. Jf. *Thomas Riis:* Ophavsret og Retsøkonomi, p. 161 ff.

ændringerne i 1971, bortset fra reglerne om droit moral. Endvidere forpligtes landene til at leve op til de mest basale regler i Romkonventionen. TRIPS-aftalen får særlig betydning for beskyttelsen i de lande, der alene har en svag eller ingen immaterialretlig beskyttelse. TRIPS-aftalen adskiller sig fra de internationale konventioner ved at fokusere på de mere moderne værksarter.

Bestemmelser om håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder findes i TRIPS-aftalens del III. Erstatningsbestemmelsen findes i artikel 45, som har følgende ordlyd:

> *Stk. 1:* De retlige myndigheder skal være beføjet til at pålægge lovovertræderen at betale rettighedshaveren en passende erstatning for den skade, som rettighedshaveren har lidt, som følge af, at en lovovertræder vidende eller havde rimelig grund til at vide, at han begik en krænkelse, har krænket den pågældende persons intellektuelle ejendomsrettigheder.
>
> *Stk. 2:* De retlige myndigheder skal tillige være beføjet til at pålægge lovovertræderen at betale rettighedshaverens 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 selvom lovovertræderen ikke vidste eller ikke havde rimelig grund til at vide, at han begik en krænkelse.

Erstatningsbestemmelsen har karakter af en minimumsregel, og det er fakultativt for medlemslandene at beslutte, hvilke erstatningsmæssige sanktioner man ønsker at bringe i anvendelse. Dog er det ganske interessant, at TRIPS-aftalen direkte nævner muligheden for at lægge krænkerens fortjeneste (angivet som »overskud«) til grund ved beregning af erstatning. Som retstilstanden er i Danmark, inden direktiv 2004/48/EF implementeres, er der ikke mulighed for at kræve, at krænkeren skal fralægge sig sin fortjeneste.[15]

Vedtagelsen af TRIPS-aftalen betød som udgangspunkt ikke, at der blev foretaget ændringer i den danske ophavsretslovgivning. Aftalen betyder dog, at ophavsretsloven skal anvendes anderledes i forhold til andre lande. Endvidere har medlemslandene mulighed for at indklage hinanden for WTO med påstand om, at TRIPS-aftalen ikke overholdes. Der er p.t. ingen planer om at ændre TRIPS-aftalen.

15. Nærmere om denne problemstilling, se nedenfor i kapitel 4, afsnit 8.2.

3. EU-harmoniseringer

Immaterialretten har stor betydning i EU-retligt regi. Begrænsninger og indskrænkninger i de nationale immaterialrettigheder kan give betydelige problemer for varers og tjenesteydelsers frie bevægelighed mellem landene. Derfor foregår der betydelige harmoniseringsbestræbelser i EU på området.[16] Det er almindeligt anerkendt, at EU også har kompetence med hensyn til regulering af de materielle retsforhold på området.[17]

Harmoniseringsbestræbelserne på det immaterialretlige område har da også hidtil været rettet mod medlemsstaternes materielle lovgivning. Dette er sket indenfor varemærkeretten, mønsterretten samt patentretten, men også indenfor visse aspekter af ophavsretten og de beslægtede rettigheder.

I selve Unionstraktaten findes ingen direkte regulering af ophavsrettigheder eller andre immaterielle rettigheder. Visse bestemmelser har dog indflydelse på det ophavsretlige område. Det har særligt været drøftet, hvorledes diskriminationsforbudet af statsborgere fra andre EU-lande i artikel 12 EF skal forstås i forhold til ophavsretten. Det ligger nu fast, at diskriminationsforbudet også omfatter de ophavsretlige beskyttelsesregler.[18]

Artikel 28-31 EF om fri bevægelighed for varer har også betydning på området. Spørgsmålet er, om ophavsretten kan være til hinder for den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser. Udgangspunktet i den fælleseuropæiske tankegang er, at ophavsretten i sig selv ikke medfører nogen begrænsninger i den frie bevægelighed.

Bestemmelserne i artiklerne 81 og 82 EF samt artikel 295 EF om ejendomsret, har tillige indflydelse på ophavsrettens område. At hævde og gøre sin ophavsret gældende er ikke i sig selv i strid med bestemmelserne. Dog kan måden, rettighedshaveren håndterer sin ophavsret på, være i strid med disse regler. Dette er et særligt problem i relation til fællesorganisationernes forhold, dels internt, dels til brugerne og dels til ophavsmændene, hvor konkurrenceforvridende aftaler kan forekomme.[19]

---

16. Se *Peter Schønning*: Ophavsretten i det indre marked U1999B.200, Samme: EF-harmoniseringen på ophavsretsområdet – statusoversigt, U1992B.371 og *Peter Schønning og Lars M. Banke*: Ophavsretten i Den Europæiske Union, U1994B.372.
17. Se afgørelsen C 350/92 Spanien mod Rådet, Sml. 1995 I, p. 1985, hvor det blev fuldt og helt anerkendt, at patentretten ikke er forbeholdt medlemsstaterne, og at Fællesskabet kan træffe harmoniseringsforanstaltninger på området også for så vidt angår materiel regulering.
18. I afgørelserne C-92 og C-236/92, saml.1993 I, p. 5145 (Phil Collins), blev det fastslået, at et EU-land ikke må diskriminere statsborgere fra andre EU-lande i ophavsretlig sammenhæng. Se også *Gunnar Karnell*: NIR1994.32.
19. Også i relation til licensnægtelse har bestemmelserne om forbud mod konkurrencefor-

Bestemmelsen i artikel 151 EF fordrer, at den EU-retlige regulering skal respektere og fremme kulturers mangfoldighed. Denne bestemmelse, der er meget generelt formuleret, kan tænkes at få indflydelse på den ophavsretlige beskyttelse også. Særlig og måske mest aktuelt på området for beskyttelse af *folklore*. Dette er et emne, der drøftes i WIPO-regi – primært affødt af udviklingslandenes krav herom. Det kan derfor tænkes, at ophavsretten i fremtiden skal rumme en folklore-beskyttelse af en vis karakter. Det vil gøre bestemmelsen i traktatens artikel 151 aktuel. Denne betragtning er yderligere aktualiseret af optagelsen af de 10 nye medlemsstater i EU for hvilke, en vis folklorebeskyttelse kunne være interessant.

Harmoniseringsbestræbelserne på området har givet sig udtryk i såvel fremlæggelse af grønbøger fra Kommissionen som vedtagelse af forordninger og direktiver.

I 1988 fremlagde Kommissionen sin grønbog med titlen: »Ophavsret og den teknologiske udfordring – ophavsretlige problemer, der nødvendiggør øjeblikkelig handling«.[20] I 1995 fremkom endnu en grønbog om: »Ophavsret i informationssamfundet.«[21] I perioden herefter blev der sat fokus på krænkelses- og håndhævelsesproblematikken med det formål at harmonisere midlerne til håndhævelse af de intellektuelle rettigheder. Kommissionen fremlagde derfor i 1998 en grønbog om bekæmpelse af varemærkeforfalskning og piratkopiering.[22]

For at beskytte Fællesskabets ydre grænser mod import af varer, der krænker intellektuelle ejendomsrettigheder, blev der den 25. januar 1999 vedtaget en forordning: Rådets forordning (EF) nr. 241/1999 om fastsættelse af visse foranstaltninger i forbindelse med indførsel fra Fællesskabet og udførsel og genudførsel fra Fællesskabet af varer, der krænker visse former for intellektuel ejendomsret.[23] Forordningen angiver på hvilke

---

vridende handlinger været anvendt. Det ses særligt i to afgørelser, C-241 og C-242/91 (Magill) og C-418/01 (IMS Health).

20. KOM (88) 172 af 7. juni 1988.
21. KOM (95) 382 af 19.juli 1995.
22. KOM (1998) 569 af 15. oktober 1998. Høringssvarene har dannet grundlag for en synteserapport som er gjort tilgængelig på internettet: http://europa.eu.int./comm/internal_market/en/indprop/piracy/piracyen.pdf. I 1999 afholdt Kommissionen under det tyske formandskab en offentlig høring for de berørte parter, og senere samme år blev der afholdt et ekspertmøde mellem medlemsstaterne. Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg afgav en udtalelse om grønbogen i 1999, EFT C 116 af 28.4.1999, p. 35, og Europa-Parlamentet vedtog en beslutning om emnet i 2000, EFT C 41 af 7.2.2001, p. 56. I forlængelse af høringen fremlagde Kommissionen en meddelelse til opfølgning af grønbogen, KOM (2000)789, hvilken Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg tilsluttede sig i en tillægsudtalelse afgivet i 2001, EFT C 221 af 7.8.2001, p. 20.
23. Forordningen ændrer forordning (EF) nr. 3295/94.

betingelser, toldmyndighederne kan gribe ind overfor varer, der enten er varemærkekrænkende eller piratkopier. Da det naturligvis er tvingende nødvendigt, at reguleringen anvendes ens i samtlige medlemslande, har man valgt at lovgive ved en forordning. Den primære reguleringsform på området er, bortset herfra, sket ved udstedelse af direktiver.

Der findes således en række EU-direktiver, der har betydning på ophavsrettens område: Direktiv nr. 91/250/EØF om retlig beskyttelse af edb-programmer[24], direktiv nr. 92/100/EØF om udlejning og udlån, direktiv nr. 93/83/EØF om satellit- og kabel-tv, direktiv 93/98/EØF om harmonisering af den ophavsretlige beskyttelsestid, direktiv nr. 96/9 om beskyttelse af databaser samt direktiv nr. 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (infosoc-direktivet).

Med det sidstnævnte direktiv tages et skridt imod en øget harmonisering af ophavsretten. Direktivet gør det muligt at tilpasse rettighedshavernes beskyttelse til den teknologiske udvikling, især på det digitale område. Efter grønbogen i 1998 er der desuden vedtaget yderligere et direktiv nr. 2001/84/EF.[25] Direktivet vedrører harmonisering af reglerne om følgeret for ophavsmanden til et originalt kunstværk. Følgeret betyder, at ophavsmanden til et sådant originalt kunstværk sikres ret til at få del i det økonomiske udbytte ved et eventuelt videresalg af kunstværket. Fristen for gennemførelse af direktivet i national ret er den 1.1.2006.[26]

Seneste er vedtagelsen af direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder. Dette direktiv har stor betydning for indholdet af nærværende afhandling. Direktivet indeholder bestemmelser, der selvstændigt regulerer ophavsmandens adgang til erstatning. Ved affattelsen af erstatningsbestemmelserne er der ikke taget udgangspunkt i medlemslandenes egne erstatningsbestemmelser, men der er formuleret et sæt minimumserstatningsregler. Det står således medlemslandene frit for at indføre mere skærpende erstatningsbeføjelser end hjemlet i direktivet.

En anden løsning blev valgt ved vedtagelse af Rådets forordning 6/2002/EF om EF-design. »Designforordningen« indeholder i artikel 89 en bestemmelse om sanktioner for designkrænkelse. Der er direkte hjemmel til forbudsnedlæggelse og beslaglæggelse, mens erstatningsspørgsmålet

24. Se om dette direktiv *Peter Schønning*: EF-direktivet om retlig beskyttelse af edb-programmer, NIR1992.56.
25. EF-tidende, L nr. 272 af 13.10.2001 p. 32
26. Se også *K. Kierkegaard*: Droit de suite, den danske ordning, set i lyset af harmoniseringsbestræbelserne, NIR1997.405.

løses ved, at en EF-designdomstol kan træffe: »[…] afgørelse om andre sanktioner, der er egnede under de givne omstændigheder, og som har hjemmel i lovgivningen i den medlemsstat, hvor designkrænkelsen finder sted.« Erstatning for krænkelser i strid med designforordningen tilkendes således efter medlemslandenes nationale lovgivning.

Det har som konsekvens, at bestemmelserne i direktiv 2004/48/EF om erstatning som minimum bliver gældende for krænkelser i henhold til designforordningen. Dette bliver i hvert fald tilfældet i Danmark, hvor erstatningsbestemmelserne i de enkelte eneretslove har stort set samme ordlyd og fortsat vil have det.

I de ovennævnte direktiver er der hjemmel til, at Kommissionen forhandler på medlemsstaterne vegne i forhold til WIPO. Tiltrædelse af internationale traktater sker samlet for alle medlemslande i EU. Der blev i 1992 vedtaget en resolution, hvorefter der blev fastsat en tidsfrist inden for Fællesskabet. Inden for denne skal den reviderede Bernerkonvention (1971) og Romkonvention (1971) være tiltrådt.[27] Det har betydet, at EU's kompetence er blevet udvidet. Forhandlingsretten i forhold til WIPO er imidlertid tvingende nødvendig, såfremt man ønsker en øget harmonisering på området for intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder at harmoniseringen skal ske i samme tempo på hele Fællesskabets område, der med den nye udvidelse er blevet ganske betragteligt.

På baggrund af de mange EU-retlige tiltag på området forekommer det forholdsvist klart, at området vægtes meget tungt i relation til skabelse og opretholdelse af det indre marked. Det må således forventes, at også ophavsrettens mere materielle regler vil påvirkes af en fælles EU-retlig regulering i fremtiden. Det er på nuværende tidspunkt tilfældet på patent-, design- og varemærkerettens områder.[28] Det anses dog ikke som sandsynligt, at der vil komme en fælles europæisk forordning om ophavsret, om end dette *de lege ferenda* kunne være ønskeligt. Området vil dog langsomt blive harmoniseret via direktiver. Det forventes, at der 2005 vil blive fremsat et direktivforslag om regulering af de ophavsretlige forvaltningsorganer, ligesom der indenfor en overskuelig fremtid vil fremkomme forslag til regulering af tilknytningskriterierne for pladeproducenter.

27. Rådets resolution 92/C 138/01 af 14.5.1992.
28. Se Rådets forordning 40/1994/EF af 20. december 1993 om EF-varemærker, EFT L 11 af 14.1.1994, Rådets forordning 2100/1994/EF af 27. juli 1994 om EF-sortbeskyttelse, EFT L 227 af 1.9.1994, og Rådets forordning 7/2002/EF af 12. december 2001 om EF-design, EFT L 3 af 5.1.2002. Rådet har endvidere et forslag til indførelse af en retsakt om indførelse af EF-patenter til drøftelse, EFT C 337 E af 28.11.2000 p. 278. Se også Kommissionens forslag om tildeling af kompetence til Domstolen til at afgøre tvister om EF-Patenter KOM(2003)827 og Forslag om oprettelse af EF-Patentretten KOM(2003)828.

3.1. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF om håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder

Som nævnt ovenfor har det immaterialretlige område i høj grad EU's bevågenhed. Med en harmonisering og en styrkelse af de materielle regler følger naturligvis også interessen for *håndhævelse* af reglerne. Forskellene i de enkelte medlemsstaters lovgivning, herunder denne lovgivnings effektivitet samt sanktionsordningernes karakter, betyder p.t., at samhandlen påvirkes og konkurrencen fordrejes.[29] Dette medfører en svækkelse af de materielle regler om beskyttelse af intellektuel ejendomsret. Kommissionen fremsatte derfor den 31. januar 2003 et direktivforslag 2003(46) »Om foranstaltninger og procedurer til sikring af overholdelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.«[30] Med fremsættelse af forslaget ønskede Kommissionen at opnå harmonisering af de nationale håndhævelsesbestemmelser. Dermed ville også ske en tilnærmelse af de nationale lovgivninger vedrørende de civilretlige foranstaltninger samt en fastlæggelse af procedurer og minimumsregler for erstatningsudmåling.[31]

Kommissionen begrundede forslaget med, at den ønskelige fremme af innovation for tiden påvirkes i negativ retning. Dette skyldes, at krænkelser af de intellektuelle ejendomsrettigheder primært finder sted og i fremtiden vil finde sted i lande, der sanktionerer lempeligt. Det er oplagt, at denne forskel i sanktioner modvirker en effektiv bekæmpelse af krænkelserne. Kommissionen hævder, at man kan iagttage forgreninger til den organiserede kriminalitet, hvilken det er særligt magtpåliggende at gribe ind overfor. Også forbrugerbeskyttelsen og den offentlige folkesundhed

29. Kommissionen anslår, at tabet der opstår som følge af piratkopiering og varemærkeforfalskning, på tidspunktet for grønbogens tilblivelse i 1998, androg mellem 5 og 7 % af verdenshandlen. Den europæiske sektor for software og musik samt den audiovisuelle sektor anslog, at de årligt taber ca. 4,5 mia. euro som følge af krænkelserne, og at piratkopiering inden for softwaresektoren på dette tidspunkt lå på 46 %. Endvidere mistes arbejdspladser, skatteindtægter, told, afgifter m.v. Se nærmere Europa-Parlamentets betænkning om Kommissionens grønbog A5-0096/2000 p. 16.

30. Baggrunden for forslaget skal søges i den grønbog Kommissionen fremlagde i 1998 og de høringssvar der fremkom derpå. Se også note 20. Endvidere afgav Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg udtalelse om grønbogen i 1999, jf. EFT C 116 af 28.4.1999 p. 35, og Europaparlamentet vedtog en beslutning om emnet i 2000, jf. EFT C 41 af 7.2.2000, p. 56.

31. Kommissionen begrunder bl.a. dette med, at der i de lande, hvor sanktionerne er mindst effektive, vil være en tendens til at piratkopierede varer har en større markedsandel end i de lande, der har mere effektive retshåndhævelsesmidler. Det medfører en konkurrenceforvridning, der selvfølgelig ikke er ønskelig. Piratkopisterne ernærer sig således ved at udnytte de forskelle, der hersker i de enkelte medlemsstaters nationale lovgivning.

er i fokus blandt de mange argumenter for fastsættelse af harmoniserede bestemmelser på området. Straffes krænkelser og piratkopiering ikke effektivt, vil frembringerne desuden miste troen på, at det indre marked kan danne grundlag for udvikling af aktiviteter med en effektiv beskyttelse af deres rettigheder til følge.[32] Dette medfører naturligvis en bremse af den innovative ånd, der, trods alt, i meget lang tid har præget området.

Europa-Parlamentets udvalg om »Retlige Anliggender og det Indre Marked« afgav den 5. december 2003 en betænkning, A5-0468/2003, der indeholdt ændringsforslag til direktivet. Betænkningen blev vedtaget på førstebehandlingen i Parlamentet den 9. marts 2004 med visse ændringer.[33] Parlamentet angav her ganske tankevækkende opgørelser fra de europæiske toldvæsners statistikker. Heraf fremgår, at beslaglæggelse af ulovlige varer er steget med 39 % mellem år 2000 og 2001. For så vidt angår piratkopierede cd-plader er der i perioden 1999 til 2003 sket en stigning på 15.300 % ifølge industriens eget skøn. Disse tal angår alene toldmyndighedernes beslaglæggelse ved fællesskabets ydre grænser samt oplysninger indhentet hos interesserede parter inden for industrien. Der foreligger ingen oplysninger om problemets reelle omfang *inden for* det indre marked. Der kan dermed på baggrund af de nævnte oplysninger alene drages begrænsede, men dog ganske tankevækkende, konklusioner. Behovet for regulering på området er dog åbenbart. Fordelene herved er mange og vil under alle omstændigheder få etableringen og opretholdelsen af det indre marked til at forløbe mere gnidningsfrit. Endvidere bliver retshåndhævelsen lettere for rettighedshaverne. Dermed opnås større retssikkerhed, således at den ovenfor skitserede udvikling kan bremses eller begrænses.

Det endelige direktiv, 2004/48/EF blev, efter meget hurtig behandling, vedtaget den 29. april 2004. Vedtagelsen skete således umiddelbart før beslutningen om udvidelsen af EU den 1. maj 2004.[34] Kommissionens forslag KOM 2003(46) vil i det følgende blive benævnt »direktivforslaget«, Parlamentets ændringsforslag, PE T5-0147/2004 vil blive benævnt »ændringsforslaget«, og det endelige direktiv vil blive benævnt »direktivet«.

Direktivforslagets erstatningsbestemmelser var temmelig vidtgående. Valgte man at gennemføre samtlige bestemmelser, ville adskillige med-

32. Det anslås, at den kulturelle sektor på grund af piratkopiering og varemærkekopiering mister 4,5 mia. EUR om året.
33. Jf. P5 TA-PROV (2004)0147.
34. En gennemgang af direktivet findes også i *Marcus Norrgård*: Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet, NIR2004.441. Implementeringssynspunkter er dog udeladt i artiklen.

lemsstaters principper og regler for erstatningsudmåling brydes. Det endelige direktiv blev mere moderat i sin formulering, men vil kræve en ændring i erstatningsbestemmelsen i den danske ophavsretslov. Da det er første gang, der i fællesskabsretligt regi tages stilling til retshåndhævelsen, vil direktivet blive grundigt gennemgået i det følgende afsnit. Der er dog lagt særlig vægt på de bestemmelser, der vedrører afhandlingens emner. Øvrige spørgsmål er medtaget for fuldstændighedens skyld, men er alene beskrevet oversigtsmæssigt.

Nedenfor i kapitel 3 gennemgås de sanktioner, der eksisterer ved siden af eller sammen med erstatningssanktionen. I forbindelse med denne beskrivelse vil direktivets bestemmelser om regulering på de tilsvarende områder blive anført. Her vil de blive behandlet mere udførligt. Der vil i den forbindelse blive taget stilling til, om den danske lovgivning på området skal ændres ved implementeringen af disse bestemmelser.

Det skal afslutningsvist bemærkes, at direktivforslaget omhandler varebevægelser *inden for* Fællesskabets område. For så vidt angår varebevægelser over EU's ydre grænser gælder forordning (EF) nr. 241/1999 på området for varemærkeforfalskninger og piratkopier. Da der alene foretages stikprøvevis grænsekontrol, kan varemærkeforfalskninger og piratkopier ulovligt komme ind på Fællesskabets område og blive bragt i omsætning. Regulering heraf sker med hjemmel i de internationale konventioner. Anvendelse af sanktionsbestemmelserne er således afhængig af, om det land, krænkeren er statsborger i, har tiltrådt konventionerne.

3.1.1. Direktivets retsvirkninger og implementering i national ret

Som nævnt ovenfor er det karakteristisk, at immaterialretten i EU-retligt regi reguleres ved udstedelse af direktiver. Det traktatretlige udgangspunkt i artikel 249 EF er, at direktiver retter sig til medlemsstaterne og alene forpligter disse. Medlemsstaterne er bundne af direktivets mål, men skal selv træffe beslutning om midler til gennemførelse af disse mål.[35] Gennemførelse kan dog ikke ske på hvilken som helst måde.

Det er blevet drøftet i såvel teori som praksis, hvorvidt og i hvilket omfang direktiver har direkte virkning.[36] Det er forholdsvist sikkert, at direktiver har direkte virkning i retsforholdet mellem myndigheder og private, det vil sige vertikal direkte virkning. Mere tvivlsomt er det, om direktiver har direkte virkning mellem private, det vil sige horisontal direkte

35. Se mere herom f.eks. *Hjalte Rasmussen*: EU-ret i kontekst, 5. udgave, p. 159 f. og *Ruth Nielsen*: EU-ret, 3. udgave, p. 116 f.
36. Se f.eks. *Ruth Nielsen*: EU-ret, 3. udg., p. 148 ff.

virkning. Den overvejende opfattelse er, at direktiver ikke har horisontal direkte virkning.[37] Det betyder, at direktiver ikke kan påberåbes i sager mellem private. Derfor er implementeringen så meget desto vigtigere.

EF-Domstolen har i sagen C-478/99, Kommissionen mod Sverige, taget stilling til spørgsmålet om implementering af direktiver, og er fremkommet med nogle generelle udtalelser herom.

> Sagen drejede sig nærmere om implementering af direktiv 93/13 om urimelige kontraktsvilkår i forbrugeraftaler. Til direktivet var knyttet et bilag, der indeholdt en ikke-udtømmende liste over de kontraktsvilkår, der kunne betegnes som urimelige. Ved implementeringen i svensk ret blev bilaget til direktivet ikke gengivet i lovbestemmelserne. Bilaget, med tilhørende kommentarer, optrådte i forarbejderne til det lovforslag, der lå til grund for lov om kontraktsvilkår i forbrugerforhold. Kommissionen var af den opfattelse, at dette ikke var tilstrækkeligt til at anse direktivet for korrekt implementeret i svensk ret. Sverige blev frifundet, idet direktivets fulde virkning ansås for tilsikret ved de vedtagne retsregler, der var tilstrækkeligt præcise og klare. Det var dog også et moment i sagen, at det omhandlede bilag ikke var udtømmende og alene havde en vejledende og oplysende værdi.

Domstolen udtalte konkret om implementering af direktiver i præmis 15 og 20-22: »Hver af de medlemsstater, et direktiv er rettet til, er forpligtet til indenfor sin nationale retsorden at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dets formål. Det kræves, at retsstillingen i henhold til de nationale gennemførelsesbestemmelser skal være tilstrækkelig præcis og klar, og at de berettigede skal sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og til i givet fald at påberåbe sig dem ved de nationale domstole. […] Medlemsstaterne skal derfor, med henblik på at opnå det med direktivet tilsigtede resultat, vælge en sådan form og sådanne midler ved gennemførelsen, at der gives tilstrækkelig garanti for, at offentligheden kan få kendskab hertil.«

Domstolen udtrykker således klart, at direktivets *formål* skal nås, men dog således at direktivet skal sikres *fuld* virkning i overensstemmelse med sit indhold. Det kræver præcise og klare nationale gennemførelsesbestemmelser.

Direktiv 2004/48/EF har karakter af et minimumsdirektiv. Det betyder, at det angiver de bestemmelser, der som minimum skal gennemføres i national ret. De enkelte medlemslande har således mulighed for at fastsætte højere standarder, jf. direktivets artikel 16. Der kan dermed være

37. Se samme p. 155.

forskelle på medlemslandenes måder at implementere direktivet på. Hver enkelt lands retssystem bliver således medspiller ved anvendelse af direktivets bestemmelser. Man må stille sig det naturlige spørgsmål, om formålet med at harmonisere reglerne om sanktioner ved krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder også bliver opfyldt ved direktivet i den foreliggende form. Det fremgår af direktivet, at formålet er »indbyrdes at tilnærme lovgivningerne med henblik på at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau i det indre marked.« Det vil fremgå i det følgende, om dette også med sandsynlighed vil lykkes.

Der har i den juridiske litteratur været fremsat kritik af den måde, hvorpå de EU-retlige direktiver implementeres i Danmark.[38] Der ligger to problemstillinger til grund for kritikken. Den ene er den lovgivningsmæssige implementering, der kritiseres for ufuldstændig og uklar. Den anden er retsanvendelsen ved de danske domstole. Såvel selve implementeringsprocessen som retsanvendelsen kritiseres for at afskærme den danske lovgivning og anlægge fortolkninger af EU-retten, der begrænser denne. Det medfører at de eksisterende nationale regler i det væsentligste kan bevares.[39] Implementeringen og retsanvendelsen sker under ansvar for Kommissionen. Kommissionen kan indlede sag ved EF-Domstolen med påstand om, at implementering ikke er sket i overensstemmelse med direktivets formål. Hjemmel hertil findes i artikel 226 EF. Der er endvidere mulighed for at private parter, under en verserende national retssag, kan forespørge EF-Domstolen, hvorvidt implementeringen er sket korrekt. Private har ikke mulighed for at gøre synspunktet gældende direkte for den nationale domstol, såfremt en anden privat er modpart i sagen. Den nationale domstol kan alene tage stilling til en konkret retstvist med hjemmel i lovgivningen, som den foreligger implementeret. Det er derfor væsentligt, at direktiver implementeres i overensstemmelse med deres formål for at undgå tvister. Det følger heraf, at mener en part, at erstatningsbestemmelsen i direktiv 2004/48/EF ikke er korrekt implementeret, må sagen indbringes for EF-Domstolen.

Det fremgår af Kulturministeriets arbejdsprogram for ophavsretten af 13. maj 2004, at direktivet forventes gennemført i dansk ret senest foråret 2006.

---

38. Jf. *Christina Tvarnøe*: EU – det indre marked og aftaleretlig harmonisering, U2002B.51, *Joseph Lookofsky og Mads Bryde Andersen*: Nationale aftaleregler og EU-integration, U2002B.211, *Ruth Nielsen*: Sondringen mellem privat og offentlig ret ved implementering af direktiver, der krydser den centrale formueret, U2003B.69 og *Ana M. López-Rodríguez*: EU-rettens påvirkning af formueretten – det formelle og det faktiske perspektiv U2004B.115.
39. Se f.eks. *Ruth Nielsen*: Sondringen mellem privat og offentlig ret ved implementering af direktiver, der krydser den centrale formueret, U2003B.69.

Det fremgår også, at det er Kulturministeriets foreløbige vurdering, at direktivet ikke vil give anledning til væsentlige ændringer i ophavsretsloven.[40] Det vil af det følgende fremgå, på hvilke punkter den danske lovgivning, herunder såvel ophavsretsloven som retsplejeloven, bør ændres som led i implementering af direktivet, såfremt betingelserne omkring implementering med direktivets formål samt en sikring af fuld virkning af direktivets bestemmelser skal opnås.

3.1.2. Begrebsdefinition

Direktiv 2004/48/EF indeholder regler om foranstaltninger og procedurer til sikring af overholdelse af *intellektuelle ejendomsrettigheder.*

I Kommissionens grønbog om bekæmpelse af *varemærkeforfalskning* og *piratkopiering*, der ligger til grund for direktivet,[41] anføres, at betydning af disse begreber kan variere fra ét sprog til et andet. Såvel grønbogen som direktivet anlægger en bred forståelse af begreberne. Enhver form for virksomhed, der resulterer i en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed, er omfattet, ligesom enhver værksart, der favnes af den intellektuelle ejendomsret i bred forstand, er beskyttet.

> Omfattet er således f.eks. industrielle ejendomsrettigheder i form af varemærker, mønstre, modeller, patenter, brugsmodeller, beskyttelsescertifikater for lægemidler og plantebeskyttelsesmidler, ophavsrettigheder, beslægtede rettigheder i form af rettigheder for udøvende kunstnere, fonogramfremstilling, producenter af førsteindspilninger af film samt radio- og fjernsynsforetagender og andre former for krænkelser i form af geografiske angivelser, planteforædlingscertifikater, halvlederes topografi eller en databasefremstillers sui-generis-rettigheder. Endvidere dækkes varemærkeforfalskning og piratkopiering via internettet.

I ændringsforslaget fra Europa-Parlamentet anføres, at direktivet ud over intellektuelle ejendomsrettigheder også skal omfatte *industrielle* ejendomsrettigheder. Det anføres, at ændringen skal indsættes, da udtrykket intellektuelle ejendomsrettigheder ikke omfatter den industrielle ejendomsret, der f.eks. regulerer varemærker. Endvidere anføres det i ændringsforslaget, at patenter bør udelukkes fra direktivets anvendelsesområde. Dette skyldes, at spørgsmålet om patentbeskyttelse er så komplekst og ømfindigt, at man bør behandle dette ved en specifik regulering. I arti-

40. Arbejdsprogrammet kan ses på http://www.kum.dk/sw12778.asp
41. Jf. ovenfor note 22.

kel 1 er diskussionen løst ved at det anføres, at: »I dette direktiv omfatter udtrykket »intellektuelle ejendomsrettigheder« også industrielle ejendomsrettigheder.« Direktivet er således også gældende for håndhævelse af patentrettigheder. Hvis håndhævelsesproblematikken skønnes at være særlig på patentområdet, kan reguleringen udvides i en forordning eller et direktiv, som alene gælder for patenter.

Det anføres i bemærkning (17) til direktivet, at: »De foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der fastlægges i dette direktiv, bør i hvert enkelt tilfælde fastsættes på en sådan måde, at der tages behørigt hensyn til de pågældende tilfældes specifikke karakteristiska, herunder de særlige egenskaber ved den enkelte intellektuelle ejendomsret, og, når det er relevant, til krænkelsens forsætlige eller ikke-forsætlige karakter.« Der åbnes således mulighed for, at direktivets bestemmelser differentieres alt afhængig af, hvilken type rettighed der er udsat for krænkelse. I Danmark er de processuelle regler om fogedforbud, bevissikring m.v. reguleret i retsplejeloven, mens de specifikke regler om retshåndhævelse i form af straf, påtale, erstatning og godtgørelse samt inddragelse findes i de enkelte eneretslove. Denne opdeling kan således opretholdes. I de øvrige nordiske lande er reglerne om f.eks. bevissikring indarbejdet i de enkelte eneretslove. Denne metode giver mulighed for mere specifik regulering og større hensyntagen til den enkelte rettighedstype, hvilket direktivet også peger på som en mulig struktur af lovgivningen.

3.1.3. Forholdet til TRIPS-aftalen

I realiteten blev foranstaltningerne og procedurerne til håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder harmoniseret ved TRIPS-aftalen.[42] Samtlige medlemsstater er bundet af TRIPS-aftalen.[43]

Aftalen fastsætter minimumsregler for retsmidlerne til håndhævelse af handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder. Omfattet er således: Generelle krav om iværksættelse af effektive midler til håndhævelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, visse aspekter af civilretlige og administrative procedurer, indførelse af forebyggende foranstaltninger i form af forbud, påbud, beslaglæggelse, erstatning samt regler om de strafferetlige procedurer. Direktiv 2004/48/EF berører ikke medlemsstaternes internationale forpligtelser – ej heller i forhold til TRIPS-aftalen.

Imidlertid er visse midler til håndhævelse ikke hjemlet i TRIPS-aftalen, og andre anvendes alene på frivillig basis. Derfor varierer retstilstanden

42. Se ovenfor afsnit 2.1.5.
43. Jf. Rådets beslutning 94/800/EF, EFT L 336, af 23.12.1994, p. 1.

i medlemslandene betydeligt.[44] Forskellen i de enkelte medlemslandes lovgivning på håndhævelsesområdet viser sig særligt ved reglerne om håndtering af bevismateriale,[45] de formelle regler om behandling af krænkelsessager, beregning af erstatning samt i, hvilke civil- og strafferetlige sanktioner, der kan pålægges.[46]

Specielt vedrørende erstatningsberegning findes der tre modeller, der hovedsageligt anvendes i de forskellige medlemslande:

1) Erstatning for det faktiske tab
2) Udlevering af den fortjeneste, rettighedskrænkeren har opnået
3) Betaling af de gebyrer og afgifter (licenser), rettighedskrænkeren skulle have betalt, hvis han havde ansøgt om tilladelse til at benytte retten.

I de fleste medlemslande kan rettighedshaveren vælge mellem de tre modeller eller i hvert fald mellem nr. 1 og nr. 3. Beløbene kan ikke sammenlægges eller kombineres. I nogle medlemslande har rettighedshaveren mulighed for at kræve krænkerens fortjeneste udleveret. Der er dog stor forskel på, hvilken beregningsmetode der anvendes ved opgørelse af fortjenesten. I Storbritannien anses udlevering af krænkerens fortjeneste slet ikke for erstatning, men alene for en afhjælpende foranstaltning. I Tyskland finder de almindelige civilretlige regler om tilbagelevering af uberettiget berigelse anvendelse.[47] I Holland og Belgien kan krænkerens fortjeneste

44. For eksempel er tilbagekaldelse af varer, bragt ulovligt i handlen, ikke omfattet af TRIPS-aftalen og retten til information er alene indført på frivillig basis.
45. Specielt omkring håndtering af bevismidler har enkelte medlemsstater indført ganske effektive midler. For eksempel giver den franske Code de la propriété intellectuelle Art. L-332-1, L-521-1, L-615-5 og L-716-7 rettighedshaveren mulighed for at begære beslaglæggelse hos præsidenten for Tribunal de grande instance, når blot det gøres gældende, at der foreligger en krænkelse. Afhøring af modparten er ikke nødvendig, modsat hvad der er gældende i Danmark og Sverige. Retstilstanden i Det Forenede Kongerige er stort set som i Frankrig. Beslaglæggelse kan gennemføres ved kendelse fra High Court uden afhøring af den anden part – dette er hjemlet i den såkaldte *Anton Piller Order* efter afgørelsen Anton Piller KG mod Manufactoring Processes Ltd. 1976, 1. Ch. 55, R.P.C. 719. Andre medlemsstater har ingen foranstaltninger, procedurer og retsmidler til gennemtvingelse af retten til information samt til tilbagekaldelse af de omtvistede varer. Se nærmere om den danske retsstilling på netop dette punkt nedenfor kapitel 3, afsnit 2.2.
46. Dette kan illustreres på det strafferetlige område, hvor personer, der har handlet i god tro, ikke kan ifalde strafansvar i Sverige og Finland, men godt kan ifalde strafansvar i Grækenland. I Danmark, Spanien og Italien kan strafansvar ikke pålægges personer, der kun anvender produkterne til privat brug.
47. I Tyskland ses dog en række sager om erstatningsbeløb, der umiddelbart må anses for noget højere end hvad følger af sædvanlig praksis. Bundesgerichthof har i enkelte afgørelser (for eksempel BHG af 2.11.2000 i en sag om varmærkeforfalskning) fastslået,

kræves udleveret, når der foreligger skærpende omstændigheder, hvilket vil sige ond tro. I Frankrig opererer man slet ikke med fralæggelse af fortjeneste, men alene med erstatning for dokumenteret tab.[48] I den danske ophavsretslov er der ikke hjemmel til at kræve krænkerens fortjeneste udleveret.

Det forekommer klart at med denne forskel i medlemsstaternes lovgivning, har rettighedshaverne yderst vanskeligt ved at bringe klarhed over retsstillingen.

Efter TRIPS-aftalen skal der i alle medlemsstater være generel adgang til erstatning på det civilretlige område og til strafferetlige sanktioner, men disse reglers udformning afviger altså meget fra hinanden.

TRIPS-aftalen har således sine begrænsninger på sanktionsområdet. Begrænsninger, som Kommissionen har skønnet er så betydelige, at harmonisering på området er nødvendig.[49]

3.1.4. Forholdet til anden EU-retlig lovgivning

Det fremgår af bemærkningerne til direktivet, at bestemmelserne ikke bør berøre de særlige bestemmelser om håndhævelse af rettigheder, der er fastsat i direktiv 91/250/EØF om retlig beskyttelse af edb-programmer samt direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (infosoc-direktivet).

I det omfang de ovennævnte direktiver indeholder håndhævelsesbestemmelser, der giver en anden eller strengere håndhævelse end direktiv 2004/48/EF, finder disse anvendelse. Specielt vedrørende nedlæggelse af forbud overfor mellemmænd, hvis tjenester anvendes af tredjemænd til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder jf. infosoc-direktivets artikel 8, stk. 3, er der tale om en strengere håndhævelse, end håndhævelsesdirektivet fordrer. Håndhævelse overfor mellemmænd har således særskilt hjemmel i infosoc-direktivet, og en retsstilling i henhold hertil skal implementeres i de nationale lovgivninger.

---

at der ved opgørelse af fortjenesten ikke kan fratrækkes driftsudgifter. Dette må anses for en ændret retstilstand i skærpende retning.

48. Jf. Code Civil art. 1382.
49. Jf. nedenfor afsnit 3.1.6 er det ikke formålet med direktivet at harmonisere de strafferetlige sanktionsmuligheder.

3.1.5. Retsgrundlag

Kommissionen har ladet de enkelte bestemmelsers udformning tage udgangspunkt i medlemsstaternes forskellige nationale lovgivninger. Man har udvalgt de bestemmelser, der synes mest egnede til at imødekomme rettighedshaverens krav, og som samtidig tager behørigt hensyn til krænkeren.

Kommissionen skal ved fremsættelse af et direktivforslag altid imødekomme det almindelige proportionalitetsprincip i EF-traktatens artikel 5. Heraf følger, at de påtænkte foranstaltninger skal stå i rimeligt forhold til de tilsigtede hovedmål. De tilsigtede hovedmål er altid at sikre et mere velfungerende og gennemsigtigt marked.

Som nævnt er det direktivets formål at gennemføre det indre marked på området for håndhævelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder. Derfor angiver EF-traktatens artikel 95, stk. 1 som retsgrundlag for harmoniseringen.

> Artikel 95, stk. 1 har følgende ordlyd: »Uanset artikel 94 og medmindre andet er bestemt i denne traktat, finder følgende bestemmelser anvendelse med henblik på virkeliggørelsen af de i artikel 14 fastsatte mål. Rådet, der træffer afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251 og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg, vedtager de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion.«

De øvrige direktiver om harmonisering af de materielle regler om intellektuel ejendomsret, som alle er nævnt ovenfor i indledningen til dette afsnit, har også hjemmel i artikel 95, stk. 1.[50]

Direktivet har ikke til formål at harmonisere reglerne om samarbejde mellem medlemsstaternes domstole, om lovvalg eller om tvangsfuldbyrdelse af retsafgørelser. For disse retsområder gælder særlige regler, der finder umiddelbart anvendelse også på området for håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder.[51]

---

50. Domstolen har flere gange fastslået, at artiklen er et passende retsgrundlag på området, jf. for eksempel sag C350/92, Kongeriget Spanien mod Rådet, Sml. 1995 I, p. 1985 og sag C 377/98 Nederlandene mod Parlamentet og Rådet.
51. Forordning 1348/2000/EF om forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter, Forordning 44/2001/EF om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser, Forordning 1206/2001/EF om samarbejde mellem medlemsstaternes retter om bevisoptagelse. Specielt vedrørende lovvalg se afsnittet umiddelbart nedenfor om KOM (2003)427, Kommissionens forslag til forordning om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontraktsforhold. (ROM II).

3.1.6. Direktivets materielle indhold.

Artikel 2 fastlægger direktivets anvendelsesområde. I bestemmelsen anføres det indledningsvist, at direktivet finder anvendelse, såfremt intet andet, der stiller rettighedshaveren *bedre*, er vedtaget eller bliver vedtaget i anden fællesskabslovgivning eller i national lovgivning. Direktivet finder anvendelse på *enhver* krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, som er fastsat i fællesskabsretten og/eller den pågældende medlemsstats nationale ret. I medfør af direktivforslaget var det en forudsætning for anvendelse af direktivet, at krænkelsen var begået *i kommercielt øjemed,* og at rettighedshaveren var påført et *væsentligt tab*. I ændringsforslaget blev disse bestemmelser foreslået udformet således, at sanktionsmidlerne skulle anvendes nuanceret af domstolene, som skulle tage behørigt hensyn til den konkrete sags omstændigheder. Disse betragtninger er fjernet i den endelige direktivtekst. Det har som den meget vigtige konsekvens, at direktivforslagets foranstaltninger kan anvendes på enhver krænkelse, og ikke blot kommercielle krænkelser, og uanset om rettighedshaveren er blevet påført et væsentligt tab.

I artikel 2 er også fastslået, at direktivet ikke berører fællesskabsbestemmelsernes materielle regler om intellektuelle rettigheder, medlemsstaternes forpligtelser i henhold til internationale konventioner samt medlemsstaternes nationale bestemmelser om strafferetlige procedurer eller sanktioner i forbindelse med krænkelser. Dette betyder for dansk rets vedkommende, at direktivet får betydning for sanktionerne opregnet i de enkelte eneretslove samt retsplejeloven, men ikke for så vidt angår straffelovens sanktionsbestemmelser.

Artikel 3 benævnes »Almindelige bestemmelser«. Medlemsstaterne er forpligtede til at fastsætte de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af de intellektuelle rettigheder. I medfør af direktivforslaget skulle håndhævelsesforanstaltningerne være af en sådan art, at den ansvarlige blev frataget den økonomiske vinding ved krænkelsen. Der er interessant at bemærke, at Kommissionen anfører fralæggelse af økonomisk vinding som det *grundlæggende* erstatningsretlige synspunkt ved krænkelser af immaterialrettigheder. Til trods for at formuleringen ikke genfindes i den endelige artikel 3, er synspunktet alligevel medtaget i erstatningsbestemmelsen i artikel 13. Denne retstilstand ligger langt fra det danske udgangspunkt i ophavsretslovens § 83, der grundlæggende bygger på licensbetragtninger samt erstatning for konstateret tab.

Videre i artikel 3 anføres dog, at foranstaltningerne skal være fair og rimelige og ikke må være unødigt komplicerede eller udgiftskrævende. Bestemmelsen er på dette punkt inspireret af TRIPS-aftalens artikel 41,

stk. 2. I artikel 3 in fine anføres, at alle sanktionsmidler skal være effektive, proportionelle og afskrækkende. I ændringsforslaget blev foreslået, at der skulle tages hensyn til, om der var tale om en forsætlig krænkelse eller ej. Denne formulering er ikke medtaget i den endelige tekst. Som det vil fremgå ved gennemgangen af direktivet, er retsvirkningen af god tro dog inddraget enkelte steder i direktivteksten. Afslutningsvist i bestemmelsen anføres, at foranstaltningerne og retsmidlerne ikke må være til hinder for lovlig samhandel, og at der skal ydes garanti mod misbrug af bestemmelserne. En sådan garanti kan vanskeligt stilles. Der kan vel alene stiles imod, at retsstillingen hindrer misbrug.

Artikel 4 definerer parterne, der er berettigede til at begære anvendelse af de opregnede foranstaltninger, procedurer og retsmidler. Dette er selvfølgelig primært indehaveren af den pågældende rettighed, men også licenstagere, de kollektive forvaltningsorganisationer samt faglige interesseorganisationer.

I artikel 5 fastslås, at ophavsmanden formodes at have ejendomsret til værket, såfremt hans navn er anført på værket på sædvanlig måde. Dette er tilsvarende gældende for indehavere af nærtstående rettigheder for så vidt angår det beskyttede materiale. Bestemmelsen svarer til ophavsretslovens § 7, dog således at dansk ret ikke hjemler samme ret for de nærtstående rettigheder. Ophavsretsloven må derfor skulle ændres på dette punkt.

Afdeling 2 omhandler bevismateriale og berører derfor den danske retsplejelov. I afdeling 3 behandles ret til information og dermed også retsplejelovens bestemmelser. Afdeling 4 omhandler iværksættelse af en række yderligere foreløbige foranstaltninger i form af påbud og tvangsbøder, forbud kombineret med sikkerhedsstillelse samt pligt til fremlæggelse af bevismateriale til rekvirentens brug. Regler om foranstaltninger, der følger af, at der er truffet en realitetsafgørelse i sagen, findes i afdeling 5. Bestemmelserne i afdeling 2-5 omhandles nedenfor i afsnit 10 i det omfang, de har betydning for emner behandlet i afhandlingen. Artikel 13 omhandler erstatning og sagsomkostninger og beskrives umiddelbart nedenfor i afsnit 3.1.5.1.

Direktivets karakter af minimumsdirektiv fastslås i artikel 16, hvorefter medlemslandene frit kan anvende andre hensigtsmæssige sanktioner med forbehold for de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der fremgår af direktivet.

3.2. Erstatning

Direktivets artikel 13 omhandler erstatning. Bestemmelsens stk. 1 har følgende ordlyd:

> »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«.
>
> Herefter opregnes de hensyn domstolene skal tage ved erstatningsudmålingen i et litra a og b, således:
>
> Litra a)
>
> »Når de retslige myndigheder fastsætter erstatningen, skal de tage hensyn til alle relevante aspekter, så som 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 eller de kan, som et alternativ til litra a),
>
> Litra b)
>
> 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.«

Stk. 2 indeholder regler om krænkelser begået i god tro:

> »I sager, hvor den krænkende 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.«

Ansvarsgrundlaget efter stk. 1 svarer til ansvarsgrundlaget efter § 83 i den danske ophavsretslov. Simpel uagtsomhed er således tilstrækkeligt til at ifalde erstatningsansvar. Det præciseres videre i stk. 1, at erstatningen skal stå i *rimeligt* forhold til det *tab* rettighedshaveren har lidt. Udgangspunktet for erstatningen tages således i et vist omfang i rettighedshaverens tab, dog således at de momenter, der skal tillægges vægt, præciseres i litra a og b.

I direktivforslaget havde bestemmelserne i litra a og b denne ordlyd:

a) En godtgørelse på det dobbelte af de gebyrer og afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed, *eller*
b) En erstatning svarende til det tab, der er lidt som følge af krænkelsen, herunder tabt fortjeneste.«

I ændringsforslaget havde bestemmelsen fået følgende ændrede ordlyd:

a) enten en godtgørelse på op til det dobbelte af de gebyrer og afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed, eller
b) en forud fastsat godtgørelse, forudsat at denne står i rimeligt forhold til krænkelsens alvor og har en tilstrækkelig afskrækkende karakter.«

Som det fremgår, er erstatningsbestemmelsen blev ændret væsentligt ved den endelige vedtagelse af direktivet. Kommissionsforslaget har, i overensstemmelse med proceduren i traktatens artikel 251, været til udtalelse hos Det Europæiske Økonomiske og Sociale udvalg, regionsudvalget. Parlamentet har afgivet en udtalelse, som imidlertid ikke er offentliggjort endnu.[52] I redegørelsen fra Det Økonomiske og Sociale udvalg anføres, at bestemmelserne er overdrevet detaljerede, og der gives konkrete eksempler herpå.[53] Ved den endelige vedtagelse af direktivets tekst har man forladt det pønale element i erstatningsberegningen. Dette bestod i mulighed for, at erstatningen kunne udgøre det dobbelte af, hvad der skulle være betalt i afgifter og gebyrer, såfremt der var indgået en lovlig aftale om udnyttelsen. Det ville også være at betragte som temmelig vidtgående, hvis en bestemmelse af denne karakter var blevet gennemført. Kommissionen og Parlamentet anførte i forslagene, både i bemærkningerne til direktivet samt i til bestemmelsen i artikel 17 (erstatningsbestemmelsen), at erstatningen skulle have en *afskrækkende* effekt. Dette element er ikke gentaget i den endelige direktivtekst eller i præmablen til direktivet.

Til trods for, at erstatningsbestemmelsens endelige ordlyd er blevet lempet i forhold til direktivforslaget og ændringsforslaget, er der dog ingen tvivl om, at mulighederne for at opnå en for ophavsmanden mere tilfredsstillende retsvirkning på området absolut er til stede, når direktivet skal implementeres.

52. Jf. PE T5-0147/2004.
53. Udtalelsen er offentliggjort i C 32 af 5.2.2004, p. 15 ff. Udtalelsen om erstatning findes på p. 19.

3.2.1. Bestemmelserne i artikel 13, litra a.
I artikel 13, stk. 1, litra a opregnes de aspekter, der skal tages hensyn til ved beregning af erstatning for den økonomiske skade, som rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen. Der skal tages hensyn til *alle* relevante aspekter, når erstatningen skal beregnes. Det giver som udgangspunkt en bred mulighed for at tillægge særlige momenter vægt ved behandling af krænkelsessagerne. Alle tænkelige og mere individuelle forhold kan således få indflydelse på erstatningsudmålingen, som for eksempel skyldgraden, særlig indgribende markedsforstyrrelser, krænkelsens tidsmæssige udtrækning, substituerbarhed, forskel i udbudspriser m.v. Herefter nævnes de væsentligste aspekter i tre eksemplificeringer:

1) De negative økonomiske konsekvenser, herunder tabt fortjeneste, og
2) Den krænkende parts uberettigede fortjeneste
3) Andre elementer end de økonomiske, f.eks. den ikke-økonomiske skade.

Det er vigtigt at fastholde, at der alene er tale om en eksemplificering. Det er dog eksemplificeringer, der nævnes direkte. Medlemslandene kan derfor ikke undlade at implementere disse i de nationale lovgivninger.

3.2.1.1. Rettighedshaverens tabte fortjeneste
Det første relevante aspekt, der nævnes i bestemmelsen, er rettighedshaverens tabte fortjeneste. Begrebet *tabt fortjeneste* kan dække over flere tabstyper. Den mest relevante type er manglende dækningsbidrag ved svigtende salg, men også andre negative økonomiske tab kan kvalificeres under begrebet tabt fortjeneste.[54] Det kan f.eks. være de mere indirekte tab i form af markedsforstyrrelser, men også øgede annonceringsomkostninger, omkostninger ved sagsførelse m.v., det vil sige de såkaldte *andre tab*. Dette første led i litra a må således fortolkes i overensstemmelse med de almindelige erstatningsretlige regler om erstatning for *dokumenteret tab*.

De almindelige erstatningsretlige regler regulerede alene erstatningsspørgsmålet i Danmark frem til 1995. Herefter blev bestemmelsen i ophavsretslovens § 83 indsat. Der er stadig efter dansk ret mulighed for at nedlægge påstand om erstatning efter disse regler. Bestemmelserne ses i mange afgørelser som bærer af afgørelsens resultat.[55] Reglernes anven-

54. Se nærmere om erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler nedenfor i kapitel 4, afsnit 8.
55. Se nærmere herom nedenfor i kapitel 7, afsnit 6.

delse giver stadig problemer, lovændringen til trods, da der ofte er store vanskeligheder forbundet med at dokumentere det lidte tab. En sandsynliggørelse heraf ikke er tilstrækkelig. Det betød at domstolene før 1995, for at kompensere for dette problem, alligevel i enkelte tilfælde skelede til vederlagsreglen, der fandtes i den øvrige immaterialretslovgivning.

I dag er retsstillingen således, at rettighedshaveren i meget få tilfælde imødekommes med en dom i overensstemmelse med den nedlagte påstand

En bestemmelse, som i artikel 13 om erstatning for tabt fortjeneste, rejser to grundlæggende spørgsmål. Den ene er spørgsmålet om bevisbedømmelsens betydning, og den anden er spørgsmålet om anvendelse af et eventuelt skøn.

Det er uden videre klart, at bevisbedømmelsen er afgørende for erstatningsudmålingen. Hvilket indhold bevisbyrdereglerne vil få er vanskeligt at klarlægge og vil givetvis variere fra en medlemsstat til en anden. Hver medlemsstat vil højst sandsynlig anvende sin sædvanlige og indarbejdede tradition på området. Naturligvis vil praksis fra EF-Domstolen med tiden kunne få indflydelse på bevisbedømmelserne. Retstilstanden vil dog uden tvivl i en del år være den, at medlemsstaterne lægger den bevisvurdering til grund, som anvendes i dag hos de nationale domstole.

Kan der ikke føres et uanfægteligt bevis, må der nødvendigvis afsiges en afgørelse baseret på et skøn. I nogle medlemslande, herunder Danmark, vil det ikke være muligt at klarlægge, hvorledes erstatningsbeløbet er fremkommet. Dette skyldes, at domstolene ikke har tradition for at fremkomme med en detaljeret redegørelse for, hvilke momenter der lægges til grund for skønnets udøvelse. Andre medlemsstater har tradition for meget udførlige præmisser, hvorfor retstilstanden måske bedre kan afdækkes i disse medlemsstater.[56] Sikkert er det imidlertid, at der vil herske retsusikkerhed på området. Til afklaring af denne usikkerhed vil der dog efter implementeringen af direktivet være forøgede muligheder for at anvende retspraksis fra de øvrige medlemslande til analyse af retstilstanden.

3.2.1.2. Krænkerens fortjeneste

Det andet punkt i eksemplificeringen omhandler den krænkende parts uberettigede fortjeneste. Ifølge direktivet skal der således tages hensyn til, om krænkeren har haft en fortjeneste. Denne fortjeneste skal i givet fald tages i betragtning ved erstatningsudmålingen. Som bestemmelsen er formuleret, fremgår det ikke klart, om krænkeren i alle tilfælde skal kunne tilpligtes

56. Om bevisbedømmelse og det frie skøn se *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, p. 168 ff.

at fralægge sig sin fortjeneste og hvor stor en del af fortjenesten, der skal fralægges. Det fremgår alene, at den uberettigede fortjeneste er et aspekt, der kan få betydning ved erstatningsudmålingen. Det fremgår dermed ikke, om fortjenesten ubetinget *skal* kunne kræves udlagt til rettighedshaveren. På dette punkt er den endelige direktivtekst forskellig fra direktivforslaget. Forslaget gav direkte hjemmel til, at krænkeren skulle fralægge sig sin fortjeneste til fordel for rettighedshaveren.

Der er en vis adgang til fortolkning af bestemmelsen. Der er dermed flere muligheder for medlemslandene, når bestemmelsen skal implementeres – ikke mindst i retspraksis.

Det fremgår af direktivteksten, at der skal tages hensyn til krænkerens *uberettigede* fortjeneste. Når der skal tages stilling til erstatningsspørgsmålet i en sag, ligger det i sagens natur, at selve krænkelsesproblematikken er løst. Der kan således med en vis ret spørges, om krænkeren kan antages at have haft en *berettiget* fortjeneste. Modsat kan meningen være, at *enhver* fortjeneste må antages at være uberettiget. Skal krænkerens fortjeneste anvendes som et parameter for erstatningsudmåling, er det vanskeligt at tænke sig en situation, hvor fortjenesten er berettiget og derfor skal holdes udenfor erstatningsudmålingen.[57] Det må således som udgangspunkt lægges til grund, at der ikke skal ske fradrag i fortjenesten som sådan, fordi dele deraf kan betegnes som »berettiget«. Betegnelsen »uberettiget« betyder, at det i det hele taget betragtes som uberettiget at have haft en fortjeneste på krænkelsen.

Helt overordnet skal der tages stilling til, om direktivet giver mulighed for at tillægge en erstatning, der *overstiger* det lidte tab. En anden mulighed er, at rettighedshaverens fortjeneste alene medtages i det omfang, den kan »rummes« i det dokumenterede tab. Det er nok imidlertid ikke tilfældet til trods for, at et velkendt og almindeligt erstatningsretligt princip brydes. I det oprindelige direktivforslag anførte Kommissionen i bemærkningerne, at: »[…] kan medlemsstaterne bestemme, at rettighedshaveren skal tildeles hele den fortjeneste, som den krænkende part har opnået ved krænkelsen, og som ikke indgår i beregningen af erstatningen«. Direktivforslaget giver således mulighed for, at *ud over det dokumenterbare lidte tab* skal krænkeren pålægges at fralægge sig sin fortjeneste. I bemærkningerne formulerer Kommissionen: »Når det er hensigtsmæssigt, kan der *hertil* i henhold til stk. 2 lægges rettighedskrænkerens fortjeneste, der ikke indgår i beregningen af skadeserstatningen [udh. her]«. Bestemmelsen betyder således, at

57. Med mindre man forestiller sig, at en del af den berettigede fortjeneste er udgifterne ved fremstilling, distribution, annoncering m.v., jf. umiddelbart nedenfor om brutto/netto fortjeneste.

har rettighedshaveren *ikke* lidt et tab, der svarer til krænkerens fortjeneste, er der mulighed for at tillægge *differencen* som yderligere erstatning. Der er altså ikke tale om en mulighed for at addere beløbene. Den maksimale erstatning i henhold til *forslaget* er hele krænkerens fortjeneste.

Helt så klart er bestemmelsen ikke formuleret i den vedtagne direktivtekst. Der er ikke, som i forslaget, taget stilling til selve udmålingen. Der er alene angivet, at fortjenesten skal indgå som et *aspekt* ved erstatningsudmålingen. Det må dog ret klart fastslås, at der er hjemmel i direktivets ordlyd til, at krænkeren kan tilpligtes at aflægge hele sin fortjeneste, også når den overstiger det dokumenterbart lidte tab hos rettighedshaveren. Denne retsstilling er for så vidt ikke ny i dansk retspraksis. Godtgørelse med hjemmel i vederlagsreglen i ophavsretslovens § 83 giver mulighed for, at vederlaget overstiger det lidte tab.[58]

Såfremt medlemslandene ønsker en skærpet retsstilling i retning af direktivforslaget, er det uden tvivl muligt, når særlig henses til bestemmelsen i direktivets artikel 16 samt direktivets karakter af minimumsdirektiv.

Fralæggelse af *hele* den opnåede fortjeneste må betragtes som en yderst effektiv sanktion. Medlemslandene må ved implementeringen overveje, i hvilke situationer det kunne tænkes at være hensigtsmæssigt at anvende bestemmelsen samt hvilken skikkelse, den skal iklædes.

Vurderingen afhænger dels af det bagvedliggende formål med bestemmelsen og med reguleringen indenfor det immaterialretlige område på et overordnet plan, og dels af i hvilke konkrete situationer bestemmelsens anvendelse kunne være relevant.

Er ønsket, at lovgivningen skal være afskrækkende og til en vis grad kriminaliserende, må bestemmelsen skulle anvendes i de tilfælde, hvor krænkerens fortjeneste overstiger rettighedshaverens tab. Krænkeren skulle så fralægge sig hele sin fortjeneste til fordel for en rettighedshaver, der ikke har lidt et tilsvarende tab. Bestemmelsen kan dog også tænkes anvendt i de situationer, hvor rettighedshaveren vanskeligt kan løfte bevisbyrden for, hvilket tab der er lidt. Dette er situationer, hvor tabet er af mere abstrakt karakter end blot et konstaterbart afsætningstab. Tabet kan være indirekte i form af markedsforstyrrelser og skade på renommé.

Et andet formål med lovgivningen kunne være at skabe innovative rammer for teknologisk og kunstnerisk udvikling på bekostning af et stærkt sanktionssystem. Reguleringen kunne have det helt overordnede sigte at skabe en retstilstand, der evner at beskytte rettighedshaverens interesser uden at hindre andre i at konkurrere på markedet. Accepterer lovgiver, at overtrædelser af lovgivningen om intellektuel ejendomsret er en risiko, som

58. Om retspraksis med hjemmel i vederlagsreglen, se nedenfor kapitel 6, afsnit 3.

innovative virksomheder dagligt løber, også at det er en selvfølgelig strategisk beslutning, om man vil løbe denne risiko, bør bestemmelsen alene anvendes i den situation, hvor krænkerens fortjeneste *ikke* overstiger rettighedshaverens tab. Krænkeren kunne så *højst* risikere at skulle fralægge sig sin fortjeneste, også selvom rettighedshaverens tab overstiger dette tab.

Læses direktivteksten med de dertil knyttede bemærkninger, og udtalelsen om direktiver fra Det Europæiske og Sociale Udvalg,[59] forekommer det ganske klart, at formålet med direktivet er at kriminalisere og sanktionere krænkelser af de intellektuelle rettigheder. Dermed åbnes op for, at den krænkende part kan pålægges at yde en erstatning, der overstiger rettighedshaverens lidte tab. Af bemærkningerne til direktivforslaget fremgår: »Det drejer sig her om et indføre et element, som kan virke afskrækkende over for, for eksempel, forsætlige overtrædelser, der begås i kommerciel målestok«. Ønskes en stramning af retstilstanden på området, er muligheden nu til stede. Der kan indføres hjemmel til at krænkeren kan tilpligtes at fralægge sig *hele* sin fortjeneste til fordel for rettighedshaveren. Kombineres denne sanktion med bødesanktionen, vil retsstillingen virke afskrækkende.

Ud over at vurdere hvad incitamentet til reguleringen er, skal der også tages stilling til, i hvilke *konkrete* situationer bestemmelsen kan anvendes. Det anføres i bemærkningerne til forslaget, at man for eksempel forestiller sig bestemmelsen anvendt ved forsætlige overtrædelser, der begås i kommerciel målestok. Som den teknologiske udvikling er i dag, rammer direktivet i høj grad den piratkopiering af de teknisk reproducerbare værker, der finder sted og foretages af både professionelle og private. Umiddelbart forekommer begrænsningen til kommerciel udnyttelse uforfuftig. Begrænsningen blev også forladt i forbindelse med behandlingen af forslaget i parlamentet. Parlamentet anfører i bemærkningerne til sit ændringsforslag,[60] at medlemsstaterne skal anvende de enkelte sanktionsmidler på en nuanceret måde, og at sanktionerne skal anvendes på enhver krænkelse af de intellektuelle rettigheder. Omfattende privat krænkelse er uden tvivl omfattet af bestemmelsen. Tabet for rettighedshaveren kan da også i påkomne tilfælde være ækvivalerende stort.[61]

Som nævnt ovenfor har rettighedshaveren i mange tilfælde overordentligt vanskeligt ved at løfte bevisbyrden for sit tab. Indføres en bestemmelse om, at rettighedshaveren kan blive tillagt den krænkende parts fortjeneste,

59. INT/79 »overholdelse af intellektuelle ejendomsrettigheder«. Se f.eks. punkt 4.11.
60. Betragtning 10, A5-0468/2003, PE 332.534.
61. Samme betragtninger er gjort i dansk ret, hvor *tilgængeliggørelse for en større kreds* nu er blevet kriminaliseret på linje med *erhvervsmæssigt kommercielle* krænkelser. Se nærmere herom i afsnit 8.5.1.

opstår yderligere bevismæssige vanskeligheder. Det kan være vanskeligt nok at påvise sit eget tab, men krænkerens fortjeneste er så godt som umulig at dokumentere.

Kommissionen søgte at løse problemstillingen med andet led i artikel 17, stk. 2 i direktivforslaget, der omhandler kravene til bevis. Efter forslaget skulle rettighedshaveren alene fremlægge bevis for krænkerens bruttoindtægter. En bruttoindtægt kan defineres som salgsprisen multipliceret med antal solgte genstande. Den krænkende part skulle selv fremlægge dokumentation for de omkostninger, som skulle fratrækkes i bruttoindtægten, samt for indtægter der ikke stammede fra den krænkede genstand. I modsat fald skulle bruttoindtægten formodningsvist lægges til grund for erstatningsberegningen. Denne formulering blev forladt i den endelige direktivtekst. Man skønnede sandsynligvis, at en så detaljeret regulering af fortjenesteberegningen var unødvendig og ufleksibel. Den meget fastlåste regulering af erstatning af den krænkende parts fortjeneste er endvidere forladt i direktivet. Der overlades således medlemslandenes lovgivning og domstole et skøn over kravene til beviset for beregningen af krænkerens fortjeneste, samt hvilken del heraf, der kan kræves erstattet. Der hersker imidlertid ingen tvivl om, at fortjenesten kan være vanskelig at dokumentere, og der må med tiden udformes krav til dokumentation herfor og opgørelsen heraf. I tilfælde af bevisnød kan anvendelse af bevissikringsreglerne i retsplejelovens kapitel 57 a være en løsning, ligeså kan bestemmelserne i retsplejelovens § 299, jf. § 344.

Der opstår afslutningsvist et spørgsmål om, hvad der kræves som mindste foranstaltning, hvis direktivet alene ønskes harmoniseret uden skærpende foranstaltninger. Ønskes en sådan retsstilling kan direktivet implementeres efter sin ordlyd, og det er herefter op til fortolkerne at fastlægge retsstillingen. Direktivets formål skal dog ihukommes.

Der *skal* ikke gives hjemmel til, at *hele* krænkerens fortjeneste kan kræves udleveret til rettighedshaveren. Spørgsmålet er, om erstatning i alle tilfælde kan maksimeres til rettighedshaverens sandsynliggjorte tab. Det er langt fra sikkert. Krænkerens fortjeneste står listet som led i en opremsning af selvstændige aspekter, på hvilke der skal lægges vægt ved erstatningsudmålingen. Det vil næppe være i overensstemmelse med direktivets ordlyd og baggrund, såfremt man alene lagde vægt på krænkerens fortjeneste, i de situationer, hvor rettighedshaverens tab utvivlsomt er større. Krænkerens fortjeneste må således nødvendigvis optræde i den samlede erstatningsberegning, såfremt der skal gives erstatning efter litra a. Konsekvensen er, at bestemmelsen i ophavsretslovens § 83 skal ændres. Implementeres direktivteksten i overensstemmelse med sin ordlyd, vil det være op til domstolene at udfylde begreberne og at tilkende de hjemlede erstatninger med baggrund

i krænkerens fortjeneste, til trods for, at man ikke ser et dokumenteret tab i samme størrelsesorden. Umiddelbart forekommer det vanskeligt, med det nuværende erstatningsniveau in mente, at forestille sig, at domstolene vil gå så vidt i udmålingsmæssig sammenhæng. Direktivets ordlyd giver dog mulighed for en mere nuanceret rets- og skønsanvendelse.

Det ligger også åbent, om krænkeren skal fralægge sig sin bruttofortjeneste eller sin nettofortjeneste. Den mest korrekte opgørelse af krænkerens fortjeneste vil være opgørelse af bruttofortjenesten/dækningsbidraget. Dermed får de indirekte produktionsomkostninger ingen betydning. Erstatning udmålt med hensyntagen til krænkerens fortjeneste er under alle omstændigheder en nyskabelse, ikke blot i forhold til dansk ret, men også i forhold til retssystemer i flere andre medlemslande.

Som retstilstanden er i mange medlemslande i dag, vil det i adskillige tilfælde være profitabelt at krænke en intellektuel rettighed, uanset man ifalder erstatning. Denne situation opstår forholdsvist ofte i sager om produktefterligning. Det skyldes, at krænkeren i mange tilfælde har væsentligt sparede omkostninger til blandt andet produktudvikling og markedsføring. Incitamentet til at begå overtrædelser af immaterialretslovgivningen falder, hvis man må forudse, at hele den indvundne fortjeneste skal fralægges til fordel for rettighedshaveren, og ikke kun i form af et fastsat licensvederlag.

3.2.1.3 Ikke-økonomisk skade

I medfør af direktivets artikel 13, litra a in fine kan der tillige gives erstatning for tab, der omfatter andre elementer end de økonomiske. Reglen vedrører særligt krænkelse af rettighedshaverens ideelle rettigheder. Krænkelse af ideelle rettigheder består fortrinsvis i manglende navneangivelse samt tilgængeliggørelse for almenheden på en måde, der er krænkende for rettighedshaveren. Krænkelse af ideelle rettigheder kan dog også bestå af en krænkelse af rettighedshaverens økonomiske rettigheder.[62] I den danske lov om ophavsret § 83, stk. 3 findes en bestemmelse om *godtgørelse* for ikke-økonomisk skade. Bestemmelsen finder anvendelse på *retsstridige* forhold. Simpel uagtsomhed er dermed tilstrækkeligt til, at ophavsmanden kan tilkendes godtgørelse. Ifølge direktivet skal bestemmelsen finde anvendelse, når det er hensigtsmæssigt. Dette er i øvrigt i overensstemmelse med den danske retsstilling.[63] Godtgørelse fordrer her, at en ikke-økonomisk skade kan identificeres.

62. Se *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 674 samt *Torben Lund*: Ophavsret p. 303.
63. Om retspraksis med hjemmel i ophavsretslovens § 83, stk. 3, se nedenfor kapitel 6, afsnit 5.

3.2.2. Bestemmelsen i artikel 13, stk. 1, litra b.

I medfør af bestemmelsen i litra b gives der mulighed for at tillægge rettighedshaveren en erstatning på et mere standardiseret grundlag. Muligheden fremstår som et alternativ til bestemmelsen i litra a. I direktivet anføres, at den standardiserede erstatning kan gives, når det er hensigtsmæssigt. Bestemmelsen i litra a kan således umiddelbart anvendes og må som sådan karakteriseres som hovedreglen. Det er de retslige myndigheder i medlemslandene, der skal afgøre, om det er hensigtsmæssigt at give erstatning efter litra b. Denne hensigtsmæssighedsvurdering vil dog ofte blive foretaget af parterne, som vil vælge at nedlægge påstand om en standardiseret erstatning, når dette må antages at føre til det bedste resultat. Det vil ofte være forekommende i tilfælde af bevisnød. Det må antages, at de retslige myndigheder vil foretage samme vurdering og ikke afskære erstatning efter litra b som uhensigtsmæssig, såfremt sagen er oplyst og dokumenteret på forsvarligt grundlag, og rettighedshaveren i øvrigt har nedlagt påstand om betaling af erstatning i henhold til bestemmelsen.

Den godtgørelse, der gives i henhold til stk. 1, litra b, svarer til betaling af *mindst* de gebyrer og afgifter, som skulle være betalt, hvis der var indgået en aftale om lovlig udnyttelse af produktet. Det betyder, at man skal fastlægge, hvilke beløb der *skulle* være betalt, hvis der var indgået en licensaftale eller tilsvarende aftale om udnyttelse af produktet. Denne vurdering svarer til den vurdering, der skal foretages i medfør af den danske lov om ophavsret § 83 om »rimeligt vederlag for udnyttelsen«.[64]

I direktivforslaget og i ændringsforslaget var foreslået, at der skulle betales det *dobbelte* af det beløb, der ellers skulle være betalt, såfremt der forelå en aftale om lovlig udnyttelse af produktet. I bemærkningerne til direktivforslaget anførtes at: »Formålet med bestemmelsen er at muliggøre fuldstændig godtgørelse af skaden, hvis omfang undertiden er vanskelig at vurdere for rettighedshaveren. Denne erstatning er ikke en straf; det drejer sig snarere om at muliggøre godtgørelse på et objektivt grundlag og samtidig tage hensyn til rettighedshaverens omkostninger, som f.eks. de administrative omkostninger med henblik på at påvise krænkelsen og udgifter til efterforskning af, hvor den er opstået.« Denne formulering, der var meget vidtgående, blev forladt til fordel for, at erstatningen *som minimum* skal svare til de gebyrer eller afgifter, som ellers skulle være betalt.

Spørgsmålet er således, hvordan begrebet »minimum« skal fortolkes. Umiddelbart forekommer det indlysende, at mindsteerstatningen svarer til, hvad der på aftaleretligt/licensretligt grundlag ville være

64. Om dette begreb se nedenfor kapitel 4.

aftalt. Dog åbnes der mulighed for, at yderligere erstatning kan tillægges.

Bestemmelsen adskiller sig på visse punkter fra ophavsretslovens § 83.[65] For det første fremtræder vederlagsreglen som hovedreglen, som § 83, stk. 1 er formuleret. I direktivteksten fremstår bestemmelsen som et alternativ, der alene kan anvendes, når det er hensigtsmæssigt. Der skal ved anvendelse af begge bestemmelser ske en prisfastsættelse af en licensaftales værdi, men ifølge ordlyden af § 83 har ophavsmanden *der ud over* mulighed for at få erstatning for den yderligere skade, overtrædelsen har medført. Denne erstatning kan udgøre tab som følge af markedsforstyrrelse og tab af afsætning. Denne retsstilling kan for så vidt opretholdes, og kan netop tænkes at være denne tabstype, som begrebet »minimum« dækker over. Bestemmelsen skal under alle omstændigheder udfyldes af retspraksis. Umiddelbart er ændringer i den danske retsstilling omkring vederlagsreglen som følge af indholdet i direktivets artikel 13, stk. 1, litra b ufornødne.

3.2.3. Bestemmelsen i artikel 13, stk. 2

Artikel 13, stk. 2 omhandler krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder begået i god tro. Medlemslandene tillægges mulighed for, at beslutte, at den krænkende part skal foretage tilbagebetaling af et overskud eller betaling af en erstatning, der kan være fastsat på forhånd.

Der er dermed to muligheder for erstatningsudmåling i tilfælde af krænkelser begået i god tro. Den ene mulighed er, at krænkeren kan tilpligtes at betale sit overskud til rettighedshaveren. Overskuddet må ækvivalere betaling af den krænkende parts dækningsbidrag, således at omsætningen på det krænkende produkt fradrages den krænkende parts udgifter i forbindelse med produktion og distribution, men ikke de indirekte omkostninger i forbindelse administration m.v., og som virksomheden, for en stor dels vedkommende, afholder alligevel.

Den anden mulighed er betaling af en erstatning, der kan være fastsat på forhånd. Dette *kunne* være erstatning på et objektivt grundlag som erstatning efter litra b eller den danske ophavsretslovs § 83, stk. 1. Det kunne også være en yderligere standardiseret erstatning, der kunne udmåles efter forskellige parametre som f.eks. rettighedshaverens tab, krænkerens gevinst, krænkerens omsætning m.v.

65. Herunder de øvrige danske bestemmelser om erstatning for krænkelser af immaterielle rettigheder i f.eks. patentlovens § 58.

Erstatning for krænkelser begået i god tro reguleres af den danske ophavsretslovs § 83, stk. 2. Herefter kan der tilkendes den forurettede erstatning efter vederlagsreglen, i det omfang det skønnes rimeligt. Vederlaget og erstatningen er maksimeret til den ved overtrædelsen indvundne fortjeneste.

På baggrund af direktivet kan den danske retsstilling umiddelbart opretholdes.

3.2.4. Vurdering og konklusion

Direktivets erstatningsbestemmelser opererer med et tostrenget system i lighed med den danske ophavsretslov. Der er mulighed for at tilkende erstatning efter litra a, der vedrører det konstaterede tab og krænkerens konstaterede fortjeneste – eller efter litra b, der giver hjemmel til en mere standardiseret erstatningsberegning på baggrund af primært licensbetragtninger. Anvendelse af reglen i litra a eller anvendelse af reglen i litra b kan ikke anvendes i kombination.

Rettighedshaveren må forsøge at foretage en beregning af, hvorvidt det kan betale sig at nedlægge påstand efter den ene eller den anden bestemmelse under forudsætning af, at bestemmelsen kan anvendes. Rettighedshaveren skal dermed også vurdere sine bevisers værdi og sikkerhed. Er der stor usikkerhed omkring løft af bevisbyrden for de mere usikre værdier, for eksempel i form af erstatning for markedsforstyrrelser, vil en påstand efter artikel 13 stk. 1, litra b være at anbefale. Dette kunne dog også være tilfældet i de situationer, hvor krænkerens fortjeneste har været forsvindende lille, eller hvor rettighedshaveren vanskeligt kan dokumentere sin tabte fortjeneste.

Såfremt der ikke eksisterer nogen sikker fastsættelse af størrelsen af de gebyrer og afgifter, der *skulle* have været betalt, må disse fastsættes skønsmæssigt. Bestemmelsen vil afgørende have sin force ved standardiserede overtrædelser af lovgivningen, f.eks. ved piratkopiering af de teknisk reproducerbare værker.

I direktivets artikel 14 er der særskilt hjemmel til, at den tabende part skal afholde den vindende parts omkostninger ved sagen, med mindre det må anses for ubilligt. Denne bestemmelse er i overensstemmelse med, hvad der gælder efter den danske retsstilling.

Direktivet bryder på flere punkter med de almindelige erstatningsretlige principper, som de håndhæves i Danmark. Dette er særligt tilfældet for så vidt angår bestemmelsen om, at krænkeren skal fralægge sig sin fortjeneste til fordel for rettighedshaveren. Den helt grundlæggende tabsbetingelse fraviges til fordel for en regel af mere pønal karakter. Selvom retspraksis

i få tilfælde viser, at argumenter om den krænkende parts fortjeneste på krænkelse fremsættes, og måske tillægges en smule vægt ved erstatningsudmålingen,[66] så vil det være et særsyn i dansk erstatningsret, såfremt denne regel blev indført i en særlig vidtgående formulering.

Da bestemmelsen åbner mulighed for, at rettighedshaveren tilkendes en erstatning, der overstiger det lidte tab, vil den, såfremt den bringes i anvendelse, mere få karakter af en bødestraf end af et erstatningspålæg.

Også for overtrædelser, der sanktioneres i medfør af artikel 13 stk. 1, litra b, kan der blive tale om tilkendelse af en erstatning, der overstiger det lidte tab. Denne problemstilling er generel i licensaftalesituationerne. Der kan dog argumenteres for, at den omstændighed, at der betales lige så meget, som krænkeren *skulle* have betalt, såfremt aftalen var lovlig, medfører, at det idømte beløb i teorien udgør rettighedshaverens tab. Dette er også tilfældet, selvom rettighedshaveren aldrig ville have indgået en aftale af den pågældende karakter.

I immaterialretlig sammenhæng kan disse muligheders opståen naturligvis forklares og begrundes med flere forhold. Et af dem er rettighedshaverens begrænsede mulighed for at løfte bevisbyrden for det lidte tab. Et anden er, at Fællesskabet nu har besluttet, at den type krænkelser, som især den moderne teknologi giver mulighed for, ganske enkelt har for høje økonomiske konsekvenser – dels for rettighedshaverne og dels for samfundet som en økonomisk organisme.

Når disse betragtninger lægges til grund, er det selvfølgelig inden for lovgivers mulighed at regulere imod almindelige erstatningsretlige principper. Den beslutning er øjensynligt blevet taget, men dog modereret i forhold til det oprindelige forslag, der gav mulighed for idømmelse af erstatninger på det dobbelte af en sædvanlig licensaftales værdi.

Der er imidlertid tillagt medlemsstaternes myndigheder visse skøn i forbindelse med implementeringen. Det er klart, at medlemsstaterne er forpligtede til at etablere regler om godtgørelse for rettighedshaverens tab. Denne bestemmelse, som jo er et udtryk for almindelige erstatningsretlige grundsætninger, findes i stort set alle medlemslandes lovgivning. Det er også klart, at medlemslandene er forpligtede til at ændre den nationale lovgivning, således at der tages hensyn til den krænkende parts fortjeneste, når erstatning skal udmåles. Dog er der åbnet mulighed for, at lovgivningsmagten kan overlade et vidt skøn til domstolene i forbindelse med retsudøvelsen, når erstatningen skal fastsættes. Dette skyldes i særdeleshed ordvalget i direktivets artikel 13, idet de enkelte økonomiske aspekter fremtræder som eksemplifikationer. Vil man sikre en effektiv gennemførelse af

66. Jf. nedenfor i kapitel 7, afsnit 2.3.

erstatningssanktionerne, er det derfor vigtigt, at de nationale retsanvendere holder sig direktivets formål meget nøje for øje, og at parterne i sagerne vedrørende krænkelser af immaterielle rettigheder er bekendt med direktivets ordlyd samt motivationerne for dets fremsættelse. I modsat fald er det sandsynligt, at den nuværende retstilstand, med enkelte eventuelle ændringer, opretholdes. Som nævnt ovenfor er der en generel tendens til at fortolke og implementere direktiver i overensstemmelse med den gældende lovgivning og den eksisterende praksis på området.[67] Som direktivet er formuleret, må dette siges at være en reel risiko for Danmarks vedkommende, selvom der er enkelte stramninger, man kun vanskeligt kan ignorere.

Ved implementeringen bør lovgiver være særligt opmærksom på den tilstedeværende kritik af erstatningsudmålingerne på det immaterialretlige område. Direktivet åbner reel mulighed for, at lovgiver skærper erstatningsbestemmelsen med den konsekvens, at erstatningsniveauet hæves. Her tænkes særligt på muligheden for at kræve, at krænkeren fralægger sig sin fortjeneste ved den retsstridige handling. I kapitel 9 vil mulighederne for at optimere retsstillingen for såvel lovgiver som domstolene, bliver drøftet yderligere.

Her skal alene konkluderes, at de ovenfor skitserede forhold omkring lovgivningens karakter kan bevirke, at retstilstanden kan variere meget fra en medlemsstat til en anden. Direktivet vil givet ikke blive implementeret fuldstændig ens i medlemsstaterne. Dermed bliver direktivets effektivitet afhængig af samspillet mellem de enkelte medlemsstaters retssystemer. Da særligt direktivets regler om erstatning berører de enkelte medlemsstaters almindelige formueretlige grundsætninger og måske vil afvige fra disse, kan man frygte, at man ved implementeringen af direktivets bestemmelser vil forsøge at afskærme disse begreber mod den nødvendige forandring. Ukorrekt implementering af direktiver kan naturligvis pådømmes ved EF-domstolen, men dette kræver anlæggelse af sag om spørgsmålet.[68]

Nedenfor i kapitel 3 gennemgås direktivets bestemmelser med særlig henblik på de sanktionsmuligheder, der ligger ud over erstatning.

---

67. Se *Ana M. López-Rodriguez*: EU-rettens påvirkning af formueretten – det formelle og det faktiske perspektiv i U2004B.115.
68. Se nærmere om denne problemstilling *Ruth Nielsen*: Sondringen mellem privat og offentlig ret ved implementeringen af direktiver, der krydser den almindelige formueret i U2003B.69 og *Ana M. López-Rodríguez*: EU-rettens påvirkning af formueretten – det formelle og det faktiske perspektiv i U2004B.115.

3.3. KOM 2003(427)

Kommissionen fremsatte den 22. juli 2003 et forslag til en forordning, KOM 2003(427), omhandlende lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontraktforhold (Rom II).[69]

Kommissionen har valgt at udstede en forordning i stedet for et direktiv. Dette skyldes, at der er tale om meget detaljerede, præcise og ubetingede regler, hvorfor man ønsker, at de skal være direkte anvendelige. Man ønsker ikke på dette punkt nogen form for retlig usikkerhed, som kunne opstå, hvis medlemsstaterne selv skulle gennemføre reglerne i national ret. Dette begrundes med, at selve formålet med vedtagelse af forordningen netop er at fjerne den *eksisterende* retlige usikkerhed.

Harmoniseringen af lovvalgsreglerne er ledsageforanstaltninger med det formål at lette gennemførelsen af princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område. Det langsigtede mål med reglerne er fri bevægelighed for retsafgørelser uden mellemliggende kontrol. Foreligger der en grænseoverskridende tvist, skulle de harmoniserede lovvalgsregler skabe rimelig sikkerhed for, hvilket lands lov der skal finde anvendelse, uanset ved hvilket lands domstol sagen anlægges. Forslagets artikel 8 omhandler krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder.

Det forekommer ikke sandsynligt, at de civile materielle regler harmoniseres i nærmeste fremtid. Derfor bidrager klare lovvalgsregler til en, om end ikke forudsigelig retstilstand, så til en *mere* forudsigelig retstilstand.

Det fremgår af Kommissionens begrundelse for forordningsforslaget, at en komparativ analyse af medlemsstaternes lovgivning viser, at de fleste stater lægger princippet om *lex loci delicti commissi,* stedet for den skadevoldende handling, til grund. Det betyder, at loven i det land, hvor den skadegørende handling er *udført*, finder anvendelse. Dette er tilfældet, selvom selve skaden påføres i en anden medlemsstat. Skal dette princip anvendes, sker det under forudsætning af, at den skade*gørend*e handling lokaliseres til ét land. Derfor kan reglen være vanskelig at anvende, hvor handlingerne optræder i flere lande.

Selvom de fleste medlemsstater bekender sig til *lex loci delicti commissi*-princippet, anvendes det ikke konsekvent i alle medlemsstater. Nogle medlemsstater er begyndt at anvende loven i det land, hvor skaden er *opstået*. Det er langt fra alle steder, der alene lægges vægt på den skadevoldende handling eller skadens opståen. Sagsøger har i visse til-

69. Nærværende forordningsforslag vedrører EF-traktatens afsnit IV og finder derfor p.t. ikke anvendelse på Danmark i henhold til protokollen om Danmark.

fælde mulighed for at vælge, hvilket lands lovgivning der vil være mest gunstig.

Kommissionen anfører, at forordningen vil give parterne i en sag mulighed for på forhånd at fastslå, hvilken regel der finder anvendelse på et givet retsforhold. Lovvalgsreglerne vil blive underlagt en ensartet fortolkning fra EF-Domstolen. Dette vil øge retssikkerheden betydeligt.

Hovedreglen om lovvalg findes i artikel 3, stk. 1. Her anføres, at det er loven på det sted, hvor den *direkte* skade er opstået eller risikerer at opstå, der skal anvendes. Det er således irrelevant, hvor eventuelle indirekte skader er opstået.[70] Der er tale om en objektiv anvendelig hovedregel, der skaber forbindelse mellem skaden og den lov, der skal anvendes. Reglen kan dog også forekomme uhensigtsmæssig, såfremt der alene er vilkårlig tilknytning til det land, hvor skaden opstår. Der er derfor en række undtagelser fra hovedreglen i konkrete situationer.

I artikel 3 stk. 2 findes en særregel, der finder anvendelse, hvor skadevolder og skadelidte har sædvanligt opholdssted i samme land. Hvis det er tilfældet, finder dette lands lov anvendelse. Endvidere opstilles en generel undtagelsesklausul i stk. 3. Dommeren gives i medfør heraf mulighed for at anvende loven i det land, hvor retsforholdet har sit tyngdepunkt. Da en sådan regel skaber retsusikkerhed, henstiller Kommissionen, at reglen alene anvendes i ekstraordinære tilfælde. For at anvende undtagelsesklausulen kræves, at forpligtelsen skal have en *åbenbart stærkere tilknytning* til et andet land.

Artikel 8 i forordningsforslaget bærer titlen »Krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder«. Udtrykket intellektuelle ejendomsrettigheder omfatter ophavsrettigheder, ophavsretsbeslægtede rettigheder, sui-generis-rettigheder til beskyttelse af databaser samt industrielle ejendomsrettigheder. Forslaget tager udgangspunkt i reglen om *lex loci protectionis*-princippet, hvorefter ethvert land som udgangspunkt kan anvende sin nationale lovgivning på krænkelser af intellektuelle rettigheder. For ophavsretten betyder det, at domstolene anvender loven i det land, hvor krænkelsen er *begået*. For patentrettigheder og varemærkerettigheder betyder det, at en krænkelse er underlagt loven i det land, hvor patentet, hhv. varemærket, er udstedt. Dette princip, som betegnes territorialprincippet, findes allerede i Bernerkonventionen om kunstneriske – og litterære værker og Pariserkonventionen om industrielle ejendomsrettigheder. Dette princip er dog *kun*

70. Er der opstået skader i flere lande, skal lovene i alle de implicerede lande anvendes proportionalt. Dette princip anvendes også i tysk ret under begrebet »Mosaikbetrachtung-princippet«.

gældende for enerettigheder erhvervet i overensstemmelse med national lovgivning eller i henhold til internationale konventioner.

For så vidt angår de enerettigheder, om hvilke der er udstedt EU-forordninger, som f.eks. EF-Varemærker, EF-design m.v., vil fællesskabets regler være gældende, da beskyttelsesområdet netop er hele Fællesskabet. Indeholder de fællesskabsregler, der regulerer forholdet, ingen særlige lovvalgsregler, anvendes loven i det land, hvor krænkelsen har fundet sted.

Man har således indført en særregel for de intellektuelle ejendomsrettigheder, da hovedreglen i artikel 3 ikke var velegnet til at regulere området.

I artikel 24 i forordningen indføres en særregel, der fremstår som en konkretisering af den fællesskabsretlige ordre public-regel i artikel 23, stk. 1, tredje led. I medfør af artikel 24 vil det være i strid med fællesskabsretten at anvende en bestemmelse i en lov, der efter forordningen skal finde anvendelse på et forhold, hvis denne lov fører til tilkendelse af en ikke-kompenserende erstatning. En ikke-kompenserende erstatning kan f.eks. være en erstatning, der gives i afskrækkende eller straffende øjemed. Erstatningsbestemmelser i anden fællesskabsretlig lovgivning kan således alene finde anvendelse, såfremt de har til formål at yde erstatning for et konstateret tab. Da erstatningsbestemmelserne på det immaterialretlige område med direktiv 2004/48/EF bliver harmoniseret i nærmeste fremtid, kan problemstillingen vel næppe tænkes at opstå i realiteten. I teorien kan det dog tænkes, at enkelte medlemslande ville vælge at anvende bestemmelsen i artikel 16 og således vedtage erstatningsbestemmelser af udtalt pønal karakter. Skulle dette blive tilfældet, kan artikel 24 i forordningsforslaget blive aktuelt. Alt under forudsætning af, at direktivet vedtages uden ændringer på dette punkt.

Kapitel 3

Sanktioner og bevissikring

1. Indledning

I dette kapitel beskrives de mulige sanktioner, der kan bringes i anvendelse, når der foreligger en krænkelse af en ophavsrettighed. Endvidere behandles reglerne om bevissikring.

Erstatningssanktionen er uløseligt forbundet med de øvrige sanktioner. Dette viser sig primært ved, at erstatningens størrelse i praksis kan være afhængig af, om der er nedlagt fogedforbud i sagen og påstanden kan være afhængig af, om der er fremkommet de nødvendige oplysninger fra krænkeren, der skal danne grundlag for påstandens nedlæggelse.

Regelsættet, der regulerer de forskellige sanktioner, er mangfoldigt. Det samme er tilfældet for de eksisterende muligheder for at foretage bevissikring. Retsområdet reguleres både i medfør af retsplejelovens regler om foreløbige retsmidler, i medfør af straffelovens regler og i medfør af reglerne i ophavsretsloven om straf, erstatning og inddragelse. Spørgsmålene om erstatning og godtgørelse er hovedtemaerne i nærværende afhandling. De øvrige sanktionsmuligheder beskrives i dette kapitel, fordi der er en sammenhæng imellem de forskellige sanktioner. Der tilsigtes en grundig, men ikke en fuldstændig udtømmende beskrivelse af de sanktions- og bevissikringsmuligheder, der eksisterer sammen med erstatningssanktionen.

Kunne disse sanktioner ikke pålægges, ville rettighedshaveren alene få betaling for krænkerens udnyttelse af det ophavsretlige beskyttede produkt, som om vedkommende havde erhvervet en licens til produktet eller efter de almindelige erstatningsretlige regler i ophavsretslovens § 83. Den præventive effekt ville således være endnu mere begrænset, end tilfældet er ifølge gældende ret.[1]

Som nævnt ovenfor i kapitel 2 vil der blive draget paralleller fra dette kapitels emner til direktiv 2004/48/EF om håndhævelse af intellektuelle

1. Se uddybende herom også *Thomas Riis og Peter Møgelvang-Hansen*: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser, Festskrift til Bernhard Gomard, p. 177 ff.

ejendomsrettigheder. Direktivet vedrører både bestemmelser, der i dag findes i den danske ophavsretslov, og bestemmelser, der er reguleret i retsplejeloven. Der vil løbende blive taget stilling til, om den retsstilling direktivet fordrer, kræver ændringer i den danske lovgivning. Direktivet benævnes »retshåndhævelsesdirektivet.«

Det er vigtigt at bemærke, at de nedenfor beskrevne sanktioner, der lever side om side med erstatningssanktionen, ikke bringes til anvendelse på samme tidspunkt i den proces, der starter, når ophavsmanden har konstateret en ophavsretlige krænkelse. Fogedforbud begæres som udgangspunkt inden sag om den materielle problemstilling anlægges. Dette er også typisk tilfældet for anvendelse af bevissikringsreglerne, men disse kan også finde anvendelse under den verserende sag. Isoleret bevisoptagelse og ransagning foretages også før den materielle sag anlægges, medens edition og inddragelse kan begæres under sagens foretagelse for domstolene men ikke under sagens behandling for fogedretten.

2. Fogedforbud

Konstateres en ophavsretlig krænkelse, er rettighedshaverens interesse i første omgang at få krænkelsen bragt til ophør, således at tabet begrænses, i det omfang det er muligt.

Rettighedshaveren har flere mulige retsmidler. Rettighedshaveren kan anlægge en almindelig retssag og opnå dom for, at krænkeren er uberettiget til at foretage visse krænkende handlinger. En sådan dom kan tvangsfuldbyrdes ved fogedretten, jf. de almindelige regler i retsplejelovens kapitel 48. Rettighedshaveren har dog ofte brug for et hurtigere retsmiddel til at beskytte sine interesser. Derfor kan han, i medfør af retsplejelovens regler i kapitel 57, begære nedlæggelse af forbud.

Nedlæggelse af fogedforbud må betragtes som det primære retshåndhævelsesmiddel i sager om ophavsretlige krænkelser. Dette er tilfældet, til trods for ordlyden i § 643, stk. 1, hvorefter »forbud ikke kan nedlægges, når det skønnes, at lovens almindelige regler om straf og erstatning, og eventuelt en af rekvisitus tilbudt sikkerhed, yder rekvirenten tilstrækkeligt værn«. Efter ordlyden fremtræder nedlæggelse af fogedforbud som et sekundært retsmidler i forhold til indbringelse af sagerne for de almindelige domstole. I sager om immaterialretskrænkelser skal der imidlertid tages særligt hensyn til frembringerens personlige og økonomiske interesser, der kan invalideres af lang sagsbehandlingstid. Så længe det krænkende produkt findes på markedet,

kan rettighedshaveren blive påført et tab i uoverskueligt omfang. Det kan være såvel direkte økonomiske tab som tab af renommé og goodwill.[2]

Ved behandlingen af sager om krænkelse af immaterielle rettigheder for fogedretten ofres ikke mange proceduremæssige bemærkninger på problemstillingen om muligheden for indbringelse af sagerne for de almindelige domstole, jf. retsplejelovens § 643, stk. 1. Fogedretterne accepterer sædvanligvis at realitetsbehandle sagerne umiddelbart.

Det kan drøftes, hvilken personkreds det tilkommer at begære fogedforbud nedlagt.[3] Fogedretten kan nedlægge forbud til fordel for *enhver* person, hvis interesser kan værnes ved udstedelse af forbud. Det er oplagt, at frembringeren har begæringsret. Dette er også tilfældet for indehaveren af ophavsretten, i de tilfælde den er blevet overdraget, hvad enten overdragelsen er sket ved salg eller arv. Forhandlere og grossister af det beskyttede produkt har også begæringskompetence. Enhver med en økonomisk eller personlig interesse i enerettens opretholdelse, kan således begære nedlæggelse af fogedforbud mod en krænkende handling.

Forbud kan nedlægges overfor *enhver*, som krænker det beskyttede produkt. En krænkelse behøver ikke at bestå af en fremførelse, tilgængeliggørelse eller en produktefterligning, men kan også bestå i at markedsføre eller sælge det pågældende produkt. I realiteten retter fogedforbud sig ofte imod producenten. Henset til de begrænsede muligheder for at få det forbudsbelagte produkt tilbagekaldt fra markedet, bør rettighedshaveren være særskilt opmærksom på, at de øvrige distributører på markedet kan inddrages under forbudssagen.[4]

---

2. Om nedlæggelse af fogedforbud generelt se *Bernhard Gomard*: Fogedret, 4. udgave p. 373 ff., om nedlæggelse af fogedforbud i sager om krænkelse af immaterialret se: *Thomas Riis* m.fl.: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser i Festskrift til Gomard p. 177-181, *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 11 f. og 209 f., *Jens Schovsbo*: IPR, ophavsret og industrielle rettigheder p. 209-215 og 270-282, *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo* p. 454 ff., *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 645 f., *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 230 og *Bjørn Ryberg*: 1989-revisionen af reglerne om fogedforbud i NIR1992.24
3. Se generelt om problemstillingen: *Bernhard Gomard*: Fogedret, 4. udgave, p. 388 f.
4. Mere om problemstillingen umiddelbart nedenfor afsnit 2.2.

2.1. Bestemmelsen i retsplejelovens § 641, stk. 1

Fogedforbud nedlægges med hjemmel i retsplejelovens § 641.[5] Ifølge bestemmelsens stk. 1 kan fogedretten, ved forbud, pålægge en part at undlade handlinger, der strider imod rekvirentens ret. Det ligger i fogedforbudets natur, at der er tale om en midlertidig afgørelse. Der kan kun nedlægges forbud mod at foretage visse *positive* handlinger. Rekvisitus kan ikke tilpligtes at omgøre allerede udførte handlinger. Forbudet kan dog forpligte rekvisitus til at foretage visse afviklingsforanstaltninger. Forbud nedlægges typisk som et forbud mod at producere, markedsføre, eksportere, importere, sælge, bortgive eller på anden måde overdrage et givet produkt.

Fogedretten skal alene tage stilling til, om retsplejelovens krav til nedlæggelse af fogedforbud er opfyldt. Fogedretten tager således ikke *endelig* stilling til, *om* rettigheden tilhører rekvirenten og *om* der foreligger en immaterialretlig krænkelse. Imidlertid kan kun *retsstridige* handlinger forbydes i medfør af § 641. Handlinger, der ikke er uretmæssige, kan ikke hindres ved forbud. Konsekvensen heraf er, at rettighedshaveren, til trods for det ovenstående principielle udgangspunkt, alligevel er forpligtet til at sandsynliggøre, at der foreligger en retsstridig krænkelse. Dette indebærer, at fogedretten, ved påkendelse af sager om immaterielle krænkelser, skal tage stilling til vanskelige materielle regler, der falder uden for den normale fogedretlige sagsbehandling.[6] Dette berøver imidlertid ikke fogedretskendelsen dens karakter af en midlertidig afgørelse, der skal efterprøves ved anlæggelse af justifikationssag inden 2 uger, jf. retsplejelovens § 648, stk. 1. Under justifikationssagen påkendes det endeligt, om fogedforbudet er lovligt nedlagt, jf. retsplejelovens § 648, stk. 1, jf. § 636.

Der påhviler således rekvirenten en vis bevisbyrde ved indbringelse af sagen for fogedretten, hvilket fordrer, at rekvirenten er i besiddelse af de fornødne beviser, for at kunne hævde sin ret. Disse kan fremskaffes med hjemmel i retsplejelovens kapitel 57a om midlertidig bevissikring. Rekvi-

---

5. På området findes også bestemmelsen i TRIPS-aftalens artikel 50, stk. 1. litra a, hvorefter de danske myndigheder er forpligtede til at træffe hurtige og effektive foreløbige foranstaltninger for at hindre krænkelser på det immaterialretlige område. Denne bestemmelses krav anses for opfyldt ved reglen i retsplejelovens § 641, hvorfor § 641 ikke blev ændret i forbindelse med ratificeringen af TRIPS-aftalen i 1995.
6. I betænkning 1107/1987 om arrest og forbud afgivet af Retsplejerådet, der lå til grund for en lovændring af retsplejeloven i 1989 anføres, at man med § 641 gav hjemmel til, at forbud kan nedlægges betinget af sikkerhedsstillelse eller ved *tvivl om retsreglernes generelle forståelse*. Er krænkelsen alene sandsynliggjort, kan der *kun* nedlægges forbud mod sikkerhedsstillelse.

renten kan ikke begære rekvisitus pålagt edition til sagens oplysning, så længe denne alene verserer i fogedretten.

Spørgsmålet om editionspligt ved nedlæggelse af fogedforbud forelå netop til afgørelse i en utrykt Østre Landsretsafgørelse af 29. april 2004, nr. B-1677-03. Sagens hovedspørgsmål var, hvorvidt en internetudbyder kunne forbydes at videreformidle/transmittere ophavsretligt beskyttet materiale samt udlevere navn og adresse på de brugere, der anvendte det pågældende materiale retsstridigt. Der var for fogedretten nedlagt påstand om edition jf. retsplejelovens § 299, jf. § 343, til fremlæggelse af oplysningerne om identiteten af krænkerne. Fogedretten anførte herom: »Fogedretten finder endelig ikke, at der er grundlag for at udstrække anvendelsen af retsplejelovens § 299 og 343 til forbudssager, idet bemærkes, at der ikke findes en henvisning til disse bestemmelser i retsplejelovens kapitel 57 om forbudssager.« Landsretten afviste i lighed med fogedretten, påstand om edition, idet det anførtes at der ikke i retsplejelovens § 343 er hjemmel til, at der for fogedretten kan pålægges editionspligt til brug for en retssag, der ikke verserer.

2.2. Bestemmelsen i retsplejelovens § 641, stk. 2

I medfør af retsplejelovens § 641, stk. 2 kan »fogedretten i forbindelse med et forbud pålægge den, som forbudet retter sig imod (rekvisitus), at foretage enkeltstående handlinger for at sikre den ved forbudet pålagte undladelsespligt«. Bestemmelsen blev indført i forbindelse med en revision af retsplejeloven i 1988[7].

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår[8]: »Da hovedformålet med et fogedforbud er at sikre en hurtig og effektiv håndhævelse af undladelsespligter, er det i retspraksis antaget, at der i forbindelse med nedlæggelse af et forbud kan pålægges rekvisitus accessoriske, klart angivne handlepligter af forholdsvis underordnet betydning. Der har været tale om retablering af forskellige fysiske forhold, som har været nødvendige for at gennemføre en effektiv håndhævelse af undladelsespligten, eksempelvis nedtagelse af skilte i forbindelse med et forbud mod skiltning[9] og fjernelse af færdselsspærringer i forbindelse med forbud mod ændring af færdsel.[10] Retsplejerådet finder, at denne retstilstand bør opretholdes, og foreslår, at der tilvejebringes udtrykkelig lovhjemmel for at pålægge rekvisitus at foretage enkeltstående handlinger af forholdsvis underordnet betydning for at sikre den ved et forbud pålagte undladelsespligt«.

7. Lov nr. 731 7.12.1988.
8. Lovforslag nr. L 12 af 5.10.1988, FT 1988-89, Tillæg A sp. 257 ff.
9. U1996.759Ø.
10. U1920.595Ø.

Retsplejerådet anfører i betænkning nr. 1107/1987 om arrest og forbud, der ligger til grund for bestemmelsen, at hovedformålet med nedlæggelse af fogedforbud ikke kan være at pålægge rekvisitus en handlepligt.[11] Med henvisning til Gomard påpeges, at det i nogen grad er en skønssag, hvilken grad af accessorisk aktivitet, der kan pålægges rekvisitus som led i efterlevelsen af et forbud.[12] Herefter nævnes de to afgørelser om nedtagelse af skilte og fjernelse af vejspærringer. Retsplejerådet anfører videre: »Det forbud, som pålægger rekvisitus handlepligt, må være af materielretlig uomtvistelig karakter og så klart beskrevet, at politiet – såfremt rekvisitus sidder handlepligten overhørig – kan gennemføre handlingen«.

Det fremgår således klart af såvel bestemmelsens ordlyd, bemærkningerne og betænkningen, at der kun kan pålægges rekvisitus enkeltstående handlinger, der skal være accessoriske til det nedlagte forbud, klart angivne og af forholdsvis underordnet betydning. Det var endvidere Retsplejerådets opfattelse, at handlepligten skulle være af en sådan karakter, at politiet kunne gennemføre handlingen, såfremt rekvisitus ikke opfyldte sin forpligtelse. Det forekommer åbenbart, at man med lovændringen, der søger sin begrundelse i de to nævnte afgørelser, har tilsigtet en handlepligt af overvejende *praktisk* karakter – altså en forpligtelse hvem som helst kan udføre, da forpligtelsen primært kan angå udførelse af fysiske gerninger.[13]

2.2.1. Tilbagekaldelsespligt

Det kan drøftes, om handlepligten kan bestå i, at krænkeren tilpligtes at *tilbagekalde* det krænkede produkt fra markedet. Pligt til tilbagekaldelse af produktefterligninger kan ske ved endelig dom med hjemmel i ophavsretslovens § 84. Der kan således utvivlsomt, ved en almindelige civil sag, eller i en justifikationssag i forbindelse med et nedlagt forbud, træffes afgørelse om tilbagekaldelsespligt. Spørgsmålet er imidlertid, om fogedforbudets karakter af en midlertidig afgørelse afskærer domstolene fra at pålægge krænkeren en tilbagekaldelse af produkterne. Det kan således drøftes, hvorvidt denne sanktion alene kan pålægges ved endelig dom.

Problemstillingen er senest berørt i afgørelsen U2003.630H om parallelimport af lægemidler, der vedrører en varemærkeretlig problemstilling. Sagen drejer sig om, hvorvidt der forelå en varemærkekrænkelse ved, at sagsøgte, i forbindelse med parallelimport af visse lægemidler, havde

11. P. 61.
12. *Bernhard Gomard*: Fogedret, 4. udgave, p. 363. Se også 4. udgave p. 385 ff.
13. Ifølge betænkning 1107/1987 p. 88 er der ikke med den udtrykkelige lovhjemmel i § 641, stk. 2 tilsigtet en ændring af den hidtidige retstilstand.

ompakket og ommærket disse og, i den forbindelse, anvendt pakninger med eget design og anvendt eget navn og logo sammen med varemærkerne på indlægningssedlerne. Der blev indledningsvist nedlagt fogedforbud i sagen, og rekvisitus blev bl.a. af fogedretten pålagt: »at tilbagekalde alle ompakkede produkter af »One-Alpa« og Daivonex-salve i de nævnte pakningstørrelse, som grossister og apoteker måtte ligge inde med på forbudstidspunktet«. Fogedforbudet blev i sin helhed stadfæstet i både Sø- og Handelsretten samt i Højesteret, idet der for begge instanser blev nedlagt påstand om stadfæstelse. Der blev således ikke taget særskilt stilling til den del af kendelsen, der vedrører tilbagekaldelse af produkterne.[14] Det kan således med baggrund i denne afgørelse fastslås, at i sager om varemærkekrænkelser i forbindelse med parallelimport af lægemidler, pålægger domstolene rekvisitus en tilbagekaldelses-forpligtelse, såfremt der nedlægges påstand herom.[15] I U2003.630H behandles selve tilbagekaldelsesspørgsmålet dog ikke særskilt, men alene som en del af det nedlagte fogedforbud. Endvidere ses ikke afgørelser på området for parallelimport, hvor rekvisitus særskilt har gjort gældende, at der ikke er hjemmel til at afsige kendelse om tilbagekaldelse, hvorfor problemstillingen ikke har været genstand for separat behandling.

Vestre Landsret har, i tråd med ovennævnte afgørelse, ved kendelse af 5. februar 2003 i sag nr. V.L. B-2938-02 stadfæstet et fogedforbud, der blandt andet pålagde rekvisitus en tilbagekaldelsesforpligtelse. Sagen omhandler en varemærkekrænkelse, dog er genstanden for forbudet ikke lægemidler, men fødevarer.[16] Fogedretten i Århus nedlagde forbud mod rekvisiti' produkter i medfør af retsplejelovens §§ 642 og 643. Rekvirenten nedlagde under fogedsagens behandling en meget specifik påstand (nr. 4) vedrørende tilbagekaldelsesspørgsmålet: »Det påbydes at tilbagekalde samtlige produkter, som omhandlet i påstand 1-3, der er fremsendt til distribution og beroende hos detailhandelskæderne Føtex', Bilkas og Nettos centrallagre samt hos detailhandelskæden Metros butikker i Danmark.« For fogedretten gjorde rekvisiti advokat gældende, at der ikke er hjemmel til at pålægge rekvisitus en tilbagekaldelsespligt.

Fogedretten anførte om tilbagekaldelsesspørgsmålet: »Efter retspraksis kan den, overfor hvem forbud nedlægges efter omstændighederne ved for-

14. Højesteretsdommen er afsagt med dissens 3-2. Dissensen vedrørte ikke stadfæstelse af fogedforbudet, men spørgsmålet om den skete ommærknings berettigelse.
15. Afgørelsen er i tråd med andre lignende afgørelser. Se *Christina Wagner*: Tilbagekaldelsespligt vedr. immaterialretligt krænkende produkter også udenfor medicinimport i Fuldmægtigen nr. 7, 2003, p. 169 note 6 med de der citerede kendelser.
16. Sagen var anlagt af Odense Marcipan A/S mod Carletti A/S og drejede sig om emballage til marcipan, nougat og overtrækschokolade.

budskendelsen pålægges at søge at tilbagekalde varer m.v. for at begrænse den skete retskrænkelse. Da der ikke foreligger omstændigheder der taler imod dette, tages Odense Marcipans påstand 4 til følge«. Denne del af kendelsen blev påkæret til Vestre Landsret, som afsagde følgende kendelse: »Efter det oplyste finder landsretten, at de handlinger kærende er pålagt at udføre i forbindelse med forbudet, er nødvendige for at gennemføre en effektiv håndhævelse af forbudet. Da handlingerne samtidig er klart angivne, er af forholdsvis underordnet betydning og har en accessorisk tilknytning til det nedlagte forbud, jf. retsplejelovens § 641, stk. 2 bestemmes: Den kærede kendelse stadfæstes«.[17]

Retten i Århus afsagde den 30. oktober 2003 en lignende kendelse i afgørelsen nr. FS 20-9314/2003, der drejer sig om designrettigheder. I denne sag blev rekvisiti også forpligtet til at tilbagekalde det omhandlede produkt, et timeglas med slik til børn. I kendelsen anføres: »Rekvisitus skal skriftligt tilbagekalde samtlige eksemplarer af de nævnte produkt fra samtlige kunder i Danmark.«

Hensynet bag alle afgørelsen er tydeligvis, at pålæggelse af tilbagekaldelsespligten er nødvendig for at gennemføre en effektiv håndhævelse af forbudet. Dette hensyn kan søge støtte i bestemmelsens ordlyd, jf. stk. 2, 2. led »at foretage enkeltstående handlinger *for at sikre* den ved forbudet pålagte undladelsespligt«. Endvidere citeres forarbejderne stort set ordret i landsrettens kendelse.

I en afgørelse fra Retten i Slagelse, FS nr. 1218/2004, af 18. maj 2004, hvor der ligeledes blev nedlagt påstand om tilbagekaldelse af krænkende produkter (golfbolde) udtaler retten: »Herefter findes det i forhold til bestemmelsens ordlyd og forarbejder på trods af det af [rekvirenten] anførte om Vestre Landsrets kendelse af 5. februar 2003 (B-2938-02) betænkeligt at fastslå, at bestemmelsen giver hjemmel til at pålægge [rekvisitus] at tilbagekalde golfbolde som angivet i [rekvirentens] påstand 5).

2.2.2. Hjemmel

Det kan imidlertid desuagtet drøftes, om der i § 641, stk. 2 er hjemmel til pålæggelse af en handlepligt af denne karakter. Det fremgår klart af ordlyden af kendelserne, at der med tilbagekaldelse kræves en fysisk tilbagekaldelse af varerne fra forhandlerne. Man kræver med andre ord produkterne taget af hylderne. I § 641, stk. 2 anføres: »Fogedretten kan

17. Om afgørelsen se også *Christina Wagner*: Tilbagekaldelsespligt vedr. immaterialretligt krænkende produkter også udenfor medicinparallelimport, Fuldmægtigen 2003 p. 168 ff.

i forbindelse med et forbud pålægge den, som forbudet retter sig imod (rekvisitus), at foretage enkeltstående handlinger for at sikre den ved forbudet pålagte undladelsespligt.« Af ordlyden kan således læses, at der skal være tale om *enkeltstående* handlinger med det formål at sikre den undladelsespligt, der er pålagt ved forbudet. Ved »enkeltstående« må forstås isolerede handlinger af klart ringere betydning end undladelsesforpligtelsen. Undladelsesforpligtelsen er den *primære* forpligtelse, og handlepligten er den *sekundære*. Der kan ikke til handlepligten være knyttet betydelige udfoldelsesforpligtelser og bestræbelser for rekvisitus.

Dette er på linje med bemærkningerne til lovforslaget hvoraf fremgår, at det er blevet gjort muligt at pålægge rekvisitus visse »accessoriske, klart angivne handlepligter af underordnet betydning.«[18] Begrebet *enkeltstående* må fortolkes i overensstemmelse med sin ordlyd, hvorfor der ikke kan pålægges en flerhed af handlepligter.

Det må ej heller glemmes, at bestemmelsen blev indført i retsplejeloven på baggrund af de nævnte afgørelser, U1966.759Ø og U1920.595Ø, der begge pålagde rekvisitus en handlepligt af fysisk og praktisk karakter. Der blev ikke med lovændringen tilsigtet en ændring af den hidtidige retstilstand, jf. betænkning 1107/1987 p. 88 f. Det var endvidere en forudsætning for lovændringen, at politiet skulle kunne udføre den pågældende handlepligt, såfremt rekvisitus oversidder sin forpligtelse.

En handlepligt i form af en tilbagekaldelsesforpligtelse går således langt videre end disse begreber, og dermed videre end der er hjemmel til i bestemmelsens ordlyd eller dens forarbejder. Christina Wagner anfører det modsatte synspunkt i »Tilbagekaldelse vedr. immaterialretligt krænkende produkter også udenfor medicinparallelimport« i Fuldmægtigen nr. 7, 2003, p. 168 ff. Forfatteren anfører konkluderende, at tilbagekaldelsespligten er hjemlet i retsplejeloven og pålagt de retslige myndigheder at anvende via TRIPS-aftalen.[19] Endvidere anføres, at behovet for en effektiv opretholdelse og gennemførelse af et fogedforbud gør sig gældende, hvorfor pligten bør pålægges uanset typen af den immaterielle rettighed.

At der er behov for en effektiv opretholdelse og gennemførelse af et nedlagt fogedforbud er naturligvis korrekt. Det er da også i praksis et problem for rekvirenten, at det krænkende produkt i mange tilfælde findes hos flere grossister og forhandlere, uden rekvirenten i første omgang kan foretage sig andet end at begære nedlagt fogedforbud overfor den umiddelbare krænker – typisk producenten eller importøren af det pågældende

18. Jf. note 5.
19. Se note 2, hvoraf fremgår, at TRIPS-aftalen netop på dette punkt ikke gav anledning til ændringer i retsplejeloven.

produkt. At der er behov for effektivt at sikre rekvirentens rettigheder, og at dette hensigtsmæssigt kunne ske ved pålæggelse af en tilbagekaldelsespligt i sager om krænkelse af immaterielle rettigheder, kan man således vanskeligt være uenig i. Dette er dog ikke nødvendigvis ensbetydende med, at tilbagekaldelsesforpligtelsen er hjemlet i retsplejelovens bestemmelser om nedlæggelse af fogedforbud. En tilbagekaldelsesforpligtelse er, eller kan være, en forpligtelse af ganske omfangsrig karakter, der i de fleste tilfælde næppe kan betragtes som en enkeltstående handling. Dette er særlig tilfældet, når tilbagekaldelse typisk skal ske fra en række forhandlere af det pågældende produkt.

Endvidere er afgørelsen om nedlæggelse af et fogedforbud med tilhørende handlepligt alene et *foreløbigt* retsmiddel, hvis gyldighed senere *skal* efterprøves ved almindelig rettergang. Også dette faktum taler imod, at handlepligten kan rumme en tilbagekaldelsespligt. Dette skyldes flere forhold. Tilbagekaldelsen har ganske indgribende karakter både for rekvisitus og dennes forhandlere. Rekvisitus mister med stor sandsynlighed sine aftagere, mister goodwill og forretningsgrundlag m.m., og forhandlerne mister den fortjeneste, der er kalkuleret med ved salg af produktet. Såfremt det efter justifikationssagens afgørelse måtte vise sig, at fogedforbudet ikke er retmæssigt nedlagt, har rekvisitus krav på erstatning for tab og tort, jf. retsplejelovens § 639, stk. 1 jf. § 648, stk. 1. Derved er også den potentielle tilbagekaldelse sket uretmæssigt. Herved opstår det naturlige spørgsmål, om tilbagekalderen/rekvisitus hæfter for det tab, forhandleren har lidt ved den uretmæssige tilbagekaldelse, eller om dette tab skal bæres af rettighedshaveren, der begærede fogedforbudet nedlagt og fik medhold i en påstand om tilbagekaldelse.

Afsiges en kendelse om tilbagekaldelse opstår også det helt elementære praktiske, men også juridiske, problem, nemlig overfor hvem tilbagekaldelsen kan ske? Ifølge de ovenfor citerede kendelser skal der ske tilbagekaldelse overfor rekvisiti forhandlere. *Kan* et sådan pålæg overhovedet *efterkommes*?

Rekvisiti forhandlere har erhvervet produkterne i god tro. Intet sted giver den danske lovgivning hjemmel til tilbagekaldelse af allerede solgte og overdragede produkter overfor godtroende tredjemænd, som ved bindende og gyldig aftale har erhvervet produkterne.[20]

En afgørelse om nedlæggelse af fogedforbud med tilknyttet handlepligt udformet som et tilbagekaldelsespåbud har *ikke* retskraft overfor tredjemand. Der er ikke hjemmel til tilbagekaldelse i retsplejelovens § 641, stk.

20. Spørgsmålet om tilbagekaldelse fra tredjemænd i ond tro skal ikke forfølges nærmere her, da denne situation vel næppe kan forekomme i praksis.

2, da rekvisitus ikke råder over noget tilgængeligt retsmiddel i forhold til sine medkontrahenter. Det nedlagte fogedforbud med tilknyttet tilbagekaldelsespligt kan ikke anvendes som eksekutionsfundament overfor en forhandler af det pågældende produkt, der i henhold til gyldig aftale har erhvervet produktet og nu nægter at tilbagelevere varen.

I praksis vil forhandlerne måske returnere de retsstridige produkter til producenten i tilfælde af, at der indledes en forbudssag og denne retter henvendelse med henblik på at tilbagekalde varen. Dette er dog langt fra sikkert. Forhandlerne kan være usikre på, om rettighedshaveren reelt er i besiddelse af den beskyttede rettighed, vedkommende påberåber sig. Accepterer forhandleren ophævelse af handlen på denne baggrund, er producenten forpligtet til at fralægge sig sin ydelse. Forhandleren kan, med rette, tvivle på producentens likviditet, og på at denne har økonomisk mulighed for at dække det opståede tab ved tilbagekaldelsen, endsige blot tilbagebetale den erlagte købesum. Endvidere kan forhandleren have et ganske udmærket dækningsbidrag på varen, som han ikke i medfør af en *foreløbig* afgørelse er sindet at opgive, og af den grund vælge at afvente justifikationssagens udfald.

Såfremt rekvisitus forhandler produktet til offentligheden via egne salgskanaler, for eksempel fra egne forretninger, er tilbagekaldelsesforpligtelsen indeholdt i selve fogedforbudets nedlæggelse, hvorfor problemstillingen ikke opstår i et sådant tilfælde. Er produkterne overgivet forhandleren i kommission, hvilket f.eks. kan være tilfældet for møbler, vil der via nedlæggelse af fogedforbud direkte overfor producenten være mulighed for, at produkterne kan tilbagekaldes hos forhandlerne.

Det er et grundlæggende træk ved fogedforbudets karakter og natur, at alene handlinger, der er retsstridige, kan hindres ved forbud. Det er ikke retsstridigt for en forhandler eller grossist at besidde en vare, som tredjemand har fået nedlagt forbud mod at producere, sælge, besidde m.v. Retspraksis har, som ovenfor anført, forsøgt at afhjælpe disse problemer for rekvirenten ved, i medfør af retsplejelovens § 641, stk. 2, at pålægge rekvisitus en handlepligt bestående af en tilbagekaldelsesforpligtelse. Af de i nævnte afsnit anførte grunde giver bestemmelsen imidlertid ikke hjemmel hertil.

Overtrædes et nedlagt fogedforbud, kan rekvirenten, i medfør af retsplejelovens § 651, anlægge sag med påstand om straf. Skulle tilbagekaldelsesforpligtelsen være indeholdt i bestemmelsen i retsplejelovens § 641, stk. 2, vil konsekvenserne i relation til § 651 være uoverskuelige. Opstår den situation, at der er afsagt kendelse om tilbagekaldelse, og rekvisitus ikke har nogen retlig mulighed for at gennemtvinge en tilbagekaldelse fra sine forhandlere, er han derfor »tvunget« til at overtræde et fogedforbud,

og rekvirenten kan herefter anlægge sag i medfør af § 651 med påstand om straf. Der er krav om forsæt i bestemmelsen i retsplejelovens § 651, men det giver desuagtet anledning til bekymring, at overtrædelse af et forbud, rekvisitus i nogle tilfælde ikke har juridisk mulighed for at opfylde, kan være strafsanktioneret.

Fogedretten yder, med hjemmel i retsplejelovens § 645, bistand til forbudets opretholdelse. Det betyder i yderste konsekvens, at fogedretten skal definere overfor politiet, hvilke handlinger der skal foretages, således at forbudet opretholdes. De handlepligter, der kan pålægges, må derfor være så tæt forbundne med det nedlagte forbud, at fogedretten har en *reel* mulighed for at håndhæve forbudet.[21] Fogedretten har ingen mulighed for at håndhæve en tilbagekaldelsesforpligtelse overfor rekvisiti forhandlere, hverken af egen drift eller med politiets hjælp.

2.2.3. Konklusion

Det kan konstateres, at der i de nævnte afgørelser er afsagt kendelse om tilbagekaldelse. Afgørelsen U2003.630H omhandler parallelimport af medicin, hvor ganske særlige hensyn til forbrugerne gør sig gældende. Dette hensyn afspejles også i lægemiddellovens § 7, stk. 1, der under særlige omstændigheder kan forbyde forhandling og udlevering af lægemidler samt pålægge fabrikanter eller importører at tilbagekalde restlagre af et givet lægemiddel. Da området er af særlig følsom karakter, gives der efter påstand medhold i, at tilbagekaldelse skal ske overfor apoteker og grossister, som øjensynligt uden videre accepterer de afsagte afgørelser, idet dette retsskridt er sædvanligt på området.

Det fremgår ikke af kendelsen afsagt af Vestre Landsret den 5. februar 2003, om det prøves, om tilbagekaldelsespligten reelt har hjemmel i retsplejelovens § 641, stk. 2. Kendelsens præmisser gengiver alene hensynene bag bestemmelsen samt forarbejdernes ordlyd.

Da bestemmelsens ordlyd, forarbejderne eller betænkningen ikke støtter en retsstilling, hvorefter der kan afsiges kendelse om tilbagekaldelse, *da* selve tilbagekaldelseshandlingen ligger ud over, hvad der kan forstås ved begrebet »enkeltstående handling«, *da* der ikke eksisterer hjemmel for rekvisitus til tilbagekaldelse overfor sine forhandlere, *da* opfyldelse af en tilbagekaldelsespligt ikke i praksis kan gennemføres ved fogedretten eller politiets hjælp, og *da* overtrædelse af et nedlagt fogedforbud er strafsanktioneret til trods for den manglende mulighed for opfyldelse,

21. Jf. også *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 233 med de der anførte henvisninger.

kan det konkluderes, at en sådan tilbagekaldelsespligt *ikke* er hjemlet i bestemmelsen i retsplejelovens § 641, stk. 2 om handlepligt.

Retstilstanden bør herefter rettelig være den, at nedlægges et fogedforbud mod et produkt kan rekvisitus naturligvis selv vælge at søge produkterne tilbagekaldt, men dette kan ikke pålægges rekvisitus i kendelsesform. En sådan retstilstand vil kræve en ændring af ordlyden i § 641, stk. 2. Det er således en meget uhensigtsmæssig retstilstand, at der afsiges kendelse om pligt til opfyldelse af en handling, der ikke *reelt* lader sig udføre, fordi der hverken juridisk eller i praksis eksisterer nogen hjemmel eller mulighed for udførelse af den pålagte tilbagekaldelsespligt.

Såfremt forhandleren ikke frivilligt vil acceptere en tilbagekaldelse, har dette to mulige konsekvenser. Den ene er, at rekvirenten må henvises til at begære fogedforbud nedlagt mod forhandlerens salg af det pågældende produkt. Alternativet er, at erstatningspåstanden under justifikationssagen mod rekvisitus må reguleres herefter.

2.3. Betingelser for nedlæggelse af fogedforbud

Betingelserne for nedlæggelse af fogedforbud findes i retsplejelovens § 642. Bestemmelsen indledes med udsagn om den bevisbyrde, der påhviler rekvirenten. Det anføres, at forbud kan nedlægges, såfremt de i nr. 1-3 nærmere angivne handlinger *godtgøres* eller *sandsynliggøres*. Der kræves således ikke et fuldstændigt bevis. På ophavsrettens område skal fogedretten tage stilling til, om det er sandsynliggjort, at den pågældende gengivelse af værket strider mod ophavsretslovens § 2. Til gengæld kan rekvirenten afkræves en sikkerhedsstillelse jf. § 644.[22] Samtlige betingelser i § 641 nr. 1-3 skal være sandsynliggjort, inden forbud kan nedlægges.

Det er derfor ofte nødvendigt med bevisførelse for fogedretten. Rekvirenten har i princippet mulighed for at føre temmelig omfattende bevis. Der kan ske afhøring af parter og fremlægges dokumenter. Der er adgang til at føre sagkyndige vidner samt til afholdelse af syn og skøn. *Adgangen* til bevisførelse er således principielt af samme omfang og karakter som i en 1. instanssag. Det er dog *fogedrettens vurdering*, i hvilket omfang man vil tillade bevisførelse, jf. retsplejelovens § 647, stk. 1.[23] Heraf fremgår,

22. Bestemmelsen blev indført med revisionen af retsplejeloven i 1989. Ændringen er foranlediget af, at man ikke ønskede en retstilstand, hvor man kunne købe sig til et forbud uden skulle sandsynliggøre berettigelsen af forbudets nedlæggelse, jf. betænkning 1107/87 p. 91.
23. Generelt om emnet se også *Bjørn Ryberg*: 1989-revision af reglerne om fogedforbud i NIR1992.24, *Mogens Plesner*: Om retsskridt inden proces inden for immaterialretten,

at fogedretten kan afskære bevisførelse, som findes uforenelig med hensynet til forretningens fremme.[24] Det er imidlertid værd at bemærke, at fogedretten i medfør af bestemmelsen ordlyd, alene kan afskære bevisførelse, der findes *uforenelig* med hensynet til forretningens fremme. Der må således, i sager om ophavsretlig krænkelse, principielt være vid adgang til bevisførelse både for krænkelsen, men også for selve ophavsrettens eksistens. Der skal finde en afbalanceret afvejning af hensynet til begge parter sted.

Et argument for bevisførelsens uforenelighed med forretningens *fremme* kan være, at bevisførelsen alene ønskes med det formål at forhale sagsbehandlingen. I betænkning 1107/87 om arrest og forbud anføres, at der i første række skal tages hensyn til rekvirentens interesse i hurtigt og effektivt at kunne bringe en iværksat eller truende retskrænkelse til ophør, men reglerne om forbud bør også i videst mulig omfang sikre en afgørelse, der er forsvarlig i forhold til rekvisitus.[25]

Bestemmelserne om bevisførelse i fogedretten kan dog kombineres med reglerne i kapitel 57a om bevissikring i sager om immaterielle krænkelser. Bevissikring kan i nogle tilfælde lette bevisførelsen i fogedretten og vil være en praktisk god løsning.[26] Bevissikring kan dog ikke generelt løse problemerne omkring selve krænkelsesvurderingen.

Der er mulighed for afholdelse af syn og skøn i fogedrettens regi til belysning heraf. Dette kan imidlertid medføre en meget langvarig sagsbehandling. Er parterne enige om udmeldelse af syn og skøn, vil fogedretten sandsynligvis efterkomme begæringen. Er parterne ikke enige, har retten *mulighed* for at imødekomme begæringen. Fremkommer begæringen fra *rekvirenten,* må denne formodes at have vurderet, at hensynet til afholdelse af syn og skøn, og den tid der passerer derved, vægter tungere end hensynet til hurtigt at få det krænkende produkt fjernet fra markedet.[27] I sådanne

---

Vennebog til Mogens Koktvedgaard p. 333. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 230 ff.

24. Bestemmelsen i retsplejelovens § 501, stk. 4, om at fogedretten kan nægte en bevisførelse som på grund af dens omfang eller beskaffenhed eller at bevisførelsen af andre særlige grunde bør ske under almindelige rettergang, gælder ikke for fogedforbudssager.
25. P. 89 ff.
26. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 3.
27. *Mogens Plesner* stiller sig tvivlende overfor dette synspunkt i: Om retsskridt inden proces inden for immaterialretten, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, p. 345. Plesner anfører generelt, at en bevisførelse i form af syn og skøn nok falder »uden for rammerne af en fogedsag.« Dette begrundes med, at en fogedsag ikke skal bruges til at *opklare* en retstvist, hvorfor rekvirenten må sikre sig sine beviser forinden rekvisitionen indgives. Se også p. 246m. *Bjørn Ryberg* anfører i: 1989-revisionen af reglerne om fogedforbud, NIR1992.26, utvetydigt, at syn- og skøn falder uden for fogedsagens rammer.

tilfælde bør fogedretten være mere imødekommende overfor en begæring, end hvis denne kommer fra rekvisitus, der, naturligt nok, ikke i samme grad anser det for tvingende nødvendigt, at det omtvistede produkt fjernes fra markedet.[28] Begæringen skal naturligvis imødekommes med respekt for rekvisiti ret, idet rekvisiti ikke er interesseret i at have truslen om nedlæggelse af et fogedforbud hængende over hovedet igennem længere tid.

Nedlæggelse af forbud er endvidere, jf. nr. 2, betinget af, at rekvisitus vil foretage de handlinger, der søges forbudt. Forbud kan ikke nedlægges, hvis rekvisitus har trukket sit produkt tilbage fra markedet eller han endnu ikke har lanceret det, hvis rekvirenten ikke fører det fornødne bevis for, at det vil ske *og* at produktet vil stride mod rekvirentens bedre ret, hvis det markedsføres. Forbud kan ej heller nedlægges, hvis rekvisitus i fogedretten tilkendegiver ikke at ville udføre de handlinger, der kræves belagt med forbud.[29]

Der eksisterer således en teoretisk mulighed for at få nedlagt fogedforbud imod en handling, der vil blive foretaget i fremtiden. Denne mulighed synes dog mere teoretisk end praktisk mulig. Skal et forbud mod potentielle fremtidige handlinger udstedes, vil der formodningsvist blive stillet særdeles skærpede krav til bevisførelsen. Rekvisitus kan endvidere blot bestride, at den retsstridige handling vil blive foretaget, hvorefter fogedretten ikke kan nedlægge forbud. Bestemmelsen har således i praksis den følge, at krænkelsen skal være sket forinden forbud kan nedlægges. Alene fortsat krænkelse kan herefter hindres. Rekvirenten må derfor søge sit tab i den anledning dækket efter gældende kompensationsregler. Der er således ikke reel mulighed for nedlæggelse af forbud, forinden det krænkende produkt markedsføres, med mindre der foreligger en særlig situation, hvor bevisbyrden kan løftes for, at rekvisitus *vil* foretage den handling, der søges nedlagt forbud imod.

Som den sidste betingelse i nr. 3 skal rekvirenten godtgøre, at formålet ville forspildes, såfremt han henvises til at gøre sit krav gældende

28. Se også *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave p. 236, der citerer en utrykt VLK af 9. november 1989, sag B 2241/89, hvor landsretten tillod syn og skøn med bemærkninger om, at rekvirenten for at løfte sin bevisbyrde i medfør af retsplejelovens § 642, nr. 1 ikke kunne afskæres derfra. Landsretten udtaler således, at hvis det kæver syn og skøn at løfte bevisbyrden i medfør af § 642, nr. 1, bør rekvirenten have adgang dertil.

29. Se afgørelsen U1987.250H, hvor rekvisitus under sagen oplyste, at han ville ophøre med de handlinger, som krævedes forbudsbelagt, så snart det var muligt. Forbud blev med baggrund heri ikke nedlagt. Det ses jævnligt i praksis, at rekvisitus for fogedretten oplyser, at produktionen af det krænkende produkt er ophørt, hvorefter der ikke kan nedlægges fogedforbud. Produktet kan ikke tilbagekaldes fra markedet med mindre der indledes forbudssag mod samtlige forhandlere.

ved almindelige rettergang. Rekvirenten skal således sandsynliggøre, at han påføres løbende tab, så længe det krænkende produkt markedsføres. Betingelsen hænger nøje sammen med betingelsen i nr. 2, idet rekvirenten vel kan henvises til at gøre sit krav gældende ved de almindelige domstole, hvis rekvisitus ikke foretager de handlinger, der søges forbudt.[30] Af bemærkningerne til lovforslaget om ændring af retsplejeloven fremgår,[31] at sager om krænkelser af immaterielle rettigheder oftest indledes med nedlæggelse af fogedforbud. Derfor har betingelsen i nr. 3 nok ingen særlig udtalt selvstændig betydning for denne type rettigheder. Der kan dog gøres en relevant passivitetsbetragtning gældende i medfør af nr. 3, idet rekvirenten må formodes at skulle gøre sit krav gældende inden rimelig tid efter, at han er blevet bekendt med krænkelsen. Reageres ikke, kan man ikke med rimelighed hævde, at formålet forspildes, såfremt man henvises til almindelig retssagsbehandling.

> Ydes rekvirenten tilstrækkeligt værn af lovens almindelige regler om straf og erstatning, kan forbud ikke nedlægges, jf. § 643, stk. 1. Ophavsretsloven indeholder regler om såvel erstatning som straf. Disse regler er imidlertid ikke tilstrækkelige til at hindre ophavsretskrænkelser, hvorfor bestemmelsen i § 643, stk. 1 ikke får nogen synderlig praktisk betydning ved overtrædelse af ophavsretsloven. Der er flere årsager til, at reglerne om straf og kompensation i ophavsretsloven alene har begrænset effekt. En årsag er, at tvisten mellem parterne ofte drejer sig om, hvorvidt rekvisiti handling materielt strider imod rettighedshaverens bedre ret, eller med andre ord om der foreligger en retsstridig produktefterligning. En anden er, at reglernes utilstrækkelighed også kan begrundes i den manglende sikkerhed for, at rekvisitus rent faktisk kan *betale* den idømte erstatning, såfremt man alene søger sit tab dækket via almindelig rettergang. Endvidere giver de ophavsretlige kompensationsregler ikke tilstrækkelig sikkerhed for, at rettighedshaveren får *tilstrækkelig* og *rimelig* kompensation for den skete krænkelse.

Står rekvirentens interesse i nedlæggelse af forbudet i åbenbart misforhold til den skade eller ulempe det vil pålægge rekvisitus, kan forbud ikke nedlægges, jf. § 643, stk. 2. Reglen, der er udtryk for den såkaldte proportionalitetsgrundsætning, har karakter af en »offer-regel«. Det er et almindeligt princip, at der er grænser for, hvor store økonomiske ofre en krænker kan pålægges.

---

30. Se f.eks. U1997.1226V i hvilken sag de varer, man søgte nedlagt forbud imod, var udsolgte ved sagens behandling for fogedretten. Betingelserne i nr. 2 og 3 var ikke opfyldte. Der blev nedlagt fogedforbud i byretten, hvilket blev ophævet i landsretten.
31. P. 10.

Reglen er imidlertid også udtryk for en retsøkonomisk tankegang, idet det skal vurderes, hvorvidt det vil være en efficient anvendelse (eller spild) af ressourcerne at nedlægge et fogedforbud. Det forudsættes i den retsøkonomiske teori, at retsreglerne er udformet således, at samfundets ressourcer anvendes efficent. Da der imidlertid også ved krænkelser af lov om ophavsret er tale om en beskyttelse af ophavsmandens ideelle rettigheder, vil hensynet hertil spille en væsentlig rolle ved vurderingen af, hvorvidt § 643, stk. 2 skal finde anvendelse.

For så vidt angår fast ejendom findes der i ophavsretslovens § 84, stk. 5 en særlig regel om, at bygninger ikke kan kræves inddraget eller tilintetgjort i medfør af bestemmelsens stk. 1 og 2.

Fogedretten kan betinge forbudets nedlæggelse af, at rekvirenten stiller sikkerhed for rekvisiti potentielle tab, såfremt forbudet er nedlagt med urette, jf. § 644. Da der som udgangspunkt er tale om en foreløbig vurdering af handlingens karakter, pålægger fogedretten ofte rekvirenten at indbetale en sikkerhedsstillelse til sikkerhed for dækning af dette tab, jf. retsplejelovens § 639 og § 648.[32] Rekvirentens erstatningsansvar dækker både rekvisiti tab og tort.

I de tilfælde, hvor rekvirenten har *ført fuldstændigt* bevis for sin ret, kan fogedretten imidlertid ikke lade et forbuds nedlæggelse afhænge af, at der stilles sikkerhed. Sikkerhedsstillelse kræves både, når der er tvivl om sagens retlige udfald, f.eks. i de tilfælde, hvor en krænkelse alene er sandsynliggjort, og når der er tvivl om, hvorvidt rekvirenten kan løfte sin bevisbyrde, f.eks. for at have lidt et tab. I medfør af bestemmelsens stk. 2 bestemmer fogedretten sikkerhedens art og størrelse.[33] Der er flere sager på ophavsrettens område, hvor forbud er nedlagt uden sikkerhedsstillelse, f.eks. på området for krænkelse af de teknisk reproducerbare værker.

Fogedretten er overladt et betydeligt skøn ved fastsættelsen af sikkerhedsstillelsens størrelse. Skønnet bygger på rekvisiti oplysninger om produktionsomkostninger, markedsføringsomkostninger samt forventet brutto – og nettoomsætning på det pågældende produkt. Såfremt der er stillet krav om sikkerhed, nedlægges forbudet først ved sikkerhedsstillelsens indbetaling, jf. § 644, stk. 3.

32. I afgørelsen U1983.970Ø krævede fogedretten en sikkerhedsstillelse på kr. 15 mio. for nedlæggelse af fogedforbud. Rekvirenten påkærede afgørelsen til landsretten med påstand om, at det høje beløb reelt indebar en nægtelse af at nedlægge forbud. Landsretten udtalte, at den krævede sikkerhedsstillelse ikke kan anses for en nægtelse af at nedlægge forbud og at der ikke er adgang til at påkære sikkerhedsstillelsesspørgsmålet. Kæremålet blev afvist.

33. Se f.eks. afgørelsen i U2001.951/1Ø, hvor fogedretten accepterede, at en sikkerhedsstillelse på kr.100.000 blev betalt via en check. Afgørelsen blev stadfæstet i landsretten.

2.4. Retsvirkning af nedlæggelse af forbud

Nedlæggelse af fogedforbud kan kæres efter reglerne i retsplejelovens kapitel 53, jf. § 650. Kæremålet har *ikke* opsættende virkning. Et nedlagt forbud består således under kæresagens behandling.

I sager om ophavsretlige krænkelser nedlægges der oftest forbud mod, at rekvisitus producerer, markedsfører og/eller sælger det pågældende produkt. Rekvisitus er således forpligtet til at ophøre med at foretage de pågældende handlinger, uanset afgørelsen er påkæret. En forudsætning herfor er naturligvis, at forbudet er præcist og klart formuleret, således at en overtrædelse af forbudet kan håndhæves

Retsvirkningerne af et forbud kan ophæves på grund af omstændigheder, der er indtruffet *efter* forbudets nedlæggelse, jf. § 648, stk. 1, jf. § 638, stk. 2. Bestemmelsen herom træffes af fogedretten. Dette kan tænkes at ske i sager, hvor ny lovgivning eller ny retspraksis ikke længere gør den foretagne handling retsstridig. Ny bevisførelse alene er ikke tilstrækkelig.[34]

Rekvirenten er forpligtet til at efterprøve forbudet ved anlæggelse af en justifikationssag. Fristen er to uger fra nedlæggelse af forbudet, jf. § 648, 2. punktum.

Under justifikationssagen prøves forbudets lovmedholdelighed. Rekvirenten er forpligtet til at nedlægge påstand om stadfæstelse af det nedlagte forbud. Justifikationssagen anvendes i praksis ofte også til det erstatningsretlige og strafferetlige opgør mellem parterne. Anlægges justifikationssagen ikke inden fristen, bortfalder forbudet ikke, men rekvisitus kan begære forbudet ophævet, jf. § 638, stk. 1, jf. § 648, stk. 1. Denne retsstilling er ikke særlig gunstig for rekvisitus, der således skal være opmærksom på, om stævning indgives eller ej, såfremt han ønsker at opretholde sin ret. Der er afsagt fogedretskendelser, der senere omgøres ved sagens behandling for de almindelige domstole, og dermed er afsagt i strid med rekvisiti rettigheder. I en sådan situation forekommer bestemmelsen i § 638, stk. 1 lidet tilfredsstillende.

Forbud i sager om ophavsretlige krænkelser kan imidlertid ikke afværges ved sikkerhedsstillelse, hvorfor bestemmelsen i retsplejelovens § 643 stk. 1 ikke finder anvendelse.[35] Dette skyldes, at en ophavsrettighed er udtryk for andet end en ren økonomisk interesse. Dette fremgår af afgørelsen U1985.1014H, hvor Højesteret udtaler, at der efter den omhandlede rettigheds særlige natur ikke ved en sikkerhedsstillelse ville ydes rekvirenten tilstrækkeligt værn.

---

34. Se i det hele *Bernhard Gomard*: Fogedret, 4. udgave, p. 406 f.
35. Se nærmere herom *Bernhard Gomard*: Fogedret, 4. udgave, p. 395.

2.5. Overtrædelse af forbud

I medfør af retsplejelovens § 645, stk. 1 yder fogedretten efter anmodning rekvirenten bistand til forbudets opretholdelse, herunder ved at hindre at et forbud overtrædes og ved at tilintetgøre, hvad der er foretaget i strid med forbudet. Fogedretten har mulighed for at foretage beslaglæggelse men kan på grund af forbudets foreløbige karakter ikke overlade de beslaglagte genstande til rekvirenten. Skal fogedretten foretage beslaglæggelse skal rekvirenten føre bevis for, at de genstande man ønsker beslaglagt anvendes eller vil blive anvendt til foretagelse af en overtrædelseshandling.[36] Reglerne i § 645 skal ses i sammenhæng med reglerne om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder, der i bevissikringssager også hjemler beslaglæggelse i § 653b. Se nærmere om disse regler nedenfor i afsnit 3.

Den bistand, der rekvireres hos fogedretten, skal være *hjemlet* i forbudet, f.eks. hvis den handlepligt, rekvisitus er pålagt i medfør af § 641, stk. 2, siddes overhøring. I sådanne tilfælde har fogedretten mulighed for at få handlingen udført for rekvisiti regning. Som nævnt ovenfor i afsnit 2.2. kan handlepligten alene gennemtvinges, hvis den er af forholdsvis underordnet betydning i forhold til det nedlagte forbud, *og* hvis den er præcist angivet i kendelsen. Da fogedforbudet er af foreløbig karakter, bør der udvises forsigtighed ved pålæg af handlepligt, idet det ved justifikationssagens afgørelse kan ske, at disse handlinger alligevel ikke skulle være udført. Omvendt skal rekvirenten ikke i enhver situation acceptere, at handlepligten ikke overholdes, således at bestemmelserne herom reelt bliver illusoriske. Består handlepligten i en tilbagekaldelsesforpligtelse, opstår det skisma, at rekvisitus pålægges en forpligtelse, som reelt ikke kan gennemføres, da der ikke er hjemmel til at tilbagekalde genstande fra godtroende erhververe.

I forbindelse med bistand til forbudets opretholdelse kan fogedretten pålægge rekvisitus at afgive forklaring og undersøge hans husrum, gemmer og person, jf. § 646, stk. 2, 2. pkt., jf. § 497 og § 498. Politiet yder efter anmodning bistand hertil. Reglerne om bistand ved forbudets overholdelse giver *ikke* hjemmel til tvangsmæssig undersøgelse af regnskabsmateriale eller andet internt materiale.[37]

36. Der kræves en høj grad af sikkerhed for, at det pågældende gods anvendes i strid med forbudet, jf. betænkning 1107/1987 p. 116.
37. Der har hersket usikkerhed om, hvorvidt undersøgelse af rekvisiti computere i sager om ulovlig anvendelse af edb-programmer kan ske tvangsmæssigt. Se betænkning 1385/2000 p. 37 f. Udvalget anfører, at i de tilfælde, hvor rekvisitus ikke vil meddele tilsagn om undersøgelse af computere, vil fogedretten formodentlig afvise en begæring om undersøgelse.

Overtrædes et nedlagt forbud angives strafferammen i § 651, stk. 1 til at være bøde eller fængsel i indtil 4 måneder.[38] Denne bestemmelse finder også anvendelse for den, der forsætligt yder rekvisitus bistand til at overtræde et fogedforbud, jf. stk. 2. Bestemmelserne i straffelovens § 23 og § 24 om strafferetlig medvirken finder også anvendelse på en sådan situation.

Processuelt *kan* spørgsmålet om idømmelse af straf eller erstatning udsættes, indtil forbudssagen er afgjort. Påtaleretten er privat og tilkommer rekvirenten. Det kan drøftes, om forbudet skal stadfæstes som lovligt, forinden der tages stilling til, hvorvidt overtrædelse af forbudet er strafbart. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Så længe der er nedlagt forbud – lovligt eller ej – skal dette overholdes, og det er strafsanktioneret at overtræde det. Straffesagen kan derfor i teorien fremmes, jf. U1984.356H.[39] Det kan imidlertid forekomme stødende at idømme straf for overtrædelse af et forbud, der derefter ikke stadfæstes som lovligt. Man bør derfor, i det omfang det er muligt, udsætte straffesagen indtil justifikationssagen er afgjort.

Overtrædes et forbud er rekvirenten endvidere berettiget til erstatning. Om erstatningsbetingelserne er til stede afgøres efter de almindelige erstatningsretlige regler.[40] Også erstatningssagen kan udsættes til forbudssagen er afgjort, jf. § 651, stk. 3.

2.6. Svensk ret

I svensk ret er reglerne om nedlæggelse af fogedforbud placeret i de enkelte eneretslove, og ikke i centrale bestemmelser som i den danske retsplejelov. Upphovsrättslagens § 53a er således den svenske hjemmel til nedlæggelse af fogedforbud.

Der er ligeledes adgang til omfattende bevisførelse for de svenske domstole med henblik på at løfte den bevisbyrde, der påhviler rekvirenten.[41]

38. Se f.eks. i følgende sager, hvor der er pålagt bøder for ikke overholdelse af det nedlagte forbud: U1985.300SH, U2002.882V og U2002.1682Ø.
39. Se også FED1998.307Ø, hvor rekvisitus blev idømt en hæftestraf for gentagne overtrædelser af det nedlagte fogedforbud samt erstatning til den krænkede part med kr. 100.000. Sagen vedrører salg af ulovlige kopi-dekoderkort. Se også FED2001.698Ø og FED2000.522Ø om samme problemstilling.
40. Se f.eks. afgørelsen U1992.650SH, hvor rekvirenten blev tillagt en erstatning på kr. 600.000, da rekvisitus til trods for et nedlagt forbud, havde fortsat med at drive sin virksomhed med befæstningselementer.
41. Se i det hele *Mogens Koktvedgaard og Marianne Levin*: Lärobok i Immaterialrätt, 6. udgave, p. 416.

Forbud kan heller ikke nedlægges, såfremt den skadegørende handling er ophørt.

I den svenske upphovsrättslag i §§ 51 og 52 findes nogle særlige bestemmelser om forbud mod krænkelse af litterære og kunstneriske værker. Reglerne benævnes »*klassikerskyddet*«, og beskytter frembringeren mod offentliggørelse af den karakter, der krænker hans interesser. Bestemmelsen finder meget sjældent anvendelse i praksis og er i virkeligheden nok reelt begrundelsen for, at man i svensk ret har valgt at regulere de processuelle spørgsmål i de enkelte eneretslove.[42]

2.7. Passivitet

Rettighedshaveren skal være opmærksom på passivitetsproblematikken. Spørgsmålet er meget relevant i praksis. De almindelige danske regler om passivitet finder anvendelse på forholdet. Nedlægges fogedforbud således ikke inden rimelig tid, kan rettigheden gå til grunde, hvis der er udvist retsfortabende passivitet.[43]

Det var tilfældet i sagen U1998.576H, hvor rekvirenten havde forholdt sig passiv i godt to år overfor en krænkelse af et af ham fremstillet reolsystem. Højesteret udtalte: »På den baggrund må appellanten anses for at have forholdt sig passiv fra i alt fald den 27. maj 1992 og indtil sagsanlægget den 30. juni 1995, og appellanten findes nu i det hele at have fortabt sin ret til at gøre erstatningskrav gældende over for indstævnte.«

Den modsatte konklusion når den svenske Högsta domstolen i NIR1985.624, idet der udtales, at den omstændighed, at indehaveren af varemærkeretten først 3 år efter, at det yngre firma registreres og 1½ år efter det krænkende varemærke blev taget i brug, foretog retsskridt i sagen, anses ikke at medføre, at indehaveren af varemærkerettigheden havde forholdt sig passiv.

I en ældre dansk afgørelse, U1965.447H nås samme konklusion. Sagen drejede sig om Le Klint lampeskærmene, der var udsat for efterligning. Originalproduktet blev udstillet første gang i 1949. I 1962 rettede sagsøgers advokat henvendelse til krænkeren, der imidlertid gjorde gældende, at man havde produceret den pågældende lampeskærm allerede inden sagsøgers produkt blev lanceret. Sagsøger anlagde sag 2

42. Jf. *Mogens Koktvedgaard og Marianne Levin*: Lärobok i Immaterialrätt, 6. udgave, p. 135 og 417.
43. Se også fra det varemærkelige område U1980.600SH om retsfortabelse efter 8 års passivitet. Sagen drejede sig om krænkelse af et varemærke for legetøj.

måneder efter den første henvendelse til sagsøgte. En direktør fra det sagsøgende selskab oplyste under sagen, at han i 1957-1958 blev opmærksom på sagsøgtes lampe, som han så i et stormagasin, dog uden at vide, at den stammede fra sagsøgte. Han gik dog ud fra, at der ikke var tale om nogen større produktion og gjorde ikke noget ved sagen før i 1962, hvor han fik indtrykket af, at efterligningsproduktet var på markedet i større antal. Sagsøgte gjorde passivitetsanbringende gældende. Sagen blev afgjort med disses i Højesteret (3-2). Flertallet henviste til de konkrete omstændigheder og fandt det betænkeligt at statuere, at sagsøgerne skulle have fortabt deres ret: »Det tages herved også i betragtning, at det efter det om appellantens [sagsøgtes] virksomhed oplyste ikke kan antages, at de indstævntes passivitet har medført, at appellanten har foretaget særlige investeringer«. Mindretallet ville frifinde pga. passivitetsbetragtninger, da sagsøger burde have søgt omfanget af sagsøgtes produktion oplyst. Dette særlig fordi produktet blev solgt gennem et varehus, hvorfor salget kunne forventes at være, eller kunne blive, af et ikke ubetydeligt omfang. Henvendelsen i 1962 kom således for sent, i forhold til konstateringen i 1957, ifølge mindretallets vurdering.

En anden afgørelse, hvor passivitetsbetragtninger blev gjort gældende, er U2003. 1219H, der drejer sig om 4 lamper, som en producent mente, var blevet udsat for krænkelse. Landsretten fandt, at der alene forelå en krænkelse for så vidt angik den ene lampe. Landsretten udtalte, at den pågældende lampemodel var blevet produceret og markedsført i mere end 10 år og herunder vist i husstandsomdelte kataloger og på internationale belysningsmesser. Lamperne var blevet solgt igennem en grossist, som sagsøgeren ejer 50 % af, og denne grossist havde i perioden 1992 til 1998 adskillige gange indkøbt lamper af sagsøgte. På den baggrund havde sagsøger fortabt sin ret til at gøre krænkelsen gældende. Højesteret frifandt sagsøgte, idet Højesteret ikke fandt, at nogle af sagsøgtes lamper krænkede sagsøgers lamper.

Den seneste afgørelse der omhandler problemstillingen, er U2004.2532Ø, der drejer sig om plagiering af en T-shirt. Byretten nedlagte fogedforbud og traf beslutning om beslaglæggelse i medfør af retsplejelovens § 645, stk. 2. Rekvisitus gjorde gældende, at rekvirenten skulle henvises til at gøre sit krav gældende ved almindelig rettergang, da der var hengået 1½ år fra den første henvendelse til sagens indbringelse for fogedretten, og at der ikke forelå nogen gyldig grund til den udviste passivitet. Landsretten bemærkede, at de første henvendelser (december 2001 og januar 2002) fra rekvirenten til rekvisitus: […] var egnede til at bibringe kærende [rekvisitus] det indtryk, at henvendelserne ville blive fulgt op med retslige skridt, hvis kærede ikke indstillede salget. Der forløb væsentlig længere tid mellem disse henvendelser og forbudsbegæringens indgivelse den 30. juni 2003, end det med rimelighed var nødvendigt for iværksættelsen af retslige skridt gennem fogedretten, og der har ikke foreligget nogen saglig grund til, at der således forløb ca. 1½ år, før indkærede indgav forbudsbegæring«. Kravet blev derfor henvist til almindelig rettergang.

Retten anlægger således i denne sag en streng passivitetsvurdering. Denne er dog konkret begrundet i, at rekvirentens henvendelse til rekvisitus bar præg af, at man ville foretage retsskridt i sagen. Skrivelsen var desuden fremsendt i kopi til rekvisiti advokat. Rekvirenten skal således være påpasselig med at true med retsskridt, der ikke følges op.

Rettighedshaveren bør under alle omstændigheder indrømmes den fornødne tid, der medgår til indsamling af dokumentation samt til forberedelse af sagen. Skal der samtidig indsamles sagkyndige erklæringer, bør rekvirenten ligeledes indrømmes en vis tid dertil. Retspraksis på området for passivitet er dog ofte konkret begrundet.[44]

2.8. Markedsføringslovens § 13

Der findes regler om nedlæggelse af forbud udenfor retsplejeloven. Bestemmelserne i retsplejeloven finder som udgangspunkt alene anvendelse på fogedforbud efter retsplejelovens regler.

I markedsføringslovens § 13, stk. 1 anføres, at handlinger i strid med loven kan forbydes ved dom.[45] Der er således tale om en *dom* til undladelse af visse handlinger. Der er således ikke tale om sager, der følger det fogedretlige system, men sager der følger det almindelige civilprocessuelle system. Der kan også ved anlæggelse af et almindeligt anerkendelsessøgsmål opnås dom til undladelse af handlinger – altså opnås en retsstilling, der svarer til fogedforbudet.

Skal markedsføringslovens § 13 anvendes ved ophavsretlige krænkelser, er det naturligvis en betingelse, at forholdet også kan kvalificeres under markedsføringslovens bestemmelser. Det vil ofte være tilfældet for produktefterligninger, der er så nærgående, at markedsføringslovens § 1 kan finde anvendelse på forholdet. I sådanne sager vil det almindelige fogedforbud med hjemmel i retsplejelovens § 641 alligevel være det primære retsmiddel. I enkelte tilfælde kan en frembringer dog alligevel have interesse i nedlæggelse af forbud efter § 13 i markedsføringsloven eller ved et almindeligt anerkendelsessøgsmål. Det kan for eksempel være i de situationer, hvor den krænkende handling er ophørt. Den krænkende part har en reel mulighed for at indstille sin produktion og afgive erklæring

44. Ud over de citerede afgørelser kan nævnes følgende afgørelser fra svensk ret, hvor der blev statueret passivitet: NJA 1985 p. 194, NIR1985.479, NIR1978.129. Se endvidere *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 649 f., for en udtømmende anførelse af de afgørelser, hvor spørgsmålet om passivitet har været prøvet af domstolene.

45. Jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave p. 336 ff., *Borcher og Bøggild*: Markedsføringsloven p. 358 ff. og *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 6. udg., p. 58 f.

for fogedretten om, at det retsstridige forhold er ophørt, hvorefter der ikke er hjemmel til nedlæggelse af fogedforbud. Rettighedshaveren kan herefter være i en situation, hvor den beskyttede genstand reelt krænkes ved at plagiatproduktet findes på markedet – men uden mulighed for at nedlægge fogedforbud overfor producenten. I disse situationer må der nedlægges påstand efter markedsføringslovens § 13 eller anlægges et anerkendelsessøgsmål. I praksis vil påstanden om forbud blot nedlægges i forbindelse med erstatningssagen. Retten har i medfør af § 13, stk. 1 nr. 1 mulighed for at pålægge visse handlinger til sikring af forbudets overholdelse. I medfør af nr. 2 er der mulighed for at give dom til tilintetgørelse eller tilbagekaldelse af produkter og om udsendelse af oplysninger eller berigtigelse af angivelser.

I ophavsretslovens § 84 findes tilsvarende regler om inddragelse og tilintetgørelse. Disse er nærmere behandlet nedenfor i afsnit 4 i nærværende kapitel. I en sag om krænkelse af ophavsrettigheder vil bestemmelsen i § 84 typisk blive påberåbt, med mindre forholdet helt åbenbart tillige er kvalificeret under markedsføringslovens bestemmelser og rettighedshaveren kan se en fordel i at anvende markedsføringslovens bestemmelser.

Bestemmelserne i retsplejeloven om nedlæggelse af fogedforbud kan dog også anvendes sideløbende med en sag i medfør af markedsføringslovens § 13. Af tidsmæssige årsager kan det være hensigtsmæssigt at anlægge civil sag samtidig med, at begæring om nedlæggelse af fogedforbud indgives. Særligt i sager der kræver afholdelse af syn og skøn, forinden de kan behandles i realiteten.

Sag i medfør af markedsføringsloven kan anlægges af enhver med den fornødne retlige interesse, men også af Forbrugerombudsmanden, jf. markedsføringslovens § 19, stk. 1. Forbud kan nedlægges overfor *enhver* som medvirker til en overtrædelse af markedsføringslovens regler. Der kan således nedlægges forbud, men også kræves erstatning jf. § 13, stk. 2,[46] af enhver forhandler af produktet, ligesom det vil være muligt at inddrage andre, der medvirker til krænkelsen, f.eks. et reklamebureau, under sagen under forudsætning af tilstedeværelsen af et ansvarsgrundlag.

2.9. Reglernes anvendelighed

Nærværende afsnit indeholder en drøftelse af, om reglerne om nedlæggelse af fogedforbud kan betragtes som hensigtsmæssige i forbindelse med sager om krænkelse af ophavsrettigheder.

46. Handlinger i strid med markedsføringsloven medfører erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler, jf. markedsføringslovens § 13, stk. 2.

Det skal indledningsvist konstateres, at reglerne om nedlæggelse af fogedforbud, på det overordnede plan, fungerer. Reglerne har imidlertid nogle svagheder, som vil blive anført i det følgende.

Det er, som ovenfor nævnt, en betingelse for nedlæggelse af fogedforbud, at rekvirenten løfter sin bevisbyrde for, at handlingen, der søges nedlagt forbud imod, foretages eller vil blive foretaget, jf. retsplejelovens § 642, nr. 2. Ved den praktiske vurdering af en sådan sag vil det ofte være et krav, at handlingen rent faktisk *er* foretaget. Det betyder, at det stort set er umuligt at få nedlagt et fogedforbud, *før* skaden er sket, og fogedforbudet tjener således alene til at forhindre fortsat krænkelse. Det er således i langt de fleste tilfælde ikke muligt for en rettighedshaver at afværge skaden fuldstændigt, idet vedkommende, for det tab der lides indtil fogedforbud nedlægges, er henvist til reglerne om kompensation. Mange forfattere udtaler, at de tilkendte erstatninger i sager om ophavsretlige krænkelser ikke kan anses for tilstrækkelige.[47] Da muligheden for at få nedlagt fogedforbud er betinget af reglen i § 642, stk. 2, og da de erstatninger, som rekvirenten henvises til at søge, ligger i den lave ende, er reglerne på dette punkt ikke videre hensigtsmæssige.

Er krænkelsen sket, og er risiko for gentagelse af en krænkelse ikke til stede, er reglerne om fogedforbud ej heller egnede til at forhindre retskrænkelsen. Beskyttelse af rettighedshaverens interesse består i disse situationer således alene i reglerne om kompensation. Det kan naturligvis diskuteres, hvorvidt dette er hensigtsmæssigt, idet kompensationens størrelse kan være umulig at forudsige for rettighedshaveren. Den eneste forudsigelse, der reelt eksisterer, er, at erstatningen nok ikke ækvivalerer og da slet ikke overstiger det lidte tab.

Det kunne derfor være hensigtsmæssigt om man åbnede mulighed for, at der kunne nedlægges fogedforbud *før* det pågældende produkt blev markedsført. Dette ville kræve, at frembringeren kunne påvise, at der var en vis overvejende sandsynlighed for, at hans frembringelse ville blive krænket. Dette bevis kunne måske være vanskeligt at føre og man kunne overveje at lempe kravene dertil. *Kunne* der nedlægges fogedforbud allerede på det tidlige tidspunkt, ville rettighedshaveren være væsentlig bedre stillet. Som retstilstanden er i dag, er det for så vidt tilstrækkeligt, at krænkeren anfører, at den krænkende handling ikke bliver udført eller ikke vil blive udført.

---

47. Se f.eks. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave p. 223, *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo* p. 461 ff., *Olaf Eskildsen*: Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard p. 363 f. og same: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR2000.116 ff.

Et andet problem er sagsbehandlingens varighed. Berammelsestiden varierer fra fogedret til fogedret. Den ideelle situation er, at sagerne forfølges meget hurtigt, men desværre er det langt fra realiteten. Hos de fleste fogedretter tilrettelægges sagen som en almindelig civil sag. Det betyder, at der gives frist til indlevering af processkrifter m.v. Skal der indhentes sagkyndige erklæringer eller afholdes syn- og skøn kan sagsbehandlingstiden løbe i over 6 måneder. Det er naturligvis ikke befordrende for rekvirentens situation. Endvidere er den helt almindelige berammelsestid ved mange retter utrolig lang og ofte flere måneder, hvilket umuliggør en hurtig reaktion. Dette alene kan betyde store tab for rettighedshaveren.

Sikkerhedsstillelsens størrelse er endnu et problem for mange rettighedshavere. Da sagen for fogedretten ofte antager karakter af almindelig proces, er omkostningerne ved sagens førelse også ofte betydelige. Skal sagen efterfølgende følges op af en justifikationssag, kan det vare 3 til 4 år, før sagen er afsluttet. Dette er en meget lang periode at have ofte betydelige likvide midler bundet i en sikkerhedsstillelse. Da fogedrettens stilling til sagen, bevisførelse til trods, alene har karakter af en foreløbig afgørelse, eksisterer muligheden for, at fogedforbudet ikke stadfæstes som lovligt under justifikationssagen. Dermed risikerer rettighedshaveren at pådrage sig et erstatningsansvar til dækning af modpartens tab for mistet indtægt. Er sagen ikke »klokkeklar«, kan risikoen være for stor.

Fogedforbudet fungerer dog udmærket som sanktion, når producenten af det retsstridige produkt umiddelbart kan identificeres og det kan konstateres, at reglerne i ophavsretsloven overskrides ved ulovlig produktfremstilling.

Kan producenten ikke identificeres, er reglerne om fogedforbud ikke til megen hjælp. Skal den umiddelbare forhandler først inddrages i sagen med henblik på at opnå oplysning om den bagvedliggende producents identitet, kan »løbet være kørt« med henblik på en effektiv hindring af krænkelsen.

Der kan også opstå store problemer for rettighedshaveren, hvis producenten har solgt samtlige produkter til enten en gros led eller til detailsalg. I disse tilfælde skal rettighedshaveren søge forbud nedlagt mod samtlige forhandlere af produktet, medens forbudsinstituttet ikke kan anvendes overfor producenten, der jo ikke (længere) foretager den ulovlige handling. Overfor vedkommende eksisterer alene erstatningsmuligheden.

Ovenfor i afsnit 2.2. er det drøftet, hvorvidt der, med retsplejelovens nuværende formulering, er hjemmel til, under en forbudssag mod producenten, at få produkterne tilbagekaldt fra forhandlerne. Det konkluderes, at der ikke er hjemmel til tilbagekaldelse af allerede solgte varer overfor godtroende erhververe. Er produkterne der imod overgivet forhandleren i kommission, hvilket f.eks. kan være tilfældet for møbler, vil der via ned-

læggelse af fogedforbud direkte overfor producenten, være mulighed for, at produkterne kan tilbagekaldes hos forhandlerne.

I praksis vil forhandlerne måske returnere kopiprodukterne til producenten i tilfælde af, at der indledes en forbudssag, men dette er langt fra sikkert. Forhandlerne kan være usikre på, om rettighedshaveren reelt er i besiddelse af den beskyttede rettighed, vedkommende påberåber sig. I tilfælde af ophævelse af handlen på denne baggrund, er producenten forpligtet til at fralægge sig sin ydelse. Forhandleren kan med rette tvivle på producentens likviditet, såfremt produktet rammes af et fogedforbud, hvorfor vedkommende kan vælge at afvente justifikationssagens udfald.

Retspraksis har, jf. de i afsnit 2.2. nævnte afgørelser, forsøgt at afhjælpe disse problemer ved i medfør af retsplejelovens § 641, stk. 2 at pålægge rekvisitus en handlepligt bestående af en tilbagekaldelsesforpligtelse. Af de i nævnte afsnit anførte grunde giver bestemmelsen imidlertid ikke hjemmel hertil.

Det kan på ovennævnte baggrund konkluderes, at en effektivisering af det rent forbudsretlige spørgsmål, herunder tidspunktet for forbudets nedlæggelse samt en hurtigere sagsbehandlingstid sammenholdt med en kompensationsudmåling ud fra et normativt princip ville betyde en mere effektiv beskyttelse af rettighedshavernes ophavsret.

Reglerne om nedlæggelse af fogedforbud kan kombineres med de nedenfor behandlede bestemmelser om bevissikring, hvilke i nogen grad dæmmer op for problematikken omkring rekvirentens vanskeligheder ved bevisførelse.

3. Retsplejelovens kapitel 57a om bevissikring

3.1. Baggrund

Retsplejelovens kapitel 57a bærer overskriften: »Regler om bevissikring ved immaterielle krænkelser m.v.« Bestemmelserne blev indsat i retsplejeloven i år 2001 efter afgivelse af en betænkning nr. 2000/1385, der omhandler bevissikring ved krænkelse af immaterielle rettigheder.[48]

Regelsættet giver en udvidet mulighed for at sikre sig bevis for, at der reelt er tale om ulovlig fremstilling, salg eller markedsføring af beskyttede produkter. Fremdeles kan omfanget heraf, samt krænkerens fortjeneste, konstateres.

48. Jf. lov nr. 216 af 28.03.2001. Se også forarbejderne til lovforslag L 17 af 4.10.2000, FT 2000-2001, Tillæg A, p. 420 ff. Retsudvalget har endvidere afgivet en betænkning af 1. marts 2001 om lovforslaget, der grunder sig på EU Kommissionens grønbog om bekæmpelse af varemærkeforfalskning og piratkopier i det indre marked, KOM (98)569.

Bestemmelserne blev indført med baggrund i de særegne problemstillinger, der opstod som følge af krænkelse af de teknisk reproducerbare værker, som edb-programmer, musik, film m.v. For disse rettigheders vedkommende er der store bevisproblemer, ligesom der er knyttet store økonomiske interesser til området. Krænkelserne antager to hovedformer: Den ene er ulovlig kopiering og efterfølgende salg af edb-programmer, film og musik eller retsstridig fremførsel af disse værker på internettet. Den anden er ulovlig intern anvendelse af edb-programmer, for eksempel i en virksomhed, der alene erhverver én licens til et givet program. Optagelsen af bevis i sager, der vedrører ulovlig kopiering af edb-programmer m.v., er særdeles vanskelig, blandt andet fordi de retsstridige kopier kan slettes meget hurtigt. Særlige problemer på området er, at det ikke er særligt omkostningstungt at producere ulovlige kopier; det kan gøres meget hurtigt og i særdeles høj kvalitet.[49] På ophavsrettens område er fænomenet kendt både i kommercielt og privat regi. Udbredelsen af internettet er medvirkende årsag til problemets øgede omfang.

Til trods for reglernes afsæt i de mere teknologisk baserede værkstyper finder de selvfølgelig også anvendelse på de øvrige immaterielle rettigheder, og dermed også på området for krænkelse af ophavsrettigheder. Dette følger direkte af § 653, stk. 2, nr. 1, hvori anføres, at reglerne i kapitel 57a finder anvendelse på krænkelse af ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder, jf. ophavsretslovens §§ 2, 3, 65, 66, 67, 70, 71 og 77.

Reglerne i kapitel 57a er også indført, fordi der blev stillet spørgsmålstegn ved, om den danske lovgivning levede op til bestemmelserne i TRIPS-aftalens artikel 41 om generelle forpligtelser og artikel 50 om foreløbige foranstaltninger.[50] I medfør af artikel 41 skal medlemsstaterne stille effektive og hurtige håndhævelsesprocedurer til rådighed, således at immaterialretlige krænkelser kan hindres og forebygges. I henhold til artikel 50 skal de retlige myndigheder være beføjet til at træffe hurtige og effektive foreløbige foranstaltninger for at hindre immaterialretlige krænkelser, og for at bevare relevant bevismateriale i forbindelse med spørgsmålet om bevissikring. Efter artikel 50, stk. 2 skal disse foranstaltninger kunne træffes uden at høre den anden part, hvor dette er hensigtsmæssigt. Det er opfattelsen, at disse bestemmelser nu efterleves ved kapitel 57a i retsplejeloven.

---

49. Multi Medie Foreningen skønner, at ca. 2/3 af samtlige multimedie produkter der anvendes i Danmark, er ulovlige kopier.
50. Det følger af lovforslaget, at IT-branchen samt myndighederne i USA ved gentagne lejligheder har gjort gældende, at Danmark ikke opfylder TRIPS-aftalen på dette punkt. Det var regeringens opfattelse, at de danske regler om isoleret bevisoptagelse, fogedforbud, editionspligt og ransagning var tilstrækkelige til at opfylde bestemmelserne. Med kapitel 57a er diskussionen overflødig.

Nedenfor er endvidere beskrevet en række nærmere regler for, hvornår det kan besluttes, at der skal iværksættes foreløbige foranstaltninger.

3.2. Formål

Hovedformålet med bestemmelserne er at give rettighedshaveren mulighed for at foretage undersøgelser hos rekvisitus for at sikre bevis for immaterielle krænkelser med fogedrettens bistand. Rekvirenten får således en forbedret mulighed for at føre det fornødne bevis for krænkelsens eksistens og omfang. Dette bevis kunne, uden disse bestemmelser, være vanskeligt at føre, blot på baggrund af de oplysninger rekvirenten ellers kan fremskaffe, såfremt der foretages isoleret bevisoptagelse eller begæres ransagning. Rekvisiti regnskabsmateriale, ordresedler og korrespondance indeholder oplysninger, der er nødvendige, hvis der skal føres fuldstændigt bevis for krænkelsens karakter, men også oplysninger, der kan underbygge rettighedshaverens erstatningsopgørelse. Foreligger en situation, der vedrører krænkelse af materiale, der er lagret digitalt, er det nødvendigt med undersøgelse af de computere, hvorpå materialet er installeret. Da bevismateriale, særligt bevismateriale der er lagret digitalt, meget let kan tilintetgøres, er der givet mulighed for, at der kan foretages uanmeldte tvangsmæssige undersøgelser hos rekvisitus.

3.3. Bevissikring

Hovedreglen i kapitlet findes i § 653, stk. 1.[51] En rettighedshaver kan begære foretaget en undersøgelse med henblik på at sikre bevis for en krænkelse, såfremt det sandsynliggøres, at rekvisitus som led i erhvervsvirksomhed eller i betydeligt omfang har begået en krænkelse.[52]

Bevissikring kan ske efter *anmodning* fra rettighedshaveren eller en anden, der er beføjet til at påtale en krænkelse af en immaterialret, jf. § 652 stk. 1, 1. led. En anden end rettighedshaveren kan være en licenstager eller en rettighedshaverorganisation. Denne organisation kan være påtalebeføjet efter aftale, vedtægter eller lov.

For at en anmodning i henhold til stk. 1 kan imødekommes skal to betingelser være opfyldt. Rekvirenten skal *sandsynliggøre*, at rekvisitus som led i erhvervsvirksomhed eller i betydeligt omfang har begået en krænkelse,

51. Generelt om reglerne se *Helle Larsen*: Praktisk fogedret p. 297 ff.
52. Til grund for dette afsnits konklusioner ligger primært lovforslag til lov om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v. FT 2000-2001, Tillæg A, p. 420 ff. samt Retsudvalgets betænkning 2000/1 BTL 17, afgivet den 1. marts 2001.

jf. stk. 1, nr. 1, *og* der skal være grund til at antage, at bevis for krænkelsen og omfanget heraf kan findes i de lokaler, der begæres undersøgt, jf. stk. 1, nr. 2. Enhver krænkelse er omfattet af bestemmelsen.

Kravet om sandsynliggørelse svarer ganske nøje til beviskravet ved nedlæggelse af fogedforbud, jf. bemærkningerne til lovforslagets § 1.[53] Det betyder, at såvel de faktiske som de retlige forhold skal sandsynliggøres. Rekvirenten skal påvise, at rekvisitus foretager de handlinger, som rekvirenten påberåber sig, men også, at der med disse handlinger foretages en overtrædelse af rekvirentens immaterielle rettigheder. Der stilles ikke krav om, at rekvirenten skal bevise, at rekvisiti handlinger kan medføre strafansvar eller erstatningsansvar. Det betyder i praksis, at kan rekvirenten fremlægge et prøvekøb af rekvisiti produkt eller en annoncering med en produktefterligning, vil begæringen blive efterkommet. Det forekommer hensigtsmæssigt, at beviskravene er ens ved begæring om bevissikring og ved begæring om nedlæggelse af fogedforbud. Begge foranstaltninger er af ganske indgribende karakter, og i praksis kan begæringerne indgives samtidigt. Bevissikringsundersøgelsen vil da tjene to formål: Dels at understøtte begæringen om nedlæggelse af fogedforbud og dels at tjene som grundlag for den erstatningsopgørelse, der skal udfærdiges af rekvirenten under justifikationssagen, hvis rekvirenten nedlægger påstand om erstatning. Foreligger der tvivl om rekvirentens ret til at gøre eneretten gældende, fordi der kan foreligge konsumption, bør der ikke gives adgang til bevissikring.

Krænkelsen skal være sket som led i erhvervsvirksomhed eller, såfremt rekvisitus ikke har foretaget krænkelsen som led i sit erhverv, i et ikke ubetydeligt omfang. Betingelsen vil være opfyldt såfremt krænkelserne er sket som led i egentlig erhvervsvirksomhed, dvs. har et kommercielt indhold. Betingelsen anses, jf. bemærkningerne til lovforslaget, også for opfyldt, såfremt overtrædelsen er begået af offentlige myndigheder. Dette sidestilles med udøvelse af erhvervsvirksomhed. Er der derimod tale om krænkelser begået i privat regi, stilles der krav om, at rekvirenten sandsynliggør, at krænkelsen er sket i ikke ubetydeligt omfang. Bestemmelsen anvendes hyppigt overfor private, der udveksler store mængder af piratkopierede edb-programmer eller musik cd'er.

Det præciseres i § 653, stk. 1, nr. 2 at en undersøgelse kun kan gennemføres på steder, hvor rekvirenten har påvist, at fogedretten antageligt vil kunne finde bevis for krænkelsen. Driver rekvisitus erhvervsvirksomhed, er virksomhedens lokaler relevante og et naturligt mål for undersøgelsen. Skal rekvisiti private bolig undersøges, skal der foreligge konkret begrun-

53. Jf. ovenfor afsnit 2.3.

det mistanke om, at beviser kan findes der. Fogedretten skal varetage to modstridende hensyn. Hensynet til rettighedshaveren, idet denne vanskeligt fra »sin banehalvdel« kan forudsige, hvor beviserne findes og hensynet til rekvisitus grundet undersøgelsens indgribende karakter samt sagens foreløbige natur. Der hersker imidlertid, jf. lovbemærkningerne, ingen tvivl om, at der *er* adgang til at foretage undersøgelse i private hjem.

§ 653, stk. 2 angiver lovens anvendelsesområde. Undersøgelser med henblik på at konstatere en krænkelse af enhver immaterialretlig beskyttet rettighed samt krænkelser i form af ulovlige produktefterligninger ved overtrædelse af markedsføringslovens § 1 er omfattet. I § 653, stk. 2, nr. 1 henvises til ophavsretslovens § 77, hvilket indebærer, at reglerne også gælder for import til Danmark af eksemplarer fremstillet i udlandet under sådanne omstændigheder, at en tilsvarende fremstilling ville være i strid med loven, hvis den var sket i Danmark.

Undersøgelsen kan omfatte alt materiale, som må antages at være af betydning for dels at konstatere, om en given krænkelse har fundet sted og dels, hvilket omfang krænkelsen har.

> Bestemmelsen eksemplificerer de typiske genstande, der kan tjene som bevismateriale, hvilke er genstande bestemt for salg, maskiner og andet produktionsudstyr, bogføringsmateriale, fakturaer, ordresedler, reklamemateriale og andre dokumenter, oplysninger på edb-anlæg, edb-programmer og elektroniske lagringsmidler.

Det er fogedretten, og ikke rekvirenten, der har kompetence til at udvælge materiale til brug for bevissikring. Alene relevant materiale i forhold til en konkret mistanke kan anvendes. Det er dog ikke udelukket at undersøge andet materiale, såfremt det måtte vise sig, at rekvisitus forbereder en yderligere krænkelse af rekvirenten. Bestemmelsen er dog indskrænket ved § 653, stk. 5, hvorefter materiale ikke kan bevissikres, hvis det indeholder oplysninger om forhold som rekvisitus ville være udelukket eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne i medfør af retsplejelovens §§ 169, 170 eller 172.

Proportionalitetsgrundsætningen for bevissikringsundersøgelser er fæstet i § 653, stk. 4. Et eksempel på en væsentlig skade kan være risiko for afsløring af forretningshemmeligheder.

Vil undersøgelsen påføre rekvisitus skade eller ulempe, som står i misforhold til rekvirentens interesse i undersøgelsen, kan fogedretten afslå begæringen. Ved begæring om nedlæggelse af fogedforbud skal misforholdet være *åbenbart*. Dette krav stilles ikke i medfør af § 653, stk. 4.

Der kan principielt indgives begæring til flere fogedretter på samme tid, såfremt rekvisitus har lokaler i flere retskredse. Begæringen *skal* være

skriftlig og indeholde de oplysninger, rekvirenten påberåber sig.[54] I § 653a, stk. 2 gives mulighed for, at *undlade* forudgående underretning af rekvisitus.[55] Dette kan undlades, hvis der er risiko for, at rekvisitus vil fjerne, ændre eller tilintetgøre de oplysninger, rekvirenten eftersøger. Bestemmelsen, om undersøgelse uden forudgående underretning af rekvisitus, er speciel relevant for så vidt angår de værksarter, der baseres på den moderne teknologi. Det påhviler rekvirenten at sandsynliggøre, at betingelserne for gennemførelse af en undersøgelse uden forudgående underretning er til stede. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget kræves der ikke en omfattende bevisførelse med det formål at føre fuldstændig bevis, men alene en sandsynliggørelse af, at krænkelserne finder sted.

Det er desuden vigtigt at tage de nødvendige hensyn til rekvisitus i betragtning. Ved foretagelse af en undersøgelse i medfør af reglerne i kapitel 57a foreligger en forøget risiko for afsløring af rekvisiti erhvervshemmeligheder. Fogedretten må derfor vurdere kravene til rekvirentens bevisbyrde i disse situationer.[56] Endvidere har fogedretten i særlige tilfælde mulighed for at beslutte, at rekvirenten ikke kan være til stede, medens undersøgelsen foretages. Argumentet herfor vil typisk være, at erhvervshemmeligheder uundgåeligt vil blive afsløret ved bevissikringsundersøgelsen.

Hvad enten undersøgelsen foretages med eller uden forudgående underretning af rekvisitus, har denne ret til kontradiktion, forinden fogedretten træffer afgørelse om, hvorvidt undersøgelse skal foretages, jf. § 653a, stk. 3. Det følger fremdeles af § 653d, at fogedretten har pligt til at vejlede

54. Bestemmelsen om formkrav i § 653a, stk. 1, er identisk med § 488, stk. 1, der vedrører anmodning om tvangsfuldbyrdelse af andre krav end pengekrav. Eneste undtagelser hertil er at, i sager efter § 653a er skriftlighedskravet obligatorisk.

55. Sagen kan fremmes selvom rekvisitus udebliver, jf. § 653a, stk. 4, 1. pkt.

56. I medfør af § 653, stk. 3, sidste punktum kan der ikke foretages undersøgelse med henblik på at konstatere om produktionsprocesser eller maskiner eller andet udstyr krænker patenter, brugsmodeller eller rettigheder til halvlederprodukters udformning. Under sagens behandling i udvalget, der afgav betænkning 1385/2000, gjorde mindretallet det synspunkt gældende, at hensynene til retssikkerheden umuliggjorde vedtagelse af reglerne. Dette begrundes med, at den adgang reglerne giver, til undersøgelse af erhvervslokaler og private hjem for gennemgang, fjernelse og kopiering af materiale, rummer væsentlige retssikkerhedsmæssige problemer. Endvidere er der efter mindretallets opfattelse alvorlige integritetskrænkelser forbundet med indgreb af den nævnte karakter. Det er mindretallets opfattelse, at tvangsindgreb alene skal rummes af straffeprocessen, dvs. ske på foranledning af politi og anklagemyndighed og dermed på grundlag af et objektivitetsprincip. Desuden finder mindretallet ikke, at sager om krænkelse af immaterielle rettigheder adskiller sig så væsentligt fra andre erstatningsretlige sager, at det kan begrunde særskilte regler om tvangsmidler for at skaffe bevis for disse krænkelser.

rekvisitus om hans retsstilling, jf. § 500. Fogedretten har mulighed for at beskikke en advokat for rekvisitus.[57]

Rekvirenten skal, som hovedregel, stille sikkerhed for den skade eller ulempe, som rekvisitus bliver påført. Reglen svarer ganske nøje til reglen i § 644, stk. 1 og 2 vedrørende nedlæggelse af fogedforbud.[58]

§ 653b omhandler undersøgelsens gennemførelse. I medfør af bestemmelsens stk. 1 kan fogedretten *beslaglægge* genstande eller dokumenter. Dette kan ske ved, at fogedretten fysisk medtager genstandene, ved kopiering, fotografier eller filmoptagelser. Kopiering kan både ske af papirdokumenter, men også af oplysninger på edb-anlæg, herunder programmer. Der bør ikke foretages beslaglæggelse af genstande, hvis dette vil hindre *lovlig* erhvervsudøvelse. Originalt materiale bør snarest kopieres og returneres til rekvisitus.

§ 653b, stk. 2 rummer en regel om sagkyndig bistand. Det er fogedretten, der fastlægger, med hvilke opgaver den sagkyndige skal bistå. Typiske områder, hvor der er behov for sagkyndig bistand, er undersøgelse af edb-anlæg samt undersøgelse af bogføringsmateriale. Selvom rekvirenten evner at forestå undersøgelsen, bør han ikke have adgang dertil grundet den ovenfor anførte risiko for afsløring af erhvervshemmeligheder. Den sagkyndige skal udfærdige en beskrivelse af undersøgelsen og dens resultater, jf. stk. 4, 4. pkt. For at lette undersøgelsen bør den sagkyndig på forhånd have lejlighed til at stifte bekendtskab med sagen, herunder have kendskab til »originalproduktet«.

Fristen for anlæggelse af krænkelsessag er 4 uger efter undersøgelsens afslutning. Overholdes fristen ikke, skal alt materiale stilles til rekvisiti rådighed, jf. § 653c, stk. 1. Materialet kan herefter *ikke* anvendes som bevismiddel under en evt. kommende krænkelsessag. Fristen er absolut og håndhæves af domstolene.[59] Men da rekvirenten er bekendt med materialets eksistens, vil dette kunne begæres fremlagt under påberåbelse af de almindelige regler om edition, men alene under en justifikationssag, ikke under en sag om nedlæggelse af fogedforbud.

Et interessant spørgsmål i sammenhængen er, om beslaglagt materiale under en bevissikringssag kan finde anvendelse mod en anden krænker

57. Se U2002.1065V, der omhandlede en fogedforretning hos en 14-årig.
58. Se ovenfor afsnit 2.3.
59. Dette ses f.eks. i en afgørelse fra Københavns Byret af 7. april 2003, sag nr. BS 2E-6585/2002, hvoraf fremgår: »Under domsforhandlingen bestemte retten under henvisning til retsplejelovens § 653c, stk. 1, at en række bilag, der hidrørte fra en af sagsøgerne overfor sagsøgte iværksat bevissikringssag, som ikke var fulgt op af en justifikationssag, ikke kunne indgå i sagen«.

end bevissikringen er rettet imod – herunder om materialet kan anvendes uden for tidsfristen i § 653c, stk. 1.

Problemstillingen var fremme under en afgørelse for Vestre Landsret, nr. B-2432-02. Sagen drejede sig om kopiering af musiknumre, film og computerspil. Der havde fundet en bevissikringsforretning sted, som sagsøger under nærværende sag ikke var part i, og bevismaterialet blev anvendt til anlæg af en erstatningssag, idet sagsøgte var deltager i en klub, der udvekslede de ovenfor nævnte værker. Byretten lagde materialet til grund for sin vurdering af sagen. Landsretten frifandt imidlertid sagsøgte, idet det ikke blev anset for bevist, at han havde det pågældende materiale liggende på sin computer. Landsretten tog derfor ikke stilling til spørgsmålet.

Det følger af forarbejderne til retsplejelovens regler,[60] at årsagen til, at der skal angives en frist for sagsanlæg er for at modvirke efterfølgende passivitet fra rekvirentens side, og den deraf følgende usikkerhed for rekvisitus. Det fremgår imidlertid ikke af bestemmelsens forarbejder, hvorvidt det fundne bevismateriale kan anvendes overfor andre krænkere og om en sådan anvendelse er betinget af, at fristen i § 653c, stk. 1 overholdes. Der er ingen tvivl om, at bevissikringsreglerne i kapitel 57 a er affattet med udgangspunkt i forholdet mellem den umiddelbare krænker og rettighedshaveren. Situationen, hvor der fremkommer bevismateriale, der omhandler andres retsstridige adfærd, er ikke taget i betragtning. I praksis kan denne situation dog forekomme ganske hyppigt i forbindelse med bevissikring som følge af ulovlig fildeling, jf. den ovenfor beskrevne dom. Den rettighedshaver, der har begæret bevissikring vil således kunne komme i besiddelse af bevismateriale, hvoraf fremgår at andre også krænker hans rettigheder. Bevismaterialet er således sammenfaldende.

Såfremt rekvirenten ikke overholder fristen i § 653c, stk. 1 skal materialet leveres tilbage til krænkeren. Rettighedshaveren har mulighed for at anvende sin viden omkring forholdene, men må skaffe dokumentationen ad anden vej.

I straffeprocessen i forbindelse med ransagninger reguleres forholdet af retsplejelovens § 800. Herefter kan bevismateriale mod andre end den mistænkte, hvor retsforholdet er af en sådan beskaffenhed, at der kan ske ransagning, anvendes som bevis i retten, jf. § 800 modsætningsvist. Dette følger også af afgørelsen TfK2002.25. Forskellen på ransagningsbestemmelsen og bevissikringsbestemmelserne er, at ransagning foretages af politiet, som har generel påtalekompetence. Der er ikke heller knyttet nogen tidsfrist for tiltalerejsning/sagsanlæg til ransagningen.

60. Jf. FT 2000-2001, Tillæg A, p. 420 ff.

Det følger af bemærkningerne til lovforslaget om bevissikring i FT 2000-2001, p. 447 og betænkning 1385/2000 p. 69, at hvis det kommer frem, at rekvisitus har krænket andre af rekvirentens rettigheder end dem der var angivet i begæringen, kan bevissikring også ske herfor. Opdages, at *andre rettighedshaveres* værker er krænket, kan bevissikring *ikke* ske for disse krænkelser. Underretning til den pågældende om bevisernes tilstedeværelse kan ske. I modsat fald er risikoen for bortskaffelse stor. Der er ingen tidsfrist inden for hvilken en sag, hvor der er sket underretning til en anden rettighedshaver, skal anlægges.

Det er således ikke klart, om fundet bevismateriale mod *andre krænkere* kan benyttes, og om tidsfristen i § 653c, stk. 1 skal overholdes. Den endelige afgørelse heraf henhører under domstolene. Det må dog anses for sandsynligt, at bevismaterialet kan anvendes. Dette grundes særligt på, at der kan ske underretning til *andre rettighedshavere* om krænkelser, ligesom de straffeprocessuelle regler giver mulighed for anvendelse af bevismateriale mod andre, når dette er fundet ved ransagning. Tidsfristen tjener primært som en beskyttelse af den pågældende rekvisitus. Dette fordi han ikke skal hensættes i usikkerhed om, hvorvidt en retssag vil blive anlagt. I andre tilfælde af ophavsretlige krænkelser, er der jo ingen tidsfrist for indledning af retssag og krænkeren er ikke i alle tilfælde bekendt med, at rettighedshaveren er i besiddelse af beviser for krænkelsen. Derfor er tidsfristen i § 653c, stk. 1 med stor sandsynlighed alene gældende overfor rekvisitus.

Rettighedshaveren må med baggrund i det ovenstående formentlig have adgang til at anvende det bevissikrede materiale i en sag mod andre krænkere, og er ikke bundet af tidsfristen i § 653c, stk. 1.

Rekvisitus har dog mulighed for at frafalde forfølgning. Rekvisitus vil typisk frafalde forfølgning, hvis den skete krænkelse anerkendes. Dette frafald betyder ikke, at rekvirenten er afskåret fra at anlægge retssag, men blot, at han nu er uafhængig af fristen.[61] Et sagsanlæg kan blive nødvendigt, hvis der nedlægges påstand om erstatning, og parterne ikke kan opnå forlig om størrelsen heraf. Endvidere vil rekvisitus i praksis ofte acceptere, at rettighedshaveren destruerer eller sletter det retsstridige materiale eller de retsstridige produkter.

I lighed med reglerne om fogedforbud hjemler § 653c torterstatning samt erstatning for andet tab, såfremt det viser sig, at den af rekvirenten påberåbte ret ikke består.[62] Et sådant erstatningskrav kan pådømmes under justifikationssagen, eller under en sag anlagt af rekvisitus inden 3 måneder efter rekvirentens frist for sagsanlæg er forpasset.

61. Denne regel svarer til, hvad der gælder for arrest og fogedforbud, jf. retsplejelovens § 634, stk. 1, og 648, stk. 1.
62. Se ovenfor kapitel 4, afsnit 12.2.

3.4. Svensk ret

I Sverige gennemførtes i 1999 en omfattende lovgivning om bevissikring ved immaterielle krænkelser. Man har, i modsætning til i Danmark, valgt at inkorporere bestemmelserne i de enkelte immaterialretslove.[63] Reglerne er stort set enslydende i samtlige love og benævnes »intrångsundersökning«.

I medfør af den svenske ophavsretslovs § 56 a kan domstolen beslutte, at der skal foretages en bevissikringsundersøgelse hos en formodet krænker, hvis det med rimelighed kan antages, at der foreligger en krænkelse. Undersøgelsen kan rettes mod »föremål eller handlinger«. Er indholdet af det materiale, der ønskes undersøgt, undergivet bestemmelserne om vidnefritagelse eller vidneforbud, er materialet ikke omfattet af bestemmelsen, jf. § 56 f, stk. 2. Beslutningen om undersøgelse træffes af den domstol, hvor sagen skal anlægges, jf. § 56b. Domstolen tager kun stilling til bevissikring efter begæring af ophavsmanden eller den, der har rettigheden i besiddelse. Det er et udgangspunkt, at krænkeren skal høres, inden der træffes beslutning om bevissikring, men dette kan undlades, hvis der er risiko for unddragelse af bevismateriale. I medfør af § 56 c skal der som alt overvejende hovedregel stilles sikkerhed for den skade, modparten kan blive påført ved bevissikringsundersøgelsen.

Gennemførelsen af selve undersøgelsen foretages af »kronofogdemyndigheden«, medens det er domstolen, der træffer afgørelsen om, hvorvidt undersøgelsen skal ske. Kronofogedmyndigheden har, i modsætning til efter dansk ret, ikke hjemmel til beslaglæggelse af dokumenter eller genstande. Bevissikringen består *alene* af fotografering og kopiering. Den formodede krænker har ret til at tilkalde juridisk bistand ved gennemførelsen af bevissikringsundersøgelsen, jf. § 56 g. Undersøgelsen skal afvente dette med mindre formålet forspildes. I medfør af § 56 h skal det materiale, der fremkommer ved undersøgelsen, efterfølgende stilles til parternes rådighed uden begrænsning.

63. I Finland er der udformet en speciallov på området, lov om bevissikring i immaterialretlige sager. Loven trådte i kraft 1.5.2000. I Norge er retten til bevissikring, i lighed med i Danmark, at finde i retsplejeloven, men der findes ingen særlige regler, der alene vedrører bevissikring i immaterielle sager. I Tyskland svarer retstilstanden til den danske, jf. reglerne i BGB § 809. I England hersker den såkaldte Anton Piller Order, omtalt kapitel 2, note 44.

4. Isoleret bevisoptagelse

I sager om ophavsretlige krænkelser er reglerne om isoleret bevisoptagelse mindre betydningsfulde end reglerne i kapitel 57a. Regelsættet er imidlertid stadig anvendeligt. Reglerne om isoleret bevisførelse findes i retsplejelovens § 343.[64] Der er tale om mindre indgribende foranstaltninger end foranstaltningerne efter kapitel 57a, da bestemmelserne om isoleret bevisoptagelse omhandler undersøgelser på mere objektivt grundlag.

I praksis kan reglerne tænkes anvendt med henblik på udmeldelse af syn og skøn.[65] Dette sker dels for at sikre bevis for en pågående krænkelse, men nok så meget med henblik på at konstatere, om der er grundlag for udtagelse af stævning. I ophavsretlig sammenhæng kan reglerne om udmeldelse af syn og skøn uden samtidig anlæggelse af retssag, tænkes anvendt med henblik på at afsøge, om der foreligger en retsstridig produktefterligning. Anvendelse af retsplejelovens bestemmelser herom er ofte mindre omkostningstunge, end hvis der udtages stævning. Derfor kan reglerne hensigtsmæssigt anvendes i tvivlsspørgsmål. Det skal dog bemærkes, at rekvirenten hæfter for udgifterne ved bevisoptagelsen, ligesom retten har mulighed for at pålægge rekvirenten at betale omkostninger til modparten, jr. § 343, stk. 2 og 3. Begæring om isoleret bevisoptagelse ses dog ikke umiddelbart anvendt, men muligheden foreligger og kan overvejes i de beskrevne tilfælde.

Er der tale om syn og skøn, skal parterne have adgang til at udtale sig om valget af syns- og skønsmand, men den endelige afgørelse om udmeldelse træffes af retten.[66]

---

64. I retsplejelovens § 340 findes en regel beslægtet med denne bestemmelse. § 340 omhandler *fremrykket* bevisførelsen, dvs. bevisførelse der findes sted *før* domsforhandlingen, men altså *efter* der er anlagt retssag. Bestemmelsen kan anvendes i særlige tilfælde, hvor der er fare for at bevis går tabt f.eks. ved letfordærvelige varer eller ved afhøring af fjerntboende vidner. I princippet kan enhver bevisførelse fremrykkes, når sag er anlagt.
65. Rekvirenten har pligt til at underrette modparten om indlevering af begæringen med en uges varsel, jf. § 340, stk. 2, 1. pkt., jf. § 343, stk. 4. I medfør af § 340, stk. 2, 2. pkt., jf. § 343, stk. 4 kan retten i påtrængende tilfælde gøre undtagelse herfra. I så fald kan retten i stedet beskikke en advokat til at varetage rekvisiti interesser. Der findes ikke praksis om bestemmelsen, som må antages at have et meget snævert anvendelsesområde. Man kan forestille sig, at den kan bringes i anvendelse, hvis der foreligger tungtvejende beviser for, at beviser søges fjernet. Bestemmelsens anvendelsesområde ved sager om immaterialretlige krænkelser må anses for udtømt ved de nye regler i kapitel 57a, der netop åbner en større mulighed for undladelse af underretning af rekvisiti.
66. Indgives der i medfør af § 343 begæring om syn og skøn, må det anses for yderst tvivlsomt, hvorvidt bestemmelsen i § 340 stk. 2, 2. pkt. om undladelse af underretning til rekvisitus kan finde anvendelse. Dette er nok ikke tilfældet.

Det er vigtigt at bemærke, at reglerne om isoleret bevisoptagelse ikke giver mulighed for undersøgelse af lokaler og dokumenter mod ejerens protest.

5. Edition

Retten kan, i medfør af retsplejelovens § 298, efter begæring af en part, pålægge den anden part editionspligt. Dette indebærer pligt til at fremlægge dokumenter, han er i besiddelse af, og som modparten ønsker at påberåbe sig. Opfyldes editionspligten ikke, kan dette tillægges processuel skadevirkning, jf. § 344, stk. 2.

Retten kan også pålægge 3. mand editionspligt, såfremt de begærede dokumenter har betydning for sagen. Såfremt 3. mand ikke opfylder editionspligten, kan retten anvende sanktionerne i retsplejelovens § 178, jf. § 299, stk. 2.

Det er vigtigt at bemærke, at editionspålæg alene kan gives, når der *er* anlagt sag vedrørende realiteten, jf. ovenfor afsnit 2.1.

Begæring om pålæg af editionspligt for modparten bringes i anvendelse i tilfælde, hvor rettighedshaveren mangler oplysninger. Pålægget anvendes primært til formå krænkeren til at fremkomme med oplysninger, der skal danne grundlag for rettighedshaverens erstatningsopgørelse. Pålægget kan imidlertid også anvendes til identifikation af krænkerens forhandlernet m.v. Det er tvivlsomt, hvorvidt editionspålæg kan gives til identifikation af andre krænkere, f.eks. i tilfælde af fildeling m.v. Dette er sandsynligvis ikke tilfældet. Editionspålægget tjener til oplysning af den verserende sag. Heraf følger naturligt, at editionspålæg overfor 3. mand til oplysning af *andre* krænkere ikke kan pålægges. Rettighedshaverne kan i disse situationer stilles meget vanskeligt, idet man kan være bekendt med at fildeling foregår, men det kan være vanskeligt at skaffe identiteten på de forskellige krænkere. Begæring om edition overfor internetudbyderen kan ikke ske under en fogedsag, jf. den utrykte Østre Landsretsafgørelse af 29. april 2004, nr. B-1677-03, som er refereret ovenfor i afsnit 2.1.

I mange tilfælde fremlægges de ønskede oplysninger ikke, idet editionspålægget siddes overhørigt. Oplysningerne kan også fremkomme i en sådan form, at de reelt er uanvendelige for rettighedshaveren. Et editionspålæg kan ikke gennemtvinges, og opstår en sådan situation er retsvirkningen processuel skadevirkning, jf. § 344, stk. 2. Rettighedshaveren har mulighed for at begære bevissikring, også selvom der verserer sag vedrørende realiteten. Bevissikringsinstituttet ses dog ikke anvendt i forbindelse med verserende sager. Her anvendes editionsbegæringer i højere grad. Situati-

onen håndteres dog ofte således i praksis, at rettighedshaveren fremsætter en provokation indeholdende de oplysninger, han ønsker. Opfyldes disse ikke, begæres forholdet tillagt processuel skadevirkning. Der opstår imidlertid usikkerhed om, hvilken skadevirkning, der skal anvendes, såfremt editionspålægget eller provokationen ikke opfyldes.

Skadevirkningen burde være den, at rettighedshaverens erstatningsopgørelse lægges til grund, men det ses ikke at være tilfældet, da retten jo er bekendt med, at kravet ikke er opgjort på et realistisk eller dokumenteret grundlag. Resultatet bliver således, at erstatningen bliver udmålt på et skønsmæssigt grundlag. Det fremgår yderst sjældent fremgår af præmisserne, at manglende tilvejebringelse af oplysninger er tillagt processuel skadevirkning, og ikke, hvorledes forholdet har påvirket udmålingen. Det kan således ikke udelukkes, at det i nogle tilfælde kan således »betale sig« at sidde et editionspålæg overhørigt.

Rettighedshaverne bør være meget opmærksomme på muligheden for at begære bevissikring og bør begære modparten pålagt edition*spligt*, såfremt de stillede provokationer ikke opfyldes. Rettighedshaverne bør endvidere specificere, hvorledes man mener den manglende bevisfremlæggelse bør påvirke erstatningsopgørelsen i stedet for blot at begære forholdet tillagt processuel skadevirkning. Dermed bør rettighedshaverne kunne fremtvinge en stillingtagen til disse vigtige spørgsmål.

6. Ransagning

Det er muligt at begære ransagning i medfør af straffeprocessens regler herom i retsplejelovens kapitel 73. Bestemmelsen kan alene anvendes i tilfælde af grove ophavsretlige krænkelser, der er undergivet offentlig påtale, jf. ophavsretslovens § 82, stk. 1, jf. § 76, stk. 2. Dette følger af retsplejelovens § 794, stk. 1. Betingelsen for at foretage ransagning er, at vedkommende er mistænkt for en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, og at ransagningen må antages at være af væsentlig betydning for efterforskningen. Det er endvidere et krav, at ransagningen angår en lovovertrædelse, der kan medføre frihedsstraf, eller at der er bestemte grunde til at antage, at bevis i sagen kan findes ved ransagningen, jf. § 794, stk. 2.[67]

Ransagning er et straffeprocessuelt tvangsindgreb. Reglerne herom findes i retsplejelovens §§ 793-800. Som det fremgår nedenfor i afsnit 7, er

67. Ransagning anvendes således i de sager om ophavsretlige krænkelser, der føres i offentligt strafferetligt regi. Den civile erstatningssag føres ofte særskilt efterfølgende.

krænkelser af ophavsrettigheder som udgangspunkt underlagt privat påtale jf. ophavsretslovens § 81, stk. 1. Anmeldes en overtrædelse omfattet af ophavsretslovens § 76, stk. 2 eller § 77, stk. 2 anses dette som en begæring om offentlig påtale.[68] Ransagning kan således alene ske, når der foreligger særlig grove overtrædelser af ophavsretslovgivningen. I dette afsnit gennemgås alene de bestemmelser i retsplejeloven, der kan tænkes at have betydning ved ransagning i forbindelse med ophavsretlige krænkelser.

Ransagning kan, jf. § 793, stk. 1, foretages af boliger og andre husrum, dokumenter, papirer og lignende samt af indholdet af aflåste genstande samt andre genstande og lokaliteter uden for husrum. Udtrykkene »dokumenter, papirer og lignende« dækker også elektroniske medier.[69] Ransagning kan således foretages i bredeste forstand af *alt* mistænktes materiale og alle husrum, hvor den mistænkte opererer. Ved ransagning kan således afsløres piratkopierede produkter, uanset at de alene foreligger i elektronisk form.

Afsigelse af kendelse eller beslutning om ransagning sker uden forudgående underretning af den, som kendelsen eller beslutningen retter sig imod, jf. § 748, stk. 1, 2. pkt. I modsat fald ville formålet næsten pr. automatik forspildes. Træffes den person, hvis husrum eller materiale skal ransages, på stedet for ransagningens udførelse, skal vedkommende orienteres om grundlaget herfor, jf. § 798, stk. 2.

Får politiet ved en ransagning oplysning om en anden lovovertrædelse, der ikke har dannet grundlag for det pågående indgreb, kan oplysningen anvendes som bevis i forbindelse med efterforskningen af denne overtrædelse, men ikke som bevis i retten vedrørende den anden overtrædelse, hvis lovovertrædelsen i sig selv ikke kunne begrunde ransagning, jf. retsplejelovens § 800.

7. Inddragelse m.v.

I ophavsretslovens § 84, stk. 1 findes en regel om inddragelse af ulovligt fremstillede produkter.[70] I medfør af bestemmelsen kan det ved *dom* bestemmes, at eksemplarerne skal tilintetgøres, inddrages *eller* overdrages. Det er således væsentligt at bemærke, at dette ikke er en foreløbig foranstaltning, men en foranstaltning der kan træffes, *efter* der er afsagt dom vedrørende realiteten. Det særlige ved ophavsretslovens regler om inddragelse er, at det er muligt ved dom at bestemme, at eksemplarerne skal

68. Om disse bestemmelser se nedenfor afsnit 7.
69. Jf. FT 1996-9, tillæg A, p. 2488 f.
70. Jf. *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 620.

inddrages *til fordel for rettighedshaveren* eller overdrages til ham mod vederlag. Vederlaget må ikke overstige fremstillingsomkostningerne.

Det er rettens skøn, om der skal ske *inddragelse* eller *overdragelse* til den forurettede. Dette skøn udøves inden for de påstande, der nedlægges. Sker der inddragelse, overlades produktefterligningerne sædvanligvis vederlagsfrit til den forurettede. Skal der ske overdragelse, skal rettighedshaveren erlægge et vederlag, der ikke overstiger fremstillingsomkostningerne. Måske kan der tænkes tilfælde, hvor produkterne kan repræsentere en vis værdi for rettighedshaveren, og retten dermed kunne afsige dom om overdragelse.

Retten kan i medfør af § 84, stk. 2 bestemme, at de retsstridige eksemplarer skal tilintetgøres eller gøres uanvendelige til ulovlig brug. Såfremt det ulovligt fremstillede produkt repræsenterer en *kunstnerisk eller økonomisk værdi*, kan retten beslutte, at de fremstillede eksemplarer skal gøres tilgængelige for almenheden mod erstatning og godtgørelse til den forurettede. Bestemmelsen om erstatning og godtgørelse er ikke set anvendt i retspraksis og må alene kunne anvendes i særlige undtagelsestilfælde. Bestemmelsen skal i øvrigt ophæves ved implementering af retshåndhævelsesdirektivet.

I sager om piratkopiering, tilgængeliggørelse og/eller distribution af musik, film og dvd programmer nedlægges som udgangspunkt påstand om, at de retsstridige kopier, der er installeret på krænkerens computer eller andre lagringsmedier, slettes. Hjemmel hertil er ophavsretslovens § 84, stk. 2.[71] Sletning af filerne kan også aftales i forbindelse med en bevissikringsundersøgelse.

Krænkeren skal have handlet culpøst, såfremt der skal pålægges sanktioner i medfør af §§ 76, 77 og 83. Denne betingelse skal *ikke* være opfyldt for anvendelse af sanktionerne i § 84, der således kan finde anvendelse ved hændelige skader. Den praktiske betydning af dette er nok beskeden.

Det er heller ikke en betingelse for anvendelse af bestemmelsen, at den skete retskrænkelse er foretaget i erhvervsmæssigt øjemed. Dog findes i stk. 4 en bestemmelse om, at retsfølgerne i stk. 1 til 3 ikke kan bringes i anvendelse overfor en person, som i god tro har erhvervet eksemplaret til privat brug.[72] Den gode tro skal foreligge på erhvervelsestidspunktet. Efterfølgende ond tro har ingen betydning. Det antages, at inddragelse kan

71. Jr. f.eks. en utrykt Vestre Landsrets dom af 25. juni, nr. B-1188-03, hvor landsretten, i modsætning til byretten, gav medhold i påstand om spørgsmålet formuleret således: »Appellanten tilpligtes at slette kopier af musiknumre fremstillet i strid med indstævntes rettigheder i henhold til ophavsretsloven, som et installeret i appellantens pc'er eller øvrige lagringsmidler i appellantens pc'er eller øvrige lagringsmidler i appellantens besiddelse«.

72. Se f.eks. afgørelsen U1965.215Ø og U1965.365Ø.

ske, selvom et eventuelt erstatningskrav er forældet.[73] Der foreligger ikke trykt retspraksis om spørgsmålet.

Det fremgår af ordlyden, at de forskellige retsfølger i § 84 kan tages i anvendelse *efter påstand* fra den forurettede. Denne vil i de fleste tilfælde være ophavsmanden, men kan i særlige tilfælde også være det offentlige.[74] Nedlægges påstand om inddragelse, har rettighedshaveren mulighed for at kræve værdien af de krænkende produkter fastsat, forinden han træffer beslutning om, hvorvidt han skal kræve overdragelse, der jo sker mod betaling af produktionsomkostningerne.[75] Rettighedshaveren skal i påkomne tilfælde betale værdien til krænkeren.[76] Rettighedshaveren har dog mulighed for at foretage modregning i et eventuelt erstatningskrav. Gives der dom til *inddragelse* overlades produkterne omkostnings- og vederlagsfrit til rettighedshaveren. Er sanktionen derimod *tilintetgørelse* pålægges det krænkeren at tilintetgøre eksemplarerne.[77] Det er således i første omgang overladt krænkeren alene at destruere eksemplarerne. Sker dette ikke, kan sagen indbringes for fogedretten med henblik på eksekution af dommen. Opfylder krænkeren ikke sin handlepligt, må rettighedshaveren via fogedrettens mellemkomst kunne opfylde dommen for krænkerens regning.

Der er mulighed for at begære konfiskation i medfør af straffelovens bestemmelser herom i § 75. Det var tilfældet i afgørelsen U1997.503Ø, hvor der i præmisserne også blev henvist til bestemmelsen i ophavsretslovens § 84, stk. 2.[78]

I en del sager spiller bestemmelserne i § 84 en ubetydelig rolle i praksis. Dette skyldes for det første, at produkterne kan være fjernet fra markedet, hvis der er nedlagt fogedforbud. For det andet betyder den forholdsvis lange sagsbehandlingstid hos domstolene, at produktet kan være udsolgt hos forhandlerne på tidspunktet, hvor dom om inddragelse afsiges. Der nedlægges desuagtet påstand om tilintetgørelse m.v. i langt de fleste justifikationssager. Dette sker også med henblik på at opnå sikkerhed for, at eventuelle produkter, der hviler på krænkerens lager, ikke efterfølgende sælges på andre markeder, hvor ophavsmanden har vanskeligt ved at konstatere salget.

---

73. Jf. *Torben Lund*: Ophavsret p. 310 og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 620.
74. Se umiddelbart nedenfor afsnit 7 om påtaleberettigelse.
75. Følgende sager illustrerer overdragelses- eller inddragelsesproblematikken: U1980.604SH, U1985.389H, U1990.579Ø.
76. Ophavsmanden kan modregne dette beløb i en ham evt. tilkommen erstatning.
77. Tilintetgørelsesproblematikken illustreres eksempelvis i følgende sager: U1985.1087SH, U1991.847H, U1992.34H, U1993.183Ø og U1996.1093V.
78. Sagen drejede sig om kopiering af en række anerkendte kunstneres værker med henblik på salg via et galleri. Der var under sagen nedlagt påstand om konfiskation, hvilket der blev givet medhold i, ligesom krænkeren blev idømt en bøde på kr. 5.000,00.

Med henblik på en effektiv fuldbyrdelse af en dom om inddragelse er der i § 84, stk. 3 hjemmel til at inddrage de genstande, der tjener til eksemplarfremstilling eller udnyttelse af værket, for eksempel tryksatser, klicheer, forme og andet.

Bestemmelsen i stk. 4 hjemler adgang til inddragelse overfor tredjemand. Ovenfor i afsnit 2.1.1. omhandles handlepligt i forbindelse med udstedelse af fogedforbud. Der er redegjort for, at handlepligter i form af tilbagekaldelsespligt ikke kan pålægges, såfremt tilbagekaldelse skal ske overfor tredjemand. Forskellen på handlepligten og bestemmelsen § 84, stk. 4 er netop, at der gives mulighed for at pålægge inddragelse *ved dom* og ikke som et foreløbigt retsmiddel. Inddragelse m.v. kan ikke ske overfor en tredjemand i god tro, som har erhvervet eksemplarer til privat brug. Målgruppen for bestemmelsen er således primært erhververe, der handler med kommercielt formål. Også private i ond tro er omfattet af bestemmelsen.

I stk. 5 undtages bygninger fra inddragelse eller tilintetgørelse. Bygninger kan ej heller kræves overdraget, jf. henvisningen i stk. 5 til stk. 1 og 2.

Afsiges dom i overensstemmelse med § 84, og påankes denne afgørelse inden eksekutionsfristen på 14 dage afventer inddragelsen, tilintetgørelsen eller overdragelsen ankeinstansens afgørelse, forinden retsvirkningerne af dommen kan tvangsfuldbyrdes. Dette følger af retsplejelovens § 480, stk. 1.

Det må med vedtagelsen af retshåndhævelsesdirektivet forventes, at bestemmelsen i § 84, stk. 1 om overdragelse til rettighedshaveren mod vederlag ophæves. Der ses ikke at være hjemmel til en sådan retsstilling i direktivet. Bestemmelsen er aldrig set anvendt i praksis, og forekommer således i forvejen overflødig, også pga. sit materielle indhold.

8. Påtale

Spørgsmålet om påtaleberettigelse drejer sig om, hvem der kan indtale et strafferetligt krav mod krænkeren. Det absolutte udgangspunkt er, at den forurettede er påtaleberettiget, jf. ophavsretslovens § 81, stk. 1. Området er således underlagt *privat påtale.*

Udtrykket »den forurettede« skal forstås som den, der er indehaver af de rettigheder, der er udsat for krænkelse. Dette er naturligvis ophavsmanden, jf. § 1. Såfremt ophavsmanden har overdraget sine rettigheder til værket, har erhververen påtaleret. Er ophavsmanden død, har arvingerne påtaleret i medfør af ophavsretslovens § 61. I retsplejelovens § 725, stk. 1 anføres også om privat påtale, at påtaleretten tilkommer den forurettede subsidiært dennes arvinger. I medfør af stk. 2

kan der gives afkald på retten til privat påtale, også selvom retssag er anlagt.

I § ophavsretslovens § 81, stk. 1 opremses de overtrædelser, der er undergivet privat påtale. Det drejer sig om bestemmelsen i § 76, stk. 1, § 77, stk. 1 og § 79. Privat påtale medfører, at rettighedshaveren skal nedlægge påstand om bøde, herunder om bødens størrelse.

Droit moral-krænkelser, jf. ophavsretslovens § 3, kan påtales efter ophavsmandens død. Påtaleberettiget er, jf. § 81 stk. 2, ophavsmandens ægtefælle, slægtninge i ret op- og nedstigende linje samt ophavsmandens søskende. Ophavsmanden har dog i medfør af § 62, stk. 2 mulighed for ved testamente, at give retningslinjer til sine arvinger om udøvelsen af ophavsretten. Ophavsmanden har, jf. bestemmelsen, også mulighed for at testere denne kompetence til andre. Denne anden, altså den udpegede, bliver således den *forurettede* og har dermed påtaleret i medfør af stk. 1.

Denne retsstilling skyldes i, at ophavsretten går i arv efter arvelovgivningens almindelige regler, jf. § 61, stk. 1. Såfremt ophavsrettighederne er overgået til andre, ikke-beslægtede, tilkommer påtaleretten i medfør af nærværende bestemmelse også testamentsarvingen. I § 81 stk. 2 er anført, at påtaleretten *endvidere* tilkommer ophavsmandens ægtefælle osv., hvilket betyder, at de pågældende personer nævnt i bestemmelsen *altid* har påtaleret, uanset ophavsrettighederne gennem en testamentarisk disposition er overdraget til andre. Ved ophavsmandens død har det offentlige påtaleret ved overtrædelser af § 3, *såfremt kulturelle interesser må anses for krænket ved overtrædelsen.* Er dette tilfældet, må det lægges til grund, at det offentlige alene har påtaleretten og ikke ophavsmandens arvinger, jf. bestemmelsen i retsplejelovens § 727, stk. 2, hvorefter privates ret til påtale ophører, når offentlig forfølgning er indledt. Vurderingen af om kulturelle interesser er krænket ved overtrædelsen, tilkommer anklagemyndigheden. Det må formodes, at det offentlige har en videregående pligt til at påtale krænkelser, end tilfældet er efter retsplejelovens § 727, stk. 2, der alene hjemler offentlig påtale, når *almene hensyn* tilsiger det.[79]

Ophavsretslovens § 75 omhandler ideelle rettigheder efter ophavsrettens udløb. Er ophavsretten udløbet, må et værk ikke ændres eller gøre tilgængeligt for almenheden i strid med § 3, stk. 1 og 2, *hvis kulturelle interesser herved krænkes.* Påtaleretten ved krænkelse af § 75 tilkommer det offentlige, jf. § 81, stk. 4.

§ 81, stk. 5 omhandler yderligere situationer, hvor *det offentlige* har påtaleretten, hvilket er tilfældet for overtrædelser, som omfattes af § 78,

79. Jf. *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 610 samt motiverne til 1961-loven, jf. FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2656 ff.

jf. § 75 b og § 75 c, stk. 2. Disse bestemmelser omhandler tekniske foranstaltninger.

I medfør af § 75 b er det ikke tilladt at omsætte eller i kommercielt øjemed besidde midler, hvis eneste formål er at lette ulovlig fjernelse eller omgåelse af tekniske indretninger, som er anvendt til at beskytte et edb-program. Bestemmelsen findes i kapitel 6a, der blev indsat ved lovændringen i 2002, der gennemførte infosoc-direktivet.[80] Selve bestemmelsen i § 75 b stammer dog fra implementering af edb-programdirektivet. Bestemmelsen forbyder *omsætning af midler*, der kan omgå en kopispærring. Også besiddelse i kommercielt øjemed forbydes. For at være omfattet af bestemmelsen skal midlernes *eneste* formål være, at kunne »anvendes« til ulovlig omgåelse af kopispærringer i edb-programmer. De ulovlige midler kan selv være edb-programmer, men der kan også være tale om andre medier hvorpå det beskrives eller illustreres, hvorledes kopispærringer omgås.

Kopispærringer kan *lovligt* omgås i medfør af ophavsretslovens § 36, stk. 1, nr. 2, idet det er lovligt at fremstille sikkerhedskopier af programmer, hvis det er nødvendigt for selve benyttelsen af programmet.

I § 75 c, stk. 2[81] forbydes en række forberedende handlinger, der kan fortages med henblik på at omgå effektive tekniske foranstaltninger.[82] Er foranstaltningen ikke *effektiv,* ydes der ikke beskyttelse efter bestemmelsen. Det er vigtigt at bemærke, at bestemmelserne i § 75 c *ikke* gælder for *beskyttelse* af edb-programmer. Selve den forberedende handling, som er ulovlig i medfør af bestemmelsen, kan dog i sig selv have karakter af et edb-program. Edb-programmer er *beskyttede* efter § 75 b.

Omfattet af § 81, stk. 5, og dermed undergivet offentlig påtale, er alene overtrædelser af § 75 c, *stk. 2*. Overtrædelse af stk. 1 er undergivet privat påtale jf. umiddelbart nedenfor om § 81, stk. 6.

Forsætlige eller uagtsomme overtrædelser af bestemmelserne i § 75 b eller § 75 c (hele bestemmelsen) straffes med *bøde*, jf. § 78, men det offentlige har altså kun påtaleretten for så vidt angår overtrædelser af § 75 b og § 75 c, stk. 2. Det er tilstrækkeligt til at ifalde bødeansvar, at blot én af handlingerne beskrevet i bestemmelserne er overtrådt. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 9.

---

80. Lov nr. 1051 17.12.2002.
81. Bestemmelsen gennemfører infosoc-direktivets art. 6, stk. 2.
82. Den nærmere afgrænsning af hvilke tekniske foranstaltninger, der beskyttes efter bestemmelsen, henhører under EF-Domstolen.

I medfør af § 81, stk. 6 er overtrædelser af § 75 c, stk. 1 undergivet privat påtale, således at denne ret tilkommer den forurettede. Det er ikke tilladt at foretage omgåelse af effektive tekniske handelshindringer uden samtykke fra rettighedshaveren, jf. § 75 c, stk. 1.

Overtrædelser af §§ 75 b og 75 c, stk. 2 er undergivet offentlig påtale, fordi der ikke findes nogen konkret forurettede rettighedshavere. Bestemmelserne regulerer meget generelle foranstaltninger, der ikke nødvendigvis knytter sig til bestemte rettighedshaveres produkter. De kan anvendes til at omgå eller fjerne tekniske indretninger eller omgå effektive tekniske foranstaltninger på abstrakt plan, som for eksempel til at fjerne tekniske indretninger på et flertal eller ethvert edb-program. Derfor er det ikke muligt at have regler om privat påtale.

Ved overtrædelse af bestemmelsen i § 75 c, stk. 1 er den forurettede er typisk den rettighedshaver, på hvis foranledning en teknisk foranstaltning eller elektroniske oplysninger om rettighedsforvaltning er lagt ind i et ophavsretligt beskyttede materiale, der tilhører ham. I disse tilfælde er privat påtale muligt.

Da forsætlig eller uagtsom overtrædelse af § 75 c, stk. 1 også er belagt med bødestraf, er det således ikke straffens karakter, der er afgørende for, om forholdet er undergivet privat eller offentlig påtale. Udgangspunktet er privat påtale. Hvor dette ikke er muligt, er forholdet undergivet offentlig påtale.[83]

Overtrædelser af § 75 e[84] er ligeledes undergivet privat påtale. Bestemmelsen regulerer elektroniske oplysninger om rettighedsforvaltning, det vil sige oplysninger der kan identificere det beskyttede materiale og de personer, der har rettighederne til materialet. Det er ikke tilladt at fjerne eller ændre oplysninger af denne karakter uden tilladelse fra rettighedshaveren. I stk. 2 anføres, at bestemmelsen alene anvendes, hvis handlingen foretages i ond tro. Er dette tilfældet, hjemler § 78, 2. pkt. bødestraf for overtrædelser af bestemmelsen. Er krænkeren i god tro, er der ikke hjemmel til strafpålæggelse.

Reglerne om betinget offentlig påtale findes i § 82. Bestemmelsen er blevet ændret ved lov nr. 352 af 19.05.2004, der blev vedtaget med det formål at bekæmpe IT-kriminalitet. Bestemmelsen om betinget offentlig påtale blev ændret således, at den svarer til reglen i straffelovens § 305. Det indebærer, at reglen om betinget offentlig påtale bibeholdes, men at der åbnes mulighed for offentlig påtale, såfremt almene hensyn kræver det – og ikke alene efter rettighedshaverens begæring, som retstilstanden var tid-

83. Om betinget offentlig påtale, se umiddelbart nedenfor.
84. Bestemmelsen gennemfører infosco-direktivets art. 7.

ligere. Efter lovændringen kan efterforskning igangsættes *uden* begæring om offentlig påtale.[85]

Retstilstanden inden lovændringen var sådan, at det udtrykkeligt skulle fremgå af en anmeldelse, hvis rettighedshaveren begærede offentlig påtale.[86] Rettighedshaveren var ikke altid bekendt med muligheden herfor, og der var risiko for, at politiet ikke konstaterede, at begæringen manglede. Derfor var der risiko for, at fristen i straffelovens § 96 kunne springe, hvilket medfører forældelse.[87]

> Lovændringen i retsplejelovens § 720, stk. 2, 2. pkt. har følgende ordlyd: »En anmeldelse fra den berettigede anses som en begæring om offentlig påtale, med mindre andet fremgår af anmeldelsen.«

Retsstillingen er dermed ændret, således at en *anmeldelse* om krænkelse efter ophavsretslovens § 76, stk. 2 eller § 77, stk. 2 anses som en begæring om offentlig påtale.

§ 76 er hjemmel for strafpålæggelse for krænkelser af bestemmelserne, der fremgår af stk. 1. I stk. 2 er der hjemmel til idømmelse af fængselsstraf. Fængselsstraf idømmes alene ved særligt skærpende omstændigheder. I bestemmelsen præciseres det, at de skærpende omstændigheder foreligger, såfremt der er tale om erhvervsmæssige overtrædelser, men nu også hvis der fremstilles eller spredes et betydeligt antal eksemplarer, eller hvis værker og frembringelser gengives på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt. Den forurettede har ikke mulighed for at foretage den fornødne efterforskning, herunder at foretage ransagning, hvorfor privat påtale er utilstrækkelig ved denne type krænkelser, der nærmer sig professional kriminalitet.

Indgives en anmeldelse til politiet i henhold til retsplejelovens § 770, stk. 2, 2. pkt., medfører dette ikke pligt for anklagemyndigheden til at rejse tiltale. Afslås dette, har den forurettede i medfør af retsplejelovens § 726 under visse omstændigheder mulighed at rejse privat påtale. Udgangspunktet i medfør af § 727, stk. 3 er, at når offentlig påtale indledes

85. Det anføres i bemærkningerne til lovforslaget, at den foreslåede bestemmelse ikke i almindelighed skal betyde en ændret tiltalepraksis.
86. Dette blev udtrykkeligt fastslået i afgørelsen U2000.342H, hvorefter Højesteret frifandt for overtrædelse af straffelovens § 265 (der er undergivet betinget offentlig påtale), idet en anmeldelse alene ikke kunne tages til indtægt for en begæring om offentlig påtale.
87. Ifølge denne bestemmelse bortfalder adgangen til at begære offentlig påtale, når den berettigede ikke har anlagt sag eller fremsat begæring inden 6 måneder efter, at han har fået sådan kundskab, at han har tilstrækkeligt grundlag for sagsanlæg eller fremsættelse af påtalebegæring.

ophører den privates ret til påtale. Den forurettede har dog mulighed for ved erklæring at tilslutte sig anklagemyndighedens forfølgning. Standser påtalemyndigheden den påbegyndte forfølgning, kan den private påtale krænkelsen – eller fortsætte sin påtale. Henvisningen i § 726 til § 727, stk. 3 medfører, at såfremt anklagemyndigheden afslår at rejse påtale, har den forurettede mulighed herfor. Bestemmelsen i § 727, stk. 3 har også som konsekvens, at den forurettede har mulighed for at anke en afgørelse, som anklagemyndigheden ikke vil påanke.

Rejser anklagemyndigheden offentlig tiltale, verserer sagen herefter i det straffe-processuelle system. Standses forfølgningen af anklagemyndigheden for derefter at fortsættes af den forurettede i medfør af § 727, stk. 3, overgår sagen til behandling i det civilretlige system, jf. retsplejelovens § 989.

9. Straf

Overtrædelse af enkelte regler i ophavsretsloven er stafsanktioneret i medfør af kapitel 7, §§ 76-80. § 76 er hovedreglen, der hjemler straf for overtrædelser af lovens bestemmelser; § 77 omhandler straf for import af visse værkseksemplarer; § 78 omhandler straf for fjernelse af tekniske foranstaltninger og omgåelse af kopispærringer i edb-programmer, jf. §§ 75 b, 75 c og 75 e. § 79 vedrører overtrædelser af bekendtgørelser udstedt efter lovens bestemmelser, og endelig omhandler § 80 ansvar for juridiske personer.

9.1. Lov nr. 352 af 19.05.2004 om It-kriminalitet m.v.

I 2002 afgav Brydensholt-udvalget betænkning 1417/2002 om IT-kriminalitet. Dette medførte en lovændring i straffeloven, retsplejeloven, markedsføringsloven og ophavsretsloven med det formål at bekæmpe IT-kriminalitet og skabe en forbedret strafferetlig beskyttelse her imod.[88] De ændrede bestemmelser i ophavsretsloven og straffeloven finder ikke alene

88. Loven gennemfører endvidere Europarådets konvention om IT-kriminalitet. Konventionen er optrykt som bilag 1 til lovforslaget. Konventionen er således samtidig blevet ratificeret, jf. grundlovens § 19. Lovforslagets vedtagelse medfører samtidig, at Danmark kan deltage i vedtagelsen af en EU-rammeafgørelse om angreb på informationssystemer. Rammeafgørelsen er optrykt som bilag 2 til lovforslaget. Forslaget er sendt til behandling i retsudvalget.

anvendelse ved IT-relaterede overtrædelser men på enhver overtrædelse af ophavsretslovgivningen.

9.1.1. Ændringer i ophavsretsloven

Baggrunden for lovændringen i ophavsretslovens § 76 stk. 2 var, at loven i den daværende affattelse på grund af udviklingen på internetområdet alene ramte en mindre del af krænkelserne. Derfor skulle tilgængeliggørelse for en større kreds sidestilles med erhvervsmæssig spredning.[89] Kun erhvervsmæssig spredning var kriminaliseret før lovændringen. Tilgængeliggørelse via internettet medfører større risiko for ophavsretlige krænkelser end det organiserede erhvervsmæssige salg. Ændringen medfører således, at distribution via internettet, som pr. definition er tilgængeliggørelse for en større kreds, er blevet dækket af reglen i § 76, stk. 2 om grove ophavsretskrænkelser, og dermed af retsfølger i form af mulighed for offentlig påtale og idømmelse af fængselsstraf.

Den maksimale straf for grove ophavsretskrænkelser var før lovændringen alene 1 år. I den nye formulering af § 76, stk. 2 blev strafferammen skærpet til fængsel i 1½ år. Til trods for at der tidligere alene har været anvendt milde straffe på området, var det opfattelsen at mulighed for idømmelse af fængsel i 1½ år svarer til den beskyttelse, man ønskede inden for området. Det skal særligt bemærkes, at efter lovændringen er krænkelsen af eneretten til tilrådighedsstillelse i sig selv at betragte som en skærpende omstændighed. Det er tilfældet uanset der ikke er tale om en erhvervsmæssig spredning af værket, for eksempel via en uploading på en hjemmeside. Der er *ikke* foretaget en udtømmende opregning af relevante skærpende omstændigheder i bestemmelsen, men alene en gengivelse af de typisk forekommende tilfælde.

Ved ændring af strafferammen fra hæfte i 1 år til fængsel i 1½ år åbnede der sig flere muligheder for idømmelse af sanktioner i medfør af straffeloven.

For eksempel er det nu muligt at straffe for forsøg, jf. straffelovens § 21, stk. 3. Det nævnes i betænkning 944/1982 p. 84 f., at pågribes en forhandler med et lager af ulovlige værkseksemplarer bestemt til videre spredning, vil forholdet blive kvalificeret som forsøg. Det blotte »forsøg« på salg er derimod en fuldbyrdet overtrædelse af § 76. Det egentlige salg skal ikke have fundet sted. Der skal alene være sket en udbydelse til salg, for eksempel i form af en annoncering. Straf for forsøg kan alene ske ved overtrædelser af ophavsretslovens § 76, stk. 2 og § 77, stk. 2, jf. note 77.

89. Se betænkning 1417/2002 p. 147.

Medvirken til en overtrædelse af ophavsretsloven kan sanktioneres efter straffelovens § 23, stk. 3.[90] Der kan ifaldes ansvar for medvirken ved overtrædelse af samtlige bestemmelser.

Strafferammen har endvidere betydning for forældelsesfristen. Forældelsesfristen for det strafferetlige spørgsmål ved en ophavsretskrænkelse var inden lovændringen 2 år, jf. straffelovens § 93, stk. 1, nr. 1.[91] Da strafferammen nu er udvidet til 1½ år forældes strafansvaret først efter 5 år.

Lovændringen har endvidere åbnet mulighed for varetægtsfængsling på grund af mistanke om en ophavsretskrænkelse, jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, hvorefter der alene kan ske varetægtsfængsling i de tilfælde, hvor lovovertrædelsen kan medføre fængsel i 1½ år og der over.[92]

Bestemmelserne i ophavsretslovens kapitel 7 er hidtil sjældent bragt i anvendelse, da de fleste delikter er undergivet privat påtale, og nok også i fremtiden vil være det til trods for lovændringen. De fleste sager om ophavsretlige krænkelser verserer i retssystemet som almindelige civile sager, om end den forurettede har mulighed for at nedlægge påstand om bødestraf, hvilket dog også sker i et antal sager. En sådan påstand imødekommes i meget få tilfælde og da med meget beskedne beløb. Det er forskelligt, om sagsøgerne nedlægger påstand om beløbets størrelse. I nogle tilfælde nedlægges alene påstand om bødestraf, hvorefter det overlades til retten at træffe afgørelse om bødens størrelse, i andre nedlægges en påstand om bødens størrelse.[93] Alene handlinger, der finder sted i Danmark er omfattet af § 76, jf. § 85.

---

90. Straf for medvirken kan bortfalde, hvis den medvirkende alene har villet yde en mindre væsentlig indsats, har medvirket uagtsomt, eller alene har styrket et allerede fattet fortsæt. Dette kun for lovovertrædelser, der ikke straffes med højere straf end fængsel i 4 måneder (på tidspunktet for udvalgets arbejde var tidsrammen hæfte i indtil 3 måneder). Udvalget fandt ingen betænkeligheder ved, at lempelsesadgangen bortfaldt ved de kvalificerede ophavsretskrænkelser, jf. bet. p 85. Lempelse kan altid ske i medfør af den almindelige bestemmelse herom i straffelovens § 85.
91. I betænkning 944/1982 argumenteres for, at strafferammen skulle fastsættes til 1½ år, blandt meget andet fordi forældelse af ansvaret først ville ske efter 5 år. Da piratsager er efterforskningsmæssigt vanskelige at håndtere, fandt man det hensigtsmæssigt, at strafansvaret først forældedes efter 5 år, hvilket således også er retsstillingen i dag.
92. I betænkning 944/1982 anføres den opfattelse, at varetægtsfængsling skulle kunne finde anvendelse på krænkelser af omhandlede karakter. Dermed ville man åbne mulighed for at tilbageholde og beslaglægge breve til den mistænkte, jf. retsplejelovens § 786. Lovændringen i 1985 gav mulighed for at foretage ransagning, jf. retsplejelovens §§ 794 og 795, da det er en betingelse for at foretage ransagning, at der er hjemmel til idømmelse af fængselsstraf i loven.
93. Det var for eksempel tilfældet i U1996.1093V. Sagsøgeren nedlagde påstand om bøde – men ikke om bødens størrelse. Sagsøgte blev idømt en bøde på kr. 10.000,00. I sagen U1991.216/1 blev sagsøgte også idømt en bøde, der blev skønsmæssigt fastsat til kr. 5.000,00. Det skal bemærkes at, i begge sager blev erstatningen fastsat til kr. 100.000,00.

9.1.2. Ændringer i straffeloven

Brydensholt-udvalget foreslog i betænkning 1417/2002, at der skulle indsættes en generel overbygning i straffeloven til ophavsretslovens § 76, stk. 2. Ved motiveringen af dette forslag lagde udvalget særlig vægt på, at grove overtrædelser af ophavsretslovgivningen bør straffes på linje med tyveri, der har en strafferamme på op til 4 års fængsel, jf. straffelovens § 286. Udvalget anførte, at da samfundet i vidt omfang bliver IT-afhængigt, bør lovgivningen beskytte de produkter, der udvikles i et sådant samfund. Udvalget finder, at bestemmelsen i straffeloven skal anvendes, når der foreligger forsæt til økonomisk vinding særlig ved systematiske og organiserede krænkelser vedrørende meget kostbare produkter. Regeringen var grundlæggende enig i betragtningerne, men fandt dog, at maksimumsstraffen burde være fængsel i op til 6 år. Denne anbefaling skal ses i lyset af Straffelovrådets anbefalinger i betænkning 1424/2002. Regeringen foreslog endvidere, at straffebestemmelsen også skulle ramme særligt grove tilfælde af ulovlig import, jf. ophavsretsloven § 77, stk. 2.

Der er således blevet indsat en ny bestemmelse i straffelovens § 299b, hvorefter: »Den der for derigennem at skaffe sig eller andre uberettiget vinding eller som i øvrigt under særligt skærpende omstændigheder gør sig skyldig i ophavsretskrænkelser af særlig grov karakter, jf. ophavsretslovens § 76, stk. 2 eller import af særlig grov karakter, jf. ophavsretslovens § 77, stk. 2, straffes med fængsel i indtil 6 år«. Bestemmelsen henviser til ophavsretslovens bestemmelser i §§ 76, stk. 2, og § 77, stk. 2. I lighed med vurderingen efter ophavsretslovens § 76, stk. 2, anses skærpende omstændigheder at foreligge ved overtrædelser som led i erhverv, ved privates spredning af et betydeligt antal eksemplarer eller ved tilgængeliggørelse, således at almenheden får adgang til værkerne på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

Bestemmelsen kan, efter en konkret vurdering af blandt andet beskyttelsesbehovet og skadevirkningen for rettighedshaveren, anvendes, selvom der ikke foreligger berigelseshensigt.[94]

Bestemmelse i § 76, stk. 2 sigter, som det fremgår af det ovenstående, naturligvis primært til at ramme piratkopiering af digitalt tilgængeligt materiale, herunder film, musik og edb-programmer. Idømmelse af en sanktion i form af fængselsstraf er endnu ikke set anvendt i trykt retspraksis, men kan ikke udelukkes i fremtiden.[95] Dette skyldes, at producenterne af digitale produkter i større omfang søger at beskytte deres produkter ved hjælp

94. Situationen sidestilles med groft hærværk jf. straffelovens § 291, stk. 2.

95. Se *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 78, hvor der omtales en byretsdom af 9.5.1997 (sag nr. 19976/1996 Københavns Byret), hvor en redaktør blev idømt 20 dages betinget hæfte. Se om samme afgørelse *Peter Schønning*: Ophavsretten, 3. udgave p. 656.

af ganske effektive kopispærringer. Omgås disse i forbindelse med meget omfattende kommerciel virksomhed, kan strafansvar i form af fængsel ikke udelukkes.

§ 77 giver hjemmel til bødestraf for *import* af værker eller frembringelser, der er beskyttede efter §§ 65–71. For pålæg af bødestraf kræves, at eksemplarfremstillingen ville være ulovlig *såfremt* den er sket i Danmark. Om den er lovlig eller ulovlig i oprindelseslandet er uden betydning. En betingelse er endvidere, at importen sker med henblik på en overtrædelse af bestemmelserne om tilgængeliggørelse for almenheden. Import til privat brug rammes ikke af § 77. Sker importen som led i *piratvirksomhed*, finder bestemmelsen i § 76 stk. 2 tilsvarende anvendelse.[96]

9.2. Subjektive betingelser for straf

Pålæg af straf forudsætter fortsæt eller grov uagtsomhed.[97] Det strafferetlige udgangspunkt om uagtsomhed i straffelovens § 19 er herved fraveget.[98]

De subjektive betingelser for pålæg af sanktioner efter ophavsretsloven *ikke* er sammenfaldende. Erstatning efter § 83 forudsætter, at krænkelsen er begået forsætligt eller uagtsomt. Det vil sige, at der også kan pålægges erstatning for simpelt uagtsomme handlinger. Årsagen til denne divergens mellem de subjektive betingelser for erstatningsansvaret og strafansvaret er, jf. motiverne til 1961-loven, at det frygtes, at ophavsmandens mulighed for at opnå erstatning for skete krænkelser vil blive forringet, hvis de subjektive betingelser udformes ens for straf og erstatning.[99] Man ville således ikke risikere, at var der ikke hjemmel til idømmelse af en strafferetlig sanktion, ville dette have en »afsmittende« effekt på ophavsmandens muligheder for at opnå erstatning. Erstatningen er jo, uden sammenligning, den for ophavsmanden mest interessante sanktion.

Grænsen mellem grov og simpel uagtsomhed kan give anledning til tvivl.[100] Ved vurderingen af, om der skal pålægges straf for en given ophavsretlig krænkelse, skal domstolene skønne over graden af uagtsomhed. Et skøn der er meget komplekst, og hvori der indgår en lang række forskellige momenter. Vurderingen er ikke alene objektiv, men indeholder

96. Alene forsætlig import med henblik på eksemplarspredning rammes af § 76, stk. 2 – ikke import med henblik på for eksempel offentlig fremførelse.
97. Ved overtrædelse af patentloven, jf. § 57, designloven, jf. § 36 og varemærkeloven, jf. § 42 er kun det *forsætlige* krænkelser strafbare.
98. Således er retsstillingen ikke i de øvrige europæiske lande, hvor der er hjemmel til strafpålæg for krænkelser i god tro. Dette er ikke tilfældet i Sverige og Finland.
99. Se FT 1959-1960, Tillæg A, sp. 2656 ff.
100. Grænsen mellem fortsæt og grov uagtsomhed er således ikke relevant i denne sammenhæng.

også subjektive elementer, herunder graden af krænkerens onde tro samt krænkerens subjektive konkrete særkundskab. Særlig viden om risikoen for at der foreligger en krænkelse ved en given handling, er belastende for krænkeren. Den objektive vurdering, som spiller en afgørende rolle for skønsudøvelsen, kvalificeres ved, at den pågældende handling, skal udgøre en markant normafvigelse fra det almindeligt kendte adfærdsmønster.[101] Imidlertid skal der også skønnes over, hvorvidt normafvigelsens kan siges at være *markant.*[102]

Statuering af grov uagtsomhed vil således bero på en konkret afvejning. En analyse af retspraksis på området kan give visse vejledende retningslinjer for, hvilke elementer der er egnede til at indgå i bedømmelsen af, om der foreligger grov uagtsomhed. Der findes f.eks. i retspraksis afgørelser, som statuerer grov uagtsomhed for erhvervsdrivende, hvis der ikke foretages visse undersøgelser af lovligheden af deres produkter.

Dette blev resultatet af afgørelsen U1960.483Ø, der omhandlede en eftergørelse af en designerstol og efterfølgende eksport heraf. I afgørelsens præmisser anførtes: »Selvom sagsøgte muligt ikke fra begyndelsen havde kendt Wegnerstolen, burde han, som indehaver af en møbelfabrik af så stort et omfang som af ham oplyst, have sat sig ind i, om den tegning, som han modtog fra sin amerikanske kunde, forestillede en her i landet beskyttet stol, og sagsøgte kan derfor ikke påberåbe sig sin uvidenhed herom. Sagsøgte findes allerede herved at have handlet groft uagtsomt, og også hans uberettigede fremstilling og salg af plagiatet, efter at han ved korrespondancen fra begyndelsen af juli 1956 om sin mulige plagiering af Wegnerstolen var bekendt med dennes eksistens, må betegnes som sådan«.

I U1980.604SH skete der krænkelse af en vejviser til brug for tilflyttere. Store dele af vejviseren samt dennes opstilling og inddeling blev udsat for kopiering. Krænkeren forklarede under sagen, at han var bekendt med det krænkede værk, og at han, til brug for sin egen udgivelse, havde modtaget oplysninger fra kommunen fra »et andet trykt værk«. Sø- og Handelsretten udtalte i præmisserne: »Det findes ubetænkeligt at fastslå, at sagsøgte burde have været klar over, at man ved anvendelse af de fra

101. Se nærmere herom: *Lisbeth Kjærgaard*: Grov uagtsomhed – et typebegreb, i Retsvidenskabeligt Tidsskrift 20001, p. 50. Artiklen findes på www.rettid.dk. Jf. også *Bo von Eyben* i Nordisk Forsikringstidsskrift 1993, p. 244 samt *Bo von Eyben og Helle Isager*, Lærebog i erstatningsret, 5. udgave p. 353. I strafferetten beskrives den grove uagtsomhed som en høj grad af uagtsomhed, en særlig klar eller forkastelig afvigelse fra en tænkt standard for pligtmæssig optræden, se *Stepan Hurwitz*: Den danske Kriminalret, 4. udgave, p. 242.

102. På det erstatningsretlige område anvendes formuleringen såvel i litteraturen som i retspraksis: *Den udviste adfærd skal indebære en indlysende fare for den skade, som faktisk indtrådte.* Se f.eks. *Bo von Eyben og Helle Isager*: Lærebog i erstatningsret p. 354.

kommunerne modtagne manuskripter kunne krænke andres ophavsret, og sagsøgte er derfor i medfør af ophavsretslovens § 56, stk. 1, erstatningsansvarlig for det tab, der er forvoldt sagsøgeren«.

Under denne sag var der ikke nedlagt påstand om bøde, men begrundelsen for erstatningskravet antyder netop, at erhvervsdrivende er forpligtede til at foretage visse undersøgelser af produktets lovlighed. Man kan under alle omstændigheder ikke holde sig i bevidst uvidenhed om originalproduktets eksistens.[103]

Gentagne krænkelser af samme rettighedshavers produkt betragtes også som groft uagtsomt.

Dette var tilfældet i afgørelsen U1979.248Ø. Sagsøgte var tidligere dømt for krænkelse af en lysestage, hvis rettigheder tilhørte sagsøger. Sagsøgte havde nu på ny krænket den pågældende stage. Landsretten anførte i sine præmisser bl.a. at, da sagsøgte tidligere var dømt for at have krænket den samme stage, fandtes han at have handlet groft uagtsomt og dermed have pådraget sig et strafansvar.

Foreligger en erhvervsdrivendes manglende undersøgelse af markedet eller gentagne krænkelser af samme produkt, vil retten med *al sandsynlighed* konstatere grov uagtsomhed. Der vil dog altid blive anlagt en konkret vurdering, og andre momenter end netop disse kan også medføre, at der vil blive statueret grov uagtsomhed.

Mogens Koktvedgaard anfører i: »Det ophavsretlige sanktionssystem«, Juristen 1996, at branchesædvaner kan få betydning ved vurdering af spørgsmålet, således at ukendskab til branchesædvaner kan have karakter af grov uagtsomhed for erhvervsdrivende. Dette synspunkt må antages at være korrekt, jf. også afgørelsen U1999.326Ø, hvor netop dette element indgik i landsrettens præmisser.[104]

Foreligger forsæt eller grov uagtsomhed, bliver krænkeren, ifølge den foreliggende retspraksis, som udgangspunkt idømt straf i de tilfælde, hvor der nedlægges påstand herom. Om *forsæt* kan følgende karakteristiske domme fremhæves:

Sagen U1983.976Ø drejede sig om kopiering, salg og udlejning af videofilm til forhandlere. Der var under sagen nedlagt påstand om straf. Om dette spørgsmål udtalte landsretten: »Det lægges efter bevisførelsen videre til grund, at sagsøgte – uanset at der var tale om et nyt erhvervsområde, hvor faste forretningsmæssige kutymer

103. På linje hermed *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 648.

104. Sagen drejede sig ikke om straf, men om erstatning.

måske endnu ikke havde dannet sig – havde en sådan forståelse for karakteren af hans virksomhed i relation til de ophavsretlige regler, at de skete retskrænkelser bør tilregnes ham som forsætlige. Især efter karakteren af de krænkede interesser, der antages i alt væsentligt at være af økonomisk art, findes der til trods for krænkelsernes systematiske og omfattende karakter ikke at være tilstrækkelig anledning til at idømme sagsøgte frihedsstraf. Han vil i medfør af ophavsretslovens § 55, stk. 1, nr. 1 være at straffe med en bøde på 10.000 kr., subsidiært hæfte i 20 dage«.

Forsæt forelå også i afgørelsen U1997.503Ø, der omhandlede udfærdigelse af kopier af anerkendte kunstneres værker med henblik på salg. Da krænkeren vidste, at der forelå en krænkelse af rettighedshaverens ophavsret, blev der statueret forsæt, og krænkeren blev idømt en bøde på kr. 5.000,00.

I afgørelsen i U2001.1572V statueredes også forsæt. Sagen drejede sig om en 15-årig, der på sin hjemmeside havde oprettet links til ulovligt tilgængeliggjorte musiknumre på internettet. Landsretten anførte i sine præmisser bl.a., at, da sagsøger selv på sin hjemmeside gjorde opmærksom på, at kopiering af musikken var ulovlig, samtidig med at han vidste, at kopiering var det primære formål med besøg på hjemmesiden, forelå en forsætlig krænkelse.

I sagen U1999.326Ø blev krænkeren ikke idømt straf, da der ikke var nedlagt påstand herom. Sagen drejede sig om eneanpartshaver og direktør i et konkursramt anpartsselskab, der havde solgt 9.000 edb-programpakker uden licens. Erstatningsbeløbet blev af rettighedshaveren nedsat til kr. 1.000.000,00 af procesøkonomiske årsager. Der blev afsagt dom i henhold til påstanden. Der havde imidlertid, forinden nærværende sags afgørelse, verseret en straffesag om spørgsmålet, hvor krænkeren var blevet frifundet, da han ikke havde haft nogen konstaterbar fortjeneste på den pågældende krænkelse. Der var sikkert af denne årsag ikke nedlagt påstand om straf i denne efterfølgende civile sag om spørgsmålet.

Det kan drøftes, om der i straffesagen, der refereres til i ovennævnte dom, anlægges en korrekt vurdering af spørgsmålet om det lidte tab i forhold til ansvarsvurderingen. På tidspunktet for den skete krænkelse var hjemlen for straf ophavsretsloven § 55.[105] Bestemmelsen havde følgende ordlyd: »Stk. 1. Med bøde straffes den, som forsætligt eller groft uagtsomt 1) krænker en andens eneret til et litterært eller kunstnerisk værk ved at råde over det på en måde som nævnt i § 2 […]« Der er således intet i bestemmelsens ordlyd, hverken den dagældende § 55 eller den nugældende § 76 – eller i forarbejderne til disse bestemmelser – der antyder, at der ikke kan pålægges

105. Jf. lov nr. 714 af 08.09.1993.

straf med mindre krænkeren har opnået en fortjeneste. Ved behandling af erstatningsspørgsmålet – der alene kræver simpel uagtsomhed – i nævnte sag anlægger Landsretten følgende betragtninger:

> […]»lægger landsretten efter det fremkomne til grund, at der foregår en ikke ubetydelig omsætning af edb-software kopieret uden samtykke fra ophavsrettighedshaverne, og at priserne for sådanne kopier er væsentligt lavere end kopier fremstillet efter licens. Sagsøgte må med sit mangeårige branchekendskab antages at have været bekendt hermed og havde som parallelimportør særlig anledning til at skaffe sig oplysninger om, hvorfra Zesta Computer havde sine leverancer, til at sætte sig ind i, hvorledes kopier fremstillet efter denne licens fremtrådte, herunder med de af sagsøgeren indførte ægthedscertifikater, og til at sammenholde leverancerne fra Zesta Computer hermed. Under hensyn til sagsøgtes forbeholdne forklaring om sit kendskab til de nævnte forhold og bestyrket af de i landsretten afgivne vidneforklaringer og det fremkomne om urigtige varebetegnelser i købsfakturaerne og om salgspriserne finder landsretten det ubetænkeligt at lægge til grund, at også den resterende del af de 9.000 programpakker leveret fra Zesta Computer var fremstillet uden licens, og at sagsøgeren indså dette.«

Landsretten er således af den opfattelse, at sagsøgeren indså, at produktet blev solgt uden licens. Ved anvendelse af begrebet *indså* statueres formodningsvist *forsæt* eller i hvert fald grov uagtsomhed. Havde rettighedshaveren nedlagt påstand om straf, er det nok *overvejende sandsynligt* at sagsøgte var blevet dømt.

Spørgsmålet om, hvorvidt krænkeren har lidt et tab, er ikke relevant ved vurdering af spørgsmålet om strafpålæggelse. Straf bør pålægges når grov uagtsomhed eller forsæt konstateres.

9.3. Strafsubjektet

Det fremgår ikke af bestemmelsen i § 76, hvem strafansvaret påhviler. Strafansvaret påhviler som det absolutte udgangspunkt, den der foretager den strafbare handling. Dog kan strafansvaret også påhvile den, i hvis økonomiske interesse handlingen foretages, jf. betænkning 944/1982.[106]

Ved produktion, markedsføring og salg af en *produktefterligning* er der ofte et flertal af personer involveret i processen. Det kan være »idémanden«, produktionsvirksomheder, engrosvirksomheder, forhandlere og reklamebureauer. Som det fremgår af betænkningen, påhviler strafansvaret som

106. Det samme fremgår hos *Mogens Koktvedgaard*: Det ophavsretlige sanktionssystem, Juristen 1966, p. 54.

udgangspunkt hovedmanden, uanset hvilken af ovenstående roller han spiller i processen. Hovedmanden må anses som den, hvis *primære økonomiske interesser* varetages, og vil ofte være idémanden. Men det behøver ikke at være tilfældet. De øvrige aktører i processen formodes også i et eller andet omfang at have økonomiske interesser i produktet. Disse kan alene straffes, hvis betingelserne om forsæt eller grov uagtsomhed er til stede, og vil, såfremt dette er tilfældet, kunne dømmes for medvirken, jf. straffelovens § 23.

For så vidt angår krænkelser på internettet er strafsubjektet typisk indehaveren af hjemmesiden, hvorpå krænkelsen findes.[107] Findes der et link til en anden hjemmeside, der indeholder materiale, der krænker ophavsretslovgivningen, kan dette efter omstændighederne være strafbart, jf. afgørelsen U2001.1572V.[108] Om krænkelser på internettet se nærmere nedenfor kapitel 4, afsnit 3.3.1.

Sker den ophavsretlige krænkelse i form af en *offentlig fremførelse* af et beskyttet værk, er arrangøren straffesubjektet, men det kan også være indehaveren af stedet, hvor den offentlige fremførelse skal ske.[109] Juridiske personer kan alene idømmes bøde, jf. ophavsretslovens § 80.

9.4. Bøde- og strafudmåling

Straffen for en ophavsretlig krænkelse kan variere fra bødestraf til fængsel i indtil 1½ år, der under skærpende omstændigheder kan stige indtil 6 år. Domstolene er således på sædvanlig vis overladt en betydelig frihed med hensyn til fastsættelse af bødens størrelse samt frihedsstraffens varighed.

For forholdet gælder den almindelige bestemmelse i straffelovens § 80. Det betyder, at der ved straffens udmåling skal tages hensyn til lovovertrædelsens grovhed og til oplysninger om gerningsmandens person, herunder hans almindelige personlige og sociale forhold, hans forhold før og efter gerningen samt hans bevæggrunde til denne.

Da der endnu ikke findes trykte afgørelser, der idømmer frihedsstraf for ophavsretlige krænkelser, kan henstår spørgsmålet om udmåling stadig til

107. Se nærmere om krænkelser på internettet: *Mads Bryde Andensen*: IT-retten p. 275 ff, *Lars Stoltze*: Internetret p. 68 ff., *Kasper Heine m.fl.*: Internet jura, 2. udgave, p. 371 ff., *Thomas Riis*: Immaterialret og IT, p. 133 ff., samt *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 650 ff. med de i note 24 angivne henvisninger, *Anders Mediaas Wagle og Magnus Ødegaard jr.*: Opphavsrett i en digital verden, p. 599 ff.

108. Afgørelsen er omtalt nedenfor kapitel 4, afsnit 3.3.1 og kapitel 6, afsnit 3.

109. Se f.eks. afgørelsen i U1995.535Ø. Sagen drejede sig om en koncertarrangør, der ville afholde en koncert på en cykelbane. Cykelklubbens ledelse indhentede tilladelsen hos politiet, og blev derned anset for ansvarlige for, at der ikke hos KODA blev ansøgt om tilladelse til at benytte beskyttet musik.

domstolenes afgørelse. Det kan dog konstateres, at der ved lovændringen gives klare signaler om villigheden til at pålægge endog særdeles strenge straffe for ophavsretlige krænkelser begået under skærpende omstændigheder.

For så vidt angår udmåling af bødestraf gælder bestemmelsen i straffelovens § 51, stk. 3.

Heraf følger nogle mere specifikke udmålingshensyn ud over lovovertrædelsens beskaffenhed og de i § 80 nævnte hensyn. Disse er den skyldiges *betalingsevne* og den *opnåede eller tilsigtede fortjeneste eller besparelse.*

I sager, der er undergivet privat påtale, nedlægger den private part sjældent påstand om bødens størrelse, men nedlægger alene påstand om straf i henhold til § 76. Det er herefter underlagt rettens skøn, under henvisning til ovennævnte udmålingshensyn, at træffe afgørelse om bødens størrelse.[110] I de sager, der er undergivet offentlig påtale, vil anklagemyndigheden udfærdige en beregning, der udviser dels den skyldiges betalingsevne og dels den tilsigtede eller opnåede fortjeneste eller besparelse. Dette vil ske ved anvendelse af de oplysninger, det offentlige har adgang til i form af indkomstopgørelser, men også ved anvendelse af det materiale der evt. er beslaglagt under ransagning.[111] Der fastsættes, jf. straffelovens §§ 54 og 55, en forvandlingsstraf for idømte bøder.

9.4.1. Lempelse og bortfald af straf

De almindelige bestemmelser i straffeloven om nedsættelse og bortfald af straf finder tilsvarende anvendelse på fastsatte bøder og straf for ophavsretlige krænkelser.

I medfør af straffelovens § 84, stk. 1 kan straffen nedsættes på grund af flere forskellige forhold. For ophavsretlige krænkelser er bestemmelsen i nr. 2 om lempelse af straf for gerningsmænd under 18 år umiddelbart mest relevant. Nedsættelse kan dog også ske i medfør af de øvrige nedsættelsesbestemmelser. I medfør af § 84, stk. 2, kan straffen i enkelte tilfælde, herunder for ung alder, i særligt formildende tilfælde, bortfalde.

I medfør af straffelovens § 85 kan straffen nedsættes: »[…] når en strafbar handling er begået under stærk sindsbevægelse, eller når der fore-

110. En samlet oversigt over idømte bøder kan ses i *Peter Schønning*: Ophavsret, 3. udgave p. 753. Særligt bemærkes skal U2000.1838SH, der vedrørte en varemærkekrænkelse. I sagen havde sagsøger fremsendt en »advarsel« til sagsøgte, som desuagtet distribuerede 600.000 brochurer, hvor det krænkede varemærke optrådte. Sagsøgte blev idømt en bøde på kr. 20.000, idet retten lægger til grund, at der forelå forsæt til den pågældende krænkelse.

111. Om ransagning, se umiddelbart ovenfor afsnit 5.

ligger andre særlige oplysninger om gerningsmandens sindstilstand, eller omstændighederne ved gerningen og de nævnte forhold taler for en mildere straf en den, som ellers ville finde anvendelse. Under særlig formildende omstændigheder kan straffen bortfalde.«

> Bestemmelsen i § 85 blev bragt i anvendelse i afgørelsen 2001.1572V.[112] Sagen drejede sig om erstatning og straf for deep-linking på internettet. Sagsøger havde nedlagt påstand om bødestraf i medfør af ophavsretslovens § 76, stk. 1 for overtrædelse af §§ 2, 65 og 66. Om dette spørgsmål udtalte landsretten: »Under hensyn til at sagsøgte A på det pågældende tidspunkt var 15 år, til at han ikke har tilsigtet eller haft økonomisk udbytte af sine handlinger og til at han straks efterkom sagsøgernes krav om lukning af hjemmesiden, findes bødestraffen også for hans vedkommende at kunne bortfalde, jf. straffelovens § 85. Det er herved også tillagt betydning, at denne sagsøgte kun i 4 tilfælde selv har lagt musiknumre ud på nettet, at sagen omfatter links til ca. 60 musiknumre, at andre på det pågældende tidspunkt havde lignende hjemmesider med musiklinks, uden at dette havde givet anledning til sager som denne eller større offentlig omtale«.

Som det fremgår, tillægger landsretten således den sagsøgtes alder betydelig vægt, men også det forhold, at det ikke har været tilsigtet at opnå nogen økonomisk vinding ved krænkelserne. Endvidere lægges vægt på krænkelsens omfang, men også på det – lidt specielle – synspunkt, at andre også har overtrådt lovgivningen, uden at dette har medført tiltalerejsning eller presseomtale. Dette særlige synspunkt vil nok ikke vinde genklang i dag, hvor rettighedshaverne kæmper en hård kamp for at retsforfølge krænkere af ophavsrettigheder, men må være begrundet i, at denne sag er en af de første på området, der blev afgjort ved domstolene.[113]

9.5. Svensk ret

Hjemmel til strafpålæggelse findes i den svenske upphovsrättslag § 53. Strafpålæggelse kræver udvisning af forsætlig eller groft uagtsomt forhold. Strafsanktionen er sædvanligvis bøde.

Dette var tilfældet i afgørelsen RH96:158, der omhandlede brud på upphovsrättslagens § 2. Den anklagede under sagen havde solgt ca. 400

112. For en gennemgang af afgørelsen, se nedenfor kapitel 6, afsnit 3.1.1.

113. Pr. 14. august 2003 iværksatte AntiPiratgruppen en kampagne på internettet, hvorefter potentielle pirater bliver mødt af en on-line besked, i samme øjeblik man forsøger at downloade ulovlige kopier fra internettet. Kampagnen er international og mange forskellige lande deltager.

ulovligt kopierede videofilm. Den anklagede havde tidligere været dømt for ulovlig kopiering og salg af 590 videofilm. Der blev afsagt dom om to måneders fængsel, idet man lagde til grund, at den tidligere idømte bødestraf ikke var tilstrækkelig til at stoppe den pågående retskrænkelse.

Strafferammen er fængsel i op til to år, og ses i lighed med i Danmark ikke udnyttet til noget der bare ligner maksimumsstraffen. Dog ses strafpålæggelse i Sverige i form af frihedsberøvelse. Dette er stort set ikke tilfældet i Danmark, men udviklingen må forventes at gå i samme retning. Særlig når ophavsretskrænkelsen har et kommercielt sigte og drejer sig om et stort antal kopiprodukter.

10. Retshåndhævelsesdirektivet

Direktivet er gennemgået ovenfor i kapitel 2, afsnit 3.1. Formålet med dette afsnit er alene at belyse, hvorledes retsstillingen vil blive på de retsområder, der er omhandlet i nærværende kapitel.

Retstilstanden i medlemslandene er præget af store forskelle på området for foreløbige retsmidler og sanktioner inden for det immaterielle retsområde. Særlig for så vidt angår de foreløbige foranstaltninger hersker der langt fra fælles retstraditioner. Hvor nedlæggelse af fogedforbud er det primære retsmiddel ved immaterialretlige krænkelser i Danmark, er man meget tilbageholdende med at pålægge forbud i Tyskland. Ej heller i Frankrig er der tradition for nedlæggelse af forbud, og såfremt man vælger dette retsskridt, kan det tidligst ske, når der er anlagt sag vedrørende realiteten.

De strafferetlige sanktioner er udtrykkeligt undtaget fra harmonisering, jf. direktivets artikel 2, stk. 2, litra c. Dette til trods for at de strafferetlige sanktioner, medlemslandene imellem, varierer betydeligt. Dette er både tilfældet for spørgsmålet om bødeudmåling og for strafferammerne og strafudmålingen. Nogle lande, for eksempel Frankrig og Italien, opererer med maksimale bødestørrelser. I andre lande, f.eks. Norden og Tyskland, beror bødestørrelsen på tiltaltes indtægt. I det oprindelige direktivforslag fra Kommissionen var der foreslået harmonisering på det strafferetlige område også. Dette forslag er blevet forladt under behandlingen af direktivet.

På ovennævnte baggrund er det dog åbenbart, at skal værnet mod immaterialretlige krænkelser være effektivt, er harmonisering også på dette område nødvendig.

10.1. Direktivets enkelte bestemmelser

I artikel 3 anføres de almindelige bestemmelser, der skal være gældende for de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der skal iværksættes. Det anføres indledningsvis, at de skal være fair og rimelige, ikke unødigt komplicerede eller udgiftskrævende, ligesom de ikke må indebære urimelige frister eller medføre ugrundede forsinkelser. På den anden side anføres i stk. 2 at der skal være tale om effektive retsmidler, som skal stå i rimeligt forhold til krænkelsen og have en afskrækkende virkning.

I artikel 4 opregnes den »personkreds«, der kan anmode om anvendelse af de pågældende foranstaltninger, procedurer og retsmidler. Det drejer sig naturligvis om indehaveren af den pågældende rettighed, personer med tilladelse til at anvende rettigheden, f.eks. licenshavere, kollektive forvaltningsorganisationer samt visse faglige interesseorganisationer.

I de næste afsnit gennemgås direktivets enkelte bestemmelser. Der er anvendt samme systematik som ovenfor i kapitlet. Således behandles indledningsvis bestemmelserne om fogedforbud, derefter bevissikring og afslutningsvis muligheden for øvrige sanktioner.

10.1.1. Foreløbige og retsbevarende foranstaltninger

Direktivets afdeling 4, artikel 9 bærer overskriften »Foreløbige og retsbevarende foranstaltninger«. Medlemsstaterne er herefter forpligtede til at etablere et forbudssystem, der kan bringes i anvendelse på begæring af den krænkede. I betragtning 22 til direktivet anføres, at det er *tvingende* nødvendigt, at der fastsættes et forbudsinstitut, således at krænkelsen kan bringes til ophør, uden at sagen er afgjort i realiteten. Dog skal foranstaltningerne afpasses de konkrete omstændigheder i den enkelte sag, og krænkeren sikres de nødvendige garantier i forbindelse med dækning af omkostninger og eventuelle tab.

Artikel 9, stk. 1, litra a er hjemmel til gennemførelse af et egentligt forbud, der kan rette sig imod såvel en nært forestående krænkelse som en pågående krænkelse. Det fastslås i bestemmelsen, at forbud skal kunne udstedes til en mellemmand, hvis ydelser anvendes af en tredjemand til krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed. For så vidt angår krænkelser af ophavsrettigheder er påbud, udstedt over for en mellemmand, reguleret af direktiv 2001/29/EF (infosoc-direktivet).

Det fremgår af betragtning 59 til infosoc-direktivet, at: »Mellemmænds tjenester kan navnlig på det digitale område i stadig stigende grad anvendes af tredjemand til krænkelser. I mange tilfælde er sådanne mellemmænd bedst i stand til at bringe sådanne krænkelser til ophør. Med forbehold af eventuelle andre sanktioner og retsmidler der kan anvendes, bør rettighedshaverne derfor have mulighed for at kræve nedlagt forbud overfor en mellemmand, der overfører en tredjemands krænkelse af et beskyttet værk eller andre frembringelser i et netværk. Denne mulighed bør foreligge, uanset om mellemmandens handlinger er undtaget i henhold til artikel 5«. Artikel 5 omhandler midlertidige reproduktionshandlinger. Forholdet omkring forbudsnedlæggelse er reguleret i infosoc-direktivets artikel 8, stk. 3, hvorefter: »Medlemsstaterne sikrer, at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud overfor mellemmænd, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder«.

Infosoc-direktivets bestemmelser om nedlæggelse af fogedforbud overfor mellemmænd medførte ingen ændringer i den danske retsplejelov. Artikel 9 i retshåndhævelsesdirektivet medfører ej heller nogen umiddelbar pligt til at ændre i den danske lovgivning om forbudsnedlæggelse.

I medfør af artikel 9, stk. 1, litra b skal medlemsstaterne også sikre, at de retslige myndigheder på begæring kan kræve beslaglæggelse eller aflevering af varer, der mistænkes for at krænke en intellektuel ejendomsrettighed, for at forhindre, at de indføres i handlen eller omsættes. Det er meget vigtigt at være opmærksom på, at bestemmelsen her skal indføres som en *foreløbig* foranstaltning. Der er således ikke tale om en bestemmelse i lighed med bestemmelsen i ophavsretslovens § 84 om inddragelse, der omhandler inddragelse *efter* der er afsagt dom vedrørende realiteten. Det er desuden tilstrækkeligt, at der foreligger *mistanke* om, at varen krænker en intellektuel ejendomsrettighed. Der kræves således ikke noget sikkert bevis herfor. Der skal dermed etableres et system, hvorefter varen beslaglægges eller afleveres af krænkeren, således at det *forhindres,* at den indføres i handlen eller omsættes. Spørgsmålet er herefter, om den danske retsstilling p.t. er i overensstemmelse med direktivet på dette område, eller om der kræves lovændringer for at gennemføre direktivets bestemmelse.

Det er indledningsvist fastslået, at bestemmelsen i ophavsretslovens § 84 ikke opfylder bestemmelserne i direktivet om beslaglæggelse.

I retsplejelovens kapitel 57a findes reglerne om bevissikring.[114] Disse bestemmelser retter sig specifikt mod sikring af bevis for en given krænkelse, som rettighedshaveren kan sandsynliggøre finder eller vil finde sted. Bestemmelserne retter sig således ikke specifikt mod beslaglæggelse eller aflevering af *varer*. I bestemmelsen i § 653b, stk. 1 er der hjem-

114. Uddybende om bestemmelserne, se ovenfor i afsnit 3.

mel til, at fogedretten kan *beslaglægge* genstande eller dokumenter, men *alene* i det omfang det må anses for nødvendigt med henblik på at sikre *bevis*. Der er ikke hjemmel til som sådan at beslaglægge samtlige varer for at forhindre, at de indføres i handelen eller omsættes. Beslaglæggelse eller »frivillig« aflevering af varer, som dette må forstås i medfør af direktivets ordlyd, er således ikke hjemlet i retsplejelovens kapitel 57a – hverken i bestemmelsernes formål eller ordlyd. Retsplejelovens kapitel 74 omhandler beslaglæggelse og edition. Reglerne findes således i den del af retsplejeloven, der behandler straffeprocessen under afsnittet om sagens forberedelse inden tiltale rejses. Beslaglæggelse kan ske som led i politiets efterforskning, men alene i sager, der er undergivet offentlig påtale, jf. retsplejelovens § 802, stk. 1. nr. 1. Beslaglæggelses-bestemmelserne i retsplejeloven er ej heller egnede, hverken deres ord eller formål, til at bibringe rettighedshaveren den retsstilling, der fremgår af direktivet.

I medfør af den svenske ophavsretslovs § 56 a er der slet ikke hjemmel til beslaglæggelse af nogen karakter. Der er alene hjemmel til kopiering og fotografering. Ej heller i den svenske retsplejelov findes regler, der opfylder kravene i direktivet.

Der kræves således en lovændring såvel i Danmark som i Sverige. I den danske lovgivning kan mest hensigtsmæssigt indsættes en bestemmelse i retsplejelovens kapitel 57a.[115] Bestemmelsen kunne implementeres i henhold til sin ordlyd.

Rettighedshaveren har den fulde bevisbyrde for, at der skal kunne ske beslaglæggelse eller kræves aflevering. Ifølge bestemmelsens ordlyd kræves alene mistanke om, at varerne krænker en intellektuel rettighed. Det må forudses at der stilles samme krav til bevisbyrden for anvendelse af denne bestemmelse som til den bevisbyrde rettighedshaveren skal løfte for at få nedlagt et fogedforbud eller i øvrigt kræve bevissikring i medfør af bestemmelserne i retsplejelovens kapitel 57a.

Artikel 9, stk. 2 omhandler *erstatningsinddrivelse* ved overtrædelser i kommerciel målestok. I sådanne tilfælde skal medlemsstaterne sikre, at de retslige myndigheder kan kræve arrest i den påståede krænkende parts løsøregenstande og faste ejendom, herunder indefrysning af bankkonti og andre fordringer. Kommerciel målestok defineres i betragtning 14 til direktivet, som: »Handlinger, der udføres med henblik på direkte eller indirekte økonomisk eller kommerciel gevinst; dette udelukker normalt handlinger, der udføres af slutforbrugerne, når de handler i god tro«.[116] Der kan i den forbindelse kræves fremlæggelse af dokumenter med bankoplysninger samt

115. Dette ville medføre en ændring af overskriften på kapitlet.

116. Det følger også af betragtning 14, at foranstaltningerne kun skal være obligatoriske i forbindelse med handlinger der foretages i kommerciel målestol. Medlemsstaterne har

finansielle og kommercielle oplysninger eller kræves passende adgang til de relevante oplysninger. Også i denne situation skal den forurettede part godtgøre, at der foreligger omstændigheder, som kan vanskeliggøre inddrivelsen af erstatning. Anvendelse af denne bestemmelse er i lighed med beslaglæggelsesbestemmelsen en *foreløbig* foranstaltning, altså en foranstaltning der kan bringes i anvendelse, før der er truffet afgørelse vedrørende realiteten – forinden der er taget endelig stilling til, om der reelt foreligger en eneretskrænkelse. De danske eneretslove indeholder ingen bestemmelser af en sådan karakter.

Retsplejeloven indeholder i kapitel 56 bestemmelser om arrest. Ifølge hovedbestemmelsen i § 627 kan der foretages arrest til sikkerhed for pengekrav, når der ikke kan foretages udlæg for fordringen *og* det må antages at muligheden for senere at opnå dækning for fordringen ellers vil blive væsentlig forringet. Dansk retspraksis anlægger en yderst restriktiv fortolkning af arrestbestemmelserne i retsplejeloven. Det skyldes, at det er overordentligt sjældent, at betingelsen, om at der ikke skal kunne foretages udlæg for fordringen, er til stede. Dette ses i situationer, hvor skyldneren med overordentlig stor sandsynlighed er i færd med at bringe sin formue uden for rettighedshaverens rækkevidde.

Det umiddelbare anvendelsesområde for reglerne om arrest er ikke inddrivelse af erstatninger ved immaterialretlige krænkelser, og reglerne ses aldrig anvendt i dansk retspraksis i den forbindelse. Ifølge direktivet skal der kunne foretages arrest i såvel løsøregenstande og fast ejendom som i bankkonti og andre fordringer. Umiddelbart vil bestemmelserne om arrest i den danske retsplejelov dog efter deres ordlyd kunne opfylde direktivets formål. Da inddrivelse af erstatninger imidlertid ikke tidligere har været omfattet af bestemmelserne om arrest, vil man, for at opnå klarhed over retstilstanden, hensigtsmæssigt kunne tilføje en bestemmelse i arrestkapitlet om erstatning for immaterialretlige krænkelser. Direktivet fordrer også, at rettighedshaveren i forbindelse med arrestbegæringen skal kunne begære finansielle og kommercielle oplysninger fremlagt af krænkeren. I medfør af bevissikringsbestemmelserne i retsplejelovens kapitel 57 a, § 653, stk. 1, kan rettighedshaveren kræve foretaget undersøgelser hos krænkeren med henblik på at sikre *bevis* for krænkelsen. I retsplejelovens § 653, stk. 3 opremses det materiale, der kan kræves undersøgt. Opremsningen er alene en eksemplifikation, men materialet skal ifølge bestemmelsens ordlyd tjene til at konstatere om, og i hvilket omfang, *krænkelser* eller

---

mulighed for at anvende foranstaltninger i forbindelse med andre handlinger også, dvs. i forhold til private.

overtrædelser har fundet sted. Der er således ikke umiddelbart hjemmel i bestemmelsen til at søge oplysninger med henblik på en undersøgelse af krænkerens *økonomiske formåen*, hvilket fordres i direktivet. Der må derfor i retsplejeloven indføres en hjemmel til fremlæggelse af de pågældende økonomiske oplysninger i forbindelse med en arrestforretning.

Artikel 9, stk. 3 omhandler den bevisbyrde, der påhviler en rettighedshaver, der fremsætter begæring i henhold til stk. 1 og stk. 2. Det kræves, at rettighedshaveren fremlægger alt bevismateriale, der er rimeligt tilgængeligt, således at det med »tilstrækkelig stor sikkerhed kan fastslås, at rekvirenten er rettighedshaveren, og at rettighedshaverens rettigheder krænkes, eller at en sådan krænkelse er nært forestående«. Rettighedshaverne har således bevisbyrden for, dels at være indehaver af den intellektuelle rettighed, og dels at der foreligger en krænkelse, eller at en sådan er nært forestående. Denne bevisbyrde er sandsynligvis i overensstemmelse med den bevisbyrde, der påhviler rettighedshaveren i forbindelse med nedlæggelse af fogedforbud eller begæring om bevissikring, og implementering af bestemmelsen kræver ikke ændringer i den danske lovgivning.

Ifølge artikel 9, stk. 4 skal det sikres, at de foreløbige foranstaltninger i stk. 1 og 2 kan træffes, uden at modparten høres. Dette skal særligt kunne ske, hvis en forsinkelse kan påføre rettighedshaveren et uopretteligt tab. Sker forbudsnedlæggelsen eller arresten uden underretning, skal der gives besked herom umiddelbart efter forretningens foretagelse. Som retsplejeloven er affattet p.t., er der alene mulighed for at undlade underretning af rekvisitus i forbindelse med bevissikring i medfør af bestemmelserne i kapitel 57 a, såfremt det kan medføre risiko for fjernelse af beviset. Der er ikke mulighed for at foretage nedlæggelse af fogedforbud eller foretagelse af arrest uden høring af modparten. Også på dette punkt kræves en ændring af retsstillingen. Rekvisitus skal, i medfør af bestemmelsen in fine, have mulighed for at begære en efterfølgende prøvelse af høringsretten, således at der kan tages stilling til, hvorvidt foranstaltningerne skal ændres, ophæves eller stadfæstes.

Justifikationssag vedrørende realiteten skal i medfør af artikel 9, stk. 5 anlægges inden en rimelig frist. I modsat fald bortfalder de foreløbige foranstaltninger. Fristen fastsættes af den kompetente myndighed, dog således at den længste frist andrager 31 kalenderdage. Frist for anlæggelse af justifikationssag efter nedlæggelse af fogedforbud, er i henhold til retsplejelovens § 648, stk. 1, 2 uger efter forbudets nedlæggelse. Efter foretagelse af arrest er fristen for sagsanlæg 1 uge, jf. retsplejelovens § 634, stk. 1. Er der foretaget undersøgelser i henhold til retsplejelovens kapitel 57 a om bevissikring, skal rekvirenten, inden 4 uger fra modtagelse af fogedrettens

meddelelse om, at undersøgelsen er afsluttet, anlægge retssag vedrørende de krænkelser eller overtrædelser, som begrundede anmodningen om foretagelse af bevissikring. Der er ikke umiddelbart nogen begrundelse for at forlænge fristerne, der nu er fastsat i den danske lovgivning. Disse kan opretholdes, jf. direktivets art. 16.

I lighed med den danske retsstilling kan foretagelse af de foreløbige foranstaltninger opregnet i direktivet gøres betingede af, at der stilles sikkerhed, jf. artikel 9, stk. 6. Der er endvidere i artikel 9, stk. 7 indsat en bestemmelse om, at rekvirenten ifalder erstatningsansvar overfor rekvisitus, såfremt det efterfølgende konstateres, at der ikke forelå nogen krænkelse eller trussel om en krænkelse af en intellektuel rettighed.

Det kan således konkluderes, at der med direktivet indføres yderligere muligheder for begæring om foretagelse af foreløbige foranstaltninger, når en krænkelse konstateres. Disse muligheder vil medføre ændringer i den danske lovgivning og vil givet betyde en forbedret retsstilling for rettighedshaverne.[117]

10.1.2. Bevismateriale

Som nævnt ovenfor i afsnit 3 om retsplejelovens kapitel 57a er der heller ikke på området for bevissikring nogen form for retsenhed i medlemsstaterne.

I medfør af direktivets artikel 6 skal det sikres at, rettighedshaveren kan kræve fremlæggelse af bevismateriale, som modparten har kontrol over. Dette er på betingelse af, at han har fremført et rimeligt bevismateriale, der understøtter hans påstande. Fortrolige oplysninger skal beskyttes i forbindelse med fremlæggelsen. I den forbindelse kan der indføres hjemmel til, at et rimeligt udvalg af et betydeligt antal kopier af et værk eller en anden beskyttet genstand, anses for at være tilstrækkeligt bevismateriale. I tilfælde af kommercielle krænkelser, kan retten kræve dokumenter med bankoplysninger samt finansielle og kommercielle oplysninger fremlagt, når fortrolige oplysninger beskyttes.

I retsplejelovens § 298 er der hjemmel til, at retten kan pålægge en part at fremlægge dokumenter, der er undergivet vedkommendes rådighed, og som modparten vil påberåbe sig under sagen. Retten kan endvidere, i medfør af § 339, stk. 3, opfordre en part til at føre bevis, når sagens faktiske omstændigheder uden en sådan bevisførelse ville henstå som uvisse. Retsvirkningen af, at disse opfordringer siddes overhørig, er processuel skadevirkning, jf. § 344, stk. 2. Bestemmelserne i retsplejeloven retter sig

117. Jf. umiddelbart nedenfor i afsnit 10.

ikke direkte imod den situation, der søges reguleret i direktivet. Bestemmelsen i § 298 omhandler alene dokumenter, og bestemmelsen i § 339, stk. 3 omhandler den situation, hvor sagens oplysningsniveau er utilstrækkeligt. Direktivet regulerer den situation, at rettighedshaveren har behov for dels at provokere dokumenter og dels at provokere fysiske beviser fremlagt. Der åbnes mulighed for, at et udvalg af et betydeligt antal kopier af et værk betragtes som rimeligt bevismateriale, hvorefter de resterende må lægges til grund som værende krænkende uden de fremlægges for retten. For så vidt angår krænkelser i kommerciel målestok kan økonomiske oplysninger kræves fremlagt. Disse skal givet tjene til støtte for nedlæggelse af en erstatningspåstand, eller som grundlag for begæring af arrest til sikkerhed for erstatningsbetalingen, jf. artikel 9, stk. 3. Det må således anbefales, at der til gennemførelse af bestemmelsen, sker en præcisering af reglerne i retsplejeloven om editionspålæg og bevisfremlæggelse.

I artikel 7 gives hjemmel til sikring af bevismateriale som en *foreløbig foranstaltning*, det vil sige inden der er anlagt sag vedrørende realiteten. I medfør af artikel 7 skal der træffes foranstaltninger, således at en udførlig beskrivelse af produkterne kan ske, evt. i kombination med beslaglæggelse af produkterne og af de materialer og redskaber, der har været anvendt i fremstillingen og distributionen, samt de dertil hørende dokumenter. Disse foranstaltninger kan alene ske efter begæring, og der kan ske bevissikring uden at høre modparten. Modparten gives dog adgang til efterfølgende at få sagen prøvet. Beslaglæggelse kan gøres betinget af, at der stilles sikkerhed for et eventuelt tab, rekvisitus kan blive påført ved udførelse af bevissikringen. Rekvirenten er forpligtet til at anlægge sag indenfor en nærmere fastsat frist efter beslaglæggelsen på maksimalt 31 dage. I modsat fald er beslaglæggelsen ugyldig, og rekvirenten ifalder erstatningsansvar for rekvisiti tab. Det samme er tilfældet, hvis det efterfølgende viser sig, at der ikke forelå en krænkelse af rekvirentens intellektuelle ejendomsrettigheder.

Gennemførelse af bestemmelsen i artikel 7 kræver som udgangspunkt ingen ændringer i den danske retsplejelov. Reglerne i kapitel 57a giver rekvirenten mindst den samme retsstilling som direktivets bestemmelser. Reglerne i kapitel 57a giver på nogle områder rekvirenten en bedre retsstilling, end hvad der følger af direktivet. I medfør af retsplejelovens § 653a, stk. 4 kan bevissikring f.eks. foretages, selvom rekvisitus ikke giver møde eller træffes.

Dog giver direktivet i artikel 7, stk. 5 medlemsstaterne mulighed for at træffe foranstaltninger til beskyttelse af vidners identitet. Denne bestemmelse er ny i forhold til den danske lovgivning. Bestemmelsen var fremsat i Parlamentets ændringsforslag og blev motiveret med, at informanter skal have adgang til at kunne fremlægge beviser uden at løbe nogen social,

personlig eller jobrelateret risiko. Beviser skal således kunne forelægges domstolene uden at vidnets identitet meddeles rekvisitus.[118]

Artikel 8 indeholder endnu en nyskabelse i forhold til dansk ret. Bestemmelsen bærer overskriften: »Ret til information«. I henhold til stk. 1 kan de kompetente myndigheder, efter en begrundet og rimelig anmodning fra rettighedshaveren, på visse betingelser, pålægge enten krænkeren eller enhver anden person at fremkomme med oplysninger om varer eller tjenesteydelser, der krænker en intellektuel ejendomsrettighed. Betingelserne, for at informationspligten kan pålægges, findes i bestemmelsens litra a til d. Personerne, der kan afkræves oplysningerne, skal være fundet i besiddelse af de pågældende varer i kommerciel målestok, fundet i færd med at anvende de omtvistede tjenesteydelser i kommerciel målestok eller fundet i færd med at yde tjenester, der anvendes i de omtvistede aktiviteter i kommerciel målestok. Også en person, der er blevet identificeret af en person som foretager de ovennævnte handlinger, og som er indblandet i produktion, fremstilling eller distribution af de krænkende varer eller levering af de krænkende tjenesteydelser, kan pålægges informationspligt.

I bestemmelsens stk. 2 opregnes de oplysninger, som de i stk. 1 nævnte personer kan afkræves. Der er nærmere tale om oplysninger omkring samtlige personer i produktions- og salgskæden samt samtlige oplysninger omkring selve varen, det vil sige mængde og pris. Retten til information finder, jf. stk. 3, anvendelse med forbehold for andre lovbestemmelser, der f.eks. giver mere vidtgående rettigheder eller danner grundlag for at nægte informationen.

Ved implementering af artikel 8 kræves en lovændring i Danmark. Dette kan være enten i retsplejelovens kapitel 57a eller i de enkelte særlove. Når det i Danmark er besluttet at placere reglerne om bevissikring i retsplejeloven og ikke i særlovene, vil det være hensigtsmæssigt at følge denne systematik.

10.1.3. Foranstaltninger, der følger af en realitetsafgørelse

Artikel 10 vedrører korrigerende foranstaltninger i forhold til varer, efter det er fastslået, at der foreligger en krænkelse. Ifølge bestemmelsen kan der træffes foranstaltninger overfor varer, der krænker en intellektuel rettighed, men også overfor materialer og redskaber, der har været anvendt til at skabe eller fremstille på pågældende varer. De mulige foranstaltninger er tilbagekaldelse fra handlen, endelig fjernelse fra handlen og tilintetgørelse.

118. Reglen er inspireret af irsk lovgivning, hvor en sådan fremgangsmåde er fastlagt, men er umiddelbart i modstrid med den danske retstradition.

Retsstillingen reguleres i den danske ophavsretslovs § 84, der tilsvarende giver hjemmel til tilbagekaldelse samt tilintetgørelse. Der er i stk. 3 hjemmel til tilsvarende foranstaltninger overfor tryksatser, klicheer, forme og andet, der har tjent til den ulovlige fremstilling. Som nævnt ovenfor giver § 84 også hjemmel til inddragelse til fordel for den forurettede, mod at denne betaler et vederlag. Hjemmel til disse foranstaltninger findes ikke i medfør af direktivets bestemmelser, og disse bestemmelser i § 84 må ophæves. Bestemmelserne er aldrig set anvendt i praksis. I medfør af direktivets artikel 10, stk. 2 sker foranstaltningerne for krænkerens regning, med mindre særlige grunde taler her imod. Der skal endvidere, jf. stk. 3, være proportionalitet mellem krænkelsens omfang og de beordrede retsmidler, samt tredjemands interesser. Ifølge betragtning 24 til direktivet menes der med »tredjemands interesser« særligt »forbrugere og privatpersoner, der har handlet i god tro«. Disse bestemmelser skal gennemføres i dansk ret.

Direktivets artikel 11 giver hjemmel til, at der kan udstedes påbud til den krænkende part, når sagen er behandlet i realiteten. Påbud kan udstedes med henblik på at forhindre fortsat krænkelse. Manglende overholdelse af påbud kan sanktioneres med tvangsbøder. Der skal også være mulighed for – efter ansøgning fra rettighedshaveren – at udstede påbud til en mellemmand, hvis tjenesteydelser avendes af tredjemand til at krænke en intellektuel rettighed, dog således at infosoc-direktivets bestemmelser finder anvendelse på ophavsretslige forhold.

I medfør af artikel 12 kan der betales en kontant godtgørelse i stedet for at anvende foranstaltningerne i artikel 10 og 11. Dette kan ske, hvis krænkeren har handlet uforsætligt og ikke udvist uagtsomhed, hvis gennemførelsen af foranstaltningen vil skade ham uforholdsmæssigt meget og hvis en kontant godtgørelse forekommer rimeligt tilfredsstillende.

Medlemslandene forpligter sig til, at retten kan træffe afgørelse om offentliggørelse af retsafgørelser i sager om krænkelse af intellektuelle rettigheder. Offentliggørelse kan i givet fald ske på begæring af rettighedshaveren og for krænkerens regning. Implementering af artikel 11 og 12 kræver også lovændringer.

Med forbehold for direktivets bestemmelser kan medlemslandene anvende andre hensigtsmæssige sanktioner, når der foreligger en krænkelse af intellektuelle rettigheder, jf. artikel 16.

Endvidere pålægges medlemsstaterne at fremme oplysningskampagner for at orientere borgerne om de risici og problemer, der er forbundet med piratkopiering og forfalskning, og om de rettigheder og forpligtelser, der er forbundet med anvendelse og krænkelse af online-indhold.

10.2. Konklusion

Som det fremgår af ovennævnte gennemgang af direktivets enkelte bestemmelser, vil gennemførelse af direktivet i dansk ret betyde flere lovændringer i såvel de enkelte eneretslove som i retsplejeloven.

Der er i flere tilfælde tale om stramninger, især for krænkelser der udføres i kommerciel målestok. Særligt på området for foreløbige og retsbevarende foranstaltninger lægger direktivet op til flere alternative muligheder for dels at opnå det tilstrækkelige oplysningsgrundlag i sagen, og dels at foretage visse sikringsakter med henblik på at undgå at krænkende varer bringes i omsætning samt endelig på området for inddrivelse af erstatning.

Det fremgår af betragtning 17 til direktivet, at de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der fastlægges i direktivet, bør udformes således, at der tages behørigt hensyn til det pågældende retsområdes specifikke karakteristika, herunder særlige egenskaber ved den enkelte intellektuelle ejendomsret. Det betyder, at der kan være specielle forhold hos enkelte af de eksisterende enerettigheder, der bevirker, at implementering af reglerne skal ske på en særlig måde.

I Danmark findes der både regler om sanktioner, foreløbige retsmidler og bevissikring i eneretslovene, i retsplejeloven og i straffeloven. Det må formodes at systematikken mest hensigtsmæssigt opretholdes. I ovennævnte gennemgang er alene taget stilling til, på hvilke områder retsplejeloven og ophavsretsloven skal ændres som følge af direktivets bestemmelser. Det forekommer åbenbart, at de øvrige eneretslove tilsvarende skal ændres – på samme materielle område som ophavsretsloven. Direktivets bestemmelser i afdeling 2 om bevismateriale, afdeling 3 om retten til information og afdeling 4 om foreløbige og retsbevarende foranstaltninger, gennemføres mest hensigtsmæssigt ved ændringer i retsplejeloven, der jo er universal gældende for krænkelser af samtlige enerettigheder. I det omfang direktivet kræver ændringer af det materielle indhold i eneretslovene, sker dette mest hensigtsmæssigt ved ændringer i de enkelte love. Der findes også bestemmelser i direktivet, f.eks. bestemmelsen i artikel 5 om formodning om ophavs- eller ejendomsret, der alene retter sig mod en enkelt enerettighed, hvorfor ændringen naturligvis alene skal ske i den relevante lov.

11. Samlet konklusion og vurdering

Som det fremgår af dette kapitel, er sanktionsmulighederne og mulighederne for foretagelse af bevissikring talrige, når der er konstateret en ophavsretlig krænkelse. Det fremgår også, at reglerne i nogle situationer er effektive med det formål skærme rettighedshaverne mod krænkelser. I andre situationer mangler reglerne effektivitet og rettighedshaverne kan til tider med rette føle sig magtesløse.

Det skal dog kontinuerligt anerkendes, at reglerne ikke alene tjener som beskyttelse af rettighedshavernes interesser. Reglerne skal til stadighed være så smidige, at kreativitet og innovation fremmes. Uden sådanne tiltag bliver loven hul, da for stram regulering vil medføre, at loven gradvist vil få færre frembringelser at beskytte. Sanktionerne skal derfor afbalanceres, så begge disse synspunkter tilgodeses.

Spørgsmålet er i sidste ende politisk og kan være ganske vanskeligt at løse. Lovgivningen på det sanktionsmæssige område har da også hidtil varieret betydeligt alene inden for medlemslandene i EU. Krænkelse af immaterielle rettigheder er ikke noget nationalt fænomen, men foregår dagligt over landegrænserne. Dette skyldes til dels den teknologiske udvikling, særlig da internettet er globalt tilgængeligt og ikke opdelt af territoriale grænser. Sanktionernes forskellighed har betydet, at der kan spekuleres i, hvor sanktionerne er mest lempelige og dermed også det største mulige udbytte af krænkelserne findes.

Netop den teknologiske udvikling, men også en konstaterbar forøgelse af andre plagiatprodukter på markederne, betyder, at ophavsretsområdet og dermed hele det immaterielle område, er under stadig forandring dels via national lovgivning og dels via EU-retlig regulering. Som det fremgår af afsnit 8 i kapitel 1, er der dog ikke noget afgørende nyt i, at den teknologiske udvikling medfører ændringer på det immaterialretlige område. Næppe har noget felt været så indgående præget af lovændringer. Den udvikling må formodes at fortsætte så længe udviklingen i det teknologiske samfund fortsætter. Til forskel fra tidligere, hvor reguleringen primært var et nationalt anliggende, er udviklingen i dag gennemgribende præget af internationale konventioner og EU-retlig regulering. Den internationale regulering tog sin spæde begyndelse ved vedtagelsen af Bernerkonventionen i 1886. Siden er konventionen ændret flere gange og flere konventioner kommet til. Området har, som nævnt, igennem længere tid haft EU's bevågenhed, hvilket har udmøntet sig i vedtagelse af en efterhånden omfattende EU-retlige regulering, herunder det direktiv, der er behandlet i foregående og nærværende kapitel. Også den ophavsretlige beskyttelse samt originalitetsvurderingen er under stadig forandring i takt med den teknologiske udvikling. Det kan

med rette drøftes, om den ophavsretlige bue i beskyttelsesmæssig henseende ikke nu er ved at blive overspændt. Denne drøftelse ligger imidlertid udenfor afhandlingens rammer.

Det må dog formodes, at den materielle ophavsretlige retstilstand med tiden vil formes af EU-retlige regulering. Hele det privatretlige område påvirkes i det hele taget i større og større omfang af fællesskabsretlig regulering. Reguleringen har dog hidtil haft karakter af fragmentarisk lovgivning på enkelte områder inden for f.eks. aftaleretten, selskabsretten, arbejdsretten og ophavsretten. Dette betyder, at der ikke endnu findes nogen sammenhængende regulering af det privatretlige område. Dette giver naturligvis implementeringsproblemer, idet den fragmentariske lovgivning skal spille sammen med de uensartede nationale lovgivninger.[119] Der er ikke megen tvivl om, at udviklingen i fremtiden bliver øget og mere sammenhængende fællesskabsretlig lovgivning på det materielle privatretlige område, hvilket vil betyde en højere grad af ensartethed inden for Fællesskabets grænser – et fællesskab under stor udvidelse. En samlet forordning om ophavsret er dog ikke p.t. på dagsordenen i EU.

Der lægges i stedet både nationalt og internationalt op til en stramning af stort set alle regler både på det sanktionsretlige område og på området for forbudsnedlæggelse og bevissikring, som redegjort for i dette kapitel. Dette er primært begrundet i de forøgede teknologiske muligheder for at foretage ophavsretlige krænkelser uden besvær, men med store tab for rettighedshaverne til følge. Der er ingen tvivl om, at rettighedshavernes argumenter vinder gehør hos lovgiver i disse år. Fortalerne for brugernes rettigheder, *fair use* m.v., vinder omvendt gehør mange steder i den offentlige debat.[120]

Som det fremgår af kapitel 2, er erstatningsproblematikken nu også sat på dagsordenen i EU. At de ophavsretlige krænkelser stiger i omfang har som logisk konsekvens, at rettighedshaverens tab øges. Dermed øges også rettighedshaverens erstatningskrav og kravene til domstolene om stillingtagen til disse krav. Flere forfattere agiterer for, at erstatningskrav og opgørelsen heraf under tiden har fået en stedmoderlig behandling i retssystemet.[121] Flere årsager angives hertil. Erling Borcher anfører meget

119. Se om problemstilling i det hele *Ruth Nielsen*: Sondringen mellem privat og offentlig ret ved implementeringen af direktiver, der krydser den centrale formueret, U2003B.69 *og Ana M. López-Rodríguez*: EU-rettens påvirkning af formueretten – det formelle og det faktiske perspektiv, U2004B.115.

120. Se yderligere om denne problemstilling *Jens Schovsbo*: Immaterialretlig status, NIR2004.309.

121. Se f.eks. *Mogens Plesner*: Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægt på patentindgreb, NIR1986.367, Mogens Koktvedgaard: Det ophavsretlige sanktionssystem, Juristen 1966.49, *Olaf Eskildsen*: Erstatningsberegning

rammende i Produktefterligninger, 2. udgave, p. 249 f.: »Desværre har erstatningsbeføjelsen indtil nu ikke tilbudt en effektivitet, der modsvarer beføjelsens aktualitet«. Nils Sejersted anfører i Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller den sin funksjon?, NIR2000.121: »Det bør tilføyes til at i pågående tvisten bliver erstatningsspørgsmålene sjeldent prosedert særlig omfattende, idet man har en tendens til å konsentrere seg om selve inngrepssituasjonen. Dersom parterne under saksforberegelsen og hovedforhandlingen forkuserte mer på erstatningsspørgsmålene, ville muligens erstatning i større grad bli sat på dagsorden«. Olaf Eskildsen anfører samme synspunkt i Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, p. 375: »Den tilsyneladende utilstrækkelighed på et bevismæssige område skal i øvrigt ses i sammenhæng med de praktiske realiteter, der spiller ind i forbindelse med selve processen«. Plesner[122] omtaler den omstændighed, at: »Der i forbindelse med en krænkelsessags domsforhandling ofte vil indtræde en træthed hos både dommere og procedører på det tidspunkt, hvor erstatningskravet skal behandles, nemlig til sidst […]. Retspraksis antyder i øvrigt også en anden praktisk konsekvens af det problem, der består vedrørende bevisførelsen, idet den tilbageholdende praksis, når det gælder erstatningsberegningerne, ikke kan undgå at virke negativt motiverende på parter i retssager med den følge, at der lægges mindre kraft og ildhu i forberedelsen af erstatningskravet, og dette vil atter virke ind på domsresultatet således, at dialogen mellem parter og domstole på erstatningsområdet bliver svækket.«

Der anføres således både argumenter for, at domstolene ikke er tilstrækkeligt lydhøre overfor de nedlagte erstatningspåstande, herunder fremføres også argumenter for, at bevisbedømmelsen er for streng,[123] og for, at de påståede problemer snarere skyldes parternes manglende indsats i form af manglende eller utilstrækkelig dokumentation eller træthed ved procedurens afslutning.

Hvad enten man vil tilslutte sig det ene eller det andet synspunkt – eller eventuelt begge dele – kan det konstateres, at en række forfattere fremsætter synspunkter, der indeholder kritik af domstolenes erstatningsudmåling.

Forinden det kan konkluderes, hvorvidt denne kritik er berettiget eller ej, foretages i de kommende kapitler i afhandlingen dels en nøje analyse

---

i immaterialretlige tvister; Vennebog til Mogens Koktvedgaard, p. 363 f., *Nils J. Sejersted*: Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller den sin funksjon?, NIR2000.121, og *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 249 f.

122. Jf. *Mogens Plesner*: Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægt på patentindgreb, NIR1986.367

123. Se f.eks. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 264 og *Olaf Eskildsen*: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR2000.116, særligt p. 120.

af selve begreberne i ophavsretslovens § 83, og dels en nøje analyse af retspraksis på området.

Disse analyser munder ud i nogle konklusioner, hvor der inddrages en vurdering af, hvorvidt den danske retspraksis er i udvikling, herunder om udviklingen har taget fart efter lovændringen i 1995. Det vil også blive problematiseret om denne udvikling harmonerer med de tiltag, der er fremkommet fra EU med direktiv 2004/48/EF, herunder om disse tiltag vil bevirke en forbedret retsstilling på området. Sikkert er det under alle omstændigheder, at det er intentionen bag direktivet, at retsstillingen, sanktionerne og dokumentations – og inddrivelsesmulighederne skal strammes til fordel for rettighedshaverne. Det anføres flere steder i betragtningerne til direktivet, samt i direktivets artikel 3, at der skal være tale om effektive og afskrækkende retsmidler. Derfor er der nu mulighed for at sikre rettighedshaveren nogle værktøjer til opgørelse af erstatningskravet. Med indførelse af reglerne om bevissikring samt implementeringen af det nye direktiv skulle arbejdet med erstatningsopgørelserne på nogle områder blive lettet.

Som det er fremgået, er ophavsrettens område et af de områder, der lovgivningsmæssigt flytter sig hurtigst internationalt, og som en konsekvens deraf også nationalt. Derfor vil ophavsretsloven i fremtiden måske favne værksarter, som vi i dag end ikke har fantasi til at forestille os. Den teknologiske udvikling kan muliggøre krænkelsessager af endnu mere omfattende karakter, end tilfældet er i dag. Måske vil erstatningen for krænkelse af disse værksarter eller i disse sagstyper blive endnu højere end de erstatninger, vi kender i dag. Måske vil den teknologiske udvikling betyde, at de »gamle« kunstarter som f.eks. trykt litteratur, vil blive sekundære og dermed stort set aldrig udsættes for krænkelse.

Det forekommer åbenbart, at lovgiverne både nationalt og internationalt forsøger at geare lovgivningen til at rumme fremtidens krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder. Dette ses ved de meget vidtgående retsmidler, der kan bringes i brug i medfør af direktivet – særlig overfor krænkelser, der sker i omfattende og/eller kommerciel målestok. Som direktivet er formuleret, vil de enkelte medlemsstater, uden at komme i konflikt med direktivets formål og formuleringer, i fremtiden kunne vedtage stramninger på næsten ethvert punkt. Der er dermed indbygget en høj grad af elasticitet i lovgivningen.

Det må konkluderes, at de stramninger, der på samtlige fronter lægges op til i det nye direktiv, må hilses velkomment af alle, der hidtil har udtrykt frustration over retsstillingen for rettighedshaverne. Om direktivet løser samtlige problemer, der kan identificeres på området er der imod tvivlsomt. Men et skridt i denne retning er muligt, om lovgiver vil.

Kapitel 4

De grundlæggende principper i ophavsretslovens § 83

1. Indledning

Når vederlag og erstatning for ophavsretlige krænkelser skal udmåles, sker det med hjemmel i ophavsretslovens § 83. Bestemmelsen bærer overskriften: »*Erstatning og godtgørelse*«. Formålet med dette kapitel er at foretage en analyse af disse grundlæggende erstatningsretlige begreber sat i ophavsretlig kontekst. I de efterfølgende kapitler gennemgås retspraksis, hvorefter det vil være muligt at fastlægge, hvorledes begreberne anvendes i praksis. Det kan således belyses om bestemmelserne anvendes i overensstemmelse med deres teoretiske indhold, eller om der eventuelt i retspraksis anvendes andre parametre for udmåling af erstatning.

Analysen sker med hjemmel i bestemmelsens ordlyd og forarbejder. Endvidere søges det fastlagt, hvorvidt erstatningsbestemmelserne i den øvrige immaterialretslovgivning kan anvendes som led i analysen af indholdet i ophavsretslovens § 83. Med samme formål behandles den norske og svenske ophavsretslovgivning.

Forudsætningerne for, at der overhovedet kan pålægges erstatningsansvar er, at der foreligger forsæt eller uagtsomhed hos den krænkende part. Disse begreber beskrives derefter. Næst gennemgås reglen om rimeligt vederlag for udnyttelsen og i tilknytning hertil behandles spørgsmålet om erstatning for yderligere skade. I afsnittet om erstatning for yderligere skade redegøres for de relevante tabskategorier, det vil sige spørgsmålene om afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab.

Afslutningsvis behandles spørgsmålene, der rejses ved forståelsen af ophavsretslovens § 83, stk. 2 – nemlig vederlagsbestemmelsen, når krænkeren ikke har udvist culpøst forhold, og endelig bestemmelsen i stk. 3 om erstatning for ikke-økonomisk skade.

Praksis omkring disse spørgsmål vil blive indgående behandlet i de følgende kapitler. Det anses for formålstjenligt i et indledende kapitel at fastlægge de i § 83 anvendte begreber. Retspraksis vil blive inddraget, i det omfang det skønnes nødvendigt til illustration af de rejste problem-

stillinger, men en indgående analyse af retspraksis findes som nævnt i de følgende kapitler.

Analyserne i dette kapitel grunder sig primært på fortolkning af bestemmelsen, de foreliggende forarbejder m.v. og retslitteraturen. Endvidere inddrages bestemmelserne i de øvrige immaterialretlige love, herunder også de norske og svenske bestemmelser.

1.1. Erstatningsreglernes funktion, principper og formål

Grundprincipperne i spørgsmålene om erstatning for ophavsretlige krænkelser er de samme som for al erstatningsret.

Erstatningsretten tjener både en præventiv og en reparerende funktion. En potentiel skadevolder skal afholde sig fra at forårsage skade, ved viden om at han kan ifalde erstatningsansvar. Det fremgår af forarbejderne til immaterialretslovgivningen, at erstatningen for immaterialretlige krænkelser ikke bør være så beskeden, at det bliver økonomisk lønsomt at begå krænkelser.[1] Erstatningsudmålingen bør således være på et sådant niveau, at en skadevolder ikke kan kalkulere med erstatningen som blot en potentiel »produktionsudgift«. Bestemmelserne tjener hermed et præventivt formål. På området for krænkelse af ophavsrettigheder er der ikke tale om skadevoldelse i traditionel forstand. Der kan være tale om en kalkuleret risiko en forretningsdrivende eller privatperson tager i forbindelse med vurderingen af sine handlinger. Der kan også være tale om krænkelser begået i god tro samt alle tilfælde imellem disse yderpunkter. Var erstatningsreglerne imidlertid alene præventive, ville der ikke være problemer med at idømme meget høje erstatninger. Der skal imidlertid også tages hensyn til skadevolderen, særligt hvis skyldgraden er begrænset. Endvidere skal retsstillingen på området være i overensstemmelse med de almindelige erstatningsretlige principper. I modsat fald skal der være hjemmel til fravigelse.

For den skadelidte skal erstatningen reparere den skade, som er sket. Den skadelidte skal så vidt muligt i økonomisk henseende stilles, som om skaden ikke var indtruffet. Dette er imidlertid meget vanskeligt, når sagen drejer sig om en immaterialretskrænkelse, der ikke umiddelbart lader sig opgøre. I princippet skal der ske en sammenligning mellem ophavsmandens økonomiske situation efter krænkelsen og den økonomiske stilling ophavsmanden ville have haft, såfremt krænkelsen ikke havde fundet sted. Der er mange usikkerhedsmomenter forbundet med en sådan beregning. Der skal, blandet meget andet, skønnes over, hvorledes ophavsmandens økonomiske

1. Jf. f.eks. forarbejderne til lovændringen i 1995, FT 1994-95, sp. 1410 ff.

udbytte af den krænkede genstand ville være blevet. Det skal også fastlægges, om hans forventninger i den henseende ville være blevet indfriet. Der er dermed betydelige bevismæssige problemer koblet til dette retsområde.[2] Netop for at afhjælpe disse væsentlige bevismæssige problemer, blev reglen om rimeligt vederlag indført. Reglen skal sikre ophavsmandens krav på en minimumskompensation. Kan yderligere skade dokumenteres eller sandsynliggøres, gives der erstatning herfor efter reglerne om erstatning for yderligere skade. Erstatningsreglerne i ophavsretsloven bygger således i vidt omfang på de almindelige erstatningsretlige principper.

Den skadelidte skal ifølge disse principper så heller ikke overkompenseres.[3] Som det vil fremgå af de følgende kapitler er risikoen herfor, ved den erstatningsudmåling de danske domstole foretager, ej heller overhængende.

Den skade, der opstår ved en ophavsretlige krænkelse, er primært en ren formueskade og har ingen sammenhæng med hverken person- eller tingsskader. I ophavsretsloven findes der en særlig hjemmel til erstatning for denne formueskade i § 83, som introduceres i det følgende afsnit.

1.2. Introduktion til bestemmelsen i ophavsretslovens § 83

Ifølge ophavsretslovens § 83, stk. 1 har den, der overtræder en af de i §§ 76 og 77 nævnte bestemmelser, pligt til at udrede et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført.

Der er således tale om en to-leddet størrelse, dels udredelse af et rimeligt vederlag, og dels erstatning for eventuelt yderligere skade.

I praksis gives i nogle tilfælde alene vederlag for udnyttelsen til trods for, at der er nedlagt påstand om både vederlag og erstatning. I andre tilfælde tilkendes både rimeligt vederlag og erstatning dog oftest skønsmæssigt fastsat under ét, således at det ikke lader sig gøre at fastslå, hvilket beløb der gives som vederlag, og hvilket beløb der gives som erstatning.

> Afgørelsen U1999.158SH (Eva Trio) er et eksempel herpå. Sagen drejede sig om et grydesæt og en stofpose til emballering, der var udsat for krænkelse. Sø- og Handelsretten udtalte, at: »Sagsøgte skal betale et rimeligt vederlag for udnyttelsen af rettighederne samt erstatning for den yderligere skade krænkelserne i øvrigt måtte have medført, jf. bestemmelsen i § 83, stk. 1 i lov om ophavsret og § 43, stk. 1 i lov om varemærker […]. Efter et samlet skøn og under hensyn til, at der ikke er grund-

2. Se nedenfor i kapitel 8 om bevis.
3. Dette kan i visse situationer være tilfældet ifølge den anglosaxiske ret, hvor der giver mulighed for idømmelse af »punitive damages«. Se nærmere nedenfor i afsnit 8.2.

lag for at antage, at markedsforstyrrelsen har været af længere varighed, fastsættes vederlag og godtgørelser under ét til et samlet beløb på 250.000 kr.«.

Det er ikke lovens intention at give erstatning *både* for det fulde lidte tab *og* der ud over et rimeligt vederlag for udnyttelsen – altså dobbelt-kompensation. Nedlægger den krænkede part påstand om rimeligt vederlag, kan han ikke samtidig få erstatning for det konkret lidte tab, men selvfølgelig erstatning for den *yderligere* skade, som krænkelsen har påført ham. Denne skade vil kunne opgøres som tab for mistet afsætning, markedsforstyrrelser og andre tab.

Det skal dog indledningsvist slås fast, at det er lovens intention, at der kan gives erstatning udmålt som et rimeligt vederlag for udnyttelsen *uden* der er dokumenteret et lidt tab, men der gives ikke yderligere erstatning, uden der er dokumenteret et tab.

1.3. Bestemmelsens anvendelsesområde

Bestemmelsen finder anvendelse på overtrædelser af ophavsretslovens §§ 76 og 77. Indholdet af disse bestemmelser er nærmere gennemgået ovenfor i kapitel 2. § 76 henviser til en række bestemmelser i ophavsretsloven, hvis overtrædelse er sanktioneret med straf, herunder de indledende bestemmelser i lovens § 2 og 3. Reglerne i §§ 2 og 3 regulerer indholdet af ophavsretsbeskyttelsen. Ophavsretslovens § 2 angiver de økonomiske enerettigheder for så vidt angår de værker, der nyder beskyttelse efter ophavsretsloven. Den økonomiske beskyttelses indhold er, i korthed, retten til at råde over værket ved eksemplarfremstilling og tilgængeliggørelse overfor almenheden i oprindelig eller ændret skikkelse.

Ophavsretslovens § 3 er en særlig ophavsretlig bestemmelse, der beskytter ophavsmandens droit-moral.[4] Denne bestemmelse angiver, som navnet antyder, den moralske ret. Retten indeholder en beskyttelse af ophavsmandens ret til *navngivelse*, jf. § 3, stk. 1, det vil sige kravet på at blive krediteret i værkets forbindelse. Denne ret eksisterer ved enhver værksudnyttelse, hvad enten dette sker ved eksemplarfremstilling, tilgængeliggørelse for almenheden, herunder spredning, offentlig visning og offentlig fremførelse. Bestemmelsen i § 3, stk. 1 suppleres af stk. 2, som angiver ophavsmandens *respektret,* det vil sige retten til at modsætte sig

4. Se nærmere om bestemmelsen f.eks.: *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udg. p. 180 ff., *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo* p. 136 ff., *Per Håkon Schmidt*: Om ideelle rettigheder, Festskrift til Ulf Bernitz, NIR.159 ff.

krænkende ændringer i værket. Et særligt kendetegn for retten i henhold til stk. 3 er, at den normalt er uoverdragelig, og at den principielt eksisterer til trods for, at ophavsretten til det pågældende værk er ophørt, jf. ophavsretslovens § 75. Den skade, der opstår ved overtrædelse af ophavsretslovens § 3, har således ikke primært karakter af en formueskade. Til trods for, at bestemmelsen i § 3 regulerer den moralske ret, betyder det ikke, at beskyttelsen ikke også er af økonomisk interesse for ophavsmanden. Et eksempel herpå kan være ved vederlagsfordeling for udnyttelse af værker i forbindelse med kollektiv rettighedsforvaltning og i forbindelse med fastholdelse af ophavsmandens renommé.[5] Der kan gives erstatning for droit-moralkrænkelser med hjemmel i ophavsretslovens § 83.[6]

§ 77 omhandler import af værker eller frembringelser beskyttet af §§ 65-71. Derudover indeholder ophavsretsloven øvrige bestemmelser om straf, nemlig §§ 78, 79 og 80.[7]

Det er vigtigt at være opmærksom på, at området for straffesanktioner og området for erstatningssanktioner *ikke* dækker hinanden fuldstændigt. I medfør af § 78 straffes forsætlige og/eller groft uagtsomme overtrædelser af §§ 75 b, 75 c og 75 e med bøde. Disse bestemmelser, der omhandler beskyttelse af tekniske foranstaltninger, er ikke omfattet af § 83. Erstatning for overtrædelse heraf kan derfor alene gives efter *dansk rets almindelige regler om erstatning*.[8]

2. Anvendelse af erstatningsbestemmelserne i de øvrige eneretslove

I nærværende afsnit gennemgås de erstatningsretlige bestemmelser, der findes i den øvrige lovgivning om immaterialrettigheder. Dette skyldes, at bestemmelserne i ophavsretslovens § 83 samt de immaterialretlige love tilnærmelsesvis har samme ordlyd. Gennemgangen er begrænset til patentloven og varemærkeloven, da disse love er af ældre dato, og brugsmodelloven og designloven i store træk lægger sig tæt op af disse love.

Den kildemæssige værdi af bestemmelserne for nærværende afhandlings konklusioner skal således bestemmes. Dette skal ske for at fastlægge i hvilket omfang bestemmelsernes forarbejder, samt den litteratur der knytter sig til bestemmelserne, kan anvendes i analysen af indholdet af ophavs-

5. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 136.
6. Jf. nedenfor i afsnit 10.
7. Jf. ovenfor i kapitel 2, afsnit 8.
8. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 5.3.

retslovens § 83. For så vidt angår værdien og fortolkning af retspraksis afsagt med hjemmel i de øvrige love om immaterielle rettigheder samt markedsføringsloven, henvises til nedenfor i kapitel 5.

I dette afsnit behandles også de norske og svenske bestemmelser om krænkelse af ophavsrettigheder. Der søges draget konklusioner om disses bestemmelsers anvendelighed for så vidt angår kapitlets overordnede formål, nemlig at analysere den danske bestemmelse i ophavsretslovens § 83. Anvendelsen af retspraksis, afsagt med hjemmel i de norske og svenske bestemmelser, behandles ligeledes nedenfor i kapitel 5. Der inddrages alene bestemmelserne i de nordiske ophavsretslove. Der tages ikke stilling til de norske og svenske bestemmelser om patent-, varemærke- eller designrettigheder, da en sådan komparativ analyse ligger udenfor afhandlingens rammer.

2.1. Immaterialretslovgivningen samt den nordiske ret

Eneretslovene regulerer forholdene på området for industrielle og intellektuelle rettigheder og har flere fælles træk. Området er særegent, idet hver lov principielt regulerer hver sit *område*[9] og beskytter såvel økonomiske som personlige interesser for frembringerne på dette område.

Sammen med eneretslovene fungerer den almindelige konkurrencelovgivning. Heri findes bestemmelser, der supplerer retsværnet og begrænser udnyttelsesretten i det immaterialretlige system.[10] Markedsføringsloven supplerer eneretslovene og særlig ophavsretsloven på området for beskyttelse mod produktefterligninger. Samspillet og sondringen mellem beskyttelsen efter markedsføringsloven og ophavsretsloven behandles nærmere nedenfor i kapitel 5, afsnit 2.

Med henblik på en analyse af hvorvidt erstatningsbestemmelserne i de øvrige immaterialretlige love har samme materielle indhold som ophavsretslovens § 83, er det også nødvendigt overordnet at se på beskyttelsens indhold, hvilket sammen med erstatningsbestemmelsernes ordlyd, er indeholdt i det følgende afsnit.

9. Der er dog store overlapninger mellem lovenes anvendelsesområde, f.eks. kan et varemærkes udformning være beskyttet af ophavsretsloven, en genstand kan være ophavsretligt beskyttet, men tillige beskyttet af designloven osv.
10. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo,* p. 2.

2.1.1. Eneretslovene

Beskyttet efter *patentloven* er som hovedregel opfindelser, der kan udnyttes industrielt, jf. patentlovens § 1.[11] Beskyttelsens indhold fremgår af patentlovens § 3, hvorefter ingen andre end patenthaveren må fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende et patenteret produkt. Patentloven indeholder endvidere en række mere specifikke regler på området.

> Patentlovens § 58 har følgende ordlyd: »Den, som forsætligt eller uagtsomt begår patentindgreb, er pligtig at udrede rimeligt vederlag for udnyttelsen af opfindelsen samt erstatning for den yderligere skade, som indgrebet måtte have medført.
>
> *Stk. 2.* Begår nogen patentindgreb, uden at det sker forsætligt eller uagtsomt, er han, om og i det omfang det skønnes rimeligt, pligtig at udrede vederlag og erstatning efter bestemmelserne i stk. 1«.

Beskyttet efter *varemærkeloven*[12] er varemærker, som er særlige kendetegn for varer eller tjenesteydelser, som benyttes eller agtes benyttet i en erhvervsvirksomhed, jf. varemærkelovens § 1. Hovedreglen om beskyttelsens indhold fremgår af lovens § 4, stk. 1, hvorefter indehaveren af et varemærke kan forbyde andre at gøre erhvervsmæssigt brug af tegn, der er identisk med eller ligner indehaverens varemærke.

> Varemærkelovens § 43 har følgende ordlyd: »Den, som forsætligt eller uagtsomt krænker en andens varemærkeret, er pligtig at udrede rimeligt vederlag for udnyttelsen af varemærket samt erstatning for den yderligere skade, som krænkelsen måtte have medført.
>
> *Stk. 2.* Foreligger der hverken forsæt eller uagtsomhed, er krænkeren pligtig at udrede vederlag og erstatning efter bestemmelserne i stk. 1, i det omfang det skønnes rimeligt«.

Designloven[13] og brugsmodelloven[14] har tilnærmelsesvis samme ordlyd. Dog adskiller brugsmodelloven sig ved ikke at have krav om fortsæt eller uagtsomhed. En almindelig culpavurdering må dog lægges til grund for, at krænkeren ifalder erstatningsansvar for brud på brugsmodelloven. Beskyttelse efter patentloven, designloven og brugsmodelloven er betinget af registrering. Beskyttelse af et varemærke kan ske enten ved registre-

11. Lovbekendtgørelse nr. 1136 af 16.11.2004, som ændret ved lov nr. 451 af 10.06.2003.
12. Lov nr. 782 af 30.08.2001, som ændret ved lov nr. 451 af 10.06.2003.
13. Lov nr. 1259 af 20.12.2000, som ændret ved lov nr. 451af 10.06.2003.
14. Lov nr. 367 af 09.06.1998, som ændret ved lov nr. 412 af 31.05.2000 og lov nr. 451 af 10.06.2003.

ring eller ved ibrugtagning, dog således, at der ikke ved brug kan stiftes rettigheder over et varemærke, der efter sin beskaffenhed er udelukket fra registrering, jf. varmærkelovens § 3, stk. 2. Beskyttelse efter ophavsretsloven opstår ved værkets frembringelse. Der eksisterer ikke i ophavsretsloven nogen mulighed for at opnå beskyttelse ved registrering. På dette punkt kan altså konstateres en forskel mellem ophavsretsloven på den ene side og de øvrige eneretslove på den anden.

Som det fremgår af det ovenstående beskytter eneretslovene alle genstande, der er frembragt ved en eller anden form for kreativ eller videnskabelig indsats. På dette punkt er eneretslovene alle sammenlignelige. Der ydes i samtlige eneretslove beskyttelse mod efterligning samt anden udnyttelse af værket. Dog adskiller patentloven og varemærkeloven sig på dette punkt fra ophavsretsloven, idet alene erhvervsmæssig udnyttelse af varemærker og patentrettigheder er sanktioneret, jf. varemærkelovens § 4, stk.1 og patentlovens § 3, stk. 3, nr. 1.

Som det fremgår af de ovennævnte citater fra erstatningsbestemmelserne, har samtlige love, herunder ophavsretsloven, følgende formulering: »Den, som forsætligt eller uagtsomt overtræder […] har pligt til at udrede rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført«.

Som det vil fremgå nedenfor i afsnit 6, der omhandler bestemmelsen om rimeligt vederlag, stammer denne bestemmelse fra en fælles nordisk betænkning, Nordisk Utredningsserie 1963:3 »Betenkning angående Nordisk Patentlovgivning«. Denne betænkning blev, som titlen antyder, udfærdiget med henblik på en fælles nordisk revision af patentlovgivningen. Erstatningsbestemmelserne omkring rimeligt vederlag og erstatning for yderligere skade blev således først indført i patentloven og efterfølgende i de øvrige eneretslove, senest i hhv. ophavsretsloven og designloven. Bestemmelsen om erstatning i eneretslovene har således samme oprindelse, nemlig i denne betænkning. Ved ændringerne har bestemmelserne fået stort set samme ordlyd. Mogens Koktvedgaard anfører da også i Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved Jens Schovsbo, p. 459, at: »Der er ikke nogen rationel, men nok en historisk begrundelse for divergenserne, og i det praktiske retsliv anvendes reglerne stort set også på en måde, der indebærer, at de forskellige formuleringer bliver af mindre betydning«.

På baggrund af det ovenfor anførte om bestemmelsernes ordlyd, oprindelse og egenskaber, lægges der i det følgende til grund, at lovgivningen er direkte sammenlignelig og at forarbejder og retslitteratur kan finde direkte anvendelse ved fortolkningen af ophavsretslovens § 83, stk. 1. At de øvrige eneretslove har mere karakter af prioritetsregler end tilfældet er for ophavsretsloven, kan ikke i analysemæssig sammenhæng have nogen betydning

for sammenligning af bestemmelserne. Det medfører, at den nordiske »Betenkning angående Nordisk Patentlovgivning« vil blive anvendt som direkte fortolkningskilde ved fastsættelse af indholdet i ophavsretslovens § 83.

Ved krænkelser begået i god tro, kan der, jf. § 83, stk. 2, tilkendes vederlag og erstatning efter stk. 1, i det omfang det skønnes rimeligt. Vederlaget og erstatningen kan dog ikke overstige den ved overtrædelsen indvundne fortjeneste. Erstatningen i tilfælde af god tro er ikke maksimeret til den indvundne fortjeneste i medfør af patentloven og varemærkeloven. I medfør af ophavsretsloven tilkendes alene erstatning i god tros tilfældene på betingelse af, at krænkeren har opnået en vinding i det hele taget. Erstatningsgrundlaget afviger således i de tilfælde, hvor en krænkelse begås i god tro, og bestemmelserne i de øvrige eneretslove kan derfor ikke umiddelbart finde direkte anvendelse ved fortolkning af § 83, stk. 2.

I ophavsretslovens § 83, stk. 3 findes bestemmelsen om krænkelse af ophavsmandens droit-moral. Denne bestemmelse er særegen i ophavsretsloven og genfindes ikke i de øvrige eneretslove.

2.1.2. Norsk og svensk ret

De nordiske love om ophavsrettigheder baserer sig på et fællesnordisk lovgivningsarbejde som beskrevet ovenfor i kapitel 1. Lovteksten i de nordiske ophavsretslove i §§ 1 og 2 er parallelt udformet.[15] Til trods for sammenfaldende ordlyd i bestemmelserne har ophavsrettens materielle indhold udviklet sig en smule forskelligt i de nordiske lande.

Ophavsretten har dog stort set samme materielle indhold i Sverige og i Danmark. Det vil med andre ord sige, at beskyttelsens indhold, og de kriterier der anlægges for, om der foreligger en ophavsretskrænkelse, i vid udstrækning tilsvarer hinanden. I Sverige medførte indførslen af den svenske mønsterlov i 1970 strengere krav til originalitet end tidligere.[16] Udviklingen skal ikke forfølges nærmere her, idet retstilstanden i dag er på linje med den danske.[17] Dog anlægger de svenske domstole ikke samme syn på forvekslelighedskriteriet som i Danmark.[18]

15. Om udviklingen af bestemmelserne i de nordiske lande, se bl.a. *Marianne Levin*: Formskydd p. 287 ff. og *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten, p. 235 ff.
16. Se nærmere den svenske betænkning SOU 1956:25, upphovsmannarätt til konstnärliga och litterära verk og prp. Nr. 17, 1960 og SOU 1965.61, Mönsterskydd og prp. 1969:168.
17. Se nærmere om dette *Marianne Levin*, Formskydd, p. 304 f., *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten p. 238 f., *Ulf Bernitz m.fl.*: Immaterialrätt, p. 45 f. og *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 119 f.
18. Se udførligt om dette *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 123 ff. samt særligt henvisningerne i note 13, p. 125.

I Norge anlægges en noget strengere bedømmelse af kravene til den originalitet, der betinger ophavsretlig beskyttelse. Endvidere forekommer retsbeskyttelsens omfang noget begrænset i forhold til dansk og svensk ret.[19] Særligt på området for beskyttelse af brugskunst synes der i Norge ikke mulighed for tilkendelse af ophavsretlig beskyttelse på lempelige vilkår. Dette er retstilstanden i både Danmark og Sverige.

2.1.2.1. Norsk ret

I den norske Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)[20] § 55 findes følgende bestemmelse om erstatning: »Skade som voldes ved overtredelse som nenvt i § 54[21] eller ved overtredelse av § 49 første ledd[22], kan kreves erstattet etter alminnelige erstatningsregler. Er opphavsmanns eller en utøvende kunsters rett, eller den avbildedes rett etter § 45c, krenket forsettlig eller grovt uaktsomt, kan retten dessuten tilkjenne ham et pengebeløp som oppreisning for skade av ikke-økonmisk art. Selvom gjerningsmannen har handlet i god tro, kan den fornærmede uansett skadens størrelse kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handling«.

Bestemmelsen har fået sin nuværende ordlyd i 1998.[23] Som det fremgår, afviger den norske erstatningsbestemmelse på væsentlige punkter fra den danske. Udgangspunktet for den norske retspraksis er således, at erstatning gives efter de almindelige erstatningsretlige regler. Dette medfører, at rettighedshaveren skal have lidt et tab, som kan dokumenteres. En modifikation til hovedreglen findes i sidste led. Herefter kan ophavsmanden kræve sig tillagt den nettofortjeneste, den krænkende part har oppebåret ved krænkelsen. Dette kan kræves uanset skadens størrelse, og selvom den krænkende part har handlet i god tro. Reglen får således karakter af ansvar på objektivt grundlag. Bestemmelsen skal forstås sådan, at nettofortjenesten skal fralægges uafhængigt af ansvarsgrundlaget – uanset om den krænkende part har handlet uagtsomt eller forsætligt.[24] Ifølge den norske lovgivning har man altså en videregående mulighed for at kræve

19. Se nærmere f.eks. *Marianne Levin*: Formskydd, p. 302 ff., *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten, p. 241 og *Erling Borcher*: Produktefterligninger, p. 129 f.
20. Lov nr. 02 05.12. senest ændret ved lov 2003-03-14-14 fra 2003 05-01.
21. Åndsverklovens § 54 svarer i det væsentlige til ophavsretslovens § 76.
22. § 49, 1. led har følgende ordlyd:»Krever omstendighederne at originaleksemplar må ødelegges, skal opphavsmanden, hvis han er i live, gis varsel i rimelig tid, når det kan skje uten særlig oppofrelse«.
23. Ved lov nr. 4 af 9. januar 1998.
24. Jf. *N. J. Sejersted*: Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller den sin funksjon? I NIR2000.121 ff., her særlig p. 129.

erstatning for ikke dokumenterbar økonomisk skade ved at kræve, at den krænkende part fralægger sig sin fortjeneste. Til gengæld har man som udgangspunkt ikke mulighed for at kræve et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Der er i hvert fald ikke direkte lovhjemmel hertil. En sådan sanktion er jo aktuel i de situationer, hvor den krænkende part ikke har haft nogen fortjeneste på krænkelsen, eller hvor ophavsmandens tab vanskeligt lader sig dokumentere. I norsk ret har man i enkelte afgørelser alligevel tillagt et rimeligt vederlag for udnyttelsen i situationer, hvor rettighedshaveren netop led bevisnød, f.eks. i RG 2000.1042 og NIR1983.138.

Ved muligheden for at kræve fralæggelse af fortjenesten er den norske lovgivning nærmere det kommende EU-direktiv end dansk og svensk ret er på dette punkt.[25] Direktivet indeholder i artikel 13 hjemmel til, at krænkerens fortjeneste skal indgå som et moment i erstatningsudmålingen. Den norske åndsverkslov er for så vidt mere klar på dette punkt end direktivet. I direktivet nævnes krænkerens fortjeneste temmelig uspecificeret, og som et moment blandt flere der skal tages i betragtning, når erstatningen skal beregnes. I den norske bestemmelse anføres, at den krænkede part kan *kræve* nettofortjenesten udbetalt. Dette kan ske uanset skadens størrelse, altså også i de tilfælde hvor rettighedshaveren ikke kan dokumentere noget tab. Den norske åndsverkslov indeholder igen bestemmelser, hvorefter rettighedshaveren kan kræve sig tillagt vederlag for udnyttelsen ud fra licensbetragtninger, som tilfældet er i Danmark. EU-direktivet indeholder i artikel 13, stk. 2, også bestemmelser om vederlag for udnyttelsen. Spørgsmålet er, om man i Norge trods alt ikke vil harmonisere bestemmelserne i åndsværkloven med direktivets bestemmelser.

Åndsverkslovens § 55, 2. punktum omhandler krænkelser af ophavsmandens droit-moral. Bestemmelsen svarer i det store hele til bestemmelsen i ophavsretslovens § 83, stk.3.[26] Det er dog en betingelse, at der foreligger en forsætlig eller grov uagtsom krænkelse ifølge den norske bestemmelse. Den danske bestemmelse kræver, at der er sket en retsstridig krænkelse. Ved retsstridige krænkelser forstås uagtsomme eller forsætlige krænkelser. Der er således en mindre forskel på ansvarsgrundlaget i henholdsvis den danske og den norske lovgivning. I Danmark er alene lovovertrædelser i god tro ikke omfattet af bestemmelsen, og simpel uagtsomhed er tilstrækkeligt til at ifalde erstatningsansvar. Om anvendeligheden af norsk retspraksis, se nedenfor i kapitel 5 afsnit 3.1.[27]

25. Se ovenfor i kapitel 2, afsnit 4.1.2.1.1.
26. Nærmere om bestemmelsen nedenfor i dette kapitel afsnit 11.
27. Nærmere om den norske patentlovgivning og varemærkelovgivning nedenfor i kapitel 5, afsnit 4.3.

2.1.2.2. Svensk ret

Den svenske Lag om upphovsrätt til litterära och konstnärliga verk indeholder i § 54 følgende bestemmelse: »Den som i strid mot denne lag eller mot foreskrift enligt § 41 andre stycket utnyttjar ett verk skall til upphovsmanden eller hans rättsinnehavere gälde ersättning, utgörande skäligt vederlag for utnyttjandet.

Sker det uppsåtligen eller av oaktsomhed, skall ersättning jämväl utgå för annan förlust än uteblivet vederlag, så ock för lidande eller annat förfang.

Den som eljest uppsåtligen eller av oaktsomhet vidtagrer åtgärd, som innebär intrång eller överträdelse varom i 53 § sägs, skal ersätta upphovsmannen eller hans rättsinnehavare förlust, lidande eller annat förfång av åtgärden.«

Den svenske og den danske bestemmelse om erstatning er hinanden meget nærmere end den norske og den danske bestemmelse. Som det fremgår, er den svenske lovgivning også formuleret således, at erstatning udmålt som et rimeligt vederlag for udnyttelsen er den primære erstatningsbestemmelse.

Også andet punktum i den svenske bestemmelse modsvarer den danske. Således kan der kræves erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført. Denne skade kan være afsætningstab, markedsforstyrrelser og andet tab. Erstatningsgrundlaget er også det samme. I begge bestemmelser stilles krav om enten fortsæt eller uagtsomhed – simpel uagtsomhed er således også efter svensk ret tilstrækkeligt til at ifalde erstatningsansvar.

Sidste punktum i den svenske bestemmelse indeholder en regel om den, som foretager foranstaltninger, der indebærer en overtrædelse af § 53. Sker en sådan overtrædelse, skal ophavsmandens tab, eller anden skade som følge af foranstaltningen, erstattes. § 53 svarer stort set til den danske bestemmelse i ophavsretslovens § 76. Dog indeholder § 53 også bestemmelser om ansvar for kopiering af edb-programmer.[28]

Det er således ikke i medfør af svensk ret en teoretisk mulighed, at krænkerens fortjeneste tillægges vægt ved erstatningsudmålingen. Man skal således også i Sverige ændre erstatningsbestemmelsen som led i implementeringen af direktiv 2004/48/EF.

28. Se nærmere herom ovenfor i afsnit 1.2.

2.1.3. Konklusion

I afsnit 2.1.1. konkluderes, at de *danske* eneretslove stort set er ligelydende i deres formulering på det erstatningsretlige område. Lovenes ordlyd, forarbejder og retslitteraturen, der knytter sig dertil, kan således finde direkte anvendelse ved fortolkning af begreberne i ophavsretslovens § 83, stk. 1. Mogens Koktvedgaard når samme konklusion i »Lærebog i Immaterialret«, 7. udg., ved Jens Schovsbo, p. 451, hvoraf fremgår »Der pågår i disse år en harmonisering og ajourføring af de sanktionsretlige regler, og de resterende divergenser spiller næppe nogen større rolle i praxis, idet domstolene allerede nu synes at anvende nogenlunde ensartede principper på hele området, navnlig vedrørende det vigtige spørgsmål om erstatningens fastsættelse, dvs. udmålingsprincipperne og størrelsen.«

Bestemmelsernes forskellige formulering kan ikke umiddelbart forklares, men skyldes nok lovenes forskellige tilblivelsesmåde og det forhold, at de ikke er formuleret på samme tid. De tager dog alle deres udgangspunkt i samme nordiske betænkning om patentlovgivning, NU 1963:3, der omtales umiddelbart nedenfor i afsnit 6.

Vedrørende spørgsmålet om erstatning som følge af krænkelser begået i god tro, er der ikke overensstemmelse mellem de danske eneretslove. I varemærkeloven og patentloven maksimeres erstatningen ikke til den indvundne fortjeneste. Bestemmelserne er således ikke direkte substituerbare.

Som det fremgår af det ovenstående, er der ikke fuldstændig overensstemmelse mellem de nordiske landes regler om erstatning for ophavsretslige krænkelser. Erstatning kan dog i alle tre lande udmåles efter de almindelige erstatningsretlige regler.

Den norske åndsverkslov afskiller sig fra den danske og den svenske lovgivning på et væsentligt punkt, idet bestemmelsen giver mulighed for at tillægge rettighedshaveren erstatning udmålt som nettofortjenesten ved den ulovlige handling. Den danske og den svenske lov giver ikke mulighed herfor. Den norske lov indeholder ikke – i lighed med den danske og den svenske – direkte lovhjemlet mulighed for at udmåle erstatningen som et rimeligt vederlag for udnyttelsen af den ophavsretligt beskyttede genstand. Endvidere er udstrækningen af den norske retsbeskyttelse samt kravene til originalitet anderledes og noget strengere end i Danmark.

Det kan konkluderes, at den svenske og den danske ophavsretslov har stort set samme ordlyd og må anses for at have samme materielle indhold. Derfor anses den svenske lov som direkte anvendelig, når bestemmelserne i § 83 skal fortolkes. Det betyder, at den svenske bestemmelses ordlyd, forarbejder og litteratur, der knytter sig til bestemmelsen, anvendes på linje med de tilsvarende danske.

Den norske bestemmelse, og de forarbejder og den litteratur der knytter sig hertil kan ikke anvendes på linje med den danske og den svenske bestemmelse. Til trods for, at norsk retspraksis i enkelte tilfælde forsøger at anvende et vederlagsbaseret synspunkt, når erstatning for ophavsretlige krænkelser skal udmåles, findes norsk retspraksis ikke at kunne finde anvendelse på dette område, når formålet med afhandlingen er at afdække den danske retsstilling.

3. Erstatningssubjekterne

I dette afsnit defineres parterne nærmere. Det søges belyst, hvilke aktører der kan *tilkomme* erstatning, og hvilke aktører der kan *ifalde* erstatningsansvar. Dette giver i praksis ikke anledning til store problemer. Det er blot vigtigt at være opmærksom på, at andre end den umiddelbare frembringer og den umiddelbare krænker kan være subjekter i krænkelsessager.[29]

Dette afsnit behandler spørgsmålet om, hvilke parter der kan inddrages i en sag om erstatning efter § 83. Spørgsmålet om påtaleret i medfør af § 81 er behandlet ovenfor i kapitel 3, afsnit 7.

3.1. Definition af rettighedssubjektet i § 83, stk. 1 og 2

Af hovedbestemmelsen om erstatning i § 83, stk. 1 fremgår ikke, hvem der er rettighedssubjekt i forhold til en eventuel erstatning og godtgørelse. Det fremgår dog af § 83, stk. 2, at vederlag og erstatning tilkommer *den forurettede*. Stk. 1 må fortolkes i overensstemmelse med stk. 2, hvorfor rettighedssubjektet, også i medfør af stk. 1, er den forurettede.

Den forurettede kan defineres som *ophavsrettens indehaver*. Ophavsretslovens § 1 indeholder de grundlæggende regel om ophavsrettens objekt og subjekt. Bestemmelsen indledes med »*Den*, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket«. Ophavsretten tilkommer således primært den, som har fremstillet værket. Det betyder med andre ord, at ophavsretten alene kan *opstå* hos fysiske personer. Det medfører, at juridiske personer ikke kan være frembringere af ophavsretlige værker, men juridiske personer kan udmærket være *indehavere* af ophavsrettigheder.

Der er dog visse undtagelser til hovedreglen om, at ophavsretten ikke kan opstå hos andre end frembringeren. Ophavsretslovens kapitel 5 indeholder nogle særlige regler om »andre rettigheder«. Rettighedshaveren efter § 66 er »fremstilleren«. Fremstilleren er den person, der har fore-

29. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo* p. 461.

taget lydoptagelsen – typisk et pladeselskab. Det betyder, at retten i medfør af § 66 også kan opstå hos en juridisk person. Det samme gør sig gældende for så vidt angår rettighedshavere i medfør af § 67, der omhandler fremstillere af billedoptagelser, § 69 omkring fremstillere af radio- og fjernsynsudsendelser samt § 71 om fremstillere af kataloger, herunder databaser. I alle disse tilfælde kan retten opstå hos en juridisk person.[30]

Terminologisk har det ingen mening at anvende betegnelsen *ophavsmanden* for at beskrive frembringeren, også kaldet den *originære ophavsmand*.[31] Når »ophavsmanden« anvendes i ophavsretsloven, betyder dette som hovedregel både frembringeren og/eller den til hvem hans ret er overdraget.[32]

Der er dog visse undtagelser hertil. Til frembringeren af ophavsretten er knyttet særlige rettigheder, som alene kan udøves af denne. Det fremgår af visse bestemmelsers indhold og ordlyd, at disse alene sigter til frembringerens rettigheder. Dette er tilfældet for droit moral-bestemmelsen i § 3, formodningsreglen i § 7, reglen om følgeret i § 38, i § 58 a om uoverdragelige vederlagskrav samt i §§ 61, 62 og 63 om arv, kreditorforfølgning og beskyttelsestiden. I disse bestemmelser betyder »ophavsmanden« altså »frembringeren«.

Den forurettede, som omtaltes i § 83, kan også være den, der ved gave, arv, overdragelse eller anden erhvervelse er blevet indehaver af en ophavsret.[33] En ophavsrettighed er et formuegode, der principielt kan omsættes, jf. ophavsretslovens § 53, stk. 1, ligesom den kan pantsættes under visse betingelser.[34] Ophavsmanden kan derved også være en arving, en almindelig erhverver eller en kreditor.

Delkonklusionen er således, at såvel frembringeren som rettighedshaveren kan rejse sag om erstatning efter § 83, stk. 1 og 2. Spørgsmålet er herefter, hvem søgsmålsretten tilkommer i tilfælde af en krænkelse,

---

30. Se nærmere herom f.eks.: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 81.
31. Se også ovenfor kapitel 1, afsnit 9.
32. Umyndige personer, herunder børn, kan også være ophavsmænd, jf. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo* p. 94 og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 90.
33. Om muligheder for at overdrage ophavsrettigheder se betænkning 1197/1990 p. 42 ff., *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo,* p. 97 f og p. 419 ff. og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 460 f. med de i note 1 anførte henvisninger.
34. Pantsætning sker efter de almindelige regler om underpant i løsøre. Se f.eks. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 70 f., *Mads Bryde Andersen*: IT-retten p. 527 og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 464. Særligt om EDB-programmer, se *Hanne Bender:* Underpantsætning af edb, U1993B.420.

idet denne ikke i alle konkrete tilfælde tilkommer både frembringeren og rettighedshaveren.

3.1.2. Definition af den søgsmålsberettigede

Rettighedshaveren er søgsmålsberettiget ved en krænkelsessag efter ophavsretslovens § 83, stk. 1 og 2. *Indehaveren* af rettigheden er således *den forurettede.* Indehaveren af rettigheden er ikke altid, men kan være, frembringeren.

Har frembringeren overdraget sin ret, mister han søgsmålskompetencen til at kræve erstatning efter § 83 stk. 1 og 2, men ikke efter stk. 3, jf. nedenfor. Dette er dog betinget af, at *hele* retten er overdraget, jf. ophavsretslovens § 53, stk. 1.[35]

Partielle overdragelser af ophavsrettigheder er meget sædvanlige i ophavsretten. En partiel overdragelse kan for eksempel ske til et forlag, en importør eller et pladeselskab. I medfør af § 53, stk. 2 omfatter overdragelse af *eksemplarer* ikke overdragelse af ophavsretten. Delvise rettighedsoverdragelser kan ske på forskellig facon. Det kan ske kvalitativt (f.eks. retten til eksemplarfremstilling), kvantitativt (f.eks. udgivelse af et vist antal eksemplarer af en bog), tidsmæssigt (f.eks. rettigheden overdrages i 3 år) eller geografisk (f.eks. overdrages retten til udnyttelse af værket i Europa).[36]

Disse typer overdragelser forsyner som altovervejende hovedregel erhververen med både en *dispositionsret* og en *påtaleret*. Dispositionsretten indebærer en ret til selv at disponere over, og eventuelt videreoverdrage, værket under de i overdragelsen givne restriktioner. Påtaleretten medfører en ret til at forbyde andre at disponere i strid med den overdragne ret. Det forudsættes her, at overdragelsen af ophavsretten er eksklusiv, det vil sige, at der reelt overdrages en eneret, og at ophavsmanden ikke kan overdrage denne ret til andre også.[37]

Det beror på en fortolkning af kontrakten mellem parterne, om der foreligger en dispositionsret, en påtaleret eller begge dele. Foreligger begge dele er erhververen søgsmålsberettiget inden for rammerne af de overdragne

35. Jf. motiverne til 1961-loven er formodningen *imod*, at der foreligger en fuldstændig overdragelse af ophavsrettighederne med mindre dette fremgår klart og utvetydigt af aftalen mellem parterne, jf. FT 1959-1960, Tillæg A, sp. 2656 ff.
36. Jf. *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 2. udgave, p. 465 og Mogens Koktvedgaard: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 420 f.
37. Jf. *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 466, hvoraf følger, at er overdragelsen alene simpel, det vil sige at rettighederne kan overdrages til flere forskellige, da overdrages alene dispositionsretten – og ophavsmanden beholder den fulde påtaleret.

rettigheder. Foreligger alene en dispositionsret, men ikke en påtaleret, er alene frembringeren påtaleberettiget. Foreligger der imod alene en påtaleret, men ikke en dispositionsret, er begge parter som udgangspunkt søgsmålsberettigede. Søgsmålsretten følger med andre ord påtaleretten.[38]

Såfremt der har fundet en partiel overdragelse sted, er der mulighed for, at erhververen og frembringeren gensidigt kan krænke hinandens rettigheder, fordi der eksisterer et kontraktsforhold mellem parterne. Der foreligger dermed både en krænkelse i kontrakt, der skal reguleres efter de almindelige kontraktsretlige regler herom, og en ophavsretlig krænkelse, der kan sanktioneres efter reglerne i ophavsretslovens kapitel 7. Det må i sådanne tilfælde afgøres, om de kontraktsretlige regler om misligholdelse eller om de ophavsretlige sanktioner skal finde anvendelse. Spørgsmålet om den kontraktsretlige krænkelse, og de deraf følgende misligholdelsesbeføjelser, ligger uden for afhandlingens rammer.[39]

3.2. Definition af rettighedssubjektet i § 83, stk. 3

Rettighedssubjektet kan variere alt afhængig af, hvilken bestemmelse i ophavsretsloven der er overtrådt. I medfør af § 83, stk. 3 har en ophavsmand, fotograf eller udøvende kunstner, hvis ret er krænket ved retsstridigt forhold, krav på erstatning for ikke-økonomisk skade.[40] Rettighedssubjekterne fremgår således direkte af bestemmelsens ordlyd. Begrebet *ophavsmanden* dækker i denne situation over *indehaveren* af rettigheden, uanset om denne reelt er frembringeren, eller den der har fået retten overdraget. Det antages dog, at frembringeren selv kan kræve erstatning efter nærværende bestemmelse, uanset han har overdraget ophavsretten helt eller delvist til andre.[41] Et eksempel herpå findes i afgørelsen U2001.747H (Tripp Trapp), hvor frembringeren blev tillagt erstatning for ikke-økonomisk skade i medfør af § 83, stk. 3 med kr. 30.000. Rettighedshaverne i denne sag var både producenten, som havde fået rettighederne overdraget af frembringeren og den danske importør. Disse blev i forening tillagt en erstatning på kr. 500.000 for afsætningstab og markedsforstyrrelse. Der var ikke nedlagt påstand om erstatning for ikke-økonomisk skade af andre end frembringeren.[42] Erstat-

38. Se *Erik Mohr Mersing*: Nogle ophavsretslige bemærkninger i anledning af højesteretsdommen U1978.901H, U1979B.162 og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 466.
39. Jf. ovenfor kapitel 1, afsnit 2.
40. En tilsvarende regel findes ikke i de øvrige eneretslove. Bestemmelsen omhandles umiddelbart nedenfor i afsnit 11.
41. Jf. 1961-lovmotiverne, FT 1959-1960, Tillæg A, Sp. 2656 ff.
42. Se nærmere om dommen nedenfor i kapitel 5, afsnit 8.1.1.2.

ning for den direkte økonomiske skade og erstatning for ikke-økonomisk skade følges således ikke altid ad, og kravene skal i disse tilfælde ikke indtales af den samme sagsøger.

3.2.1. Definition af den søgsmålsberettigede

Reglen i § 83, stk. 3 kan anvendes både ved krænkelse af ophavsmandens økonomiske interesser for eksempel ved overtrædelse af ophavsretslovens § 2 og ved krænkelse af de ideelle rettigheder i medfør af ophavsretslovens § 3.

Foreligger en krænkelse af de økonomiske rettigheder kan søgsmål om godtgørelse for ikke-økonomisk skade anlægges af rettighedshaveren.

Foreligger derimod en krænkelse af ophavsretslovens § 3 kan erstatning alene kræves af frembringeren, idet droit-moral beskyttelsen principielt er uoverdragelig. Dog kan frembringeren i visse tilfælde i medfør af § 3, stk. 3 frafalde en efter art afgrænset brug af værket. Der er her tale om en meget begrænset overdragelsesmulighed, f.eks. af en filmindspilning. Er en sådan overdragelse sket, er erhververen søgsmålsberettiget i medfør af § 83, stk. 3.

Det er en almindelige udbredt opfattelse, at der hersker en formodning *imod* fuldstændige overdragelser af ophavsrettigheder. Dette følger også af princippet i ophavsretslovens § 53, stk. 3, der er udtryk for den såkaldte *specialitetsgrundsætning*. Heraf følger: »Har ophavsmanden overdraget en ret til at udnytte værket på en bestemt måde eller ved bestemte midler, giver overdragelsen ikke erhververen ret til at udnytte værket på andre måder eller ved andre midler.« En overdragelse omfatter således som udgangspunkt alene de rettigheder, der er nødvendige for den påtænkte udnyttelse.[43] Formodningen imod en overdragelse af rettighederne i henhold til § 83, stk. 3 er således også til stede.

3.3. Definition af erstatningssubjektet

Ophavsretsloven indeholder ingen regler om, hvem erstatningsansvaret påhviler. I § 83 anføres, at *den* som overtræder bestemmelserne i §§ 76 og 77 er pligtig at betale erstatning.

Mogens Koktvedgaard anfører at: »[…] formuleringen [fortolkes] i praksis som en henvisning til dansk rets almindelige regler om sub-

43. Se f.eks. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 97 og 420 ff., *Mads Bryde Andersen*: Grundlæggende aftaleret, p. 261 og *Jens Schovsbo*: Immaterialretsaftaler, p. 289. Se også betænkning 1197/90 hvor der redegøres for samme opfattelse af formodningsreglen om ophavsrettens overgang.

jektlæren inden for erstatningsretten, herunder reglerne om medvirken, principalansvar etc.«[44]

Det forekommer åbenbart, at erstatningssubjektet under alle omstændigheder er frembringeren af det krænkende produkt, eller den som udfører den krænkende handling. Dette ansvar ifaldes, uanset om det krænkende produkt eller rettighederne hertil er overdraget og ikke længere i krænkerens besiddelse.

Det er i sammenhængen mere interessant, hvorvidt andre end den umiddelbare fremstiller kan ifalde erstatningsansvar. Dette er dog utvivlsomt tilfældet. Enhver, som krænker en ophavsrettighed ved at bringe et krænkende produkt i omsætning, kan blive erstatningsansvarlig. Dette gælder såvel grossister som detailforhandlere. Udgangspunktet er dog også, at den, for hvis regning og i hvis økonomiske interesse handlingen udføres, er den primært ansvarlige.[45] Denne grundsætning kan have betydning i relation til reklamebureauer og andre i mere kommunikations- og formidlingsprægede brancher. En arbejdsgiver kan desuden blive erstatningsansvarlig for medarbejderes krænkelse af ophavsrettigheder.

Det er dog en udtrykkelig forudsætning både for omsættere af krænkende produkter samt arbejdsgiver- og medvirkensansvar, at betingelserne om uagtsom eller forsætlig handling er opfyldt. Uagtsomhedsvurderingen vil utvivlsomt være skærpet, når der foreligger professionelle handelsforhold.

> Afgørelsen U1999.158SH vedrørte en krænkelse af et velkendt grydesæt (EVA-TRIO), hvortil der var ophavsret. Sagen blev anlagt af producenten af den ophavsretligt beskyttede genstand mod forhandleren – i dette tilfælde Bilka Indkøb A/S. Sagsøgte havde *importeret* det krænkende produkt fra Fjernøsten. Sagsøgeren nedlagde påstand om, at sagsøgte skulle tilpligtes at anerkende at være uberettiget til at sælge og markedsføre grydeserien samt dennes indpakning i en råhvid pose. Sagsøgeren gjorde gældende, at der forelå krænkelse af sagsøgers ophavsret til grydesættet og en krænkelse af sagsøgers varemærkeret til stofposen. Sagsøgte blev under sagen dømt for såvel krænkelse af ophavsretsloven som varemærkeloven. Den oprindelige producent blev ikke inddraget i sagen.

Afgørelsen er et glimrende eksempel på, at der dømmes for en ophavsretlig krænkelse til trods for, at sagsøgte ikke er producent af den krænkende genstand, men alene importør. Der dømmes ikke for medvirken, men for

44. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 460.
45. Jf. betænkning 944/1982 p. 69, *Mogens Koktvedgaard*: Det ophavsretlige sanktionssystem, Juristen 1966.49 og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udg., p. 650.

krænkelse. Sagsøgtes indkøber havde hos producenten haft indflydelse på, hvorledes det krænkende produkt fik sin endelige formgivning. Denne skete dog ud fra dele, som producenten producerede i forvejen. Sø- og Handelsretten udtaler da også i sine præmisser, at: »Sagsøgtes indkøber af Luciano-grydesættet, kendte efter sin forklaring EVA-TRIO grydeserien og må som professionel på køkkenstyrsområdet også have kendt de stofposer, som sagsøgeren emballerede grydeserien i. Sagsøgtes krænkelse af sagsøgernes ophavsret til EVA-TRIO grydeserien og sagsøgerens varemærkeret til stofposerne må tilregnes sagsøgte som forsætlig eller uagtsom […]« og dermed dømmes sagsøgte til erstatning i overensstemmelse med § 83 i ophavsretsloven og § 43 i varemærkeloven.[46]

> I afgørelsen U1999.326Ø blev en direktør for et konkursramt anpartsselskab indstævnet med påstand om krænkelse af sagsøgers ophavsrettigheder til edb-programmer. Der var tale om salg af ca. 9.000 programpakker fremstillet uden licens. Sagsøgte var eneanpartshaver i anpartsselskabet. Sagsøger nedlagte under sagen påstand om, at sagsøgte havde krænket bestemmelserne i ophavsretslovens § 2 og § 77 (importreglen). Sagsøger gjorde endvidere gældende, at sagsøgte som enedirektør og eneejer af selskabet i medfør af almindelige erstatningsretlige grundsætninger var direkte erstatningsansvarlig for det tab, som import og distribution af programmerne havde påført sagsøgeren. Direktøren blev dømt for krænkelse af sagsøgers ophavsrettigheder.[47]

Landsretten udtaler i sine præmisser, at: »Sagsøgte var direktør og eneanpartshaver i selskabet og forestod den daglige drift af virksomheden […]. Under disse omstændigheder findes sagsøgte at måtte hæfte på lige for med selskabet for eventuelle krænkelser af sagsøgers enerettigheder i henhold til ophavsretsloven«. Også i denne sag blev direktøren dømt for ophavsretskrænkelse, til trods for, at han havde handlet i selskabets navn og for selskabets regning. Han blev ikke beskyttet ikke efter reglerne om medarbejderkrænkelser. Dommen kan også ses om et eksempel på de selskabsretlige principper om hæftelsesgennembrud.

> Afgørelsen U2005.1019V cementerer dette synspunkt. Afgørelsen omhandler visning af et tv-transmitteret boksearrangement i en restauration, der blev drevet af et anpartsselskab. Rettighedshaveren havde ikke givet tilladelse hertil og anlagde sag mod direktøren af selskabet, der tillige var medejer (15 % af anparterne). Til trods for, at det på en generalforsamling i selskabet i 2005 blev besluttet af sagsøgte skulle fratræde som direktør, var han frem til selskabets konkurs registreret som direktør

46. Se nærmere om afgørelsen nedenfor kapitel 5, afsnit 3.
47. Jf. også NJA 1986 p. 702.

i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og hos Bevillingsnævnet. Han deltog endvidere i selskabets bestyrelsesmøder, hvori det blev antaget at arrangementet blev drøftet. Landsretten anfører om hæftelsesspørgsmålet: »Det tiltrædes derfor, at [sagsøgte] er ansvarlig for den overtrædelse af ophavsretsloven, der ubestridt fandt sted, og det er uden betydning for ansvaret, om dette tillige kunne være gjort gældende over for anpartsselskabet, der nu er erklæret konkurs«.

I sagen FED1999.1734Ø havde en arkitekt solidarisk stævnet en gårdejer og et byggefirma for krænkelse af nogle arkitekttegninger til en svinestald. Retten lagde til grund, at byggefirmaet havde kopieret tegningerne, medens gårdejeren alene overfor byggefirmaet havde fremvist nogle billeder af, hvorledes han gerne ville have sin stald til at fremstå. Byggefirmaet blev dømt til at betale den største del af erstatningen. Det blev lagt til grund, at gårdejeren havde medvirket ved opførelsen af stalden men ikke med samme kendskab til tegningsmaterialet som byggefirmaet og derfor anførte Landsretten: »[gårdejeren fandtes] ved den foretagne udnyttelse af materialet også at være erstatningsansvarlig overfor appellanten«. De sagsøgte blev dømt in solidum til betaling af hhv. 40.000 kr. og 10.000 kr., således at det største beløb blev pålagt byggefirmaet.

3.3.1. Ansvar for ophavsretlige krænkelser på internettet[48]

For så vidt angår krænkelser på internettet er ansvarssubjektet primært den pågældende hjemmesides indehaver.

Dette fremgår klart af afgørelsen U2001.1572V. Sagen drejede sig om en 15-årig, der på sin hjemmeside havde indlagt direkte links til ulovligt tilgængeliggjorte musiknumre på internettet. Derved havde han uberettiget kopieret og/eller medvirket til andres kopiering af ulovligt tilgængeliggjorte musiknumre via internettet. Den 15-årige blev idømt en erstatning på kr. 100.000,00.[49]

Spørgsmålet på dette særlige område er, om der påhviler en *internetudbyder* eller en *netværksoperatør* et ansvar for den eksemplarfremstilling, der sker f.eks. ved browsing på internettet. Der må her sondres mellem den *lovlige* brug og den *retsstridige* brug af de pågældende værker.

48. Litteraturen om krænkelser på internettet er særdeles omfattende, se *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udg., p. 242 med de i note 1 anførte henvisninger, og samme p. 651 med de i note 24 og 26 nævnte henvisninger.
49. Se nærmere om afgørelsen nedenfor kapitel 6, afsnit 5.

På området gælder særlige regler, som blev indført i forbindelse med gennemførelse af Infosoc-direktivet.[50] Ved gennemførelsen af direktivet blev det præciseret i ophavsretslovens § 2, stk. 2, 1. punktum, at enhver form for midlertidig kopiering omfattes af ophavsretten. Det betyder, at internetudbydere skulle kunne ifalde ansvar for krænkelser af ophavsrettigheder på internettet, idet der til stadighed sker midlertidig eksemplarfremstilling af ophavsretlige beskyttede værker ved fremførsler på internettet.

Der findes dog en undtagelsesbestemmelse i ophavsretslovens § 11a, der netop omhandler midlertidig eksemplarfremstilling. Bestemmelsen gennemfører infosoc-direktivets artikel 5, stk. 1, der er obligatorisk for medlemslandene. I medfør af bestemmelsen er det tilladt at fremstille disse midlertidige eksemplarer. Det er et krav at de er flygtige eller tilfældige. De skal udgøre en integreret del af en teknisk proces og udelukkende have til formål at muliggøre en mellemmands transmission af et værk i et netværk. Dette netværk skal være mellem tredjemænd. Endvidere må de midlertidige eksemplarer ikke repræsentere en selvstændig økonomisk værdi. For så vidt angår edb-programmer og databaser gælder bestemmelsen ikke, jf. § 11a, stk. 2. Det er således ikke tilladt at fremstille midlertidige eksemplarer af denne værkstype.

Konsekvensen af bestemmelsen er således, at internetudbydere og andre netværksoperatører ikke ifalder ansvar i forbindelse med deres almindelige mellemmandsvirksomhed på internettet. Den eksemplarfremstilling, der sker ved at ophavsretligt materiale transporteres gennem et netværk, er således tilladt. Det er i den forbindelse forudsat, at der er tale om lovlig brug af de pågældende værker. Der er endvidere en betingelse, at internetudbyderen ikke ændrer den information, der fremsendes gennem netværket og/eller foretager indgreb i den almindelige anvendte teknologi med det formål at skaffe sig data om anvendelse af informationen.[51] Under de skitserede betingelser er internetudbyderen eller netværksoperatøren således ikke ansvarlige for den midlertidige eksemplarfremstilling, der finder sted ved lovlig brug af ophavsretligt beskyttede værker på internettet.

Et spørgsmål er om en internetudbyder kan blive anset for erstatningsansvarlig for de ophavsretlige krænkelser, der sker ved fremførsel af ophavsretligt beskyttet materiale gennem internettet. Der er ingen tvivl om, at der, i det omfang betingelserne i retsplejelovens kapitel 57 er til stede, vil kunne blive nedlagt fogedforbud overfor en internetudbyder ved frem-

50. Jf. Rådets direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.
51. Jf. betragtning 33 til infosoc-direktivet og umiddelbart nedenfor om e-handelslovens §§ 14-16.

førsel af ophavsretligt krænkende materiale på internettet.[52] Spørgsmålet om erstatningsansvar reguleres i e-handelsloven, der implementerer direktiv 2000/31/EF om elektronisk handel. Reglerne i §§ 14-16 omhandler ansvarsfritagelse for internetudbydere og andre mellemmænd på internettet. Bestemmelserne berører tjenesteydere, som transmitterer information på et kommunikationsnet som ren videreformidling (§ 14), caching (§ 15)[53] og oplagring (§ 16). Bestemmelserne regulerer disse tjenesteyderes frihed for erstatningsansvar og strafansvar for den information der transmitteres og oplagres gennem et kommunikationsnet i strid med gældende regler. Det fremgår af bestemmelserne i §§ 14 og 15, at udbyderen er ansvarsfri for den transmitterede kommunikation samt dennes midlertidige oplagring i serverens cache, hvis udbyderen ikke selv tager initiativ til transmissionen, ikke udvælger modtageren heraf, eller hverken udvælger eller ændrer den transmitterede information.[54] Der er således frihed for ansvar i de tilfælde, hvor der alene er tale om den tekniske drift af et kommunikationsnet, og hvor udbyderen ikke har kendskab til eller kontrol over de informationer, der transmitteres eller oplagres. Om oplagring af information eller indholdet af den oplagrede information bestemmes i § 16, at der er ansvarsfrihed for udbydere, hvis der ikke er kendskab til en ulovlig eller skadevoldende aktivitet. Særligt for så vidt angår erstatningskrav er der ansvarsfrihed, jf. § 16, stk. 1, nr. 1, hvis udbyderen ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder omkring den skadevoldende aktivitet eller information. Under de givne betingelser er der også ansvarsfrihed for medvirken. Fra det tidspunkt tjenesteyderen får kendskab til den ulovlige eller skadevoldende

52. Dette fremgår også af betragtning 45 til direktiv 2000/31/EF, jf. umiddelbart nedenfor. Dette blev også resultatet af en kendelse i sag nr. B-1677-03 afsagt af Østre Landsret den 29. april 2004. Sagen drejede sig om et fogedforbud som en række fællesforeninger ønskede nedlagt mod en internetudbyder, med påstand om, at udbyderen lukkede for en kundes internetforbindelse. Denne kunde foretog krænkelser af ophavsretlige beskyttet materiale ved fremførelse af værker på internettet. Landsretten fastslog, at transmissionen var omfattet af § 14 i e-handelsloven, og anførte: »På baggrund af det ovenfor anførte finde vi det ikke udelukket at anvende forbud som et foreløbigt retsmiddel overfor indkærede [internetudbyderen], uanset at indkærede som tjenesteyder af transmissionen er fritaget for et medvirkensansvar i forhold til det straf- og erstatningsansvar, der måtte påhvile de ukendte indehavere af serverne«.

53. Hermed menes proxycaching – det vil sige de situationer, hvor tjenesteyderen lagrer andre tjenesteyderes web-sider på sin server for at kunne videretransportere disse så hurtigt som muligt. Almindelig individuel caching sker, når en web-side gemmes på en individuel computers harddisk således at, siden hurtigere fremkaldes ved andet besøg på denne web-side. Denne situation reguleres ikke af § 15 i e-handelsloven.

54. Dette gælder dog ikke ændringer af mere teknisk karakter, f.eks. forstørrelse og formindskelse af billeder, der ikke ændrer de transformerede informationers integritet.

aktivitet, er der jf. nr. 2, en forpligtelse til straks at fjerne informationen eller hindre adgangen til den. Tjenesteyderen kan blive ansvarlig i henhold til bestemmelsen, såfremt tjenestemodtageren handler under udbyderens myndighed og kontrol.

Dette betyder, at udbyderen i strafferetlig sammenhæng er straffri, såfremt han blot ikke havde nogen viden om den konkrete ulovlige aktivitet eller information. I erstatningsretlig sammenhæng kan udbyderen blive erstatningsansvarlig efter en culpabedømmelse.

4. Forsæt og uagtsomhed

I dette afsnit beskrives begreberne »forsæt« og »uagtsomhed« i relation til de ophavsretlige regler herom. Erstatningsansvar ifaldes alene under nogle særlige betingelser. Disse er kravene om tilstedeværelse af et ansvarsgrundlag, samt krav om årsagsforbindelse og adækvans.[55]

At betingelserne for at ifalde erstatningsansvar systematisk behandles hver for sig er altså ikke udtryk for, at samtlige betingelser for pålæg af erstatningsansvar ikke skal være til stede. Da der gælder særlige regler om ansvarsgrundlag for ophavsretlige krænkelser, behandles disse i et særskilt afsnit.

4.1. Uagtsomhed

Den subjektive betingelse for erstatningsansvar for krænkeren er, at der enten foreligger forsæt eller uagtsomhed, det vil sige culpa. I modsætning til bestemmelsen om straf i § 76, er det således tilstrækkeligt, at der foreligger *simpel uagtsomhed*. Rettighedshaveren skal alene bevise, at der foreligger simpel uagtsomhed, hvis påstanden er erstatning, men skal bevise, at der foreligger grov uagtsomhed, hvis der tillige nedlægges påstand om straf. Om grænsen mellem simpel og grov uagtsomhed henvises til afsnit 8.1.

Der skal foretages en culpavurdering af den krænkende parts handlinger. Begrebet culpa indeholder ikke i sig selv nogen anvisning på spørgsmålet om, hvilken agtsomhedsnorm der skal bygges på ved dens anvendelse. Traditionelt har man besvaret dette spørgsmål med et andet spørgsmål, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt krænkeren burde have handlet anderledes. Denne vurdering er tidligere foretaget med udgangspunkt i den agtsomhed, der

55. Generelt om årsagsforbindelse og adækvans se: *Bo von Eyben og Helle Isager*: Lærebog i erstatningsret, 5. udgave p. 215 ff. samt *Torsten Iversen:* Erstatningsberegning i kontraktsforhold p. 84 ff.

kan forventes hos en *bonus pater familias*.[56] Det var således afgørende for vurderingen, hvad skadevolderen kunne eller burde kunne påregne i handlingsøjeblikket. Denne traditionelle opfattelse har dog måttet vige for en mere moderne culpavurdering, der grundes på en mere objektiv bedømmelse. Domstolene vurderer således handlingen ud fra et, på tidspunktet for dennes foretagelse, anerkendt adfærdsmønster. Dette adfærdsmønster kan f.eks. have hjemmel i lov, sædvane eller være nærmere beskrevet i forskellige forskrifter. Klart er det imidlertid, at culpavurderingen skifter over tid, og at det ikke er muligt at fastsætte en nøjagtig begrebsdefinition.

Culpabedømmelsen for ophavsretlige krænkelser skal selvfølgelig ske i sammenhæng med fortolkningen af ophavsretsloven. Loven giver dog ikke umiddelbart nogen anvisning herpå. Vejledning må således søges i retspraksis. Der er dog ingen tvivl om, at der skal foreligge særlige omstændigheder, før krænkeren slipper for erstatningsansvar. Dette er særlig begrundet med, at der foreligger en overtrædelse af en retsforskrift, og dette i realiteten får umiddelbar betydning for culpavurderingen.[57]

Få generelle normer for culpavurderingen kan opstilles og diskuteres, særligt for så vidt angår professionelles ansvar. Disse beskrives i det følgende.

4.1.1. Undersøgelsespligt

Om en given genstand er omfattet af ophavsretslovens beskyttelsesregler er ikke umiddelbart indlysende og let at konstatere. Dette skyldes flere forhold. Ophavsrettigheder offentliggøres ikke i noget tilgængeligt register. Området er fuldstændig formfrit og ophavsretten opstår med værkets frembringelse. Der er således ikke noget krav om ibrugtagning af værket for at opnå beskyttelse mod krænkelse. Det er dog heller ikke sådan, at enhver frembringelse er omfattet af ophavsretsloven, jf. nedenfor i kapitel 5 om ophavsrettens originalitetskrav/værkshøjdekrav.[58] Der er i lovteksten krav om, at frembringelsen skal kunne karakteriseres som et *værk*. Hvornår en given frembringelse opfylder betingelserne for at kunne karakteriseres som et sådant, bringer betydelige problemer.[59]

---

56. Se nærmere om culpabagrebet: *Bo von Eyben og Helle Isager*: Lærebog i erstatningsret, 5. udg., p. 60 ff.
57. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Det ophavsretlige sanktionssystem, Juristen 1966.49, her p. 56.
58. Jf. nedenfor kapitel 5, afsnit 2.
59. Nedenfor i kapitel 5, afsnit 2 beskrives kort kravene til værkshøjde/originalitet. Det ligger uden for denne afhandlings rammer indgående at foretage en af analyse heraf. En fremstilling om emnet findes der imod i *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten.

Det kan derfor drøftes, om der påhviler en frembringer en undersøgelsespligt af markedet på det pågældende område, vedkommende vil begive sig ind på. Er det tilfældet, kan der statueres uagtsomhed, såfremt undersøgelsespligten siddes overhørig. Det kan også spørges, om der er forskel på den undersøgelsespligt, der påhviler en frembringer og den undersøgelsespligt der påhviler en professionel handlende/forhandler, og om undersøgelsespligten er forskellig alt afhængig af, hvilken værkstype der er tale om.

Det skal erindres, at simpel uagtsomhed er tilstrækkeligt til at ifalde erstatningsansvar. Der skal således ikke et særligt kvalificerende forhold til for at statuere uagtsomhed i forbindelse med ophavsretslige krænkelser. Når der sker frifindelse i sager om ophavsretlige krænkelser, skyldes dette oftere, at genstanden ikke kan kvalificeres indenfor ophavsretslovens virkefelt, end det skyldes, at den krænkende part ikke har handlet culpøst.

Det følger ikke af de erstatningsretlige grundsætninger eller af lovgivningen, at der påhviler ophavsmanden, en indehaver af en ophavsrettighed eller en forhandler en undersøgelsespligt, således at der altid kan statueres ansvar, såfremt undersøgelsespligten ikke er opfyldt. I særlige situationer kan det dog være relevant at diskutere, om manglende undersøgelse af markedet i sig selv kan bevirke, at der statueres uagtsomhed.

For så vidt angår *frembringerens* eventuelle undersøgelsespligt, kan yderligere en problemstilling defineres. Grundet ophavsretslovens manglende karakter af en prioritetsret, eksisterer der mulighed for at dobbeltfrembringelser kan opstå. En dobbeltfrembringelse vil sige, at to af hinanden uafhængige parter frembringer et produkt med samme fremtoning. Værkerne beskyttes uafhængigt af hinanden. Domstolene er dog sjældent særlig lydhøre overfor argumenter om dobbeltfrembringelser – særligt hvis det oprindelige produkt besidder en vis kompleksitet. Et eksempel på at Højesteret anerkender et anbringende om dobbeltfrembringelse forelå i afgørelsen U1993.17H om tipssystemer. I dommen tillagdes dog ikke ophavsretlig beskyttelse, da selve muligheden for, at en dobbeltfrembringelse kunne fremkomme, påvirkede originalitetsbedømmelsen. Det var nemlig under sagen oplyst, at sandsynligheden for dobbeltfrembringelser ved udformning af tipssystemer var betydelig. Tilfælde af dobbeltfrembringelser kan også forekomme i situationer, hvor begge værker er udformet med et tredje værk som forlæg. Der lægges typisk vægt på om det overhovedet kan anses for sandsynligt, at det ene værk er frembragt uden kendskab til det andet. Hvis dette er tilfældet, kan det også have betydning for originalitetsvurderingen, og dermed selve den ophavsretlige beskyttelse.[60]

60. Se f.eks. U2002.1645Ø.

Pålægges frembringeren en undersøgelsespligt formindskes risikoen for krænkelser og også for dobbeltfrembringelser. Der foreligger dog ikke afgørelser, der, overfor en frembringer, statuerer uagtsomhed på grund af manglende undersøgelse af markedet. Det er som det absolutte udgangspunkt en betingelse, at den sagsøgte frembringer har haft subjektivt kendskab til originalproduktet.[61]

Inden for visse værkskategorier vil det dog være nærliggende, i et vist omfang, at kræve undersøgelser af markedet og kendskab til markedet for frembringeren. Dette kunne være tilfældet for udvikling af edb-programmer, hvor frembringeren får karakter af en professionel aktør, der må have en særlig pligt til at være bekendt med andre produkter på markedet.[62] Det er vigtigt at erindre, at også krænkende frembringelser, om hvilke frembringeren har været i god tro, kan sanktioneres med erstatning, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 2. Erstatningen er dog i medfør af denne bestemmelse maksimeret til en rimelighedserstatning, der ikke kan overstige den indvundne fortjeneste. I enkelte situationer kan sondringen mellem uagtsomhed og god tro derfor være af betydning og dermed også problemstillingen omkring undersøgelsespligt.

Der kan i højere grad siges at påhvile *forhandlere* af ophavsretligt beskyttede produkter en undersøgelsespligt. Dette er i særdeleshed gældende for professionelle,[63] der hverken kan holde sig i bevidst eller ubevidst uvidenhed om produkter og forhold på markedet.[64] Dette spørgsmål er særligt

61. Jf. f.eks. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo* p. 149 ff. samt *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 145.
62. Af forarbejderne til lov nr. 378 af 7.6.1989, FT 1988-89, Tillæg A, sp. 3197 ff. samt betænkning 1964/1986, p. 43 f. fremgår, at værkshøjdekravet til edb-programmer fordrer, at edb-programmet bl.a. skal hæve sig op over det nærliggende og alment kendte, samt det niveau, som det almindelige fælleseje repræsenterer. I dag hører spørgsmålet om retsbeskyttelse af edb-programmer under Rådets direktiv 250/1991/EØF om retlige beskyttelse af edb-programmer. Herefter er der krav om »originalitet« og om, at der skal være tale om »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.« Se nærmere *Peter Schønning*, NIR1992.59 f., og *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo* p. 75 ff. Forarbejderne, som nu alene kan betragtes som sekundære i forhold til retsstillingen ifølge direktivet, kan dog i et vist omfang tages til indtægt for, at ophavsmanden har en vis orienteringspligt på markedet, før værket kan opnå beskyttelse i henhold til ophavsretsloven i det hele taget.
63. Se f.eks. forarbejderne til den svenske lovændring i 1982, prp. 81/82:152, p. 17 f.
64. Se f.eks. afgørelsen U1999.326Ø omtalt ovenfor i afsnit 3.3. Jf. også U1960.483Ø, der omhandler ansvaret for krænkelse af en stol frembragt af en arkitekt. En dansk producent og indehaver af en møbelfabrik blev af sin amerikanske kunde bedt om at fremstille en stol i henhold til udleverede tegninger. Producenten påstod at være i god tro, men blev dømt som have handlet groft uagtsomt, da han som indehaver af en stor møbelfabrik burde have sat sig ind i, at den pågældende stol var beskyttet her i landet. Der forelå således ikke god tro.

oplagt ved handel med de teknisk reproducerbare værksarter.[65] Ved konstatering af lav pris, dårlig kvalitet eller usædvanlig emballering er det yderst vanskeligt at være i god tro. I sådanne tilfælde vil der foreligge en uagtsomhed, der efter omstændighederne kan karakteriseres som grov.

I svensk retspraksis findes en interessant afgørelse, der ligger udenfor det sædvanlige område for en skærpet undersøgelsespligt. Sagen NJA 1995 p.164[66] (også refereret i NIR1995.311) drejede sig om en strikket tunika, som blev anset for ophavsretligt beskyttet, og som var udsat for en krænkelse.[67] Tunikaens særlige mønster havde været afbilledet i et damemagasin. HD fremsatte følgende udtalelse i sine præmisser: »Den som yrkesmässigt handlar med kläder har naturligen ett främst ekonomiskt interesse av att hålle sig fortlöpande informerad om växlingar og tendenser i modet. Även om de flesta plagg beställa hos leverantören relativt lång tid före försäljningsperioden, ofta i samband med mässor eller visningar, torde en detajlhandlare även därefter med uppmärksamhet följa den presentation av mode og trender, som sker genom modetidskrifter och andre branchpublikationer. Om handlaren kränker någons upphovsrätt genom att sälja plagg, som har på sådant sätt bort få kännedom om, får detta vare oaktsomt. Videre måste för den yrkesmässige klädhandlaren, *liksom för envar som handlar med produkter som kan vara upphovsrättligst skyddada, anses föreligga en undersökningsplikt beträffende tillkomsten av de produkter han köper in och därefter själv saluför.*« (udh. her).

HD konstaterer således, at en handlende, der sædvanligvis handler med produkter, der *kan* være ophavsretlige beskyttede, har en pligt til at undersøge, om de produkter, han køber og videresælger, kan være retsstridige i medfør af ophavsretsloven. Undersøgelser kan bl.a. ske gennem orientering i de tidsskrifter, der foreligger indenfor området. Dommen må betragtes som et meget vigtigt, om end temmelig vidtgående, præjudikat. Der henvises til afgørelsen i adskillige svenske domme om ophavsretskrænkelser.

Dog lægges vægt på samme synspunkter i en utrykt Sø- og Handelsretsafgørelse, nr. H 44/1999 afsagt den 5. april 2001. Sagen drejede sig også om krænkelse af et tekstildesign. Rettighedshaveren gjorde gældende, at krænkeren burde have sikret sig, at deres produkt ikke krænkede andres rettigheder inden det blev bragt i omsætning. Sø- og Handelsretten udtalte: »Det må efter det foreliggende lægges til grund

65. Jf. U1999.326Ø.
66. Se også afgørelsen RH97:13 om en ophavsretlig krænkelse til en jakke, hvor undersøgelsespligten også blev statueret med henvisning til afgørelsen NJA 1995 p. 164.
67. Sagen er omtalt i *Mogens Koktvedgaard og Marianne Levin*: Lärobok i Immaterialret, 6. udg., p. 79.

at [krænkeren] har påført [rettighedshaveren] et tab på grund af markedsforstyrrelser og nedgang i omsætningen. [Krænkeren] burde inden [produktet] blev bragt i omsætning have sikret sig, at produktet ikke krænkede andres rettigheder og må som følge deraf være ansvarlig for [rettighedshaverens] tab.«

Denne afgørelse støtter den svenske afgørelse på spørgsmålet om undersøgelsespligt for forhandlere. Det er interessant, fordi begge afgørelser omhandler beklædning, hvor der er tradition for et skærpet originalitetskrav. Dette følger af, at de beskyttede værker hyppigt følger en modemæssig trend. Begge afgørelser omhandler distributører/forhandleres ansvar. Det kan derfor med baggrund i ovenstående afgørelser konstateres, at der, også uden for de mere teknologisk prægede værker, kan være en undersøgelsespligt for professionelle.

En detailhandlende inden for områder som salg af bøger og kunst bør som udgangspunkt kunne stole på, at de produkter, der viderebringes i distribution via detailhandlen, ikke er ulovligt tilvejebragte eller kopierede produkter. Et ophavsretligt ansvar kræver i sådanne tilfælde helt særlige omstændigheder. Det har selvfølgelig også betydning, *hvor* forhandleren har erhvervet produkterne. Er de købt direkte af frembringeren eller en anden ophavsmand, slækkes kravene til undersøgelsespligten.[68] Er varerne derimod erhvervet på usædvanlige markeder eller gennem annoncer, skærpes undersøgelsespligten tilsvarende.

Uden for det ophavsretlige område er undersøgelsespligten noget lettere at håndtere. For professionelle gælder en almindelig forpligtelse til at kontrollere de registre, hvor rettighederne er offentliggjorte. Dette er tilfældet for patentrettigheder, brugsmodelrettigheder og de registrerede designs, hvad enten det er de registrerede EF-designs eller de nationale registrerede designs. På disse områder er uagtsomhedsbedømmelsen derfor meget streng, og undersøgelsen af markedet skal som udgangspunkt være tilbundsgående. Det forekommer dog ikke hyppigt, at manglende undersøgelse tillægges forsætsvirkning.

I den svenske afgørelse refereret i NIR1995.322 udtaler Hovrätten, at der generelt påhviler en frembringer en undersøgelsespligt på mønsterrettens område. Undersøgelsespligtens overholdelse bliver afgørende for uagtsomhedsvurderingen. Hovrätten udtaler endvidere generelt, at store virksomheder bedømmes strengere end enkeltpersoner og små virksomheder.

68. Jf. også afgørelsen NJA 1995 p. 164, hvor HD fremsætter ligelydende bemærkninger og yderligere anfører:» [at] Kraven på undersökning bör sättas högre, om inköp sker från tilverkare som kan misstänkes inte vare främmande för efterbildningsverksamhet och hos vilka inte heller nogåt egentligt nyskapende förekommer.«

For varemærkerettigheders vedkommende kan retserhvervelsen ske ved enten registrering eller ibrugtagning. For de registrerede varemærker er retstilstanden den samme som for patentrettighedernes vedkommende. For de ikke-registrerede varemærker og de ikke-registrerede EF-designs gælder dog, at retsbeskyttelsen først træder i kraft ved hhv. ibrugtagningen og offentliggørelse inden for Fællesskabet.[69] Netop fordi der er krav om offentliggørelse af det beskyttede produkt, bliver såvel uagtsomhedsbedømmelsen som undersøgelsespligten sandsynligvis underlagt strengere bedømmelse, end tilfældet er i medfør af ophavsretsloven. Bedømmelsen er dog nok ikke så streng som for de registrerede enerettigheder.[70]

> Dette synspunkt støttes af en utrykt Sø- og Handelsretsafgørelse, nr. V-0042-98, afsagt den 4. juni 1999. Sagen drejede sig om produktefterligning af et stykke legetøj. Sagsøgte, et importfirma, påberåbte sig at være i god tro, idet man have importeret det krænkende produkt fra Hong Kong og at man ikke var bekendt med originalproduktets eksistens. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at der forelå en slavisk efterligning. Sø- og Handelsretten fandt endvidere ikke, at det kunne tillægges betydning, at sagsøgte ikke personligt kendte det pågældende varemærke: »[…] da det i denne relation er afgørende, at varemærker var og fortsat er registeret i varemærkeregisteret, hvorfor anvendelsen af figurmærker uden tilladelse fra varemærkeindehaveren under ingen omstændigheder kan ske i god tro. [Krænkeren] burde have undersøgt rettighedsforholdene bedre.«

I denne sag begrunder Sø- og Handelsretten det pålagte ansvar med, at krænkeren ikke kan være i god tro, når registreringsforholdene ikke er undersøgt. Forhandleren pålægges også her en undersøgelsespligt.

Antages det, hvilket hyppigt vil være tilfældet, at forhandleren ikke har opfyldt sin undersøgelsespligt, har han handlet uagtsomt. Uagtsomheden kan efter omstændighederne være så grov, at forhandleren kan ifalde strafansvar. Det skal dog være begrundet i konkrete omstændigheder. Det er således ikke hovedreglen, at en forhandler, der har forsømt at foretage en relevant undersøgelse af markedet, pr. automatik har handlet groft uagtsomt. Uagtsomheden vil typisk alene være simpel.

I disse situationer er der forskel på de registrerede enerettigheder og de ikke-registrerede enerettigheder. For de registrerede enerettigheder vil en forhandlers manglende undersøgelse af registreringer typisk være groft uagtsomt, hvorimod en manglende undersøgelse af markedet generelt for de ikke-registrerede enerettigheder typisk vil være simpel uagtsomt.

---

69. Jf. EF-designforordningens art. 11, stk. 1 og 2.
70. Se f.eks. afgørelsen NIR1995.322 om mønsterbeskyttelse. Dommen illustrerer også problemstillingen omkring advarselsskrivelser, jf. nedenfor i afsnit 4.2.

4.1.2. Advarsel

I sager om ophavsretlige krænkelser forekommer det jævnligt, at ophavsmanden sender en advarselsskrivelse til krænkeren, når en krænkelse konstateres.

En sådan advarselsskrivelse bringer krænkeren i ond tro. Den blotte fremsendelse af advarselsskrivelsen medfører ikke automatisk, at der er handlet i ond tro på det tidspunkt, hvor den krænkende handling blev foretaget. Krænkeren er dog i ond tro fra fremkomsten af skrivelsen. Det har betydning, hvis den uretmæssige tilstand opretholdes.

I afgørelsen U2002.212SH om Mag-Lite-lygten blev der i august måned 1994 afgivet en advarselsskrivelse fra sagsøgeren til sagsøgte. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at sagsøgte først på dette tidspunkt blev opmærksom på originalproduktets tilstedeværelse på markedet. Derfor blev alene forhandlingen af 1.968 lygter efter august anset som erstatningspådragende.[71]

> Fra varemærkeområdet kan nævnes afgørelsen U2000.1838SH, der omhandlede en møbelserie i »alcantar look«, der krænkede et varemærke »ALCANTARA.« Rettighedshaveren rettede henvendelse til producenten, som undlod at standse omdelingen af nogle brochurer, som reklamerede for producentens møbler, og i hvilke betegnelsen »alcantar-look« var angivet. Retten statuerede, at der forelå forsæt til den skete krænkelse.

> Fra svensk retspraksis kan nævnes afgørelsen NJA 1986 p. 702 der omhandler afspilning af demonstrationsmusik i en tv-forretning. Medens krænkelserne stod på, modtog sagsøgte en henvendelse fra en fællesorganisation om, at han brød ophavsretsloven ved afspilningerne. Sagsøgte opretholdt efterfølgende den ulovlige tilstand.

Krænkeren kan således ikke være i god tro, når der er fremsendt en advarselsskrivelse. Fremsendelse af en advarselsskrivelse kan derimod i nogle situationer, og vil nok hyppigt, bringe forholdet ind i området for forsæt. I disse tilfælde kan krænkeren ifalde strafansvar.

4.1.3. Andre forhold

I den konkrete situation kan krænkeren have udvist uagtsomhed til trods for, at han har forsøgt at afklare situationen ved f.eks. forespørgsler til myndigheder eller konsulentbureauer.[72] I andre tilfælde kan det betragtes som

71. Jf. også NJA 1986 p. 702
72. Se f.eks. NIR1981.421.

uagtsomt, at ophavsmanden ikke er blevet spurgt.[73] Påbud fra myndigheder kan også bringe den krænkende part i ond tro.[74]

Da simpel uagtsomhed er tilstrækkeligt til at ifalde ansvar efter bestemmelsen i § 83, stk. 1, skal der ikke mange »forkerte« handlinger eller undladelser til, før der ifaldes erstatningsansvar.

4.2. Forsæt

Som det fremgår af bestemmelsen i § 83, stk. 1, er forsætlig handling ansvarspådragende. Dette turde være indlysende. Forsætsbegrebet er uløseligt forbundet med strafferetten og aldrig den afgørende betingelse for at ifalde erstatningsansvar. Erstatningsretten er tilsvarende uløseligt forbundet med culpabegrebet. Derfor har forsætsbegrebet alene ringe interesse i erstatningsretten – i hvert fald, når ansvarsgrundlaget drøftes.

Ved ophavsretlige krænkelser kan straf ifaldes ved forsæt eller grov uagtsomhed, hvorfor sondringen mellem simpel uagtsomhed og grov uagtsomhed er af interesse for spørgsmålet om strafansvar, jf. ovenfor i kapitel 3, afsnit 8.2. Sondringen mellem uagtsomhed og forsæt er af beskeden interesse, når det skal afgøres, om erstatningsbetingelsen er opfyldt. Det kan diskuteres, om den krænkende handlings kvalifikation som forsætlig, grov uagtsom eller simpel uagtsom har nogen betydning for erstatningsudmålingen. Dette spørgsmål vil blive behandlet nedenfor i kapitel 8 afsnit 3. I dette afsnit skal begrebet alene defineres som et led i belysningen af selve ansvarsgrundlaget.

Der er knyttet visse vanskeligheder til at løfte bevisbyrden for, at der foreligger forsæt. Statuering af forsæt betinger, at handlingen kan tilregnes krænkeren som bevidst. Krænkeren skal således have kendskab til det ophavsretligt beskyttede værk og vished om, at hans anvendelse heraf medfører krænkelse af dette oprindelige værk.

Det kan drøftes, hvorvidt forsætsbegrebet også omfatter *dolus eventualis*. I begrebet ligger, at krænkeren ikke direkte har været bevidst om sine handlinger, men dog bekendt med *risikoen* for, at krænkelsen kunne indtræde. Skal forsæt statueres i denne situation, kræves bevis for, at krænkeren ville have foretaget den pågældende handling, *selvom* han vidste, at krænkelsen ville indtræde. Muligheden for at statuere *dolus eventualis* er således til stede, men kræver løft af en forholdsvis tung bevisbyrde, der er koncentreret om meget subjektive forhold hos krænkeren, og eventuelt kan have karakter af hypoteser.

73. Se f.eks. NJA 1988 p. 543. (NIR1989.223).
74. Se f.eks. NJA 1977 p. 415.

På området for de industrielle enerettigheder (varemærker og patenter) kræver statuering af forsæt, at den krænkende part *er bekendt* med registreringen af den pågældende eneret samt at hans handlinger falder indenfor rettighedens beskyttelsesområde. En usikker frembringer har, i modsætning til en usikker ophavsmand, mulighed for at kontrollere, om hans rettighed strider mod andres registrerede rettigheder. Det medfører, jf. ovenfor i afsnit 4.1.1., at krav om, at der foretages kontrolforanstaltninger på dette område er skærpede i forhold til på ophavsretslovens område. Der stilles dog ikke krav om, at der har været foretaget kontrol, for at der kan statueres god tro. Trods kontrolmuligheden statueres oftere grov uagtsomhed end forsæt ved krænkelse af de industrielle rettigheder. Dette skyldes i flere tilfælde rettighedernes meget tekniske karakter, hvor lighedsbedømmelsen kan være meget vanskelig.[75]

Vanskelig bedømmelse af ligheden er så meget desto mere gældende i ophavsretten, hvor undersøgelsen af markedet er forbundet med betydelige vanskeligheder. Sikkert er det imidlertid, at ukendskab til loven ikke disculperer og ikke kan bevirke, at der ikke kan statueres forsæt eller uagtsomhed. Dog gør ophavsrettens karakter det vanskeligt at statuere forsæt, netop fordi der ikke er tale om en prioritetsret.

Fra retspraksis kendes alene få afgørelser, der statuerer forsæt.

En nyere afgørelse på området fra dansk retspraksis, U2001.1572V, vedrørte linking til musiknumre på internettet og omhandler såvel forsæt som ukendskab til loven. De sagsøgte i sagen havde selvstændigt tilgængeliggjort musiknumre på deres hjemmeside i strid med ophavsretslovens § 2. De havde også forøget muligheden for, at personer, med et ønske om at downloade musik fra internettet, kunne finde musikken og foretage kopiering på en nem og hurtig måde. Derved medvirkede de sagsøgte også til foretagelse af ophavsretlige krænkelser på internettet. Om ansvarsgrundlaget udtalte landsretten, at: »De har således *vidst eller har måttet anse det for overvejende sandsynligt*, at de musiknumre, hvortil de oprettede links, var lagt ud på nettet uden rettighedshavernes tilladelse, ligesom de har været klar over og på hjemmesiderne givet udtryk for, at det var ulovligt at kopiere musikken, og at det i vidt omfang netop var derfor, at besøgende gik ind på hjemmesiderne. Det forhold, at de sagsøgte muligvis ikke har været klar over, at de ved deres handlinger krænkede sagsøgernes rettigheder, har derfor karakter af en egentlig retsvildfarelse, der *ikke udelukker forsæt*. De sagsøgte har herefter forsætligt overtrådt ophavsretslovens § 76, stk. 1, jf. stk. 2, § 65 g § 66.« (udh. her). Til trods for, at retten i sine præmisser klart anførte at overtrædelsen var sket »forsætligt«, kan det drøftes, hvorvidt der blev statueret et forsæt, der kan betegnes som dolus eventualis. Landsretten anførte i sin begrundelse,

75. Jf. *Bo Davidson*: Skadestånd inom det industriella rättsskyddet, NIR1979.116.

at de sagsøgte havde »vidst eller har måttet anse det for overvejende sandsynligt«, at der ville finde krænkelser sted som følge af deres adfærd. Man anså det således ikke for fuldstændig bevist, at krænkelserne var sket med forsæt, men at krænkeren havde erkendt dette som en overvejende sandsynlighed.

Dommen kan således i et vist omfang tages til indtægt for, at domstolene accepterer, at forsætsbegrebet også rummer dolus eventualis-tilfældene.

Forsæt forelå temmelig oplagt i afgørelsen U1997.503Ø. Sagen drejede sig om en person, der med henblik på salg havde fremstillet kopier af værker af kendte billedkunstnere. Den tiltalte blev frifundet i byretten, der fandt det betænkeligt at statuere, at der forelå en forsætlig overtrædelse af ophavsretsloven. Et vidne forklarede under sagens foretagelse for landsretten, at hun havde orienteret den tiltalte om reglerne for ophavsretlige krænkelser. Landsretten lagde da også til grund, at der var handlet forsætligt og anførte, at: »Der [er] ikke grundlag for at antage, at han har handlet i undskyldelig vildfarelse om retsreglerne.«

Fra svensk retspraksis kan nævnes afgørelsen i NJA 1984 p. 34,[76] der vedrørte import og salg af mindst 4000 stk. ulovligt kopierede grammofonplader, de såkaldte »bootlegplader«. I afgørelsen anførte HD: Utnyttjandet av verken har skett *uppsåtligen.*« (udh. her). Dette spørgsmål var dog ikke til diskussion i afgørelsen, da det stod klart, at krænkerne havde været bekendt med, at der forelå brud på ophavsretsloven.

Svensk retspraksis bærer måske præg af, at foreligger der forsætlige krænkelser, kan det i nogle situationer anvendes som begrundelse for, at der tilkendes erstatning for den yderligere skade, der ligger ud over almindeligt vederlag. Dette ses ikke umiddelbart at være tilfældet i dansk retspraksis.

At det anvendte materiale er modtaget fra andre, er ikke nok til at der foreligger god tro, såfremt det pågældende materiale krænker en eksisterende ophavsrettighed.[77]

4.3. God tro

Som det fremgår ovenfor er sondringen mellem grov og simpel uagtsomhed i nærværende sammenhæng alene interessant, når der skal rejses krav om straf, og ikke når der skal rejses krav om erstatning.

76. Fra svensk ret se også RH83:85, NJA 1985 p. 813 (også refereret i NIR1986.246) og NJA 1993 p. 390.
77. Jf. *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udg., p. 647, hvor der nævnes afgørelserne U1980.604SH og U1960.483Ø.

Om der foreligger god tro er af større interesse. Såfremt der foreligger god tro, er erstatningsudmålingen underlagt en rimelighedsbedømmelse, ligesom erstatningen er begrænset til krænkerens indvundne fortjeneste. Begrænsningen til den indvundne fortjeneste i § 83, stk. 2 er begrundet med, at det betragtes som en formildende omstændighed at den krænkende har været i god tro.

Bestemmelsen i § 83, stk. 2 er vanskelig at håndtere, idet god-tros begrebet ikke er et erstatningsretligt begreb. Forholdet mellem bestemmelsen i stk. 1 og stk. 2 er således alene, at kan krænkeren bevise, at han var i god tro, kan erstatningen begrænses i medfør af stk. 2.

God tro foreligger når krænkeren hverken kendte eller burde kende de omstændigheder der begrunder krænkelsens tilstedeværelse.

Den krænkende part kan dømmes for krænkelser foretaget i god tro, til trods for at han har haft en viden om det beskyttede produkt. Han må blot ikke have indset, at den pågældende *handling* indebar en krænkelse.

I praksis er erstatningen alene for forhandlere/importører blevet reguleret efter reglerne i § 83, stk. 2. Til trods herfor kan situationen, hvor en frembringer er i god tro omkring frembringelsens krænkende karakter, tænkes at opstå, men bestemmelsen er ikke set anvendt i praksis.

Spørgsmålet om god tro skal holdes adskilt fra spørgsmålet om dobbeltfrembringelser. Foreligger en dobbeltfrembringelse er dette et selvstændigt værk, der nyder beskyttelse af ophavsretsloven. I tilfælde af at der virkelig foreligger en dobbeltfrembringelse, kan frembringeren af denne *ikke* dømmes til at betale erstatning efter reglerne om god tro. Spørgsmålet om dobbeltfrembringelserne henhører under krænkelsesproblematikken og ikke under spørgsmålet om god tro.

5. De øvrige betingelser for erstatningsansvar

Dette afsnit omhandler de almindelige betingelser, der skal være til stede, for at erstatningsansvar kan ifaldes.

Betingelserne skal være opfyldt, såfremt der skal tilkendes erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, herunder hvis der skal tilkendes erstatning for *yderligere skade* i tillæg til det rimelige vederlag. Det kan drøftes, om betingelserne skal være til stede, når der skal betales et rimeligt vederlag for udnyttelsen i medfør af § 83, stk. 1, 1. led. Denne problemstilling behandles umiddelbart nedenfor i afsnit 6.

5.1. Retsstridighed

Iværksættelse af erstatningssanktionen og de øvrige sanktioner behandlet i kapitel 2 er betinget af, at der foreligger en retsstridig handling. Det følger ganske klart af ophavsretsloven, hvilke handlinger der er i strid med den lovhjemlede ret. Derfor er det ikke vanskeligt at beskrive, hvad der må forstås som retsstridige handlinger.

5.2. Årsagssammenhæng

Det er en almindelig betingelse i erstatningsretten, at der kræves årsagssammenhæng mellem handling og skade, for at en given handling kan anses for erstatningspådragende. Det udtrykkes sædvanligvis således, at handlingen skal være den *nødvendige* betingelse for skaden.[78] Dette krav gælder også for immaterialretskrænkelser. Kravet om årsagssammenhæng er ikke afhængig af den subjektive vurdering af krænkerens handling. Krænkeren kan således handle culpøst, men desuagtet være ansvarsfri grundet manglende årsagssammenhæng.

Udgangspunktet er, at rettighedshaveren må føre fuldstændigt bevis for årsagssammenhæng. Der skal således føres bevis for, at der er årsagssammenhæng mellem den skadevoldende handling, den indtrufne skade men også tabets størrelse. Problematikken omkring årsagssammenhæng bliver derved akilleshælen i al bevisførelse. Løftes bevisbyrden for årsagssammenhæng ikke, mistes erstatningskravet i sin helhed.

På immaterialrettens område er afsagt to ganske interessante afgørelser, hvor årsagsforbindelsen spillede en rolle for erstatnings*udmålingen*.

> Den ene er NIR1995.322, som er en svensk afgørelse om mønsterret. Sagen drejede sig om et mønsterregisteret køkkenredskab, som var udsat for en krænkelse. Der blev under sagen nedlagt påstand om betaling af vederlag og erstatning for yderligere skade med kr. 393.600. Erstatningsbeløbet fremkom som et beløb beregnet ud fra en licensafgift samt et beløb for en nødvendig prisnedsættelse på varen som følge af krænkelsen. Retten fastsatte en licensafgift og skulle herefter tage stilling til afsætningstabet, herunder hvor mange redskaber sagsøger kunne sælge til den reducerede pris. Den svenske Hovrätt udtalte: »När det gäller frågan om hur stor kvantitet skrapor (køkkenredskabet) [sagsøger] hade kunnat sälja utan nämde prisreduktion är at märke att de mönsterskydd han åberopat för sin produkt inte hindrat

78. En *condition sine qua non.* Se f.eks. *Bo von Eyben og Helle Isager:* Lærebog i erstatningsret, 5. udgave, p. 218 og *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, p. 84.

att skrapor som har samma funktion som han skrapa men utformes så att de inte indebär intrång i hans mönsterrätt kunnat saluföras til billigt pris och enligt ved som upplysts också kommit frem relativt kort tid efter de att [sagsøger] bötjat sälja sin skrapa«.

Hovrätten anfører således, at det forhold, at der på markedet fandtes produkter, der *lovligt* påvirkede konkurrencen, medførte, at der ikke var årsagssammenhæng mellem det fulde tab og den skadevoldende handling. Retten må således have konkluderet, at sagsøger under alle omstændigheder ville have lidt et tab af en vis størrelse pga. konkurrence fra de ikkeretsstridige produkter.

Også på området for ophavsretlige krænkelser forekommer der i enkelte situationer flere produktefterligninger på markedet. Det sker ofte i praksis, at sagsøgte fremlægger andre produkter, der efter sagsøgtes opfattelse, også krænker det beskyttede produkt. I nogle tilfælde forfølges samtlige krænkere – i andre alene en enkelt, der måske har den største markedsandel. Findes flere skadevoldere på markedet, påhviler det ophavsmanden i forhold til den aktuelle krænker at føre bevis for årsagssammenhængen mellem ophavsmandens tab og den krænkende handling. Beviset kan svækkes ved, at der er flere aktører på markedet, og erstatningsudmålingen kan blive præget i nedadgående retning i denne situation, jf. afgørelsen refereret umiddelbart ovenfor. Der foreligger et helt uomtvisteligt krav til ophavsmanden om at bevise årsagssammenhæng mellem det tab, han påberåber sig og denne aktuelle krænkers handlinger. Er det påberåbte tab et afsætningstab eller en markedsforstyrrelse, er det således yderst vanskeligt at føre fuldstændigt bevis for årsagssammenhæng, hvis krænkeren kan påvise andre produktefterligninger på markedet. Problemstilling behandles nærmere umiddelbart nedenfor i afsnit 5.6.

Afgørelsen U2003.1020H peger i et vist omfang i samme retning som den nævnte svenske afgørelse. Denne sag omhandlede en varemærkekrænkelse til et kaffefilter. Sø- og Handelsretten udtalte i præmisserne: »De opgørelser over den anslåede omsætningsnedgang og tabet herved, som [sagsøger] har fremlagt under sagen, tager ikke hensyn til den markedsandel som [sagsøgte] under alle omstændigheder *ville* have opnået, hvis [sagsøgte] havde bragt sine produkter i omsætning uden samtidig at krænke [sagsøgers] varemærkeret m.v.« (udh. her). Højesteret fandt imidlertid alene at der er tale om en varemærkekrænkelse på internettet og fastsatte en skønsmæssig erstatning herfor, hvorfor problemstillingen omkring afsætningstabet ikke berørtes.

Afgørelsen er et eksempel på manglende årsagssammenhæng mellem den skadevoldende handling og rettighedshavernes fulde tab, men på et mere hypotetisk grundlag. I denne sag var der ikke andre konkurrenter på markedet for kaffefiltre. Sø- og Handelsretten opstillede imidlertid en hypotetisk beregning over det tab sagsøger *ville* være blevet påført af sagsøgtes produkt, hvis der ikke havde fundet en varemærkekrænkelse sted. Denne betragtning giver alene mening fordi retten finder, at sagsøgerens marked ville være blevet påvirket af krænkerens produkt selv uden varemærkekrænkelsen. I denne sag angik krænkelsen en retsstridig brug af rettighedshaverens varemærke på internettet. Manglende årsagssammenhæng bevirkede således, at erstatningskravene blev beskåret til det erstatningskrav, der havde relation til den skadevoldende handling; den retsstridige brug af varemærket på krænkerens hjemmeside.

Det kan dog under ingen omstændigheder påhvile rettighedshaveren at bevise, hvad krænkeren *ville* have gjort, såfremt han ikke havde lanceret det krænkende produkt – altså f.eks. at han så ville have markedsført et andet konkurrerende produkt, som ikke var krænkende, men alligevel påvirkede rettighedshaverens omsætning.

Krænkeren bør selvfølgelig heller ikke med held kunne påberåbe sig, at han kunne have forvoldt tilsvarende omsætningsnedgang hos rettighedshaveren ved lancering af et lovligt produkt og dermed lade rettighedshaveren føre bevis for, at der i givet fald ikke ville være årsagssammenhæng. Den umiddelbart ovenfor refererede dom antyder det modsatte. Hvis krænkeren vil påberåbe sig dette, må bevisbyrden, for årsagssammenhæng mellem denne hypotetiske situation og skadens indtræden og dens størrelse, vende og påhvile krænkeren. Under alle omstændigheder forekommer det ikke korrekt, at der ved erstatningsudmålingen skal lægges vægt på det rent hypotetiske forhold, at krænkeren *kunne* have markedsført et ikke-retsstridigt produkt, og dermed påført rettighedshaveren en lovlig konkurrence.

For andre hypotetiske skadesårsager, som fremføres af krænkeren, må bevisbyrdereglerne for årsagssammenhæng være de samme. Dette kunne f.eks. være, hvis krænkeren påstår, at der foreligger en hændelig skade, eller at det i virkeligheden er andre skadesårsager, der har medført eller påvirket rettighedshaverens tab. For sådanne påstande har krænkeren selv bevisbyrden.

I afgørelsen FED1996.1503Ø påberåbtes manglende årsagssammenhæng. Sagen drejede sig om krænkelse af producentrettigheder ved kopiering og eksport af en lydoptagelse til udlandet. Sagsøgte bestred, at der forelå årsagssammenhæng mellem krænkelse og tab. Dette skyldes, at de krænkende produkter var afsat i udlandet,

og at sagsøgers produkter alene blev solgt på hjemmemarkedet. Landsretten anførte, at den ulovlige kopiering var ansvarspådragende og havde påført sagsøger et tab, uanset at der ikke var sket salg i Danmark. Det interessante er imidlertid, at landsretten i sin erstatningsudmåling, efter al sandsynlighed, alligevel lod forholdet spille en rolle. Det anførtes, at der herskede usikkerhed om størrelsen af det reelle afsætningstab, og at der var et betydeligt antal kopier, hvor en egentlig omsætningsnedgang ikke kunne påvises. Der blev således ikke givet fuldt medhold i den nedlagte erstatningspåstand.

5.3. Adækvans

Er den indtrufne skade ved en krænkende handling ikke påregnelig/adækvat for skadevolderen, udelukkes erstatningsansvar.[79] Denne almindelige erstatningsretlige grundsætning gælder også for ophavsretlige krænkelser. Adækvansbedømmelsen er subsidiær i forhold til kravet om årsagssammenhæng. Alene i de tilfælde, hvor det kan fastslås, at der foreligger årsagssammenhæng, bliver det relevant at fastslå, om skaden alligevel ikke er omfattet af erstatningsansvaret, fordi den er inadækvat. Skaden skal ikke have været påregnelig for den *konkrete* skadevolder, men for en skadevolder generelt. Der hersker ikke synderlige adækvansproblemer i relation til ophavsretlige krænkelser. Der ses ikke trykt retspraksis, hvorefter en krænker frifindes på grund af manglende adækvans. Dette skyldes, at mange krænkelsessager foregår i et professionelt miljø, hvor adækvansbetingelsen typisk vil være opfyldt ved produktion, salg og markedsføring af produkter, der krænker et eksisterende produkt. Er der først statueret en ophavsretlig krænkelse samt dokumenteret årsagssammenhæng, vil adækvansbetingelsen som hovedregel være opfyldt.

5.4. Tab

Der kan tillægges en ophavsmand et rimeligt vederlag for krænkelsen, uden at han har dokumenteret et tab hos krænkeren. Der kan dog i princippet anlægges den betragtning, at det rimelige vederlag dækker over et hypotetisk tab af en licensafgift for udnyttelsen af det ophavsretligt beskyttede produkt. Det er imidlertid det teoretiske udgangspunkt, at et rimeligt vederlag kan tillægges, uden rettighedshaveren skal dokumentere et tab.

I alle andre situationer gælder det almindelige erstatningsretlige krav om tab samt om dokumentation herfor. Dette er også tilfældet, hvis der skal

79. Om forskellige adækvansbetragtninger se *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, p. 88 ff.

gives erstatning for yderligere skade, når påstanden i øvrigt er nedlagt efter vederlagsreglen. Tabsdokumentationen er uundgåelig og særdeles kompleks for så vidt angår erstatning for ophavsretlige krænkelser, idet der skal tilkendes erstatning for tab, der ikke umiddelbart lader sig værdiansætte. Dette er særligt tilfældet for tab som følge af markedsforstyrrelser.

Tab som følge af markedsforstyrrelser indrømmes alene af domstolene, såfremt ophavsmanden i et eller andet ubestemt omfang har dokumenteret en økonomisk markedsforstyrrende konsekvens af, at det uretmæssige produkt eksisterer på markedet. I denne betragtning ligger uomtvisteligt et krav om, at ophavsmanden har lidt et tab. Kravene til tabsdokumentationen er blot i nogle tilfælde lempelig.[80]

Sagen NIR1990.242 illustrerer problematikken, når rettighedshaveren ikke kan dokumentere at have lidt et tab. Sagen drejede sig om en forhandler af udestuer, der, efter samarbejdet med producenten ophørte, selv fremstillede en udstillingsudestue på baggrund af producentens udestuer. Forhandleren blev dømt for overtrædelse af markedsføringslovens § 1 og blev tilpligtet at afstå fra at fremstille og forhandle udestuer, der tilsvarede producentens. Forhandleren havde alene opstillet udestuen i sin udstilling. Da forhandleren imidlertid ikke havde *solgt* udestuer, der krænkede det oprindelige produkt, kunne rettighedshaveren ikke anses for at have lidt et tab. Sø- og Handelsretten frifandt derfor for påstanden om erstatning til trods for, at der blev statueret et ansvarsgrundlag.

5.5. Egen skyld

Problemstillingen omkring egen skyld er meget fremtrædende ved person – og tingsskade. Har den skadelidte udvist egen skyld, kan erstatningen nedsættes. Egen skyld er at betragte som et medvirkensansvar til skadens indtræden. På området for immaterialretlige skader er problemstillingen lidet interessant. Der kan vanskeligt tænkes situationer, hvor en ophavsmand udviser egen skyld ved at frembringe et produkt, der herefter bliver udsat for en krænkelse. Det kan heller ikke betragtes som egen skyld, at der ikke isættes kopispærringer i dataprogrammer, dvd'er og musikcd'er.

At bringe et skabt produkt ud på markedet medfører en blottelse for ophavsmanden, og denne eksponering kan aldrig indgå i en betragtning om egen skyld. Det kan således siges, at rettighedens særlige karakter bevirker, at spørgsmålet om egen skyld reelt er ikke-eksisterende.

80. Se nærmere om bevis for markedsforstyrrelser nedenfor afsnit 8.1.2.

5.6. Tabsbegrænsningspligt

Det kan drøftes, om ophavsmanden har pligt til at begrænse sit tab ved at udføre visse handlinger. Konsekvensen af at ophavsmanden ikke opfylder sin eventuelle tabsbegrænsningspligt ville i givet fald få betydning for erstatningsudmålingen, således at der ikke gives erstatning for den del af tabet, der kunne være begrænset. Dette er en sædvanlig erstatningsretlig grundsætning.

Ophavsmanden kunne for eksempel søge en foreløbig afklaring af krænkelsesspørgsmålet ved indgivelse af begæring om nedlæggelse af fogedforbud. Derved ville han kunne begrænse sit eget tab ved den pågående krænkelse. Ophavsmanden kan imidlertid ikke pålægges en sådan forpligtelse, primært af to årsager. For det første bærer ophavsmanden ikke ansvaret for den retsstridige handling. Ansvaret bæres alene af krænkeren. Krænkeren må derfor indstille sine handlinger og dermed begrænse sit eget tab. For det andet kan imødekommelse af en begæring om nedlæggelse af fogedforbud komme til at belaste ophavsmanden med en betydelig sikkerhedsstillelse. En sikkerhedsstillelse kan i princippet skulle opretholdes i mange år, idet justifikationssagen først skal finde sin afgørelse. Det er ikke sikkert, at ophavsmanden reelt kan stille sikkerheden. Såfremt han har mulighed herfor, kan det være en stor belastning af likviditeten.

> Argumentet blev fremført af sagsøgte i afgørelsen U2004.1085H.[81] Sagen drejede sig om krænkelse af et reolsystem og blev afgjort efter markedsføringslovens regler. Der var forløbet 7 år fra det krænkende produkts markedsintroduktion til der blev indgivet begæring om nedlæggelse af fogedforbud. Sagsøgte gjorde gældende, at sagsøger ikke havde opfyldt sin tabsbegrænsningspligt ved at lade tiden gå. Argumentet blev naturligt kædet sammen med et anbringende om passivitet. Højesteret anførte ikke i sine præmisser, at tidsforløbet blev tillagt vægt eller anførte nogle betragtninger om sagsøgers tabsbegrænsningspligt. Det er dog sandsynligt at den forløbne tid, inden sagsøger foretog retsskridt, blev tillagt betydning.

Der kan tænkes andre argumenter for at tabsbegrænsningspligten ikke er opfyldt. Dette kunne være, at ophavsmanden var forpligtet til at afholde yderligere markedsføringsomkostninger for at værne sig mod markedsfortrængning. En anden mulighed er prisnedsættelse. Ophavsmanden kan ikke tilpligtes at foretage disse aktive foranstaltninger for at imødegå et tab. Ansvaret påhviler krænkeren. Såfremt ophavsmanden foretager disse foranstaltninger for at imødegå et tab, kan han kræve sine udgifter her-

81. En grundig gennemgang af afgørelsen findes nedenfor i kapitel 5, afsnit 5.3.

ved erstattet af krænkeren. Ophavsmanden er dog underlagt almindelige passivitetsbetragtninger og kan ikke sidde krænkelsen overhørig i årevis.

I forlængelse af den ovenfor i afsnit 5.3. påbegyndte diskussion om flere skadevoldere kan spørges, om ophavsmanden er forpligtet til at begrænse sit tab ved at have pligt til at forfølge samtlige krænkere på markedet. Eksisterer flere krænkere på markedet, kan dette tænkes at påvirke både afsætningstabet og omfanget af markedsforstyrrelsen. Ophavsmanden kan ikke mødes med en indsigelse om, at han ikke kan gøre krav gældende mod den tredje krænker i rækken, fordi han ikke har foretaget retsforfølgning af den første og den anden krænker. Det er tilfældet, selvom de er først i tid og dermed har påvirket konkurrencen allerede på tidspunktet for den tredje krænkers markedsintroduktion. Ophavsmanden er dog forpligtet til at løfte bevisbyrden for, hvilket tab han har lidt som følge af netop denne krænkers handlinger. Der skal således være årsagssammenhæng mellem krænker tre's handling og det påståede tab. Dette bevis kan være overordentlig vanskeligt at præstere, fordi der ved flere skadevolderes tilstedeværelse på markedet foreligger en yderst kompleks situation. Sikkert er det imidlertid, at det har indflydelse på erstatningsudmålingerne.

Det kan konkluderes, at ophavsmanden ikke umiddelbart kan tilpligtes at foretage aktive handlinger for at begrænse sit tab, men at han naturligvis må søge sit krav forfulgt inden for grænserne af passivitetsbetragtningerne og de eksisterende krav til bevis for årsags-sammenhæng.

6. Grundlæggende om bestemmelsen i § 83

6.1. Indledning

Med en ændring i ophavsretsloven i 1995 blev der givet mulighed for tilkendelse af et *rimeligt vederlag* for udnyttelsen af et ophavsretligt beskyttet produkt.[82] Før 1995 gav loven alene hjemmel til pålæggelse af erstatning for ophavsretlige krænkelser efter de *almindelige erstatningsretlige regler.* Dette fulgte af § 56 i lov om ophavsret nr. 1170 af 21.12.1994, hvilken lov afløstes af 1995-loven.

Den forurettede havde således i princippet kun krav på at få dækket sine *dokumenterede* tab ved overtrædelsen. Såfremt lovens ordlyd skulle følges, havde den forurettede den fulde bevisbyrde for de tab, der var lidt. Det kan i mange tilfælde være en meget tung bevisbyrde at løfte, idet tab som for eksempel for markedsforstyrrelser kan være vanskelige at dokumentere. Disse tab kan oftest kun sandsynliggøres.

82. Lov nr. 395 af 14/06/1995. Tilsvarende regel findes i den svenske upphovsrättslag § 54.

I bestemmelsens ordlyd angives vederlagsreglen som den erstatningsmulighed rettighedshaveren har, når der foreligger en krænkelse. Det kan derfor med nogen rette spørges, om der stadig kan gives erstatning på baggrund af de almindelige regler om erstatning.

Vederlagsreglen udspringer af en fælles nordisk betænkning, Nordisk Utredningsserie 1963:3, Betenkning angående Nordisk Patentlovgivning. Ifølge lovforslaget til den daværende patentlov skulle § 52 formuleres således: »Den, som forsætligt eller uagtsomt begår patentindgreb, er pligtig at udrede erstatning for udnyttelse af opfindelsen samt erstatning for den yderligere skade, som indgrebet måtte have medført […]«. Patentlovens § 58 har i dag samme ordlyd. Patentloven og ophavsretsloven er dermed enslydende. Lovændringen i ophavsretsloven bragte lovens erstatningsbestemmelse på linje med, hvad der allerede var gældende i medfør af patentloven, men også i medfør af varemærkeloven.[83] Der var således to nyskabelser i ophavsretlig henseende i forbindelse med lovændringen. Dels bestemmelsen om *rimeligt vederlag* og dels bestemmelsen om *erstatning for yderligere skade*.

Årsagen til lovændringen var, jf. bemærkningerne til lovforslaget,[84] at den daværende ordlyd var uhensigtsmæssig og utilstrækkelig i sager om piratkopiering. Det var særligt tilfældet med hensyn til kravene til den bevisbyrde for det lidte tab, der påhviler den forurettede.[85] Endvidere forelå der eksempler fra retspraksis på, at domstolene opgjorde erstatning som summen af ophavsmandens sædvanlige honorar tillagt hans øvrige tab som følge af den skete krænkelse.[86]

Den nærmere definition af begreberne »rimeligt vederlag for udnyttelsen« og »erstatning for yderligere skade« findes umiddelbart nedenfor i afsnit 7.1.1. og 8.

6.2. Forholdet mellem de gamle og de nye regler

Ordlyden af bestemmelsen i § 83 er således klar. Der skal som udgangspunkt udmåles erstatning udformet som et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Herudover skal der udredes erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført. Ifølge forarbejderne til bestemmelsen forstås herved tab, som den forurettede har lidt ved overtrædelsen, herunder afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelser. Denne del af kra-

83. Lov om varemærker af 6.12.1991 og lov om brugsmodeller af 26.2.1992.
84. FT 1994-95, Tillæg A p. 1410.
85. Se f.eks. afgørelserne U1979.388V og U1993.572H.
86. Se f.eks. U1985.257Ø og U1984.201Ø.

vet skal behandles i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler om erstatningsansvar. Det betyder, at erstatningsansvarslovens bestemmelser samt de almindelige erstatningsretlige principper finder anvendelse på denne del af erstatningen.

Erstatning for *yderligere skade* svarer til, hvad der var gældende forinden lovændringen i 1995, dog således at det alene er det tab, der ligger ud over det rimelige vederlag, der henhører under erstatning for yderligere skade.[87]

Indrømmelse af erstatning efter de dagældende regler fordrede således et *tab*. Tabet, og kun dette, kunne kræves erstattet, jf. bestemmelsen i den dagældende § 56, stk. 1, 1. pkt. Man opererede således med en tabsmaksimering, som dog var uafhængig af, om krænkeren havde haft nogen fortjeneste af retskrænkelsen.[88] Det økonomiske tab blev opgjort som afsætningstab, markedsforstyrrelse og andre tab.[89]

Herefter opstår så det naturlige spørgsmål om, hvorledes denne regel, der er videreført fra før lovændringen, fungerer i samspil med reglen om rimeligt vederlag.

Bestemmelsens ordlyd tilsiger, at der kan kræves rimeligt vederlag for udnyttelsen *samt* erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført. Ved forståelse af ordet »samt« må lægges til grund, at der ikke er tale om enten/eller, men at den forurettede kan få tilkendt både et rimeligt vederlag for udnyttelsen *og* erstatning for den yderligere skade, overtrædelsen har medført.

Begrebet *yderligere skade* må forstås således, at den, der kræver vederlag, bevarer retten til at kræve erstatning, dog således at der ikke er mulighed for dobbeltkompensation.

Ragnar Lundgren kritiserer bestemmelsen om rimeligt vederlag i *Lönar sig patentindtrång?*, NIR1994.68.[90] Han nævner en række forfattere, der alle er af den opfattelse, at reglen ikke fungerer efter hensigten, idet den

87. For en gennemgang af retstilstanden før lovændringen se bl.a. *Mogens Koktvedgaard*: Det ophavsretlige sanktionssystem, Juristen 1966.49, *Olaf Eskildsen*: Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, E*va Karlsson*: Stadestånd vid intrång i industrielle rättigheder, NIR1990.369, *Claës Uggla*: Skadestånd i varummärkesmål, NIR1988.521.
88. At domstolene evt. skelede til den indvundne fortjeneste ved en skønsmæssig fastsættelse af erstatningen kan illustreres af afgørelsen U1960.483Ø. Dette har dog ikke hjemmel i bestemmelsens ordlyd.
89. Se herom navnlig *Mogens Koktvedgaard*: Det ophavsretlige sanktionssystem, Juristen 1966.49, særligt p. 56.
90. Se også *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 466.

ikke giver mulighed for f.eks. erstatning af afholdte investerings- og udviklingsudgifter, der viser sig forgæves på grund af krænkelsen. Dette må i et vist omfang medgives, idet reglen efter sin formulering alene giver en minimumskompensation. Det vil dog variere fra sag til sag, om ophavsmanden i vederlagskravet får dækket sine udviklingsomkostninger al den stund, at reglen kan finde anvendelse, uanset om ophavsmanden har lidt og kan dokumentere et tab.

I nærværende sammenhæng skal afgørelsen i U2001.747H fremhæves, da den er særegen i sin udtalelse om opgørelse af erstatningskravet. Sagen drejede sig om krænkelse af en barnestol, Tripp Trapp stolen, der nød beskyttelse efter ophavsretslovens § 1. Rettighedshaverne nedlagde påstand om erstatning i medfør af stk. 1. Erstatningskravet blev opgjort med hjemmel i ophavsretslovens § 83, stk. 1 som erstatning for afsætningstab samt erstatning for markedsforstyrrelser.[91] Sagsøgerne gjorde gældende, at sagsøgte var erstatningsansvarlig, for det tab sagsøgerne havde lidt ved ophavsretskrænkelsen, og valgte således at gøre de almindelige erstatningsregler gældende. Sagsøgerne nedlagde ikke påstand om betaling af vederlag. Landsretten frifandt sagsøgte for ophavsretskrænkelse, men sagsøgte blev dømt i Højesteret. Afgørelsen blev afsagt med dissens (4-1) vedrørende krænkelsesspørgsmålet. Højesteret udtalte om erstatningen: »Den erstatning der herefter skal fastsættes efter ophavsretslovens § 83, stk. 1, omfatter for det første tabt fortjeneste, der fastsættes på grundlag af et ubestridt gennemsnitligt dækningsbidrag på 369 kr. pr. stol og en anslået mistet afsætning, navnlig på det danske marked. Erstatningen omfatter endvidere generel markedsforstyrrelse. Den samlede erstatning fastsættes skønsmæssigt til kr. 500.000. Vi finder ikke grundlag for her ud over at tilkende et vederlag for udnyttelsen af ophavsretten«.[92]

Højesteret udtaler således, at den tilkendte erstatning gives efter de almindelige regler om erstatning efter et dokumenteret tab, og at man ikke *her ud over* vil tilkende et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Denne udtalelse forekommer påfaldende, idet det ikke af domsreferatet fremgår, at parterne har påstået sig tilkendelse af et rimeligt vederlag.

Det kan på baggrund af denne afgørelse nok forsigtigt konkluderes, at i det omfang sagsøger dokumenterer, at afsætningstabet overstiger et eventuelt vederlagskrav, udmåles erstatningen efter de almindelige regler om erstatning uden for kontrakt. Retspraksis på området gennemgås i de efterfølgende kapitler, hvor synspunktet underbygges yderligere.

---

91. Vedrørende den nærmere analyse af erstatningskravet, se nedenfor kapitel 7, afsnit 3.
92. Om afgørelsen se også *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 253.

6.3. Delkonklusion

Bestemmelsen om rimeligt vederlag er, ifølge bestemmelsens ordlyd, den primære erstatningsbestemmelse og hovedreglen, når erstatning for ophavsretlige krænkelser skal tilkendes. Den, der kræver erstatning for en ophavsretlig krænkelse, har imidlertid ikke pligt til at kræve vederlag. Der kan nedlægges påstand om erstatning efter de almindelige regler om erstatning af det lidte tab.

Nedlægges påstand om betaling af vederlag, kan der, i det omfang *det dokumenterede tab*, *overstiger* det idømte vederlag, tilkendes yderligere erstatning. Skaden, der relaterer sig til det krænkende produkts tilstedeværelse på markedet, er principielt kompenseret gennem det rimelige vederlag. Men dette er jo ikke nødvendigvis udtryk for det samlede tab. Derfor er der adgang til at kræve *yderligere erstatning*. Dette vil typisk være erstatning for markedsforstyrrelser og andre interne tab, men kan også være afsætningstab, såfremt et sådant kan dokumenteres at ligge ud over det rimelige vederlag.

Overstiger afsætningstabet det rimelige vederlag, der kan erhverves i medfør af § 83, stk. 1, 1. led, er der ingen grund til at påstå sig tillagt vederlag. Erstatningen for den yderligere skade, der er lidt, vil under alle omstændigheder give en højere erstatning og »dækker« vederlagserstatningen beløbsmæssigt. Dette bliver da i praksis ofte påstanden i sager om krænkelse af ophavsrettigheder. Dog skal beviset for afsætningstabet være overbevisende, såfremt der ikke nedlægges en subsidiær påstand om rimeligt vederlag.

Krav om et rimeligt vederlag kan således med fordel påberåbes i de situationer, hvor der ikke er lidt eller kan dokumenteres et afsætningstab. Dette er i overensstemmelse med begrundelsen for reglens tilblivelse såvel i den nordiske patentbetænkning fra 1963 som i ophavsretslovens forarbejder. Foreligger bevisusikkerhed i situationer, hvor det konstaterede tab overstiger hvad der kan kræves i vederlag, bør der nedlægges en subsidiær påstand om vederlag.

Konklusionen på det i indledningen stillede spørgsmål, om hvorvidt den forurettede stadig kan påberåbe sig erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, er således bekræftende. De almindelige erstatningsretlige principper, som er gældende for alle erstatningskrav, kan således ikke betragtes som fraveget ved bestemmelsen i § 83, stk. 1.

Bestemmelsen om rimeligt vederlag og dens nærmere indhold beskrives umiddelbart nedenfor. Bestemmelsen om yderligere skade og dens nærmere indhold beskrives nedenfor i afsnit 8.

7. Rimeligt vederlag for udnyttelsen

7.1. Dansk rets stilling til begrebet

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget at: »Ved udtrykket rimeligt vederlag for udnyttelsen, forstås det vederlag eller honorar, som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt den skete udnyttelse var sket retmæssigt, dvs. efter aftale med rettighedshaveren. Eksisterer der ikke noget sædvanligt honorar eller lignende for den pågældende udnyttelse, må vederlaget fastsættes skønsmæssigt«.[93]

7.1.1. Definition af begrebet

Det kan således meget klart udledes af bemærkningerne til lovforslaget, at der med betegnelsen »rimeligt vederlag« sigtes til det beløb, parterne ville have aftalt sig frem til, hvis de havde indgået en aftale om udnyttelse af den beskyttede frembringelse på sædvanlige aftaleretlige vilkår.[94] På området for enerettigheder grunder vederlaget sig på *licensberegninger* i sådanne udnyttelsesaftaler. Dette fremgår af såvel bestemmelsens forarbejder som den nordiske patentudredning p. 336: »Genom att utgå från att skadan modsvarer ersättning för skälig licensavgift undvikles många av de svårligheter som är förbundna med övriga beräkningsmetoder […]«.

Der udformes en aftale, hvorefter medkontrahenten får mulighed for at udnytte frembringelsen mod betaling af et aftalt honorar. Dette aftalte honorar er en licens, der typisk betales af enten det solgte stykantal eller af omsætningen. Dette er ganske sædvanligt indenfor patentretten. Indenfor ophavsretten udformes dog også jævnligt aftaler om udnyttelse af f.eks. musik og litteratur.

Bestemmelsen om rimeligt vederlag får derved karakter af en minimumkompensation. Vederlaget sikrer en rimelig godtgørelse i situationer, hvor bevisbyrden for det konkret lidte tab er vanskelig at løfte for den krænkede. Rimeligt vederlag kan som nævnt tilkendes, selvom der ikke er ført bevis for et lidt tab.

93. FT 1994-95, Tillæg A s. 1410.
94. Se også *Gunnar W.G. Karnell*: Skälig ersättning, rimelig kompensation i Festskrift til Mogens Koktvedgaard, p. 281.

7.1.2. Reglens karakter

Det kan drøftes, hvorvidt reglen om *rimeligt vederlag* skal forstås som en erstatningsretlig regel eller som en regel affødt af den aftaleretlige grundsætning om kvasiaftaler.

Thomas Riis og Peter Møgelvang-Hansen anfører i »Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser« at vederlagsreglens indførelse alene afspejler de almindeligt anerkendte aftaleretlige grundsætninger om kvasiaftaler.[95] Den aftaleretlige grundsætning medfører, at den, der uretmæssigt tilegner sig et formueretligt gode, mindst skal betale det samme, som den der tilegner sig godet på retmæssig vis.[96] Forfatterne argumenterer for, at kvasiaftalens grundelement afspejler sig i denne regel, da krænkeren må betale en markedsrelateret pris og ikke kun erstatning efter reglerne om erstatning uden for kontrakt.[97]

Palle Bo Madsen anfører i Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 79, at vederlagsreglen er en *erstatningsretlig* regel, og at den ved dens indførelse, jf. NU 1963:6, var tænkt som en minimumsregel til fastlæggelse af *erstatningens* størrelse. Herunder skal reglen ses i sammenhæng med de øvrige sanktionsmuligheder i ophavsretsloven. Endvidere anfører forfatteren, at rettighedshaveren ikke både kan kræve vederlag på grundlag af en aftale – uanset dennes karakter af en kvasiaftale – og yderligere erstatning baseret på en krænkelse af enerettigheden oven i.

Vederlagsreglen kan dog kun anstrengt opfattes som et udslag af de aftaleretlige grundsætninger om kvasiaftaler. En kvasidisposition betyder, at visse retsfakta udløser aftalevirkning, dog uden de sædvanlige aftaleretlige faktorer bestående i tilbud og accept nødvendigvis kan identificeres.[98] Begås en kvasidisposition tilegnes en ydelse, for hvilken der derefter må betales i form af ydelsens sædvanlige pris.[99] Der foreligger dog en *udbudt* ydelse, men ingen forud fastlagt aftale mellem parterne om erhvervelse af ydelsen.

At man begår en ophavsretlig krænkelse, og sælger og markedsfører en beskyttet frembringelse, kan næppe betegnes som »tilegnelse af en ydelse«,

95. I Festskrift til Bernhard Gomard, p. 192 ff.
96. Om kvasiaftaler se f.eks. *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen*: Aftaler og mellemmænd, 4. udgave, p. 106 f., *Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky*: Lærebog i Obligationsret, p. 98 og *Bernhard Gomard*: Almindelige kontraktsret 2. udgave, p. 95 f.
97. Måske på linje hermed *Erling Borcher* i Produktefterligninger, 2. udgave, p. 252, hvor forfatteren anfører: »Reglen er således løsrevet fra det traditionelle erstatnings begreb og koncentrerer sig om den omsætning, der har været på den ulovlige efterligning«. Det fremgår ikke klart, hvad forfatteren mener med begrebet *løsrevet*.
98. Se også *Stig Jørgensen*: Aftalelov og accept i U1963B.294.
99. Følgende afgørelse er afsagt med udgangspunkt i den aftaleretlige grundsætning om kvasidispositioner: U1979.15H, og U1981.221H.

og da slet ikke en ydelse der er udbudt. Det måtte så i hvert fald søges fastlagt, hvad denne ydelse består i. Ydelsen man tilegner sig, må vel i givet fald forstås som selve licensaftalen. Det ligger ikke umiddelbart i licensaftalens natur, at den kan tilegnes ved krænkelse af en ophavsrettighed. En licensaftale kan næppe karakteriseres som udbudt alene ved frembringelsen af det beskyttede produkt.

Der er ved ophavsretlige krænkelser endvidere tale om retsstridighed i en form, der er sanktioneret med straf, jf. ophavsretslovens kapitel 7. Den ophavsretlige krænkelse henhører ikke under det aftaleretlige univers, hvilket trods alt er tilfældet for kvasidispositionerne.

Vederlagsreglen har sin baggrund i et forslag til patentloven med den tilhørende betænkning fra 1963, hvoraf fremgår, at der er tale om *erstatning* for udnyttelsen af patentet, jf. ordlyden i forslaget til § 52 samt bemærkningerne dertil p. 333 ff. Det udtales klart i betænkningen, at komiteerne behandler de normer, hvorefter *erstatning* bør tillægges.[100] Om kravene til bevis anføres, at disse kan være svære at løfte, hvorfor der foreligger et behov for visse *hjælperegler* til opgørelse af skadens omfang. Det anføres videre, at man kunne tænke sig tre forskellige beregningsgrundlag for erstatning på grund af patentkrænkelse: 1. erstatning for manglende omsætning, 2. erstatning for udebleven licensindkomst og 3. erstatning opgjort som krænkerens gevinst. Den første og den sidste beregningsmetode mener komiteerne giver de største usikkerhedsmomenter, særlig henset til kravene om årsagsforbindelse.

Det konkluderes på p. 336, at man ønsker en »ren erstatningsregel« således, at skadelidte får sit tab erstattet, men ikke opnår en berigelse på grund af andres (skadevolderens) anstrengelser. Derfor, og på grund af de kendte eksisterende bevisproblemer, anføres, at en *erstatning* svarende til en rimelig licensafgift anbefales som *minimumserstatning*. Det forudsættes således i betænkningen, at der er tale om en erstatningsretlig regel.

I betænkningen anføres på p. 336, at man ved fremsættelsen af det danske og norske lovforslag har fundet det overflødigt at anføre, at erstatningen for udnyttelsen skal være *rimelig*, jf. formuleringen af forslaget til patentloven ovenfor afsnit 2.1. Årsagen hertil angives at være, at erstatningsreglen indebar en almindelig skønsmæssig beføjelse for domstolene til at fastsætte erstatningen for opfindelsens udnyttelse, og at reglen kunne understøtte en tilbøjelighed i retspraksis til at udmåle ret små erstatninger for patentkrænkelser.

Det kan imidlertid konstateres, at ordet *rimelig* alligevel findes i lovteksten i både patentloven og ophavsretsloven. Dette blev indført i forbindelse

100. Jf. betænkningen p. 335.

med behandlingen af lovforslaget til pantetloven. Såvel ophavsretsloven som varemærkeloven lægger sig formuleringsmæssigt op af patentloven.

Bestemmelsen om rimeligt vederlag genfindes også i direktiv 2004/48/EF. I betragtning 26 til direktivet anføres om erstatning: »[…] Hvis det f.eks. er vanskeligt at bestemme størrelsen af det faktiske tab, kan erstatningen alternativt beregnes på grundlag af f.eks. de gebyrer og afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle rettighed« (Udh. her). Det forudsættes således også i direktivet, at der er tale om en erstatningsretlig regel.

Vederlagsreglen findes i afsnittet i ophavsretsloven om sanktioner og hører naturligt til i dette afsnit. Vederlagsreglen er uløseligt knyttet til den situation, hvor der er sket et retsbrud, der på den ene eller anden måde skal kompenseres. Vederlagsreglen kan derfor også efter sin natur siges at være udtryk for en erstatningsretlig regel. I svensk lovgivning og retspraksis anvendes også betegnelsen »ersättning« for det rimelige vederlag.

Det er på den anden side et faktum, at der kan idømmes rimeligt vederlag uden dokumentation for et lidt tab, hvilket fjerner kompensationens karakter fra erstatningens grundkerne. En af erstatningsrettens mest grundlæggende betingelser er således fraveget.

På baggrund af det ovenfor anførte omkring forarbejderne til lovgivningen samt på baggrund af de anførte bemærkninger om licensaftalens karakter, der må anses for tungtvejende argumenter i sammenhængen, er der umiddelbart mest der taler for, at reglen om rimeligt vederlag trods alt kan betragtes som en erstatningsretlig regel. Reglen anvendes som et beregningsinstrument til fastlæggelse af en minimumserstatning i de tilfælde, hvor den bevisbyrde, der påhviler den krænkede, kun vanskeligt kan løftes.

Konsekvenserne af at vederlagsreglen betragtes som en erstatningsretlig regel er ikke mange, og har i det praktisk retsliv nok ikke den store betydning. Særlig ikke i krænkelsessager, der finder sted mellem professionelle aktører på markedet. Dog kan rubriceringen have betydning for mulighederne for lempelse af erstatningskravet efter erstatningsansvarslovens § 24, jf. umiddelbart nedenfor afsnit 12.1.

7.1.3. Vederlagsreglens forhold til den almindelige erstatningsret

Ovenfor er konkluderet, at vederlagsreglen må karakteriseres som en erstatningsretlig regel, og spørgsmålet opstår således, om de almindelige erstatningsbetingelser skal være opfyldt, for at der kan pålægges krænkeren at betale vederlag.

For vederlagsreglen gælder dette særlige, at den krænkende handling udløser kravet på vederlag *i sig selv*. Der er ikke noget krav om, at rettighedshaveren har lidt et tab. Dette er en undtagelse til de almindelige erstatningsretlige principper. Denne undtagelse er begrundet i retsforholdets karakter, hvorfor den har særlig lovhjemmel.

På den baggrund forekommer det overflødigt at diskutere årsagsforbindelse som betingelse for, at der kan pålægges vederlag. Det er et generelt krav, at der er årsagsforbindelse mellem den skadevoldende handling og det opståede tab, for at der kan statueres ansvar. Da tabsbetingelsen ikke skal være til stede, bliver kravet om årsagsforbindelse tilsvarende illusorisk. Det er dog muligt at betragte situationen således, at rettighedshaveren har lidt det tab, der består i ikke at have inkasseret licensvederlag for den skete udnyttelse. Anlægges denne anskuelse, er der et naturligt krav om årsagsforbindelse. Diskussionen skal ikke forfølges nærmere, idet det er indiskutabelt, at kravet på vederlag opstår med den krænkende handling.

Det kan drøftes, om betingelsen om adækvans skal være opfyldt.[101] For at tilkende vederlag efter § 83, stk. 1. nr. 1 er dette nok et krav, idet adækvansbetingelsen i praksis er nært knyttet til culpavurderingen. Dog skal adækvansbedømmelsen først foretages, når det er konstateret, at der er handlet culpøst. Udviser krænkeren uagtsomhed eller forsæt, vil adækvansbetingelsen som oftest være opfyldt. Ved adækvansvurderingen fastslås, om det indtrådte tab er en påregnelig følge af den retsstridige handling for krænkeren. Et tab forudsætter en krænkelse, og en krænkelse forudsætter culpa. Derfor er culpavurderingen og adækvansvurderingen uløseligt forbundne i sager om erstatning for ophavsretlige krænkelser. Adækvansbetragtninger har derfor ikke den store selvstændige betydning, når det rimelige vederlag skal udmåles.

Da der, jf. stk. 2, er adgang til et rimeligt vederlag for krænkelser begået i god tro, er det ikke i denne situation et krav, at handlingens erstatningsudløsende karakter skal have været påregnelig for krænkeren.

7.1.4. Fastlæggelse af vederlagets størrelse

Vederlagets størrelse skal som nævnt fastsættes på baggrund af det beløb, som rettighedshaveren ville have krav på, såfremt den pågældende udnyttelse var sket retmæssigt. Det medfører, at der kan lægges licensberegninger til grund for erstatningsopgørelsen, hvilket også følger af den nordiske patentudredning p. 336: »Genom att utgå från att skadan modsvarer ersätt-

101. Om adækvansproblematikken generelt, se *Bo von Eyben og Helle Isager*: Lærebog i erstatningsret, 5. udgave, p. 224 ff.

ning för skälig licensavgift undvikles många av de svårligheter som är förbundna med övriga beräkningsmetoder […].«[102]

For enkelte produkters vedkommende findes der en fast praksis for indrømmelse af licenser til udnyttelse af produktet. Det kan for eksempel være inden for industrielt design, musik eller brugskunst. Der findes ingen tilgængelig opgørelse over, hvordan licensafgiften beregnes for de forskellige værksarter. Brancheorganisationer kan afgive udtalelser om, hvorledes kutymen er inden for det pågældende med hensyn til vilkårene for og beregningen af en aftalelicens.

Vederlagets størrelse er således ikke vanskeligt at fastlægge i de situationer, hvor der netop findes en eksisterende praksis for indgåelse af licensaftaler på området enten via en brancheforening eller eksisterende praksis inden for rettighedshaverens egen virksomhed. Man vil i disse situationer som udgangspunkt beregne vederlaget som en procentdel af den omsætning den krænkende genstand har genereret. Licensen kan dog også beregnes på anden måde – for eksempel pr. antal solgt genstand eller lignende.

Et eksempel på, at en eksisterende praksis i *egen* virksomhed kan være afgørende for fastlæggelse af vederlagets størrelse ses i afgørelsen U1998.946SH. Sagen drejede sig om en varemærkekrænkelse af WWF's kendte logo – en pandabjørn, hvilket et beklædningsfirma uretmæssigt anvendte på sine papirposer. WWF havde under sagen nedlagt påstand om erstatning på kr. 100.000,00. WWF havde tidligere indrømmet andre firmaer aftalelicens, således at logoet med pandaen kunne udnyttes. Licenserne var blevet indrømmet mod en 10 % afgift til WWF og der blev aldrig givet licenser på under kr. 100.000,00. Sø- og Handelsretten lagde til grund at der forelå en varemærkekrænkelse og at WWF aldrig ville indgå en licensaftale, der beløb sig til under kr. 100.00,00, hvorfor WWF's nedlagte påstand blev taget til følge.

Det er straks mere kompliceret, såfremt sikre retningslinjer for fastsættelse af licensens størrelse ikke kan udpeges og intern praksis ikke findes, idet der i krænkelsestilfældene helt savnes den aftalefrihed, der karakteriserer den sædvanlige indgåelse af licensaftaler.[103]

102. Om licensaftaler se umiddelbart nedenfor afsnit 7.1.5.
103. Om udmåling, når en licensaftales værdi ikke umiddelbart lader sig fastlægge, se umiddelbart nedenfor afsnit 7.1.4.2.

7.1.4.1. Licensaftaler[104]

En licensaftale er en gensidig bebyrdende aftale mellem to parter, hvorved den ene part overdrager en rettighed til den anden part mod betaling af en licensafgift – også kaldet royalty. Der indgås som nævnt ofte licenskontrakter på det immaterielle område, herunder f.eks. patenter, varemærker, designs, know-how eller ophavsretlige beskyttede værker som brugskunst, billeder, fotografier og musik. Årsagen er ofte, at frembringeren ikke har mulighed for at få maksimal kommerciel udnyttelse af opfindelsen. Derfor behøver han en samarbejdspartner med det fornødne produktionsapparat og distributionsnet. En licensaftale kan være begrænset til et særligt geografisk område. Aftalen skal selvfølgelig respektere de EU-retlige regler om varernes frie bevægelighed og etablering af det indre marked.

En licensaftale består som oftest af to dele. En del der omhandler selve den rettighed, der skal overdrages, og en del der omhandler parternes øvrige rettigheder og forpligtelser.

På ophavsrettens område indgås ofte licenskontrakter i forbindelse med reproduktion af databaser, musik og film, men også i forbindelse med produktion af møbler og anden brugskunst. I øvrigt findes der med hjemmel i ophavsretsloven særlige tvangs- og aftalelicenssystemer.[105]

Selve licensafgiften fastlægges forskelligt alt afhængig af produktets type. Den kan enten betales som et engangsbeløb eller som en løbende ydelse. Beløbet fastsættes blandet andet med udgangspunkt i omsætningens størrelse, aftalens løbetid, produktets indarbejdelse i aftagernes bevidsthed samt den geografiske udstrækning af aftalen.

7.1.4.2. Udmålingsparametre

Der eksisterer to parametre, der begge skal tages i betragtning, når vederlaget skal udmåles, og en licensaftales værdi ikke kan fastlægges umiddelbart.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår: »Eksisterer der ikke noget sædvanligt honorar el. lign. for den pågældende udnyttelse, må vederlaget fastsættes *skønsmæssigt.*«[106] (udh.her). Dette er det ene parameter. Endvidere fremgår det af bestemmelsens ordlyd, at vederlaget skal være *rimeligt*. Dette er det andet parameter.

104. Se om licensaftaler, *Per Håkon Schmidt*: Licensaftaler og *Jens Schovsbo*: Immaterialretsaftaler.
105. Se ophavsretslovens kapitel 2 om forvaltning af rettigheder ved aftalelicens, hvilket kapitel også indeholder regler om fælles bestemmelser ved aftale- og tvangslicens.
106. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1410.

Kan værdien af en fiktiv licensaftale ikke umiddelbart fastsættes, skal dette altså ske skønsmæssigt. Derfor bliver det i disse situationer domstolenes opgave, efter parternes påstand, at rekonstruere en aftale mellem parterne og derved forsøge at fastlægge en pris for det pågældende illusoriske vederlag/licens ved hjælp af et skøn. Først og fremmest påhviler det dog parterne under sagen at fremkomme med tilstrækkelige oplysninger, der giver retten reel mulighed for at skønne over en licensaftales potentielle værdi.[107]

Thomas Riis og Peter Møgelvang-Hansen anfører, at det, ved fastlæggelsen af dette skøn, er nærliggende at tage udgangspunkt i princippet i købelovens § 5. Heraf fremgår, at hvis købesummen ikke er aftalt, skal køberen betale, hvad sælgeren fordrer, for så vidt det ikke kan anses for ubilligt.[108]

Dermed menes, at der skal tages udgangspunkt i ophavsmandens forlangende, for så vidt dette ikke er ubilligt. Det er krænkerens opgave at så tvivl om billigheden af den nedlagte påstand. Dette synspunkt er nok ikke korrekt. Reglen finder utvivlsomt anvendelse ved overdragelse af ophavsrettigheder, jf. ophavsretslovens § 53. Spørgsmålet er imidlertid om rettighedsoverdragelsessituationen kan sammenlignes med krænkelsessituationen og om bestemmelsen i ophavsretslovens § 83 kan fortolkes i overensstemmelse med indholdet af købelovens § 5.

I henhold til ophavsretsloven skal krænkeren betale et *rimeligt* vederlag, medens en aftaleerhverver i henhold til købeloven skal betale, hvad rettighedshaveren kræver, *såfremt det ikke må anses for ubilligt* – vel at mærke i en situation, hvor denne har sikret sig ved indgåelse af en *aftale*, hvorved der ingen retsstridig handling foreligger.

Begge problemstillinger drejer sig om fastlæggelse af et økonomisk vederlag, der ikke er fastlagt eller aftalt i forvejen. Dette er tilfældet, selvom beløbet i krænkelsessituationen alene er et udmålingsinstrument for fastlæggelse af en erstatning.[109] Alligevel er det ikke sikkert, at der kan sættes fuldstændigt lighedstegn mellem de beløb, man kan nå frem til ved anvendelse af bestemmelserne hver for sig.

I situationen efter købelovens § 5 har køberen bevisbyrden for, at den krævede pris er ubillig. Kan denne bevisbyrde ikke løftes, må han betale, hvad sælgeren fordrer. En ubetydelig merpris vil der således ikke blive taget

107. Se nærmere om parternes pligter i kapitel 5, afsnit 5.
108. *Peter Møgelvang-Hansen og Thomas Riis*: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser i Festskrift til Bernhard Gomard.
109. jf. også *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave p. 435 og *Torben Lund*: Ophavsret, p. 189.

hensyn til. Modsat situationen i ophavsretslovens § 83, hvor krænkeren alene skal betale et rimeligt vederlag. Der er således ikke i denne beløbsudmåling plads til en merpris, når rimelighedsvurderingen skal foretages. Det er der, jf. det ovenfor anførte, ikke hjemmel til hverken i bestemmelsens ordlyd eller i forarbejderne.

Et *beløb, der ikke må anses for ubilligt*, kan altså i nogle situationer være højere end et *rimeligt vederlag*. Palle Bo Madsen anfører på linje hermed, at: »Det virker dog en smule inkonsekvent, at *retskrænkeren* tilsyneladende »kun« […] skal betale et »rimeligt«/»sædvanligt« vederlag mens den bruger, som ved aftale *har* sikret sig en brugsret, men blot ikke har fået afklaret vederlagsspørgsmålet, efter princippet i kbl. § 5 må betale hvad rettighedshaveren kræver, »for så vidt det ikke anses for ubillig«, […].«[110]

Man kan dog forestille sig, at synspunktet kan anvendes, hvis påstanden er nedlagt netop med denne problemstilling for øje. Påstanden bliver jo *ophavsmandens fordren.* Påstanden i en sag om ophavsretlig krænkelse er i mange tilfælde nedlagt således, at retten ikke slipper for at skønne over, hvilken indtægt en licensaftale kunne have bibragt ophavsmanden uanset principperne i købelovens § 5. Den principale påstand er ofte nedlagt som en rund sum fulgt op af en subsidiær påstand om tillæggelse af et vederlag fastsat efter rettens skøn. I den afgørelse forfatterne påberåber til støtte for synspunktet, U1999.1462H, gør sagsøgeren *netop* gældende, at den nedlagte påstand udgør det vederlag, man ellers ville have krævet for trykning af visse afsnit af en bog, der udkom samme dag som trykningen af de pågældende afsnit i et ugeblad.[111] Da de sagsøgte ikke dokumenterede deres indsigelser mod det påstævnte beløb, og da vederlaget *efter de fremkomne oplysninger*, blev ansat for rimeligt, blev der givet dom efter den nedlagte påstand.

Endvidere er der den helt åbenlyse forskel på købelovens § 5 og ophavsretslovens § 83, at køberen har bevisbyrden for, at det krævede beløb er ubilligt, hvorimod ophavsmanden har bevisbyrden for, at den opkrævede

110. Jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 79, note 138, hvor der også *de lege ferenda* argumenteres for, at: »Snarere end at lægge sig fast på det »sædvanlige« eller *gennemsnitligt rimelige* bør afsættet derfor tages i, hvad rettighedshaveren under i øvrigt tilsvarende omstændigheder kunne have krævet af en *retmæssig* bruger, det et beløb i den »øvre« ende af rimelighedsskalaen«. Se også *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg., p. 252. Kritik samt muligheder for beregning af vederlaget findes nedenfor i kapitel 9, afsnit 2.1. og 3.2.

111. Afgørelsen drejer sig om et ugeblad, der har bragt en artikel, der for 90 % vedkommende er citeret fra en bog om kongehuset, der udkom samme dag. Dette ansås for en overskridelse af citatretten i ophavsretslovens § 22.

licens er rimelig. Det følger af afgørelsen NIR1995.332, at da ophavsmanden ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at licensberegningen skulle udgøre 5 % af omsætningen, blev den fastsat til 1,5 %. Dette var i overensstemmelse med sagsøgtes påstand, der havde hjemmel i oplysninger fra det svenske Handelskammer.

Det forekommer åbenbart, at vederlagets størrelse knytter sig til den omsætning, den krænkende genstand har genereret, *uanset* om markedsfortrængning kan dokumenteres. Det forekommer klart, at krænkeren ikke kan tilpligtes at betale mere, end hvad en eventuel licensaftale kunne have indbragt den krænkede, da der i bestemmelsen også er mulighed for tilkendelse af yderligere erstatning, for eksempel for markedsforstyrrelser.

Af bestemmelsens ordlyd fremgår endvidere, at vederlaget skal være *rimeligt.* I vurderingen af rimeligheden ligger alene at vederlaget skal tilsvare det, ophavsmanden kunne have opnået, såfremt der var blevet indgået en frivillig aftale med krænkeren.[112] Det er ikke størrelsen af denne fiktive licensafgift, der skal udsættes for en rimelighedsvurdering. Det følger af den nordiske patentudredning p. 338, at: »Då den avsedda skälighetsprövning i hög grad måste bli beroende på omständigheterna i det särskilda fallet, har det icke ansetts påkallat att give närmare riktlinjer för denna. Som det framgår av hänvisningen i lagtexten till paragraffens första stycke tjänar enligt förslaget vad som utgör skälig ersättning för uppfinningens utnyttjande som utgångspunkt för skadans beräkning. Även om den erhålla vinsten […] överstiger den lidna skadan, får ersättningen självfallet icke gå ütover skadan. Inom de angivna gränserna bör domstolen ha fria händer att med anläggande av skälighetshänsyn beräkna skadeståndets storlek«. Det er således en del af rimelighedsvurderingen, at krænkeren ikke kan tilpligtes at fralægge sig hele sin fortjeneste selvom fortjenesten ved krænkelsen overstiger tabet. Endvidere anføres det i udredningen, at domstolene får frie hænder til at udfylde rimelighedsbegrebet.

Der er næppe ifølge disse forarbejder mulighed for at fastsætte et beløb, der ligger ud over, hvad en licensaftale kunne have indbragt, heller ikke selvom det i den konkrete situation kunne fremstå som rimeligt. Ifølge ordlyden af bestemmelsen samt dennes forarbejder er der ikke mulighed for indrømmelse af en »overlicens«, blot fordi der foreligger en ulovlig udnyttelse af ophavsretten.[113]

Da der skal ske en værdiansættelse af en fiktiv aftale med krænkeren, kan det desuagtet være vanskeligt at fastlægge, hvilke momenter der skal indgå i denne skønsudmåling. Visse faktorer kan tjene som hjælpeoplysnin-

112. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1410 ff.

113. Jf. også *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg., p. 252.

ger ved denne afvejning. Dette er særligt oplysninger om den realiserede omsætning på krænkerens produkt samt oplysning om krænkerens brutto- og nettofortjeneste, selvom licensen ikke umiddelbart kan ansættes til en af disse størrelser. Der er i hvert fald mulighed for, at lade disse oplysninger komme den krænkede til gode ved udøvelsen af skønnet. I skønsafvejningen kan der også tages højde for, at krænkeren ofte kan producere produktet til en lavere stykpris, fordi krænkerens udviklingsomkostninger alt andet lige vil være lavere end rettighedshaverens. Desuden ses ofte, at kopiproduktet er af lavere kvalitet end det oprindelige produkt.

Når omsætningen på det krænkende produkt kendes, er det simpelt at beregne vederlaget, når multiplikationsfaktoren først er fastlagt. Vederlaget beregnes herefter som en procentdel af omsætningen. Vederlaget kan dog også beregnes som betaling af et vist beløb pr. ulovligt solgt produkt eller som et fast beløb.[114] Det kan naturligvis drøftes, om krænkerens nettoindtægt eller bruttoindtægt skal lægges til grund som base for beregningen af licensafgiften og dette kan variere, jf. det nedenfor i kapitel 6 om retspraksis. Jo højere base, jo højere erstatning. Sædvanligvis fastlægges, hvor mange krænkende produkter, der er solgt. Herefter multipliceres beløbet med nettofortjenesten herved – hvorefter licensberegningen kan foretages ud fra en given procentsats. Alternativt kan vederlagsberegningen basere sig på krænkerens nettoårsomsætning på det krænkende produkt. Dette er ofte tilfældet, når frivillige licenser skal beregnes.[115]

7.2. Rimeligt vederlag i medfør af de øvrige eneretslove

Som det fremgår ovenfor i afsnit 2.1.1. er formuleringen i samtlige danske eneretslove på området for rimeligt vederlag i overensstemmelse med hinanden. Der kan anlægges den samme fortolkning af disse regler, som anført i ovenstående afsnit. Vederlagsreglen er imidlertid, som det også fremgår af afsnit 2.1.1, kommet ind i de enkelte love på meget forskellige tidspunkter og senest i ophavsretsloven. Som det vil fremgå nedenfor, kom bestemmelsen meget tidligt ind i den svenske ophavsretslov.

114. Det var f.eks. tilfældet i afgørelsen refereret i NIR1971.453. Der er tale om en svensk afgørelse, der vedrører vederlag for en patentkrænkelse. Sagen drejede sig om en patenteret del til en gravemaskine, der var udsat for krænkelse. Den svenske hovrätt tillagde patentindehaveren et vederlag på kr. 15,00 pr. løbende meter, gravet med maskinen. Se herom *Eva Karlsson*: Skadestånd vid indtrång i industriella rättigheder, NIR1990.385

115. Jf. *Ulf Bernitz*: Skälig licensavgift som beräkningsgrund för skadestånd vid varumärkesintrång, NIR1988.519.

Spørgsmålet er, om det har nogen betydning for forståelse og fortolkning af bestemmelserne. Dette ses ikke umiddelbart at være tilfældet. Bestemmelserne grunder sig alle på den samme forordning.[116] I forarbejderne til varemærkeloven anføres også udtrykkeligt: »Udtrykket »rimeligt vederlag« skal fortolkes i overensstemmelse med den tilsvarende regel i patentloven, dvs. som et passende vederlag svarende til en licensafgift.«[117] I bemærkningerne til lovforslaget til ophavsretsloven anføres, at tilsvarende bestemmelser findes i patentloven, varemærkeloven og brugsmodelloven.[118]

Ved fortolkning af retspraksis er det muligt, at det forhold, at bestemmelsen er indført på forskellige tidspunkter, kan give sig udslag i en noget forskellig og afvigende anvendelse. Dette skyldes, at den stærke tradition på områderne, udviklet over tid og grundet i en tidligere formulering af en lovbestemmelse, kan være vanskelig at ændre. På især varemærkeområdet er der med tiden fremkommet nogle sagstyper, som nu rutinemæssigt afgøres efter reglerne om rimeligt vederlag. I ophavsretten ligger denne udvikling i fremtiden, hvor det kan forventes, at ensartede sager forelægges for domstolene. Det vil fremgå af de senere kapitler, hvor retspraksis analyseres, at vederlagsreglen har haft svært ved at få fodfæste. Dette skyldes til dels den stærke tradition på området.

Som nævnt kom bestemmelsen om rimeligt vederlag først ind i lovgivningen på det patentretlige område. På dette område kan reglen forholdsvis let håndteres, idet området er præget af en stærk tradition for licensgivning.[119] Dette er også tilfældet på det ophavsretlige område, men her har reglen alligevel haft vanskeligheder ved at slå igennem og blive anvendt efter sit indhold. På ophavsrettens område mangler disse mere stereotype afgørelser, der kan begrunde en ensartet anvendelse af licensbetragtningerne. Dette vil dog kunne tænkes at komme på området for piratkopiering af musik og edb-programmer.[120]

Varemærkeområdet er det område, hvor bestemmelsen i praksis har fundet størst anvendelse.[121] Det er efterhånden meget sædvanligt med en licensiering af varemærker, f.eks. i forbindelse med indgåelse af franchise-

116. Nordisk Betenkning om patentlagen, Nordisk Utredningsserie 1963:3.
117. Jf. FT 1990-91, Tillæg A, sp. 1922.
118. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1409.
119. Se om vederlagsreglen i patentlovgivningen *Mogens Plesner*: Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægt på patentindgreb i NIR1986.367, her særlig p. 372 ff.
120. Retsstillingen på varemærkeområdet behandles nedenfor i kapitel 6, afsnit 3.2.
121. Jf. også *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 463.

aftaler. Derved bliver det rimelige vederlag måske i nogle tilfælde enklere at fastsætte. Der er tegn på, at denne udvikling også kan ske i ophavsretten.[122]

> Fra svensk ret skal den mønsterretlige afgørelse i NIR1995.322 særlig fremhæves. Sagen vedrørte en mønsterbeskyttet skraber til brug i husholdningen. Hovrätten opstillede i dens præmisser det regnestykke, der blev lagt til grund for den erstatning, der blev givet som et rimeligt vederlag. Dette ses meget sjældent i retsafgørelser. Mønsterretsindehaveren, som fik medhold i, at mønsterretten til den pågældende genstand var krænket, havde krævet en licensafgift på 5 % af sin egen engrospris. Sagsøgeren gjorde gældende, at dette var en sædvanlig licensafgift i branchen. Der ud over opgjorde sagsøgeren et beløb for yderligere skade. Sagsøgte gjorde gældende, at en sædvanlig licensafgift i branchen alene andrager 1,5 % af salgsprisen og oplyste, at man ved henvendelse til Industriförbundet og Stockholm Handelskammare havde fået dette beløb bekræftet. Hovrätten beregnede licensafgiften ud fra 1,5 % og udtalte, at sagsøgeren ikke havde løftet bevisbyrden for sin påstand. Uanset om sagsøgeren, hvad han påstod, kunne tage en højere pris for sin skraber, beregnes royaltyen af krænkerens engrospris multipliceret med de antal stk. krænkeren havde solgt.

Denne afgørelse er således forbilledlig klar i sine præmisser og efterlader ingen tvivl om det anvendte beregningsgrundlag. Hvorvidt dette så er korrekt er en anden diskussion, idet det sædvanlige – og mest korrekte – ville være, at beregne vederlaget med udgangspunkt i rettighedshaverens dækningsbidrag pr. skraber, jf. nedenfor i afsnit 8.1.1. og 8.1.4.

7.3. Svensk ret

Ovenfor i kapitel 4, afsnit 2.1.2. er der redegjort for den svenske bestemmelse om rimeligt vederlag. Som det fremgår svarer denne bestemmelse til den danske. Det samme er tilfældet for de svenske bestemmelser i patentloven, varemærkeloven og mønsterloven. Den svenske mønsterlov forventes erstattet med en designlov i løbet af kort tid.

Ganske interessant er det imidlertid, at bestemmelsen om rimeligt vederlag har eksisteret i den svenske ophavsrets- og patentlovgivning siden midten af 60'erne, medens den først indførtes i varemærkeloven og mønsterloven i 1994.

Det fremgår af de svenske forarbejder til varemærkeloven, at reglen om rimeligt vederlag skal fortolkes ganske som den danske bestem-

122. Om problemstillingen se *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 465.

melse, dvs. ud fra en licensbetragtning.[123] Det fremgår endvidere, at kan licensberegningen ikke umiddelbart fastsættes, skal det ske skønsmæssigt.

Bestemmelserne i den svenske eneretslovgivning er således fuldstændig som de danske og de svenske forarbejder støtter fortolkningen af begrebet rimeligt vederlag som anført ovenfor i afsnit 7.1.4.2.

Det er dog væsentligt at bemærke, den svenske ophavsretslov adskiller sig fra den danske på en enkelt område, nemlig for så vidt angår muligheden for idømmelse af vederlag for krænkelser sket i god tro. I medfør af den danske bestemmelse i ophavsretslovens § 83, stk. 2 kan dette alene ske i det omfang, det skønnes rimeligt. Dette rimelighedskriterium stilles ikke i medfør af den svenske ophavsretslov. Efter svensk ret kan vederlag altid forlanges – altså også ved krænkelser i god tro, og uden der skal foretages en rimelighedsvurdering. På dette punkt adskiller den svenske ophavsretslov sig også fra de øvrige svenske og danske eneretslove, der alle stiller krav om en rimelighedsvurdering. I praksis ses denne forskel ingen rolle at spille, men situationer, hvor forskellen kan blive af betydning, kan i teorien tænkes at opstå.

7.4. Norsk ret

Som anført ovenfor er der ikke i norsk ret mulighed for at tillægge erstatning i form af et rimeligt vederlag for udnyttelsen.[124] I medfør af den norske åndsverkslov § 55 er der alene efter norsk ret mulighed for at kræve erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Retstilstanden i Norge på erstatningsområdet er således umiddelbart, som den var i Danmark forinden lovændringen i 1995. Dog således, at der i medfør af åndsverkslovens § 55, stk. 2 er mulighed for at kræve krænkerens nettofortjeneste udbetalt – også selvom krænkelsen er sket i god tro.

Den norske patentlov giver dog i § 58 mulighed for at kræve vederlag for udnyttelsen af opfindelsen samt erstatning for den yderligere skade, som indgrebet måtte have medført. Denne bestemmelse har eksisteret i den norske patentlov siden den 15. december 1967 og bestemmelsen grunder sig ligeledes på den fællesnordiske betænkning.

Den norske patentlovgivning ligger således stort set på linje med den danske og den svenske. Der pågår ikke noget lovforberedende arbejde i Norge med henblik på at ændre bestemmelsen i ophavsretsloven, og sandsynligheden for at det vil ske, er øjensynlig ikke særlig stor.[125] Måske vil

123. Prop. 1993/94:122, p. 51 ff.

124. Se ordlyden af de norske regler om erstatning ovenfor i afsnit 2.1.2.1.

125. Jf. *Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik*: Hvad er immaterialretten verd?, Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, p. 512 f.

indførelsen af direktiv 2004/48/EF eventuelt påvirke den norske lovgivning. Det interessante er imidlertid, at Norge allerede har mulighed for at udmåle erstatning med afsæt i retskrænkerens fortjeneste. Ændringen af den norske ophavsretslov, som følge af direktivets bestemmelser, skulle således ske på området for tildeling af et rimeligt vederlag for udnyttelsen.

Der er, som i Danmark og Sverige, ikke ifølge den norske patentlovgivning nogen mulighed for at pålægge den krænkende part at fralægge sig sin vinding. Retshistorisk er det imidlertid ganske interessant, at en sådan retstilstand rent faktisk herskede i Norge forinden lovændringen i 1967. Det følger af forarbejderne til patentloven,[126] at erstatningerne derved kunne blive for høje. Det kunne dreje sig om beløb af en størrelsesorden, som fuldstændig ville kunne ruinere den, som blev ramt.

Fortolkningen af den norske patentlov på området for rimeligt vederlag er i dag som udgangspunkt fuldstændig som den danske og den svenske.[127] I hvert fald på området for krænkelser der er sket uagtsomt eller forsætligt.

Såvel den danske som den svenske lovgivning giver, i det omfang det skønnes rimeligt, mulighed for tilkendelse af et vederlag på objektivt grundlag (det rimelige vederlag), selvom krænkelsen er sket i god tro, jf. patentlovens § 58, stk. 2 svarende til ophavsretslovens § 83, stk. 2 og upphovsrättslagens § 54, sidste led. Patentindehaveren er ifølge norsk ret i disse tilfælde henvist til alene at kræve sit økonomiske tab erstattet. Den norske patentlov indeholder en bestemmelse om, at retten, i det omfang det skønnes rimeligt, kan tilpligte krænkeren at betale erstatning for rettighedshaverens *tab*. Der findes ingen afgørelse i norsk retspraksis der viser, om der også i tilfælde af krænkelser i god tro kan gives erstatning på basis af det rimelige vederlag.[128]

Den norske varemærkelov indeholder i § 38 bestemmelse om, at den som, forsætligt eller uagtsomt, har begået en varemærkeretlig krænkelse er forpligtet til at betale den forurettede et vederlag svarende til en rimelig licensafgift for brugen, foruden erstatning for den yderligere skade, som brugen måtte have medført. Bestemmelsen blev indført i sin nuværende skikkelse den 22. december 1995. Bestemmelsen er udformet i fuldstændig overensstemmelse med den danske.

Det fremgår af den norske betænkning, der ligger til grund for ændringen af loven, at det i varemærkesagerne normalt ikke er muligt at føre noget

126. Ot. Prp. Nr. 36, 1965-66, p. 51.

127. Herom f.eks. *N. J. Sejersted*: Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller den sin funktion?, NIR2000.121.

128. *Are Stenvik* anfører i Patentretten p. 356: »[…] at reelle hensyn taler for, at patenthaver også i disse tilfelle bør kunne falle tilbake på vederlagsreglen, slik de svenske og danske lovene gir klar hjemmel for. Spørgsmålet må anses for tvilsomt«.

egentligt bevis for tabets størrelse.[129] I en del sager kan situationen være, at det er overvejende sandsynligt at der er forvoldt en skade, men det fremstår som helt uvist, hvor stort tabet er. Der foreslås på den baggrund vedtaget en bestemmelse om pligt til at betale vederlag for ulovlig brug, svarende til en rimelig licensafgift, foruden erstatning for den yderligere skade som måtte være forvoldt. Det bemærkes, at der med rimelig licensafgift sigtes til, hvad som vil være rimeligt efter almindelig opfattelse i branchen og ikke til, hvad som måtte anses for rimeligt henset til de særlige omstændigheder i den foreliggende sag.

De norske forarbejder støtter således opfattelsen af vederlagskravets karakter som anført ovenfor i afsnit 7.1.4.2.[130]

7.5. EU-rettens stilling til begrebet

Begrebet rimeligt vederlag i erstatningsretlig henseende berøres ikke i direktiver vedtaget i EU. I enkelte direktiver anvendes begrebet i en anden betydning, nemlig om ophavsmandens ret til rimeligt vederlag ved en ikke retsstridig udnyttelse af det beskyttede produkt, f.eks. ved overdragelse af udlåns- og udlejningsrettigheder.[131]

EF-domstolen har med hjemmel i udlånsdirektivet[132] afsagt en afgørelse, hvor bestemmelsen om rimeligt vederlag berøres.

Sagen, C-245/00, Strichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mod Nederlandske Omroep Stichring (NOS) drejede sig nærmere om en fortolkning af artikel 8, stk. 2 i udlånsdirektivet. Udlånsdirektivet har til formål at gennemføre en harmoniseret retsbeskyttelse for udlejnings- og udlånsrettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret, således at udøvende kunstnere sikres et *rimeligt vederlag* for deres skabende og kunstneriske virksomhed. Artikel 8, stk. 2 har følgende ordlyd: »Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere og fonogramfremstillere ret til vederlag, som deles mellem dem, således at brugeren betaler et rimeligt samlet vederlag, hvis et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden. Medlemsstaterne kan, hvis der ikke er enighed mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere, fastlægge betingelserne for et sådant vederlags fordeling mellem dem.« Begrebet *rimeligt vederlag* er

129. Se Ot. Prp. Nr. 59 (1994-1995) og den som bilag 2 følgende Varemerkeutredning, p. 116.
130. Se Gunnar Karnell om sondringen mellem begrebene »skälig ersättning« og »rimelig kompensation«, i Festskrift til Mogens Koktvedgaard, p. 281 ff.
131. Direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 og direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993.
132. Direktiv 92/100/EØF.

ikke yderligere defineret i direktivet. EF-Domstolen skulle tage stilling til, hvorvidt begrebet rimeligt vederlag er et fællesskabsbegreb, som skal fortolkes og anvendes på samme måde i alle medlemsstater, herunder – nærmere specificeret – efter hvilke kriterier størrelsen af det rimelige vederlag skal fastsættes. Direktivet angiver ikke en beregningsmetode for størrelsen af det rimelige vederlag.

EF-Domstolen udtaler i den konkrete afgørelse, at begrebet fremstår som en selvstændig fællesskabsretlig bestemmelse og skal fortolkes ensartet indenfor Fællesskabet. Samtidig udtaler domstolen – hvad der forekommer en anelse besynderligt – at medlemsstaterne hver på sit område fastsætter de mest relevante kriterier for, at fællesskabets begreber overholdes. Disse begreber kan variere indenfor forskellige forhold, f.eks. det antal timer værket opføres, antallet af lyttere eller seere, de aftalte tariffer m.v. Domstolen giver således ingen hjælp til en fortolkning af begrebet i denne afgørelse. Det overlades til de nationale domstole selv at udfylde det begreb som efter fællesskabsretten er et »rimeligt vederlag.« Det skal dog sikres, at det gøres muligt at opveje parternes relevante interesser. Det betyder, at medlemslandene har stor frihed med hensyn til at udfylde begrebet. Domstolen vil ikke give anvisninger på det nærmere indhold, så længe dette ikke er reguleret i selve direktivet. Dog må begrebets ydre grænser være undergivet fællesskabsretlig kontrol.

I håndhævelsesdirektivet, 2004/48/EF, anvendes betegnelsen *rimeligt vederlag* ikke direkte.[133] Det anføres i Kommissionens betragtninger til direktivforslaget,[134] at der i medlemsstaterne findes tre modeller til beregning af erstatning. Disse er erstatning for det faktiske tab, erstatning svarende til krænkerens fortjeneste og betaling af de gebyrer rettighedskrænkeren skulle have betalt, såfremt han havde ansøgt om tilladelse til at udnytte retten, dvs. det der, i den danske ophavsretslov, betegnes som et *rimeligt vederlag*. Det varierer dog meget fra medlemsstat til medlemsstat, hvorvidt disse beregningsmodeller kan kombineres, men hovedreglen er, at de ikke kan sammenlægges. Af betragtning 26 til det endelige direktiv anføres, at erstatningen kan beregnes ud fra vederlagssynspunkter, såfremt det er vanskeligt at bestemme størrelsen af det faktiske tab.

Hjemmel til beregning af de gebyrer m.v. rettighedshaveren skulle have betalt for udnyttelsen findes i artikel 13, stk. 1 litra b.[135] Bestemmel-

133. Direktivet er beskrevet ovenfor kapitel 2, afsnit 3.

134. KOM 23(2003).

135. Art. 13 supplerer TRIPS-aftalens art. 45. I stk. 1, der fastsætter minimumsregler for midler til håndhævelse af immaterielle rettigheder, herunder krav om iværksættelse af effektive midler til håndhævelse af rettighederne, bestemmelser om bevismateriale, indførelse af forebyggende foranstaltninger, herunder forbud og påbud, erstatning,

sen er i direktivet opført som et alternativ til erstatning efter litra a, der fordrer hensyntagen til samtlige negative økonomiske konsekvenser for ophavsmanden ved den skete krænkelse.

Bestemmelsen, der tilsvarer det danske rimelige vederlag skal således implementeres i EU-retten sammen med direktivet, og vil derfor i fremtiden kunne spille en rolle i den fremtidige retsdannelse i EU-retligt regi. Betragtningerne Domstolen fremsætter i afgørelsen C-245/00 får næppe betydning for udfyldelsen af begrebet, da beregningsmetoden netop i direktiv 2004/48/EF er defineret. Bliver en sag omkring implementering af artikel 13, stk. 1, litra b forelagt Domstolen, er det ikke sandsynligt at Domstolen vil overlade det til medlemsstaterne selv at fastsætte kriterierne for, at fællesskabsbegrebet overholdes.

7.6. De internationale retskilders anvendelse af begrebet

De internationale retskilder anvender begrebet »rimeligt vederlag» flere steder i de internationale konventioner dog uden at begrebet, eller dets beregningsgrundlag, defineres nærmere. Begrebet anvendes ikke som et erstatningsretligt begreb, men som et honoreringsbegreb.

I Bernerkonventionen artikel 11, stk. 2 anvendes begrebet i forbindelse med radio- og tv-rettigheder, og fordrer, at medlemslandene ikke tilrettelægger deres lovgivning således, at ophavsmændenes krav på et rimeligt vederlag krænkes.

Romkonventionen sikrer i artikel 12 de udøvende kunstneres ret til et rimeligt vederlag for visning/fremførelse i radio/tv.

I såvel WCT (artikel 7, stk. 3) samt WPPT (art.13, stk. 2) konventionerne sikres retten til et rimeligt vederlag ved udlejning for en ophavsmand til pladeindspilninger. Samme bestemmelse genfindes i TRIPS-aftalens artikel 14, stk. 4.

8. Erstatning for yderligere skade

Tillæggelse af yderligere erstatning kræver, at der kan sandsynliggøres et tab, der ligger *ud over* den erstatning, rettighedshaveren er berettiget til i henhold til vederlagsreglen.[136] Der er for denne del af kravet tale om erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler. Derfor skal samtlige erstatningsbetingelser være opfyldt.

---

beslaglæggelse og fjernelse af ulovlige varer fra handlen samt indførelse af strafferetlige sanktioner i påkommende tilfælde.

136. Se også ovenfor i afsnit 6.2.

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget defineres erstatning for yderligere skade således: »Herved forstås tab, som den forurettede har lidt ved overtrædelsen, herunder for eksempel afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelser. Ikke-økonomisk skade kan ikke kræves dækket i medfør af forslaget til stk. 1, men omfattes af forslaget til § 83 stk. 3«.[137]

8.1. Rettighedshaverens tab

Ved ophavsretlige krænkelser er retsstillingen således, at krænkeren må betale et rimeligt vederlag, også selvom dette kan overstige det dokumenterbart lidte tab opgjort efter reglerne om erstatning uden for kontrakt.[138]

Kun i det omfang *yderligere* tab kan dokumenteres,[139] gives der tillige erstatning herfor, jf. bestemmelsens ordlyd.[140] Det er således under alle omstændigheder et krav, at rettighedshaveren kan konstatere og dokumentere et *tab* for at opnå denne yderligere erstatning.[141]

I afsnittene nedenfor redegøres for de forskellige tabskategorier, der tilsammen kan udgøre det lidte tab. Det drejer sig om afsætningstab, markedsforstyrrelser og andre tab.

Det gøres særligt opmærksom på at erstatning for ophavsretslige krænkelser, som ovenfor konstateret, også kan tilkendes efter de almindelige erstatningsretlige regler. De fremsatte bemærkninger i de følgende afsnit er således også gældende, såfremt påstanden nedlægges herefter.

8.1.1. Afsætningstab

Rettighedshaverens afsætningstab er udtryk for den mistede indtjening, rettighedshaveren må konstatere ved den skete krænkelse. Afsætningstabet repræsenterer således værdien af den omsætning, rettighedshaveren *ville* have haft, såfremt det krænkede produkt ikke var blevet markedsført, med fradrag af den faktiske omsætning. Det synes oplagt, at dette beløb kan være vanskeligt at opgøre. At rettighedshaveren faktisk kan konstatere et afsætningstab, efter markedsføring og salg af det krænkende produkt, til-

137. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1410.
138. Om erstatning ved krænkelse af de industrielle rettigheder, se f.eks.: *Mogens Plesner*: Forbud, erstatning for straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægt på patentindgreb, NIR1986.367 og *Eva Karlsson*: Skadestånd vid indtrång i industrielle rättigheter, NIR1990.369.
139. Om kravene til bevis, se nedenfor i kapitel 8.
140. Om det også forholder sig således i praksis, vil fremgå af de følgende kapitler.
141. Om differencelæren se f.eks. *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold p. 115-121.

lægges imidlertid stor betydning ved fastlæggelse af den kompensation, han kan tilkomme ved en ophavsretlig krænkelse.[142]

For at fastlægge afsætningstabet skal to faktorer defineres. Den ene er rettighedshaverens mistede omsætning. Den mistede omsætning er udtryk for det antal produkter, rettigheds-haveren ikke har solgt som følge af krænkelsen. Den anden faktor er beregningen af denne mistede omsætnings værdi. I dette afsnit behandles den mistede omsætning indledningsvist og den beløbsmæssige opgørelse efterfølgende.

8.1.1.1. Omsætningstab

Det er en forudsætning for overhovedet at drøfte erstatning for afsætningstab, at der eksisterer et konkurrenceforhold mellem ophavsmanden og krænkeren. Om dette er tilfældet afhænger af flere momenter så som, om parterne opererer i samme branche, henvender sig til samme kundegruppe og markedsfører deres produkter på samme geografisk bestemte marked. Det er ikke afgørende, om parterne befinder sig på samme omsætningstrin. Det vil sige om begge er producenter, forhandlere eller lign.[143] En rettighedshavende producent der ser sit produkt krænket af en forhandler, kan således gøre et erstatningskrav gældende imod ham. Producenten må blot tage udgangspunkt i sit eget omsætningstab ved erstatningsopgørelsen og ikke opgøre kravet som det afsætningstab, en forhandler ville skulle opgøre. Ophavsmandens tab kunne meget vel være tab af en licensafgift i situationen, hvor han ikke selv er producent. Derved kommer erstatningen til at virke som det rimelige vederlag. En forhandlers omsætning opgøres typisk som hans dækningsbidrag, jf. umiddelbart nedenfor.

Kravene til beviset for at der eksisterer en konkurrencesituation mellem parterne, er meget lempelige. *Sandsynliggørelse* af, at et givet produkt henvender sig til samme forbrugergruppe er tilstrækkeligt.[144] Anbringendet gøres ofte gældende af krænkeren, og har i visse afgørelser spillet en rolle, jf. f.eks. U1992.909SH (Superellipse).[145]

---

142. Om bevisbyrderegler se kapitel 8.
143. Et eksempel herpå ses i U1992.909SH, der omhandler en krænkelse af Piet Hein og Bruno Mathsons superellipsebord. Frits Hansens Eftf. A/S, der er producent af originalbordet, sagsøgte Ilva Møbler og Tæpper A/S, der er forhandler af det krænkende produkt.
144. Jr. også *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 246 og *Paul Krüger Andersen*: Markedsføringsret p. 283.
145. Et eksempel fra markedsføringsretten findes i U1982.987SH, der drejede sig om import af nogle glas fra Polen, der i deres helhedspræg mindede om Holmegaards »Skibsglas«. Sø- og Handelsretten vurderede, at der ikke forelå en krænkelse af ophavsretslovens § 2 – dertil var glassene for forskellige i såvel udseende som kvalitet og pris, men retten dømte for overtrædelse af markedsføringslovens § 1. Sø- og Handelsretten udta-

Foreligger en konkurrencesituation konkret mellem parterne, skal rettighedshaverens mistede omsætning på det krænkede produkt beregnes. Dette skal ske for den periode, det *krænkende* produkt har eksisteret på markedet. Denne periode kan umiddelbart fastlægges, såfremt der er nedlagt fogedforbud i sagen. Er der ikke nedlagt fogedforbud, må beregningen ske frem til indlevering af stævning. Påstanden kan efter omstændighederne forhøjes, såfremt der hengår en længere tidsperiode med sagens behandling, og det krænkende produkt i denne periode realiseres på markedet.

Indledningsvis må rettighedshaveren opgøre originalproduktets stilling på markedet *inden,* det krænkende produkt markedsføres. Har originalproduktet lang levetid på markedet, vil det være hensigtsmæssigt at foretage en opgørelse over en lang tidsperiode. Det kan på baggrund heraf vurderes, om markedspositionen var stagnerende, stabil eller stigende. Herefter opgøres originalproduktets stilling på markedet *efter* markedsføringen af det krænkende produkt. I denne opgørelse kan der tages hensyn til produktets markedsposition, således at en evt. forventet meromsætning kan indregnes.[146] En forventet meromsætning kan grundes på f.eks. skift i modemæssige trends, som en følge af en forøget markedsføringsindsats eller på baggrund af en støt stigende omsætning igennem en periode. Der er dog visse faktorer, man skal tage stilling til forinden man alene på den nævnte baggrund beregner afsætningstabet.

Om et produkt reelt sælger på markedet er afhængig af flere forhold og ikke kun prisen på varen. Disse faktorer er blandt andet sælgerens distributionsnet, sælgerens annonceudgifter, kendtheden af produktet, indarbejdelsen af sælgerens varemærke i øvrigt, produktets kvalitet, tidens trends og sælgerens timing. Alle disse forskellige faktorer spiller en rolle for ophavsmandens afsætningstab og må fremgå af den velbegrundede og underbyggede erstatningsopgørelse.

Det kan drøftes, om rettighedshaverens hypotetiske omsætning ækvivalerer *krænkerens* omsætning. Dette er langt fra i alle situationer tilfældet, og som absolut hovedregel kan ophavsmandens mistede omsætning *ikke*

---

ler i præmisserne: »Idet sagsøgte må have været bekendt med Skibsglassets eksistens, findes sagsøgte ved i 1979 at have importeret et glas, der i sit helhedspræg minder så meget om Skibsglasset, at der har foreligget en nærliggende forvekslingsmulighed for det købende publikum, at have handlet i strid med god markedsføringsskik.« Det betyder, at til trods for, at glassene var for forskellige til at det kunne dømmes for ophavsretskrænkelse, henvendte de sig til samme forbrugergruppe. Sagsøgte blev derfor dømt, jf. markedsføringslovens § 1.

146. Bevisbyrden herfor kan være vanskelig at løfte, jf. f.eks. U2004.1085SH (Montana), men dette kan evt. ske ved indhentelse af udtalelser fra brancheforeninger samt beregninger på det relevante marked generelt. I perioder vil omsætningen af enkelte produkttyper være generelt stigende. Dette kan være tilfældet for musik, møbler el. lign.

opgøres som værende lig krænkerens omsætning. Det kan heller ikke umiddelbart lægges til grund, at ophavsmanden ville have solgt det antal af den krænkende genstand, som *krænkeren* har solgt. Det kan skyldes flere forhold, herunder pris, markedsføringsudgifter, distribution m.v. Men krænkerens *aktuelle* salg kan dog danne et vist grundlag for skønnet, som så må foretages ud fra de ovennævnte parametre omkring pris, distribution m.v. Dette er særligt tilfældet, hvis produkterne har høj grad af lighed, herunder i pris og kvalitet, jf. afsnittet umiddelbart nedenfor.

Ved skønsudøvelsen i forbindelse med tabsfastlæggelsen, kan det ikke lægges til grund, at krænkerens produkt altid vil være billigere end frembringerens og af den grund sælge mere, og at der som følge heraf skal ske reduktion af krænkerens omsætning. Krænkerens produkt *kan* være billigere end frembringerens produkt. Dette vil være den typiske situation, idet krænkeren alt andet lige må antages at have haft lavere udviklingsomkostninger på produktet. At produktet er billigere end frembringerens produkt betyder imidlertid ikke automatisk, at det sælger mere. De ovenfor nævnte faktorer spiller derfor selvfølgelig også en rolle for krænkerens mulighed for at afsætte sit produkt.

Krænkerens produkt *kan* også være dyrere end frembringerens og alligevel påvirke salget af frembringerens produkt i negativ retning, hvis nogle af de nævnte faktorer bevirker, at produktet alligevel kan afsættes. Dette kan for eksempel være et stort distributionsnet, øget markedsføring eller et kendt varemærke i øvrigt. Situationen kan således for eksempel opstå, hvor krænkeren har et meget stort distributionsnet via en af de store supermarkedskæder. Derfor er en lavere pris ikke altid en indikator for hvilket produkt, der sælger bedst.

Frembringerens forventede omsætning uden krænkelsen er således afhængig af flere parametre, der alle må tages i betragtning og redegøres for, når denne beregnes.

8.1.1.2. Markedsfortrængning og substitution

Som det vil fremgå nedenfor i kapitel 7 er markedsfortrængning et af elementerne, der lægges vægt på ved erstatningsudmålingen og et begreb, der jævnligt anvendes i afgørelsernes præmisser.

Begrebet *markedsfortrængning* er velkendt fra konkurrenceretten, og kan dække over forskellige typetilfælde, f.eks. leveringsstandsning, priskrig, misrekomandering og tilegnelse af en andens forretningsmæssige identitet ved markedsføring af produktefterligninger.[147] I denne sammen-

147. Om markedsfortrængning se *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 4. udg., p. 321.

hæng anvendes betegnelsen for det forhold, at krænkeren helt eller delvist fortrænger ophavsmanden fra markedet ved salg og markedsføring af det krænkende produkt. Markedsfortrængning i et eller andet omfang forudsættes for, at der overhovedet udmåles erstatning for afsætningstab. Det forekommer meningsløst at tale om afsætningstab, hvis der ikke foreligger markedsfortrængning.

Markedsfortrængning kan ske helt eller delvist. Tilfælde af fuld markedsfortrængning er sjældent set, men har foreligget. Dette er situationen, når et krænkende produkt fuldstændig overtager samtlige markedsandele, og omsætningen på det originale produkt ophører.[148] I disse tilfælde indstiller ophavsmanden typisk sin produktion. I andre tilfælde sker alene markedsfortrængning af varierende grad, hvilket vil sige, at salget af det originale produkt begynder at falde eller stagnere, hvis omsætningen var stigende før krænkelsen.

I tilfælde af lancering af et produkt, der ikke umiddelbart kan substituere originalproduktet, forekommer markedsfortrængning naturligvis også. Det er tilfældet i de situationer, hvor det krænkende produkt er billigere end originalproduktet samtidig med, at det besidder mange af originalproduktets karakteristika. En billig kopi kan stjæle markedsandele i stort omfang, hvilket særlig ses for så vidt angår kopiering af musik, film og edb-programmer. På produktefterligningsområdet fremstår problemstillingen tydeligt ved markedsfortrængninger i henhold til markedsføringsloven. Til trods for denne problemstilling anlægges en meget streng krænkelsesbedømmelse, hvilket kan give rettighedshaveren problemer i de sager, hvor produktet ikke nyder beskyttelse i henhold til ophavsretsloven eller de øvrige eneretslove.

Der kan også opstå den situation, at ophavsmanden ikke konstaterer et fald i sin afsætning eller sin forventede (stigende) afsætning til trods for det krænkende produkts markedsføring.[149] I sådanne tilfælde kan der ikke foreligge markedsfortrængning. Der kan således ikke begæres erstatning for afsætningstab, og sagsøger må henvises til at kræve et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for markedsforstyrrelser. Udebliver en forventet omsætningsstigning, kan denne erstattes i det omfang bevisbyrden herfor kan løftes.

Begrebet *substitution* anvendes i visse tilfælde i afgørelsernes præmisser.[150] Ved substitutionsspørgsmålet tages stilling til, hvorvidt kopiproduktet kan erstatte originalproduktet på markedet. Dette vil typisk være

148. Dette var tilfældet i afgørelsen U1998.775SH (Striktrøjer).
149. Dette var f.eks. tilfældet i afgørelsen U1979.248/2Ø (Bjørn Wiinblad II).
150. Se f.eks. U2004.1085H (Montana).

tilfældet, såfremt produkterne er sammenlignelige med hensyn til pris, kvalitet og såfremt de henvender sig til samme kundegruppe, har samme forhandlernet m.v. Ved fastlæggelse af, om der foreligger substitution ses særligt på, om kundegruppen køber kopiproduktet, fordi det fremstår som originalproduktet, endsige forveksler produkterne.

Foreligger substitution, må konsekvensen nødvendigvis være, at der foreligger markedsfortrængning i samme omfang, under forudsætning af, at prisen er den samme.[151] Det betyder, at krænkerens salg er udtryk for rettighedshaverens mistede salg.

Det må betragtes som hovedreglen, at foreligger markedsfortrængning og ikke substitution, har rettighedshaveren krav på erstatning for sit *eget* dokumenterbare omsætningstab. Han skal således bevise, i hvilket omfang det krænkende produkt har fortrængt originalproduktet fra markedet, og kan få sit tab herfor erstattet. Der kan opstilles den tese, at foreligger der tilmed *substitution*, kan *krænkerens salg* lægges til grund for beregningen af rettighedshaverens afsætningstab. Dette kan begrundes med, at kopiproduktet tilsvarer originalproduktet, og stort set sælges som sådant. Der kan dog være grund til at foretage visse reguleringer som følge af den prismæssige struktur – alt afhængig af, om priserne på produkterne varierer meget i forhold til hinanden. Endvidere kan markedsmæssige forhold spille en rolle, men denne vil være begrænset. Bekræftes tesen har dette stor bevismæssig betydning, idet det er lettere at dokumentere krænkerens salg end rettighedshaverens mistede afsætning.

Opgøres afsætningstabet med udgangspunkt i krænkerens salg, bevirker dette, at erstatningen får vederlagsagtig karakter. Påstanden herom medfører, at krænkeren skal betale en »licens« for hvert krænkende produkt i form af ophavsmandens dækningsbidrag på originalproduktet. En sådan påstand må ikke forveksles med en påstand om, at krænkeren skal afgive sin *egen* fortjeneste.

I kapitel 7 analyseres retspraksis om afsætningstabet, og det undersøges, om disse principper følges, og om retspraksis kan bekræfte den opstillede tese, der forekommer teoretisk velbegrundet og holdbar.

8.1.1.3. Den beløbsmæssige opgørelse.

I det ovenstående afsnit er de markedsmæssige forhold, der skal tages hensyn til, når den mistede omsætning skal opgøres, angivet. Frembringerens tab kan på den beløbsmæssige side opgøres på flere forskellige måder.

151. Om prisens betydning se umiddelbart nedenfor i afsnit 8.1.1.3.

I det mest enkle eksempel på frembringerens afsætningstab mister frembringeren fortjeneste ved salg af et produkteksemplar for hvert produkteksemplar, krænkeren sælger, det vil sige der foreligger substitution. Såfremt produkterne er ens og sælges til den samme pris eller tilnærmelsesvis den samme pris kan frembringerens afsætningstab umiddelbart konstateres, og tabet kan beregnes uden vanskeligheder. I disse tilfælde udgør krænkerens salg et væsentligt parameter for erstatningsudmålingen.[152]

Et eksempel på markedsfortrængning og substitution forelå i afgørelsen U1983.976Ø, der drejede sig om en privatperson, der drev en omfattende handel med kopiering, salg og udlejning af videofilm i strid med rettighedshavernes ophavsret. Der var tidligere blevet nedlagt fogedforbud mod hans virksomhed. Der blev under den efterfølgende justifikationssag nedlagt påstand om betaling af en erstatning på kr. 2.950.000,00, svarende til erstatning for såvel afsætningstab som markedsforstyrrelser. Landsretten udtalte: »Det findes godtgjort, at sagsøgerne har lidt et tab som følge af sagsøgtes ulovlige virksomhed, idet sagsøgerne må antages at have været udsat for en aktuel omsætningsnedgang nogenlunde svarende til omfanget af sagsøgtes salg og udlejning. Efter alt foreliggende findes det at kunne lægges til grund, at sagsøgte har afsat cirka 2.000 kassetter i strid med sagsøgernes rettigheder. Idet sagsøgernes tab vil kunne ansættes til gennemsnitlig 500 kr. pr. kassette, udgør tabet i alt 1.000.000 kr. Som følge af sagsøgtes ulovlige virksomhed findes sagsøgerne tillige at måtte påregne en fremtidig omsætningsnedgang og et deraf flydende tab, der skønsmæssigt ansættes til 200.000 kr. Sagsøgte vil herefter have at betale en erstatning på 1.200.000 kr.« Der blev således lagt vægt på, at rettighedshaverens omsætningsnedgang stort set tilsvarede omfanget af krænkerens omsætning. Dommen er bemærkelsesværdig klar på dette punkt. Det letter forståelsen af erstatningsopgørelsen, når retten ulejliger sig med at oplyse, hvilke beløb og hvilket antal krænkede produkter man accepterer.

Problemstillingen var også til behandling i afgørelsen U1991.216Ø, der også vedrørte ulovlig fremstilling af film m.v. Sagsøgeren opgjorde sit tab til kr. 750,00 pr. ulovligt kopieret film. Sagsøgte havde i alt kopieret 123 film. Erstatningen blev fastsat skønsmæssigt til kr. 100.000,00, hvilket også omfattede erstatning for markedsforstyrrelse. Erstatningen blev således ikke udmålt til sagsøgerens direkte tab, men det nærmer sig i udstrakt grad, idet tabet udgjorde kr. 92.250,00 (123 × 750,00).

152. Se f.eks. afgørelsen i U1998.941SH, hvor der gives erstatning for et anslået afsætningstab på 20.000 stk. af produktet StandArt (stander til karklude og opvaskebørste) samt vederlag for udnyttelsen. Erstatningen fastsættes efter sagsøgers påstand skønsmæssigt til kr. 300.000,00.

Såfremt frembringerens produkt sælges til en højere pris end krænkerens, kan frembringerens tab ikke umiddelbart sættes i relation til krænkerens stykvise salg, idet den forholdsvis billigere pris for krænkerens produkt evt. kan tiltrække andre forbrugere end frembringerens produkt. Der må således foretages et skønsmæssigt afslag for salg til den kundegruppe, der må antages at have mindre købekraft.

Skulle situationen være denne, at krænkerens produkt sælges til en højere pris end rettighedshaverens, opgøres frembringerens tab som en mindre andel af krænkerens faktiske salg, således at der igen foretages et afslag for kundegruppen med mindre købekraft. Det kan dog tænkes, at rettighedshaverens fiktive salg i denne situation skal sættes lig krænkerens, såfremt rettighedshaveren er i besiddelse af et stærkt varemærke, og dermed ville have solgt flere originalprodukter, selvom krænkerens produkt sælges til en højere pris.[153]

Findes der i forvejen produkter på markedet, der ligger meget tæt op ad frembringerens produkt, dog uden at være en krænkelse heraf, kan dette være en indikator for, at omsætningstabet reelt skal fastsættes til et mindre beløb end krænkerens faktiske omsætning eller end rettighedshaverens konstaterede tab. Tanken bag argumentationen er, at krænkeren *kunne* have udbudt et lovligt produkt og derved via den almindelige markedsretlige konkurrence have reduceret frembringerens afsætning af det beskyttede produkt.[154] Dette argument skal fremføres med en vis forsigtighed. Det rummer en yderst hypotetisk situation, nemlig krænkerens mulighed for at markedsføre et lovligt produkt i stedet for et ulovligt. Det *tænkte* lovlige produkt *kunne* i givet fald have fortrængt et aktuelt krænkede produkt, hvorfor afsætningstabet skal reduceres. Argumentet, der anses for noget »fortænkt«, blev anvendt i præmisserne i en svensk afgørelse om krænkelse af en mønsterrettighed til et køkkenredskab refereret i NIR1995.332 og er også anvendt i flere danske afgørelser. Afgørelserne behandles nedenfor i kapitel 7.[155]

Vælger ophavsmanden i en periode at nedsætte prisen på det beskyttede produkt for at imødegå konkurrence fra krænkeren, kan der i givet fald gives erstatning for denne prisnedsættelse.

---

153. Diskussionen i dette tilfælde er nok mere akademisk end praktisk relevant, idet situationen i langt de fleste tilfælde vil være den, at det krænkende produkt sælges til en lavere pris end originalproduktet.
154. Jf. *Peter Møgelvang-Hansen og Thomas Riis*: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser i Festskrift til Gomard, København 2001, p. 186 med de der angivne henvisninger.
155. Se også ovenfor afsnit 5.2.

Et eksempel herpå forelå til bedømmelse i afgørelsen U1994.671/2H. Sagen drejede sig om en hvilestol, der blev importeret fra Sverige og solgt igennem en dansk møbelkæde. Da en anden møbelkæde i Danmark ikke kunne få lov til at forhandle hvilestolen, fremstillede denne kæde en hvilestol, der krænkede det oprindelige produkt. Kopiproduktet blev solgt til en væsentlig lavere pris. Den møbelkæde, der solgte originalproduktet i Danmark, forlangte en betydelig prisnedsættelse på dette produkt, idet man i modsat fald nægtede forhandling deraf. Sagsøger fik erstatning for denne prisnedsættelse, idet Højesteret stadfæstede Sø- og Handelsrettens dom. Erstatningen fastsattes dog efter et samlet skøn, idet Sø- og Handelsretten udtalte om erstatningsopgørelsen: »Den af sagsøgerne foretagne tabsopgørelse på […] kan ikke uden videre lægges til grund, da det stedse vil være forbundet med usikkerhed om opnåelige omsætningstal og med omfanget af en nødvendig prisnedsættelse, tabet og dermed den sagsøger tilkomne erstatning må derfor fastsættes skønsmæssigt […]«.

Vil rettighedshaveren påberåbe sig erstatning for denne prisnedsættelse, er det åbenbart, at det kan volde vanskeligheder at opgøre erstatningskravet, idet det rent hypotetisk skal opgøres, hvad det forventede salg i perioden *uden* prisnedsættelse *ville* have andraget. Har der fundet en bare nogenlunde væsentlig prisnedsættelse sted, kan man ikke gå ud fra, at der ville være blevet solgt samme stykantal uden prisnedsættelse som med. Man må i givet fald reducere i antallet ud fra en vurdering af erhververnes købekraft. Et andet moment i denne diskussion er, at det kan være vanskeligt at tilvænne markedet til et højere prisniveau, efter krænkelsen er ophørt.

Det må også blotlægges, om originalproduktet i forvejen havde faldende markedsandele. Er originalproduktets markedsandele faldet *mere* end de andele kopiproduktet har erhvervet, må erstatningsberegningen naturligvis afpasses herefter. Det vil naturligvis kunne give anledning til spekulationer om, hvorvidt det virkelig er kopiproduktets tilstedeværelse på markedet, der reelt har bevirket stagnation af originalproduktets salg.

Som det også fremgår af ovennævnte afgørelse, U1994.671/2H, vil erstatningen i langt de fleste tilfælde blive fastsat skønsmæssigt. Mere om dette vil følge i analysen af retspraksis nedenfor i kapitel 7.

En mulig og meget simpel model til udregning af erstatning med udgangspunkt i afsætningstabet er denne: Omsætningsreduktionen opgjort i mistet omsætning i stykantal ganget med rettighedshaverens fortjeneste pr. enhed.

Det kan naturligvis drøftes, hvorledes fortjenesten pr. enhed skal opgøres. Det må betragtes som mest hensigtsmæssigt og korrekt at opgøre fortjenesten i form af *dækningsbidrag* pr. enhed. Dermed indregnes virksomhedens omkostninger, der alt andet lige må forudsættes at bestå uændret, i dæk-

ningsbidragsopgørelsen.[156] Dækningsbidrag kan defineres som forskellen mellem en vares salgspris og de omkostninger salgstransaktionen udløser, hvilket typisk vil sige købsprisen på varen, men også andre omkostninger, der er en følge af salget. I bidragstankegangen skelnes mellem variable og faste omkostninger, således at de variable omkostninger skal dækkes af salgsprisen, mens de samlede faste omkostninger skal dækkes af det samlede dækningsbidrag.

Dækningsbidraget pr. enhed finder man ved at dividere det samlede dækningsbidrag for en vare med antallet af salg, eller evt. ved en kalkulation af én enhed.

Et simpelt eksempel på beregning af tabet som følge af mistet omsætning, hvis omsætningsreduktionen ansættes til 500 stk. og dækningsbidraget pr. enhed er 100,00 kr.: 500 × 100,00 = 50.000,00. Dette beløb kan så i givet fald skønsmæssigt forhøjes eller reduceres ud fra de ovenfor nævnte faktorer omkring markedsforholdene.

I sagen U2001.747H lagde Højesteret i sin erstatningsberegning dækningsbidraget på det krænkede produkt til grund.[157] Sagen drejede sig om en efterligning af Tripp Trapp stolen. Parterne var under justifikationssagen, men ikke under fogedsagen, enige om, at stolen var ophavsretligt beskyttet. Sagsøgerne havde nedlagt påstand om erstatning på i alt kr. 2.800.000,00. Man havde opgjort dækningsbidraget pr. enhed til kr. 369,00 og afsætningstabet i perioden fra efterligningens fremkomst på markedet og frem til fogedforbudet til 6.000 stk. stole, dvs. afsætningstabet var opgjort til kr. 2.214.00,00. Der var endvidere nedlagt påstand om erstatning for markedsforstyrrelse samt godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Disse beløb var fastsat skønsmæssigt. Sagsøgerne havde oplyst om salget af Tripp Trapp stolene frem til krænkelsestidspunktet og skønnet over, hvilket antal stole der ville blive solgt yderligere, såfremt efterligningen ikke var blevet markedsført. Det anførtes, at der blev solgt 6.000,00 efterligningsstole, og man gjorde fra sagsøgerens side altså gældende, at der var sket fuld markedsfortrængning og substitution, dvs. at man kunne have solgt det samme antal originalstole, 6.000 stk., såfremt efterligningen ikke var introduceret på markedet. Sagsøgte blev frifundet i landsretten, idet landsretten ikke fandt, at sagsøgernes ophavsret til stolen var blevet krænket ved efterligningen og idømte derfor sagsøgeren en erstatning for sagsøgtes afsætningstab med udgangspunkt i opgørelsen af dækningsbidraget pr. enhed. Sagen blev afgjort med dissens

156. Jf. også *Mogens Plesner*: Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægt på patentindgreb, NIR1986.367.

157. Se også afgørelserne U1999.1061SH, U1998.941SH, U1992.909SH, U1991.335H, NIR1990.269 og U1988.755, U1963.782H, hvori erstatningen beregnes med udgangspunkt i dækningsbidrag pr. enhed. Mere om retspraksis om dækningsbidrag, se kapitel 7, afsnit 5.1.

(4-1) i Højesteret, hvis flertal fandt, at der forelå en ophavsretlig krænkelse af Tripp Trapp stolen. Erstatning for afsætningstab blev fastsat med udgangspunkt i dækningsbidraget på kr. 369,00 pr. enhed og en *anslået* mistet afsætning – navnlig på det danske marked. Der blev givet dom for kr. 500.000,00, hvilket beløb endvidere omfattede generel markedsforstyrrelse. Opfinderen af stolen fik tillagt kr. 30.000,00 i medfør af ophavsretslovens § 83, stk. 3.

Det er imidlertid ikke nogen endegyldig hovedregel, og kan da ej heller udledes at retspraksis, at dækningsbidragsprincippet *skal* lægges til grund i erstatningsopgørelsen. Der kan konkret være anledning til at lægge vægt på nettoavancen. Det er oftest en beslutning sagsøgeren tager ved opgørelse af sit krav. Imidlertid vil det være hensigtsmæssigt at begrunde, hvorfor et givet princip lægges til grund for udregningerne. Anvendes nettoavancen, bør der foreligge særlige begrundelser for at de indirekte omkostninger fratrækkes. *Nettoavance* er et mere upræcist begreb allerede af den grund, at det anvendes i forskellig sammenhæng og med forskellig betydning. Nogle tager udgangspunkt i dækningsbidrag/bruttoavance og fratrækker heri *indirekte* omkostninger og når dermed frem til en »nettoavance«. Andre fordeler samtlige indirekte og faste omkostninger på produkterne og når dermed frem til en nettoavance pr. produkt, der svarer til årsregnskabets nettooverskudsbegreb evt. før renter, men altid før skat. De indirekte produktionsomkostninger er vanskelige at fastsætte og det kan variere meget, hvilke omkostninger en virksomhed betragter som indirekte. Også af den grund er nettoavancen vanskelig gennemskuelig.

Et eksempel på anvendelse af nettoavancen findes i afgørelsen U1991.10H.[158] Sagen omhandlede en agent, der forinden sin opsigelse fra et møbelfirma fik et andet møbelfirma til at fremstille et reolsystem, der blev anset for at være identiske med et reolsystem, som den møbelvirksomhed, hvor vedkommende var ansat som agent, fremstillede. Dette blev anset som en overtrædelse af markedsføringslovens § 1. Sagen drejede sig endvidere om agentens provisionskrav i anledning af, at han naturligvis blev opsagt fra sin stilling. Møbelfirmaet opgjorde sit tab som tabt nettoavance, hvilket sandsynligvis skyldtes, at salget af de pågældende reoler var gået væsentligt ned med omkostningsbesparelser til følge. Dette fordi krænkeren var agent og eneforhandler på markedet for den krænkede virksomhed, og dermed kunne substituere ethvert salg med sine egne produkter. Erstatningen fastsattes »efter de foreliggende oplysninger om salgets omfang« til kr. 250.000,00, og må antages at være fastsat med udgangspunkt i den opgjorte nettoavance. Jf. den ovenfor anførte definition fratrak man således de indirekte omkostninger, idet salget stort set stagnerede i en periode.

158. Se også U1985.1987SH og U1965.468H, der begge afgøres efter et nettofortjeneste-princip.

Det er ingen forskel på om tabet opgøres som mistet dækningsbidrag eller som mistet bruttoavance. Dækningsbidrag og bruttoavance er i langt de fleste tilfælde det samme, blot anvendes udtrykket *bruttoavance* oftest i handelsvirksomheder, når man vil udtrykke forskellen mellem en vares salgspris og dens indkøbspris.[159]

Erling Borcher giver muligvis udtryk for en anden opfattelse i »Produktefterligninger« p. 258, hvor der anføres, at afgørelsen U1960.483Ø er et klart eksempel på erstatning svarende til bruttoavance (og altså ikke dækningsbidrag).

> Sagen drejede sig om en efterligning af en stol tegnet af arkitekt Hans J. Wegner. En møbelfabrikant fremstillede og solgte 300 efterligninger af den pågældende stol og solgte dem til USA. Sagsøgeren, der var indehaver af rettighederne over stolen, opgjorde sin bruttoavance på stolene til kr. 124,90. Bruttoavancen var opgjort inklusiv vareforbrug samt øvrige omkostninger pr. enhed. Sagsøgeren blev ikke tillagt noget beløb i erstatning for markedsforstyrrelser, som påstået, men hans »direkte tab ved eksporten af 300 stole« erstattedes skønsmæssigt med kr. 30.000,00.

Ved direkte tab må i denne forbindelse forstås mistet dækningsbidrag, jf. umiddelbart nedenfor – uanset om det af sagsøger benævnes bruttoavance eller dækningsbidrag.

En forbindelse mellem bruttoavance og dækningsbidrag kan dog forekomme således:

Varesalg	x
Vareforbrug	-x
Bruttoavance	x
Øvrige styk-omkostninger	-x
Dækningsbidrag	x

Hvis regnskabsaflæggeren slår vareforbrug og øvrige stykomkostninger sammen, hvilket var tilfældet i afgørelsen U1960.483Ø, og ofte er det ved opgørelser i denne type sager, bliver resultatet et dækningsbidrag som måske kaldes bruttoavance. Hvis man skal fastslå, at en opgørelse af afsætningstabet er foretaget ud fra en beregning af bruttoavancen, skal man således have de pågældende kalkulationer til nærlæsning.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at retsafgørelser er båret af den nedlagte påstand. Har sagsøgeren konkret nedlagt påstand om erstatning efter en nettoavance-opgørelse, og anføres argumenter herfor, vil retten

159. Se herom f.eks. Finn C. Sørensen: Håndbog i lov om årsregnskab.

i givet fald som hovedregel lægge denne opgørelse til grund og derefter – som regel – fastsætte en skønsmæssig udmålt erstatning. Det er således ingen absolut hovedregel, at erstatning for afsætningstab gives med udgangspunkt i en beregning af dækningsbidrag pr. enhed. Det kan ej heller udledes af ordlyd eller forarbejderne til § 83, at afsætningstabet skal beregnes som dækningsbidraget, men denne beregningsmetode giver afgjort det mest korrekte billede af rettighedshaverens reelle afsætningstab og må derfor fremstå som den mest korrekte opgørelsesmetode.

Ved enkelte frembringelser beskyttet af ophavsretsloven kan frembringerens tab være endog meget vanskeligt at opgøre. Dette er særligt tilfældet når krænkelsen relaterer sig til piratkopieret software, musikcd'er og lignende. Værdien af den krænkede ydelse kan være vanskelig at prisfastsætte og antallet af piratkopier kan være endnu vanskeligere at fastsætte.[160]

8.1.2. Markedsforstyrrelse

Rettighedshaverens eventuelle markedsforstyrrelse lader sig ikke i samme grad som hans afsætningstab konstatere umiddelbart.

Ved markedsforstyrrelse forstås, at rettighedshaveren ved den skete krænkelse har mistet markedsandele, som ikke umiddelbart kan genvindes, selvom det krænkende produkt fjernes fra markedet. Markedsforstyrrelse er således betegnelse for et forventet fremtidigt afsætningstab. Afsætningstabet udgør ophavsmandens tab på *kort sigt,* hvorimod tab for markedsforstyrrelser udgør tabet på *lang sigt*. Skader som følge af markedsforstyrrelser kan i visse tilfælde være bestandige eller meget langvarige, og retablering kan kræve store markedsføringsomkostninger.

En markedsforstyrrelse kan bevirke, at frembringeren mister sin kundekreds, men også sin goodwill.[161] Dette er særligt tilfældet, hvis det krænkende produkt er af ringere kvalitet, men alligevel nært sammenligneligt med frembringerens produkt. Dette skyldes, at kundekredsen ikke har mulighed for at skelne mellem produkterne, med mindre de befinder sig ved siden af hinanden. Forbrugeren kan dog alligevel konstatere, at produktet, man fejlagtigt forventede fremkom fra rettighedshaveren, er af en dårlig kvalitet eller i hvert fald af en dårligere kvalitet end forventet. Den negative imagepåvirkning kan i yderste konsekvens også have betydning for vurderingen af rettighedshaverens andre produkter.

Markedsforstyrrelser er således umiddelbart vanskelige håndterbare størrelser og yderst vanskelige at prisfastsætte. Omvendt er *bevisbyrden* for

160. Se nedenfor i kapitel 6, afsnit 3.1.1., hvorledes problemet er søgt løst i retspraksis.
161. Erstatning for tabt goodwill ses ofte i sager om erstatning for varemærkekrænkelser.

markedsforstyrrelser ofte lempelig, hvilket for eksempel ses i afgørelsen U2001.2387SH, hvor Sø- og Handelsretten anfører: »Sagsøger har hverken dokumenteret eller sandsynliggjort et egentligt tab, men retten finder, at der er sandsynliggjort en markedsforstyrrelse, særlig henset til forklaringen om kundernes reaktioner, herunder at sagsøgers renommé kan skades.« Sagen blev afgjort med henvisning til markedsføringslovens § 1.

Fra svensk ret kan fremhæves afgørelsen NJA 1984 p. 34 (Bootleg-afgørelsen).[162] I sagen, som vedrørte import og salg af grammofonplader, slog HD fast, at salget havde en negativ effekt på salget af lovlige plader. Der påføres ophavsmændene en markedsforstyrrelse i og med de ulovlige plader ofte har en dårligere kvalitet. Det samme synspunkt er afgørende i RH83:85.

Det er teoretisk vanskeligt at opstille kriterier for, hvorledes størrelsen af erstatning for markedsforstyrrelser skal fastlægges. Dette begreb skal udfyldes i retspraksis.

Afgørelsen U1998.946SH omhandlede misbrug af WWF's varemærkerettigheder til Pandamærket, som blev anset for varemærkeretligt – men ikke ophavsretligt – beskyttet. Retten anførte i præmisserne omkring erstatningsudmålingen, at: »Den varemærkeretlige krænkelse har efter det fremkomne ikke medført interne omkostninger eller markedsforstyrrelser af nævneværdigt omfang«. Rettighedshaveren blev alene tillagt et rimeligt vederlag for udnyttelsen.

I afgørelsen U2000.212SH, fastsattes erstatningen for markedsforstyrrelser fuldstændig skønsmæssigt, idet retten henviste til parternes generelle manglende dokumentation for såvel salg som dækningsbidrag. I sagen blev der dog foretaget en opdeling af erstatningen, således at der blev givet et beløb for afsætningstab og et beløb for markedsforstyrrelser.

Som det fremgår nedenfor i kapitel 8 er det imidlertid sikkert, at ophavsmanden er forpligtet til, i et eller andet omfang, at sandsynliggøre en markedsforstyrrelse for at opnå erstatning herfor.

Den primære analyse af erstatning for markedsforstyrrelser må nødvendigvis ske i forbindelse med en analyse af retspraksis, jf. nedenfor i kapitel 6.

162. Jf. også ovenfor afsnit kapitel 4, afsnit 4.1.3. og 4.2.

8.1.3. Andre tab

Disse tab påberåbes ofte og udgør som udgangspunkt rettighedshaverens omkostninger ved at konstatere, om der har fundet en krænkelse sted.

Et eksempel herpå ses i afgørelsen U1997.1546V, der drejede sig om erstatning for manglende og forkerte indberetninger til brug for beregning af vederlag til udøvende kunstnere. Sagen var af bevismæssig meget kompleks karakter, og der blev brugt betydelige ressourcer på undersøgelser af sagen. Sagsøger fik derfor erstattet disse undersøgelser med det påståede beløb.

Fra svensk ret kan nævnes afgørelsen i NJA 1986 p. 702. Sagen drejede sig om gengivelse af ophavsretlige beskyttede musikværker i forbindelse med salg af tv- og radioapparater. Dette blev anset for en krænkelse af kunsternes ophavsrettigheder. Sagsøgers omkostninger til undersøgelser i forretningen blev i denne sag også tillagt det afholdte beløb.

Retten tager stilling til spørgsmålet omkring advokatomkostninger for førelse af den konkrete sag i forbindelse med domsafsigelsen. Det er derfor som udgangspunkt unødvendigt at inddrage egne advokatomkostninger under posten for andre tab. Dog kan man have afholdt advokatomkostninger i forbindelse med en indledende fogedsag. Disse kan kræves erstattet under den efterfølgende justifikationssag. Dette er tilfældet uanset, om der er blevet nedlagt fogedforbud eller ej. Det fremgår dog ikke klart af retspraksis, om retten konkret tager stilling til denne type advokatomkostninger. I mange tilfælde vil det idømte advokatsalær tillige dække sagens omkostninger ved dens førelse for fogedretten. I realiteten er det dog nok sjældent tilstrækkeligt. Sagens parter, samt domstolene, bør derfor være opmærksomme på problematikken. Omkostninger ved afholdelse af syn og skøn er ligeledes som udgangspunkt indeholdt i den samlede omkostningsafgørelse.

Ved andre tab kan således forstås såvel interne som eksterne udgiftsposter i krænkelsens anledning. Det kan være forøgede udgifter til kontrol, forøgede medarbejderudgifter, udgifter ved indkøb af vareprøver m.v. Der er ofte ikke tale om væsentlige beløb, men kontroludgifter kan efter omstændighederne være betydelige. Dette er særligt tilfældet i sager om krænkelse af IT-baserede produkter samt film og musik.

8.2. Krænkerens fortjeneste

Erstatningsudmåling med udgangspunkt i krænkerens fortjeneste er for så vidt et ukendt fænomen i dansk og svensk ret.[163] Der er ikke hjemmel hertil i ophavsretslovgivningen. Det ligger imidlertid fast, at krænkerens fortjeneste i mange tilfælde er større end rettighedshaverens tab. Dette kan blandt andet skyldes et meget større distributionsnet, eksport, billigere salgspris eller en større avance. Det har den kedelige følge, at krænkelse af immaterialrettigheder eller brud på markedsføringsloven i mange tilfælde »betaler sig«, hvis man vel at mærke kan leve med risikoen for et retsligt efterspil.

I dansk erstatningsret begrænser rettighedshaverens erstatning sig til det lidte tab. Dette kan opgøres på forskellige måder, og også på måder der ikke altid umiddelbart er økonomisk målelige. Erstatningsudmåling med udgangspunkt i krænkerens fortjeneste kan være en meget vidtgående erstatning, og som nævnt overstige rettighedshaverens egentlige konstaterbare økonomiske tab. Omvendt kan der være sympati for det synspunkt, at krænkeren må fralægge sig sin fortjeneste ved at have krænket det pågældende produkt. Det virker umiddelbart stødende, at det skal kunne betale sig at foretage en ophavsretlig krænkelse. Dette er ikke desto mindre tilfældet.

Det kan drøftes, om der i den almindelige berigelsesgrundsætning, er hjemmel til, at krænkeren skal fralægge sig den del sin fortjeneste, der overstiger det lidte tab. Det følger af berigelsesgrundsætningen at en person, der uden grund er blevet beriget på en andens bekostning, skal afgive berigelsen til denne. Berigelsesgrundsætningen har praktisk betydning i de situationer, hvor der hverken er grundlag for at statuere et egentligt aftaleforhold eller erhverve et egentligt erstatningskrav. Berigelsesgrundsætningen kan dog nok som udgangspunkt ikke danne grundlag for kravet om, at krænkeren skal fralægge sig sin fortjeneste. Dette skyldes flere forhold. Berigelsesgrundsætningen kommer ikke til anvendelse, når der er grundlag for at pålægge den anden part et erstatningskrav. Det er tilfældet i ophavsretlige krænkelsessager. Endvidere må ophavsretslovens § 83 anses for udtømmende at gøre op med rettighedshaverens erstatningsmuligheder, hvorfor ophavsretslovens bestemmelser finder anvendelse efter princippet om *lex specialis*. Derfor må en bestemmelse om, at krænkeren skal fralægge sig sin fortjeneste kræve klar lovhjemmel.

Betragtninger om krænkerens indvundne fortjeneste tillægges ej heller nogen vægt ved fastsættelsen af det rimelige vederlag i medfør af ophavs-

163. Se om dette *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave p. 261 og *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret, 7. udg. p. 460 f.

retslovens § 83, stk. 1. Vederlaget kan efter omstændighederne være både større og mindre end den indvundne fortjeneste.

Se f.eks. afgørelsen refereret i NIR2002.181, der er en afgørelse afsagt af den finske højesteret, KKO 2001:42. Sagen drejer sig om ulovlig kopiering af ca. 100 cd-plader. Nogle af pladerne var blevet solgt og andre konfiskerede i forbindelse med sagens politimæssige efterforskning. Krænkeren blev dømt til at betale sædvanligt vederlag for de solgte disketter beregnet ud fra cd-pladers normale detailpris. Vedrørende de konfiskerede plader blev krænkeren dømt til skønsmæssigt at betale halvdelen heraf. I denne sag udgjorde vederlaget således et noget større beløb end den indvundne fortjeneste ved krænkelsen. Det er dog næppe hovedreglen, når det rimelige vederlag skal udmåles, jf. nedenfor i kapitel 6 om retspraksis på området.

At krænkerens gevinst ikke p.t. tillægges betydning kan også støttes af den fællesnordiske udredning p. 336, hvor der anføres: »Ved särskilt gäller det fall att intrångsgörens vinst överstiger det belopp till vilket den av honom vållende skadan kan uppskattas, uppkommer frågan om han likväl skall utgiva hela vinsten. Om patenthaveren i form av skådestand erhåller full gottgörelse torde hans intressen vara tillgodosedda och ett tilräckligt effektivt skydd ha erhållits. I praktiken torde det också bli svårt för käranden att styrka att en för ett konkurrerande företag redovisad vinst verkligen härrör från patentintrånget. I den mån den överskjutande vinsten mer beror på bättre organisation och företagsledning hos intrångsgöraren än på den omständigheten att han utnyttjade den särskilda uppfinningen, kan man också ställa sig tveksam till det berättigade i en så långt gående ersättningsskyldighet. Kommittéerna anser därför att såväl hansynen till enkelheten hos påfjölsystemet som andre sysnpunkter talar för en ren skadeståndsregel, dvs. ersättningen skall full ut täcka den lidna skadan men icke tillföra den skadelidande en berikning som är grundad på annans ansträngningar«.

Det anføres således ret klart i udredningen, at man tager afstand fra en erstatning der grunder sig på krænkerens gevinst. At den situation kan opstå, hvor krænkeren således »tjener« på krænkelsen, accepteres således. Det er tilfældet både hvor rettighedshaverens tab er mindre end krænkerens fortjeneste og hvor det rimelige vederlag udmåles til et beløb, der er mindre end fortjenesten. Man holder således den erstatningsretlige fane højt og grunder reglerne på de almindelige erstatningsretlige principper.[164]

164. I ældre dansk juridisk litteratur kan man dog finde enkelte udsagn, der kunne tyde på en vis sympati for et berigelseskrav, hvilket f.eks. kan ses i *Henry Ussing*: Erstatningsretten, p. 175, der gør synspunktet gældende for så vidt angår enerettigheder. Her grundes berigelsessynspunktet på forfatterloven af 1933, jf. dennes § 18, 2. Herefter

Denne holdning er opretholdt igennem erstatningsreglernes historie. Man har hidtil traditionelt i europæisk immaterialret taget afstand fra den anglosaxiske retstilstand, der giver mulighed for erstatning i overensstemmelse med principperne om »punitive damages«.

Det kan imidlertid diskuteres, hvorvidt denne retstilstand reelt opretholdes i Europa, og det afvises, at den i fremtiden kan forventes opretholdt. Med direktiv 2004/48/EF er der i artikel 13, stk. 1, litra a indføjet en forpligtelse for medlemslandene til at tage hensyn til alle relevante økonomiske aspekter, når erstatningen skal fastsættes. Som et af disse aspekter nævnes krænkerens fortjeneste positivt. Medlemslandene får her et redskab til at stramme lovgivningen ganske betragteligt, såfremt dette ønskes. Sker dette i Danmark, vil vi være på vej mod en retstilstand, der nærmer sig den anglosaxiske retstilstand.

8.3. Norsk ret

Som det fremgår af afsnit 2.1.2.1, er den norske bestemmelse om erstatning for ophavsretlige krænkelser noget anderledes end de tilsvarende danske og svenske. I den norske åndsverkslov § 55 er der hjemmel til at tilkende erstatning efter de almindelige erstatningsregler. I medfør af stk. 2 kan den forurettede kræve krænkerens nettofortjeneste udbetalt. Dette er tilfældet uanset om krænkelsen er sket i god tro. Erstatning for økonomisk skade og erlæggelse af nettofortjenesten er alternative reaktionsmuligheder. Er betingelserne for at kræve begge sanktioner opfyldt til stede, må den forurettede vælge.

Erstatning for økonomisk skade udmåles, ligesom i Danmark og Sverige, som erstatning for afsætningstab, markedsforstyrrelser og andre tab. På dette punkt er bestemmelserne ens og anvendes på samme måde.

Særligt på området for fralæggelse af nettofortjenesten er den norske bestemmelse bemærkelsesværdig. Det er en interessant bestemmelse, idet den giver hjemmel til at kræve berigelsen, ved anvendelsen af en anden persons formuegode, erlagt. Som nævnt ovenfor kræver dette særlig hjemmel. Erlæggelse af nettofortjenesten fratager for pligten til at betale erstatning for ophavsmandens økonomiske tab. I praksis nedlægges ofte en principal påstand om betaling af erstatning for konstateret tab og en subsidiær påstand om fralæggelse af nettofortjenesten.

---

måtte erstatning for uretmæssig opførelse eller fremførelse af visse værker ikke fastsættes til *mindre* end den indvundne nettoindtægt (uanset forfatteren ikke havde lidt et tab af denne størrelse). *Anders Vinding Kruuse* giver i Erstatningsretten, p. 398 også udtryk for berigelsessynspunkter i tråd med Ussings, idet der foreligger en culpøs råden over andres formuegoder.

Forarbejderne til den norske bestemmelse præciserer,[165] at det er krænkerens merindtægt som følge af retskrænkelsen, der kan kræves udbetalt. Krænkeren kan således fratrække samtlige omkostninger ved fremstilling, produktion og distribution af det krænkende produkt, men også sine indirekte omkostninger. Fra norsk retspraksis se f.eks. NIR1976.223 og RG1967.158.

I Norge hersker der således forskellige regler om erstatning for krænkelser i de enkelte eneretslove, idet ophavsretten således giver den videste hjemmel til erstatningsudmåling. Forskellen begrundes med ophavsrettens ideelle karakter, idet det er opfattelsen, at erstatning af det økonomiske tab alene er et mindre effektivt sanktionsmiddel.[166]

I Norge har man argumenteret for ikke at indføre denne retstilstand på patentrettens område. Man var af den opfattelse, at erstatningerne derved kunne blive for høje og at det kunne dreje sig om beløb af en størrelsesorden, som fuldstændig vil kunne ruinere den, som blev ramt.[167] Retstilstanden er opretholdt på ophavsrettens område begrundet i dennes karakter af en mere ideel ret.

Set i lyset af nutidens teknologiske udvikling er det nok tvivlsomt, om denne argumentation stadig er holdbar. Ophavsretten rummer i dag beskyttelse af mange forskellige værksarter, hvortil der er knyttet store økonomiske værdier. Derfor kan krænkerne af sådanne ophavsretligt beskyttede værdier imødese krav, der medfører økonomisk ruin på lige fod med, hvad patentkrænkeren slap for ved lovændringen. Forskellen på det patentretlige og det ophavsretlige område kan nok ikke længere begrunde denne forskel i lovgivningen. Det er dog uomtvisteligt retstilstanden i Norge i dag.

9. Erstatning for overtrædelse af ophavsretslovens kapitel 6a

Ophavsretslovens kapitel 6a omhandler tekniske foranstaltninger. Indholdet af bestemmelserne er nærmere beskrevet ovenfor i afsnit 8.3. Overtrædelse af bestemmelserne i § 75 b og § 75 c er bødesanktioneret for så vidt angår de forsætlige og grove uagtsomme overtrædelser. Forsætlige overtrædelser af § 75 e er ligeledes bødesanktioneret. Dette følger af reglen i § 78.

165. Endringer i åndsverksloven m.v., NOU 1983:35.
166. Se *N. J. Sejersted*: Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller den sin funksjon?, NIR2000.121, her særlig p. 130.
167. Jf. Forarbejderne, Ot. Prp. Nr. 36, 1965-66, p. 51.

Erstatning for overtrædelse af bestemmelserne i §§ 75 c tilkendes alene med hjemmel i dansk rets almindelige erstatningsregler, da overtrædelserne ikke er omfattet af § 83, stk. 1, jf. §§ 76 og 77. Dette skyldes, at de sanktioner, der er opregnet i § 83, ikke er egnet til de overtrædelser, der er omfattet af kapitel 6a §§ 75 c og d. Sanktionerne for overtrædelse af kapitel 6a har pønal karakter. Bestemmelserne beskytter edb-programmer og andre tekniske foranstaltninger mod omgåelse og ulovlig fjernelse af tekniske indretninger, der anvendes til at beskytte programmet. Erstatning for overtrædelser af disse bestemmelser kan ikke udmåles i rimeligt vederlag. Det fremgår også af forarbejderne til 2002-loven, at: »Den, der overtræder en af bestemmelserne om beskyttelse af tekniske foranstaltninger m.v., vil imidlertid kunne ifalde erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler.«[168]

Bestemmelsen i § 75 b om tekniske indretninger blev indsat i ophavsretsloven i forbindelse med implementeringen af edb-direktivet.[169] Bestemmelserne i § 75c og § 75 d blev indført ved lovændringen i 2002[170] og afspejler indholdet af infosoc-direktivets art. 6.[171] I bemærkningerne til lovforslaget[172] anføres under punkt 4, at: »Det bør i den forbindelse overvejes, om der skal ske en skærpelse af sanktionsniveauet for overtrædelse af de nye bestemmelser i kap. 6a, om omgåelse m.v. af tekniske foranstaltninger m.v.« I bemærkningerne henvises generelt til betænkningen om IT-kriminalitet 1417/2002, der anbefaler en højere strafferamme for overtrædelser af § 76, stk. 2.[173] Udvalget bag betænkningen beskæftigede sig dog ikke med problemstillingen omkring sanktionerne for overtrædelse af kapitel 6a og foreslog ikke disse overtrædelser omfattet af forslaget til straffelovens § 299b. En skærpelse af sanktionen for overtrædelse af disse bestemmelser er da ej heller indeholdt i lov nr. 352 af 19/05/2004 om It-kriminalitet m.v.[174]

Retsstillingen for så vidt angår overtrædelse af ophavsretslovens kapitel 6a er således fortsat, at sanktionerne er bøde og erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler.

Regler svarende til de danske bestemmelser i § 75 c og § 75 d findes ikke i den svenske upphovsrättslag. Der pågår til stadighed diskussioner i

168. FT 2002-2003, Tillæg A, p. 312 ff.
169. Rådets direktiv 250/1991/EØF af 14.5.1991om retlige beskyttelse af edb-programmer.
170. Jf. Lov nr. 1051 af 17.12.2002 om ændring af ophavsretsloven.
171. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder.
172. Jf. FT 2002-03 Tillæg A, s. 312 ff. og Tillæg B, 2. 91 ff.
173. Jr. betænkningen p. 15 f.
174. Om lovforslaget se nærmere ovenfor i afsnit 8.5.

Sverige om implementeringen af infosoc-direktivet, hvilket således endnu ikke er sket.

Bestemmelserne findes ej heller i den norske åndsverkslov. Dog ekvivaleres bestemmelsen i § 75 b af åndsverkslovens § 54 a.

10. Ophavsretslovens § 83, stk. 2

I medfør af bestemmelsen i § 83, stk. 2 kan der tilkendes vederlag og erstatning efter stk. 1 til trods for, at overtrædelsen er begået i god tro. Vederlaget og erstatningen er dog maksimeret til den ved overtrædelsen indvundne fortjeneste og kan kun tilkendes i det omfang, det er rimeligt.[175]

Bestemmelsen om vederlag og erstatning for krænkelser begået i god tro genfindes i de øvrige eneretslove.[176] Erstatningen er i medfør af patentloven og varemærkeloven *tabsmaksimeret*. Bestemmelsen om begrænsning til den indvundne fortjeneste findes ikke i medfør af disse love og der er således adgang til erstatning for det fulde tab. Årsagen hertil er den omfattende europæiske harmonisering på patentområdet, som har påvirket varemærkeretten.[177]

Bestemmelsen om erstatning ved krænkelser, hvor krænkeren er i god tro, har eksisteret i ophavsretsloven siden 1961. Dog blev der først med lovændringen i 1995 givet mulighed for, at der også kunne tilkendes et *rimeligt vederlag* for udnyttelsen.[178]

Der er skal tages stilling til tre forhold, når erstatning skal fastlægges i medfør af denne bestemmelse, nemlig spørgsmålet om god tro, spørgsmålet om rimelighed og endelig skal den indvundne fortjeneste fastlægges.

10.1. God tro

Som anført ovenfor i afsnit 4.1. stilles der bevismæssigt strenge krav, når det skal vurderes, om krænkeren har været i god tro. Krænkeren skal således bevise, at han ikke indså eller burde indse, at hans handling indebar en

175. Se i det hele *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 466 f., *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 78 ff., *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg., p. 251 f., *Olaf Eskildsen*: Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard p. 363.
176. Retstilstanden er også i overensstemmelse med den svenske, jf. upphovsrättslagen § 54.
177. Samme indhold ses i den svenske patentlag § 58, stk. 2. (1967:837, 2004:161).
178. Lov nr. 395 af 14.6.1995. Se også lovforslag nr. L 119 af 18.1.1995, som var en genfremsættelse af lovforslag L nr. 197 af 9.2.1994, jf. FT 1993-94, Tillæg A sp. 6725 og Tillæg B p. 793 ff., Folketingets Kulturudvalgsbetænkning af 24.05.1995.

krænkelse. Bestemmelserne fungerer således, at er det fornødne ansvarsgrundlag fastslået efter stk. 1, kan erstatningen begrænses i medfør af stk. 2, såfremt krænkeren kan dokumentere, at han var i god tro ved foretagelsen af den pågældende krænkende handling.

10.2. Rimelighedsbedømmelsen

Det fremgår af ordlyden af bestemmelsen i § 83, stk. 2, at erstatning og vederlag alene kan tilkendes *i det omfang, det skønnes rimeligt*. Der er således lagt op til et frit skøn. Der stilles ikke krav om en sådan rimelighedsbedømmelse i svensk ophavsret, men dog i svensk patent- og mønsteret.[179]

Det er ikke selve spørgsmålet, *om* der overhovedet skal pålægges erstatning i den givne situation, der er undergivet en rimelighedsvurdering. Krænkerens subjektive forhold skal således ikke underkastes en rimelighedsbedømmelse, hvorefter domstolene kan pålægge erstatning eller lade være. Det er selve *erstatningens udmåling/omfang*, der skal være rimelig, jf. bestemmelsens ordlyd.

Det vil ikke fremgå direkte af afgørelsernes præmisser, hvorledes rimelighedsbestemmelsen anvendes. Da erstatningen imidlertid ofte fastsættes som et samlet skøn, kræver det ikke den store indsigt at forestille sig, at den udmålte erstatnings størrelse er underlagt en rimelighedsvurdering. Det ses dog ikke at fremgå af præmisserne i trykt retspraksis.

10.3. Den indvundne fortjeneste

Kan krænkeren dokumentere god tro efter stk. 2 er erstatningen og vederlaget maksimeret til krænkerens fortjeneste. Hermed forstås nettofortjeneste. Krænkeren har således adgang til at fratrække alle direkte og indirekte produktionsudgifter i sin omsætning.

Vil krænkeren gøre maksimeringsbestemmelsen gældende, har han naturligvis selv bevisbyrden for at fremlægge oplysninger om sin nettofortjeneste.

Det følger af forarbejderne til 1961-loven, at fortjenesten efter omstændighederne kan fastsættes skønsmæssigt.[180] Der findes ikke trykt retspraksis, hvor fastlæggelse af krænkerens nettofortjeneste har været til drøftelse.

179. Se prop 1993/94:122, p. 34.
180. Jf. FT 1959-1960, Tillæg A, sp. 2656 ff.

11. Ophavsretslovens § 83, stk. 3

En ophavsmand, fotograf eller udøvende kunstner, hvis ret er krænket ved retsstridigt forhold har krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Den ikke-økonomiske skade repræsenterer således det personlige ubehag og ulejlighed ved, at ophavsretten krænkes. Tilsvarende regel findes ikke i de øvrige eneretslove. Bestemmelsen motiveres af den nærhed, der eksisterer mellem ophavsmanden og hans værk, og som ikke findes at bestå i hverken patentretten eller varemærkeretten. Om dette synspunkt stadig er bæredygtigt kan i sagens natur diskuteres, navnlig under hensyntagen til den teknologiske udvikling. Faktum er under alle omstændigheder, at reglen findes i ophavsretsloven.

Bestemmelsen var tidligere blevet affattet i overensstemmelse med reglen i § 15 i ikrafttrædelsesloven til straffeloven. Denne blev i 1984 ophævet og optaget i erstatningsansvarsloven ved lov nr. 228 af 23. maj 1984. Dette er bestemmelsen om tort i § 26, hvortil bestemmelsen i § 83, stk. 3 altså har en tæt forbindelse. Bestemmelsen skal således fortolkes i overensstemmelse med erstatningsansvarslovens § 26. Erstatningsansvarslovens § 26 kan efter sit indhold påberåbes til støtte for en godtgørelse af ikke-økonomisk karakter ved overtrædelse af ophavsretsloven.[181] I praksis påberåbes bestemmelsen dog ikke, jf. umiddelbart nedenfor i afsnit 12.2.

Bestemmelsen i § 83, stk. 3. fik sin endelige ordlyd ved lovændringen i 1985.[182] Ifølge ordlyden er bestemmelsen principielt obligatorisk. Dette følger ret klart af formuleringen: »[…] har *krav* på godtgørelse for ikke-økonomisk skade«. (udh. her). Før lovændringen var bestemmelsen ikke præceptiv. Det følger også af forarbejderne til lovændringen i 1985[183] samt betænkning 944/1982,[184] at bestemmelsen nu skal betragtes som præceptiv. Det anføres i bemærkningerne til lovforslaget, at: »Desuden blev bestemmelsen fra at være fakultativ gjort obligatorisk, således at den krænkede fik et egentlig krav på godtgørelse, hvor det tidligere stod frit for domstolene, at afgøre om godtgørelse skulle ydes.«[185]

Det indebærer imidlertid ikke, at den skal finde anvendelse i *samtlige* sager om erstatning for ophavsretlige krænkelser. Betingelsen for at bestemmelsen kan finde anvendelse er, at rettighedshaveren med rimelighed kan

181. Se *Jens Møller* og *Michael S. Wiisbye*: Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udgave p. 471.
182. Lov nr. 274 af 6.6.1985.
183. Jf. FT 1984-85, 2. saml., Tillæg A, sp. 1979 f. tillæg B, sp. 1377 ff.
184. Jf. betænkning 944/1982, p. 71.
185. Jf. FT 1984-84, Tillæg A, sp. 2023.

siges at have *lidt* en ikke-økonomisk skade. Bent Unmack Larsen anfører klart i U1997B.345 (om erstatningsansvarslovens § 26), at kravet om at der skal foreligge en *skadevirkning*, kan føre til at godtgørelse ikke ydes, selvom der foreligger en retsstridig krænkelse.

Der er afsagt adskillige afgørelser, hvor rettighedshaveren ikke tillægges erstatning for ikke-økonomisk skade trods påstand herom. Årsagerne hertil fremstår ikke lysende klart ved gennemgang af retspraksis. Det er dog overvejende sandsynligt, at det enten skyldes at, der ikke er lidt en ikke-økonomisk skade, eller at der er tale om krænkelse af et industrialiseret produkt.

Som eksempel kan nævnes afgørelsen i FED1999.1734Ø. Sagen drejede sig om kopiering af nogle tegninger til brug for opførelsen af en svinestald. Sagsøger, arkitekten, sagsøgte såvel ejeren af den pågældende stald som det tømrer- og bygningsfirma, der havde stået for projekteringen. Der blev nedlagt påstand om erstatning i form af takstmæssigt arkitekthonorar, kr. 140.000 samt erstatning for ikke-økonomisk skade, kr. 140.000. Landsretten udtalte omkring spørgsmålet om erstatning for ikke-økonomisk skade: »Der findes ikke grundlag for at tilkende appellanten godtgørelse efter ophavsretslovens § 83, stk. 3.« Afgørelsen bekræfter således, at der kræves sandsynliggørelse af, at der er lidt en ikke-økonomisk skade under en eller anden form, for at erstatning tilkendes.

Der er et krav om retsstridighed knyttet til bestemmelsen. Krænkelsen skal være at betragte som mindst simpel uagtsom. Overtrædelse sket i god tro, er ikke omfattet af bestemmelsen. Da der er tale om godtgørelse for *ikke*-økonomisk skade, er der selvfølgelig ikke noget krav om tabsdokumentation. Udmåling af godtgørelsen må således bero på et skøn. Godtgørelsen bliver ofte opgjort særskilt, men sjældent ledsaget af særlige fyldige begrundelser.[186]

Bestemmelsens anvendelsesområde er primært krænkelser af ophavsmandens droit moral, jf. ophavsretslovens § 3.[187] Det antages, at også overtrædelser af § 2 kan udløse erstatning i medfør af § 83, stk. 3. Se nærmere om denne diskussion nedenfor kapitel 6, afsnit 5.

11.1. Beskyttelseskredsen

Beskyttet af bestemmelsen er alene ophavsmænd, fotografer og udøvende kunstneres rettigheder. Hermed opstår spørgsmålet, om alene frembringe-

186. Se f.eks. U1992.549Ø, U1996.1093V, U1997.1301Ø, U2001.747H, U2002.911Ø.
187. Se f.eks. RH95:59.

ren, eller om også den der har fået overdraget en ophavsret, er berettiget til erstatning for ikke-økonomisk skade. Det må antages at være tilfældet.

Ifølge forarbejderne til 1961-loven kan erstatning for ikke-økonomisk skade tillægges ophavsmanden, til trods for han har overdraget sin rettighed.[188] Det betyder, at frembringeren *i hvert fald* har krav på godtgørelse. Typiske eksempler på sådanne godtgørelser ses i afgørelsen U2001.747H, hvor frembringeren af en barnestol blev tillagt kr. 30.000,00 i erstatning for ideel skade. Den ovenfor refererede afgørelse, NJA 1984 p. 34 om bootlegoptagelser, tilkender også ideel erstatning til rettighedshaveren. Dette begrundes med den meget dårlige kvalitet af optagelserne.

Et eksempel på, at andre end frembringeren kan fremsætte krav om erstatning i henhold til bestemmelsen, ses i afgørelsen U1996.1093V. Sagen vedrørte en ophavsretlig krænkelse af kyllingefiguren kendt fra DR. Sagsøger i sagen var Danmarks Radio samt en legetøjsproducent. Der var under sagen nedlagt påstand om erstatning for ikke-økonomisk skade på kr. 100.000. Sagen drejede sig dog også om bamsefiguren, der ikke fandtes ophavsretlige beskyttet. Frembringeren af kyllingefiguren havde overdraget rettighederne til Danmarks Radio, som havde indgået aftale med en legetøjsfabrikant om eneret til at fremstille dukken som et håndgribeligt produkt. Sagsøgerne blev tilkendt en godtgørelse på kr. 20.000 for ikke-økonomisk skade uden nærmere begrundelse.

Sagen er det eneste eksempel i trykt retspraksis på, at andre end frembringeren har opnået erstatning i medfør af bestemmelsen i § 83, stk. 3. Særligt hvor ophavsretten overdrages i sin helhed, kan aftaleerhververen tænkes at kunne opnå erstatning i medfør af bestemmelsen. Hvorvidt dette var tilfældet i ovennævnte afgørelse fremgår ikke klart, men det må formodes at være tilfældet.

188. Jf. FT 1959-1960, Tillæg A, sp. 2656 ff.

12. Erstatningsansvarslovens §§ 24 og 26

12.1. EAL § 24

Erstatningsansvarslovens § 24 indeholder regler om erstatningsnedsættelse og erstatningsbortfald.[189]

Bestemmelsen finder principielt anvendelse på alle former for erstatningsansvar og således også erstatningsansvar for ophavsretlige krænkelser.[190] Bestemmelsen har karakter af en generalklausul. Baggrunden for bestemmelsen er, at den skal finde anvendelse i de tilfælde, hvor betaling af fuld erstatning ville pålægge skadevolderen en byrde, der ud fra sociale og humanitære hensyn virker uacceptabel.[191] Det er således primært subjektive forhold hos skadevolderen, der har betydning. Det primære subjektive forhold er skadevolderens økonomiske situation set i forhold til erstatningens størrelse. De i stk. 1, 2. pkt. nævnte forhold er alene af subsidiær interesse. Bestemmelsen kan primært finde anvendelse overfor mindre erhvervsvirksomheder og private, der kan tænkes at lide økonomisk ruin, såfremt det fulde erstatningsansvar gøres gældende.

Bestemmelsen anvendes oftest således, at ansvaret ikke bortfalder. Ansvaret lempes og erstatningen nedsættes i en sådan grad, at den ikke virker tyngende. Dette kan f.eks. ske ved, at forrentning af kravet udskydes, til skadevolderen når en alder, hvor kravet eventuelt kan betales[192] eller ved, at hovedkravet nedsættes til at beløb, skadevolderen har mulighed for at betale over en årrække.[193]

Tidligere var bestemmelsens anvendelse i sager om krænkelse af ophavsretligt beskyttede genstande stort set utænkelig. Dette er ikke tilfældet længere. Set i lyset af den teknologiske udvikling, og de muligheder private har for at forårsage store økonomiske skader ved kopiering af ophavsretlige beskyttet materiale og spredning af dette enten ved salg eller på internettet, har bestemmelsen absolut fået relevans. Erstatningskravet i sager om krænkelse af ophavsrettigheder i disse situationer kan være endog overvældende stort og kan påhvile private, ofte unge, mennesker.[194]

---

189. Generelt om bestemmelsen se *Bo von Eyben* og *Helle Isager*: Lærebog i erstatningsret, 5. udgave, p. 18 ff. og *Jens Møller* og *Michael S. Wiisbye*: Erstatningsansvarsloven, 6. udgave, p. 485.
190. Bestemmelsen finder således også anvendelse på erstatningsansvar *i* kontraktsforhold. Der findes dog særskilte regler, der er bedre egnede til tilsidesættelse eller nedsættelse af det kontraktsretlige erstatningsansvar, herunder aftalelovens § 36.
191. Se betænkning om erstatningsansvarsloven I, p. 35 og II p., 32 f. og 55 f.
192. Se f.eks. U1988.793V og FED1995.1314 (De citerede domme vedrører ikke krænkelse af ophavsrettigheder).
193. Jf. f.eks. U1993.430V (Afgørelsen vedrører ikke krænkelse af ophavsrettigheder).
194. Børn under 15 hæfter som udgangspunkt på lige fod med personer over denne alder.

Mulighed for lempelse er principielt ikke koblet til karakteren af den udviste uagtsomhed. Det er således ikke umuligt at foretage lempelse af erstatningskravet, selvom der er udvist grov uagtsomhed. Ifølge betænkningen kræver lempelse ved forsætligt forhold dog særlige omstændigheder.[195]

Bestemmelsen ses påberåbt i sagen FED1996.1503Ø. Sagen drejede sig om kopiering og eksport af lydoptagelser til udlandet uden tilladelse. Dette var en krænkelse af producentens ophavsrettigheder. Sagsøgernes tab blev opgjort til kr. 17.249.072, men blev af procesøkonomiske grunde nedsat til kr. 12.000.000. Der blev afsagt dom om betaling af et skønsmæssigt ansat beløb, kr. 8.000.000. Den ene sagsøgte, direktør i de sagsøgte selskaber, havde under sagen påberåbt sig bestemmelsen om bortfald eller nedsættelse i § 24. Dette var sandsynligvis begrundet i, at sagsøgte alene foretog bogholderimæssige posteringer i selskabet, hvor hendes far var eneanpartshaver. Landsretten fandt imidlertid ikke, at der blev fremført nogen omstændigheder, som efter erstatningsansvarslovens § 24 kunne begrunde bortfald eller nedsættelse af erstatningsansvaret.

Det kan drøftes, hvorvidt lempelsesreglen kan finde anvendelse på vederlagskravet i henhold til ophavsretslovens § 83, stk. 1. Da vederlagskravet må betragtes som en erstatningsretlig regel, vil der være adgang til at lempe dette erstatningsansvar i medfør af lovens § 24. I den forbindelse skal erindres, at det ikke er den subjektive rimelighedsbedømmelse, der ligger til grund for det rimelige vederlag. Vederlagskravet kan således ikke lempes, blot fordi det ikke forekommer rimeligt i forhold til den pågældende krænker, f.eks. på grund af ung alder. Netop ved krænkerens unge alder og pålæg af et rimeligt vederlag kunne man forestille sig § 24 bragt i anvendelse.

Et nyere eksempel herpå ses i U2005.60V. Sagsøger var en fællesforening for videogramdistributører, der havde anlagt en krænkelsessag mod en privatperson. Under sagen blev erstatningspåstanden opgjort til kr. 6.782.500, men af processuelle årsager nedsat til kr. 950.000. Erstatningen var opgjort både som vederlag og som erstatning for yderligere skade i form af markedsforstyrrelser og kontrolomkostninger. Landsretten idømte sagsøgte at betale såvel et rimeligt vederlag som erstatning for yderligere skade med i alt kr. 753.013. Om nedsættelsesskravet udtalte landsretten:

Der er dog i medfør af erstatningsansvarslovens § 24a mulighed for, at dette ansvar kan lempes eller bortfalde. Der tages her hensyn til manglende udvikling hos barnet, handlingens beskaffenhed og omstændighederne i øvrigt, herunder navnlig forholdet mellem den skadegørendes og den skadelidendes evne til at bære tabet […].

195. Jf. betænkning 829/1978, p. 32.

»Under hensyn til oplysningerne om indstævntes økonomiske forhold og til, at der ikke har været tale om egentlig erhvervsmæssig virksomhed fra indstævntes side, idet der intet økonomisk udbytte har været for ham, finder landsretten, at erstatningsansvaret skal lempes, jf. erstatningsansvarslovens § 24. Landsretten nedsætter derfor i medfør af den nævnte bestemmelse det beløb, indstævnte skal betale til appellanterne […], til kr. 200.000«.

Landsretten udtaler således klart i afgørelsen, at der lægges vægt på oplysningerne om sagsøgtes økonomiske forhold, at der ikke er tale om erhvervsmæssig virksomhed og det manglende økonomiske udbytte. Krænkeren opnår herefter en ganske betydelig lettelse af erstatningskravet. Afgørelsen kan også tages til indtægt for, at også vederlagskravet kan lempes i medfør af § 24. Der er ikke direkte taget stilling til problemstillingen i afgørelsen, der dog opgør vederlagskravet og erstatningskravet hver for sig og foretager en samlet lempelse.

12.2. EAL § 26

Erstatningsansvarslovens § 26 indeholder bestemmelsen om tort. Indrømmelse af torterstatning er ikke betinget af, at der foreligger en strafbar handling. Dog er det en forudsætning, at der foreligger culpa af en vis grovhed.

Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med bestemmelsen om ikke-økonomisk skade i § 83, stk. 3. Det er drøftet i teorien, om bestemmelsen kan påberåbes ved krænkelse af ophavsrettigheder. Peter Schønning anfører: »Godtgørelse for ophavsretskrænkelser kan muligvis også påberåbes på grundlag af erstatningsansvarslovens § 26«.[196] Mogens Koktvedgaard anfører blot, at bestemmelsen i § 83, stk. 3 blev indført i ophavsretsloven i 1985 og at ændringen i loven var baseret på den dagældende ikrafttrædelseslov til straffelovens § 15 om tort – nu erstatningsansvarslovens § 26.[197] Bendt Rothe anfører i Ophavsrettens Stedbørn, p. 206, note 155: »Det må imidlertid antages, at en autor/kunstner, der anser sine ideelle rettigheder krænket, kan skære igennem OHL's tågede bestemmelser ved direkte at påberåbe sig den gennemtænkte og klart formulerede regel i EAS § 26 […]«.

I teorien er det nok muligt, at bestemmelsen kan finde anvendelse på ophavsretlige krænkelser. Der er ikke noget umiddelbart i hverken bestemmelsens ordlyd eller dens forarbejder, der tilsiger, at dette ikke skulle kunne

196. I Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udg., p. 675.
197. I Lærebog i Immaterialret, 6. udg., p. 426.

være tilfældet. Torterstatning kan gives for alle slags delikter, og dermed sikkert også de ophavsretlige.

Ophavsretslovens § 83, stk. 3 er ikke den eneste bestemmelse ud over erstatningsansvarslovens § 26, der indrømmer adgang til godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Sådanne bestemmelser findes også i retsplejelovens §§ 639 (erstatning for uberettiget arrest på grundlag af en fordring, der ikke består) og 1018a (erstatning for uberettiget anholdelse). Umiddelbart må det lægges til grund, at specialbestemmelserne i lovgivningen om ikke-økonomisk skade primært finder anvendelse ved delikter, der er indeholdt i den pågældende bestemmelse. Det må derfor betragtes som en absolut undtagelse, hvis en ophavsmand skulle blive tilkendt erstatning for tort i medfør af erstatningsansvarslovens § 26. Konklusionen er således, at bestemmelsen i teorien må betragtes som anvendelig, men i praksis vil bestemmelsen i § 83, stk. 3 finde anvendelse.

13. Foreløbig konklusion

I nærværende afsnit skal drages nogle konklusioner ud fra det ovenfor anførte omkring erstatning med hjemmel i ophavsretslovens § 83. Afsnittet benævnes »foreløbig konklusion«, da konklusionerne primært drages på baggrund af hvad, der kan udledes af bestemmelsens teoretiske grundlag, dens ordlyd og forarbejder samt de øvrige love om enerettigheder såvel i Danmark som i Sverige og Norge. Naturligvis har retspraksis også været inddraget i et vist omfang. Dette skyldes, at retspraksis som præjudikat spiller en væsentlig rolle og derfor ikke helt kan udelades, selvom hensigten med kapitlet er teoretiske definitioner.

Det er utvivlsomt lovens intention, at hovedreglen på området er, at ophavsmanden har krav på et rimeligt vederlag for udnyttelsen, såfremt der er sket en ophavsretlig krænkelse. Hertil kan lægges et krav opgjort efter de almindelige erstatningsretlige regler, såfremt yderligere tab kan dokumenteres. Dette fremgår af bestemmelsens ordlyd og forarbejder, hvori anføres: »Ved udtrykket »*rimeligt vederlag for udnyttelsen*« i forslaget til stk. 1 forstås det vederlag eller honorar, som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt den pågældende udnyttelse var sket retmæssigt, dvs. efter aftale med rettighedshaveren. Eksisterer der ikke noget sædvanligt honorar el lign. for den pågældende ydelse, må vederlaget fastsættes skønsmæssigt. *Ud over et rimeligt vederlag* skal der ydes erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte have medført. […]« (udh. her).[198]

198. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1409.

Muligheden for at tildele den krænkede part et rimeligt vederlag for en uretmæssig udnyttelse, er et udtryk for en intention om at yde et erstatningsretligt funderet beløb.

Sikkert er det imidlertid også, at adgangen for ophavsmanden til at modtage et rimeligt vederlag for krænkelsen står åben uanset, at han ikke kan dokumentere – endsige har lidt – et tab.[199] Det fremgår, at der som udgangspunkt ligger licensbetragtninger til grund for beregningen af det rimelige vederlag. Den krænkede part har bevisbyrden for, hvilken beregning der skal lægges til grund. Hjælp hertil kan hentes i kutymer hos brancheforeninger eller lignende. Kan et beregningsgrundlag ikke fremskaffes, fordi der ikke eksisterer noget for det pågældende produkt, må vederlaget fastsættes skønsmæssigt.

Det konkluderes også, at betragtninger omkring beregning i henhold til princippet i købeloven § 5 ikke *de lege lata* kan lægges til grund. Betragtninger omkring billigt contra ubilligt kan ikke lægges til grund, selvom dette *de lege feranda* kunne betragtes som både hensigtsmæssigt og rimeligt.

Spørgsmålet om erstatning for yderligere skade er også genstand for behandling.

Det konkluderes, at der, til trods for bestemmelsens ordlyd, kan gives erstatning for ophavsretlige krænkelser på basis af et dokumenteret tab.[200] Vederlagsreglen får således en karakter af en minimumserstatningsregel.

I afsnittet om erstatning for yderligere skade drages nogle konklusioner om, hvorledes erstatningen skal og bør opgøres for så vidt angår afsætningstab, markedsforstyrrelser og interne tab. De betragtninger, som omhandler begrebet »yderligere skade«, er tilsvarende gældende ved erstatning i medfør af de almindelige erstatningsretlige regler.

Det konkluderes, at erstatning for afsætningstab som udgangspunkt skal opgøres på baggrund af rettighedshaverens dækningsbidrag multipliceret med rettighedshaverens omsætningsreduktion. Denne omsætningsreduktion opgøres med udgangspunkt i markedsforholdene på krænkelsestidspunktet.

Der fremsættes en tese om, at i de tilfælde, hvor der foreligger substitution, kan krænkerens salg i antal stk. af det krænkende produkt lægges til grund for fastlæggelsen af rettighedshaverens omsætningstab. Dette er dog under forudsætning af, at originalproduktet og kopiproduktet har samme prisniveau. I modsat fald må omsætningen reduceres eller forhøjes under hensyntagen hertil.

---

199. Jf. Forslag til Lov om ophavsret, L 1999 af 18.01.1995, samt bemærkningerne, jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1409.
200. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1410.

Det konkluderes også, at der ikke kan opstilles nogen teoretisk definition af, hvorledes erstatning for markedsforstyrrelser skal beregnes. Prisfastsættelsen for markedsforstyrrelser skal ske ved udviklingen i retspraksis – dog således at det ihukommes, at erstatningerne ofte vil være meget konkret begrundede – og meget skønsmæssige ansat.

For så vidt angår de interne tab kan konstateres, at der er adgang til erstatning for disse udgifter. Der findes ikke mange afgørelser, der tager stilling til interne tab. Området skal også udfyldes af retspraksis.

Afslutningsvist behandles spørgsmålet om erstatning for krænkelser begået i god tro samt erstatninger for ideelle skader. I de tilfælde, hvor det fornødne ansvarsgrundlag er dokumenteret, men krænkeren kan bevise, at han har været i god tro er erstatningen maksimeret til krænkerens fortjeneste og pålægges kun i det omfang, det er rimeligt. Kan ophavsmanden dokumentere et større tab end krænkerens fortjeneste ved den krænkende handling, kan dette tab ikke erstattes.

Godtgørelse for ideelle skader er obligatorisk ifølge ordlyden af bestemmelsen i ophavsretslovens § 83, stk. 3. Det kan dog af bestemmelsens tilblivelseshistorie udledes, at der alene skal tilkendes erstatning, i det omfang det kan sandsynliggøres, at der er sket en ideel skade.[201]

I de næste kapitler følger en indgående analyse af retspraksis på området. I et indledende kapitel 5 vil de mere generelle betragtninger omkring retspraksis blive anført. Endvidere vil der blive fremsat nogle almindelige bemærkninger om ophavsrettens værker.

201. Om retspraksis i relation til bestemmelsen, se nedenfor kapitel 6, afsnit 5.

Kapitel 5

Introduktion til retspraksis

1. Indledning

I dette kapitel gives indledningsvist en kort introduktion til ophavsrettens anvendelsesområde. Endvidere beskrives hvilke genstande der er omfattet af lovgivningen, og de særlige krav der stilles til disse, før at loven kan finde anvendelse. I sager om ophavsretlige krænkelser påberåbes markedsføringsloven ofte subsidiært. Derfor omhandles de relevante bestemmelser i markedsføringsloven også.

Endvidere redegøres for anvendelse af retspraksis generelt, herunder hvorledes fortolkning af retspraksis i disse sager altid skal analyseres i overensstemmelse med de af parterne nedlagte påstande. Dette element er ikke helt uvæsentligt for så vidt angår de ophavsretlige sager, hvor der stilles meget stort krav til løft af bevisbyrder. Til slut fremsættes nogle bemærkninger om selve skønsudøvelsen.

2. Ophavsretslovens anvendelsesområde

Ifølge ophavsretslovens § 1 har den, som frembringer et *litterært eller kunstnerisk* værk ophavsret til værket. Det betyder, at skal et værk være beskyttet af ophavsretsloven, må det kunne betragtes som enten kunstnerisk eller litterært. Falder en frembringelse uden for disse kategorier, er frembringelsen ikke beskyttet af ophavsloven. Selve værksbegrebet er ikke defineret i ophavsretsloven.[1] Alene værkets udformning er beskyttet – ikke den bagvedliggende idé.

Som nævnt ovenfor bliver ophavsretslovens anvendelsesområde løbende udvidet. Fra tidligere at beskytte den »rene« kunst i form af kunstværker og litteratur, favner ophavsretsloven nu værker af en karakter, der ligger endog meget langt fra de oprindeligt tiltænkte.[2] Fra en umiddelbar betragt-

1. Om selve værksbegrebet, se i det hele *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten p. 23 ff. med de der anførte henvisninger. En gennemgang af de moderne værksopfattelser, se samme p. 38 ff.
2. Jf. f.eks. *Marianne Levin*: Formskydd p. 295 f.

ning må der anlægges en meget vid fortolkning af ordene *litterært* eller *kunstnerisk* for at passe denne type frembringelser ind under ophavsretslovens anvendelsesområde. Der er også i loven indsat særskilt hjemmel for den ophavsretlige beskyttelse af bestemte værkstyper.[3] Det er for eksempel tilfældet for så vidt angår edb-programmer, der traditionelt hverken betragtes som kunstneriske eller litterære værker. Det fremgår af ophavsretslovens § 1, stk. 3, at værker i form af edb-programmer henregnes til litterære værker.

Der er to problemfelter i diskussionen. Den ene er beskyttelse af værker, som nogenlunde problemfrit kan karakteriseres som litteratur eller kunst, men som – ifølge nogen – måske vanskeligt opfylder det stillede originalitetskrav. Den anden er udvidelse af ophavsretslovens dækningsflade som følge af den teknologiske udvikling, men også som følge af inddragelse af helt nye værksarter.

Det kan diskuteres, om det er hensigtsmæssigt, at ophavsretslovens anvendelsesområde stadigt ekspanderer, som det notorisk er tilfældet. Det er givetvis opfattelsen hos mange, at loven efterhånden »skamrides« til også at omfatte mere »underlødige« værker, det vil sige værker, der ligger meget fjernt fra den oprindelige »rene« kunst.[4] Disse værker kan være brugskunst eller værker af en sådan karakter, at de vanskeligt kan betegnes

---

3. Se *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave p. 29 f., *Per Håkon Schmidt*: Teknologi og Immaterialret p. 157 ff., *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 54 ff., Peter Schønning: *Ophavsretsloven med kommentarer* p. 80 ff., samme: Ophavsretten mellem kulturpolitik og handelspolitik p. 85 ff.

4. Dette synspunkt ses bl.a. hos *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 5. udg., p. 41, hvor der anføres: »At der ydes retsbeskyttelse til sådanne emner (der kun fremkalder foragt, afsky eller ligegyldighed), kan måske undre, hvis man betragter ophavsretten som samfundets belønning til den »skabende kunstner«, men man bør i så henseende gøre sig klart, dels at et effektivt retsværn kræver en retsteknisk tilskæring af beskyttelsesobjektet, der ikke er baseret på smag og mode, dels at ophavsretten har udviklet sig til en beskyttelsesform for (næsten) enhver form for personlig, individuel indsats, der kan afkaste penge. Medens den førstnævnte begrundelse normalt ikke har (væsentlige) skadelige konsekvenser, fører den sidstnævnte frem mod et ganske hårdt sammenstød med den almene konkurrenceret […]. Det gælder dog for dem begge, at de *lidt efter lidt undergraver respekten for ophavsretten og er egnede til at hidføre dens tilgrundegang.*« (udh. her) Se samme på p. 51, hvor det anføres: »Det kan bl.a. hævdes, at den ophavsretlige beskyttelse af banaliteter og andre underlødige, men måske kommercielt værdifulde fænomener ødelægger respekten for denne retsdisciplin til ubodelig skade for den oprindelige kerneområde.« Se dog også samme: Retsbeskyttelse af EDB-programmer i U83B.319 hvor det modsatte synspunkt gøres gældende vedrørende datateknik. Specielt vedrørende forholdet til den almindelige konkurrenceretlige lovgivning se *Marianne Levin*: Formskydd p. 359 ff. Vedrørende brugskunst se *Mogens Koktvedgaard*: Immaterialretsdispositioner p. 254 ff.

som traditionel kunst. Det kan for eksempel være installationer af forskellig karakter, der i vidt omfang alene vækker forargelse.

Det vil være vanskeligt at sætte en grænse for, *hvilke værker* der skal anerkendes af ophavsretten.[5] Hvorvidt noget betragtes som *kunst* eller *litteratur* vil til enhver tid være båret at de almindelige holdninger i samfundet, af modemæssige tendenser samt ikke mindst af erhvervslivets økonomiske interesser. Såfremt man anerkender ophavsrettens berettigelse, nemlig som beskytter af den individuelle skabende indsats, bør man som konsekvens deraf anerkende, at ophavsretsloven skal være tilgængelig for værker, opstået som følge af nyudvikling inden for kunst, litteratur, tegninger, grafik m.v., uanset om disse værker kan betegnes som underlødige eller som udtryk for dårlig smag. Disse områder flytter sig traditionelt og i takt med udviklingen i samfundet. Derfor bliver ophavsretten nødt til at beskytte værker som disse, også selv om der stadig bliver, og altid vil blive, produceret værker inden for den »rene« kunst. I modsat fald bliver grænsedragning mellem beskyttede værker og ikke-beskyttede værker overordentlig vanskelig at foretage. Domstolene vil da skulle indtage en rolle som »smagsdommere«,[6] der ville give langt større vanskeligheder, end tilfældet er i dag, hvor domstolene i forvejen skal vurdere, hvorvidt en frembringelse, der efter sin karakter er omfattet af ophavsretsloven, også besidder den fornødne originalitet.

En anden diskussion er, om ophavsretten skal være tilgængelig for værker frembragt som følge af den nyeste teknologiske udvikling og for f.eks. databaser og tekniske foranstaltninger. Andre værksarter end disse trænger sig også på i disse år, f.eks. folklore. Der er ingen tvivl om, at retstilstanden i dag er således, at mange forskellige »værker« anerkendes og inddrages under ophavsretslovens beskyttelsesfelt, jf. f.eks. for de tekniske foranstaltningers vedkommende i lovens kapitel 6a. Mange af disse vidt forskellige rettigheder kan kun meget anstrengt anses for omfattet af ophavsrettens oprindelige beskyttelsesområde. Ophavsretten er derved blevet en meget stærk ret. Ligesom ethvert værk af oprindelig kunstnerisk eller litterær art skal beskyttes, ligeså må bremsen sættes i for værker, der ligger langt fra lovens anvendelsesområde.

---

5. Særligt om edb-programmer se *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave p. 30, *Mogens Koktvedgaard*: Retsbeskyttelse af EDB-programmer i U83B.318 f og 321 f., samme: Retsbeskyttelse af EDB-programmer efter lovreformen i juni 1989 i U89B. 297, *Per Håkon Schmidt*: Teknologi og Immaterialret p. 157 f., *samme*: Retsbeskyttelse af edb-programmer p. 11 ff., *Thomas Riis*: Immaterialret og IT p. 21 f., Betænkning 1064/1986 særligt p. 41 ff., samt bemærkningerne til lovforslag nr. 74/1992, FT 1992-1993, Tillæg A, sp. 1946 ff.
6. Udtrykket anvendes af *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave, p. 33.

Produktudviklingen giver også næring til de allerede eksisterende grænsefladeproblemer imellem ophavsretslovens og de øvrige eneretslove hhv. markedsføringslovens, dækningsområder. Spørgsmålet om, hvorvidt et produkt er omfattet af ophavsretsloven, kan således ikke besvares generelt, men må i sidste instans afgøres af domstolene.[7]

2.1. Kravet om originalitet i ophavsretsloven

I ophavsretten eksisterer et grundlæggende krav om, at frembringelsen skal kunne karakteriseres som et *værk*. Der stilles naturligvis visse krav til værkets beskaffenhed. Disse krav definerer de egenskaber, værket skal være i besiddelse af for at nyde ophavsretlig beskyttelse. I den juridiske litteratur er der ikke enighed om begrebsanvendelsen på dette område.

I primært den tidligere juridiske litteratur anvendes begrebet *værkshøjde*. I den senere litteratur anvendes overvejende begrebet *originalitet*. Værkshøjdekravet var en fast bestanddel af den ophavsretlige litteratur, og begrebet blev anvendt som parameter for, hvornår et værk nød ophavsretlig beskyttelse. Enkelte forfattere opererede med dette begreb alene som betingelse for at opnå ophavsretlig beskyttelse, mens andre, deriblandt Mogens Koktvedgaard, anvendte et generelt originalitetsbegreb, men stillede for visse værksarter, nemlig den *anvendte kunst* (f.eks. brugskunst), krav om værkshøjde. [8] I dette værkshøjdekrav lå et krav om *kvalitet* ved siden af originalitetskravet.[9] Visse forfattere gør sig til talsmænd for, at værkshøjdekravet helt er forladt til fordel for et krav om originalitet.[10] Andre forfattere

7. Et eksempel kan være de såkaldte *programkoncepter*. Et programkoncept er et *format* efter hvilket et standard Tv-underholdningsprogram udformes. Problematikken er alene behandlet i en enkelt retsafgørelse, U1999.1762Ø, hvor fogedrettens kendelse bygger på en opfattelse af, at programkoncepter er omfattet af markedsføringsloven. Der tages ikke stilling til spørgsmålet ved landsrettens behandling. Se på linje hermed nok *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave, p. 30, *Torben Steffensen*: Rettigheder til formater til tv-programmer i ophavsretligt og markedsføringsretligt perspektiv i U2000B, p. 196 ff., *Peter Lambert*: Ophavsretlig beskyttelse af tv-formater NIR2001. 387 og *Jacob Grønbæk*: Beskyttelse af Av-formater inden for quiz/gameshow-genren i Justitia 3/2000. Se modsat *Hanne Kirk Deichmann*: Programkoncepter, Ophavsret til tv-formater, hvor forfatteren gør sig til talsmand for, at programkoncepter er tilgængelige for ophavsretlig beskyttelse. Generelt om problemstillingen se også *Jens Schovsbo*: Immaterialretlig status, NIR2004.309.
8. I samtlige udgaver af Lærebog i Immaterialret.
9. Se nærmere om kvalitetskravet umiddelbart nedenfor afsnit 2.1.1.
10. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 6. udgave, p. 51, samme i Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område i Festskrift til Gunnar Karnell, p. 341 ff., *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten bl.a. p. 132 og *Hanne Kirk Deichmann*: Programkoncepter, Ophavsret til tv-formater, p. 151 f.

argumenterer for, at originalitetskravet reelt er overflødigt.[11] Atter andre forfattere opfatter begreberne som reelt to sider af samme sag.[12]

Værkshøjdebegrebet anvendes ikke i de EU-direktiver, der er implementerede i den nordiske ret, direktiv 91/250 (Edb-direktivet), direktiv 93/98 (beskyttelsestidsdirektivet) og direktiv 96/9 (databasedirektivet). Disse direktiver opererer alene med et *originalitetsbegreb*. Originalitetsbegrebet angives at indebære, at værket skal være et produkt at frembringerens egen åndelige indsats. Det fremgår endvidere af direktivteksten i edb-direktivet, at der ikke må stilles yderligere krav til afgørelse af, hvorvidt frembringelsen er beskyttet.[13] Efter implementeringen af EU-direktiverne forlod Mogens Koktvedgaard helt værkshøjdelæren til fordel for kravet om originalitet.[14]

Spørgsmålet er imidlertid, om der reelt eksisterer nogen materiel forskel på begreberne. Det er der naturligvis, såfremt der indfortolkes et reelt krav om kvalitet i værkshøjde-begrebet. Er dette derimod ikke tilfældet, er det vanskeligt at spore en forskel på det materielle indhold i begreberne. Det må som udgangspunkt afvises, at der eksisterer både et krav om værkshøjde og et krav om originalitet, men fastslås, at udtrykkene reelt dækker over samme krav til frembringelsen, for at den kan betragtes som et *værk*. Årsagen til, at de EU-retlige direktiver stiller krav om »originalitet« for at de omhandlede værker kan opnå ophavsretlig beskyttelse er, at det er et begreb, netop disse værkstyper kan måles i henhold til. Værkshøjdeterminologien passer dårligt på edb-programmer, men må betragtes som særdeles velegnet for andre frembringelser. Derfor er edb-direktivets terminologiske anvendelse på dette punkt knap så velegnet til at tegne terminologien for ophavsrettens beskyttelseskrav.[15] Det er således et spørgsmål om at vælge *terminologi*. I

11. Se *Sherwood-Edwards*: The Redundancy og Originality, IIC 1994 p. 658 ff. og *Per-Jonas Nordell*: The notion og Originality – Redundant or not?, NIR2001.73, hvor forfatterne diskuterer, hvorvidt originalitetskravet i virkeligheden er overflødigt.
12. Se *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 96, *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 32, *Bjørn Ryberg m.fl.*: Grundlæggende immaterialret, p. 35, der ikke skelner mellem værkshøjdekrav og originalitetskrav.
13. Til trods for EU-retten, synes kravet om værkshøjde ikke generelt at være afskaffet i den nordiske litteratur. Se for eksempel *Marianne Levin*: Formskydd p. 291 f., *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 58 ff. og *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 31. Om indholdet af originalitetsbegrebet i de forskellige direktiver Se også *Gunnar Karnell*: Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär i NIR1998. 157, hvori det anføres, at originalitetsbegrebet defineres forskelligt i de tre direktiver, hvor dette er omhandlet. Derfor vil originalitetskravet blive fortolket forskelligt alt afhængig af værkstype og nok aldrig blive et entydigt begreb.
14. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område, Festskrift til Gunnar Karnell, p. 341.
15. På linje hermed *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten, p. 132.

det følgende anvendes betegnelsen »originalitet«. Dette skyldes flere forhold, men særligt, at denne terminologi må anses for at blive anvendt i fremtiden i såvel den juridiske litteratur, som i retspraksis samt i den EU-retlige regulering. Der hersker ingen tvivl om, at EU-retten også i fremtidig regulering vil anvende begrebet *originalitet*. Endvidere er originalitetsbegrebet, med implementeringen af de ovennævnte direktiver, blevet det begreb, der anvendes i de europæiske lande, hvorfor anvendelsen af den samme terminologi vil være mest hensigtsmæssig.

Originalitetsbegrebet optræder ikke i lovteksten. Det gør værkshøjdebegrebet heller ikke. Kravene til frembringelserne, for at de omfattes af lovens beskyttelse, defineres ikke. Disse spørgsmål er således henskudt til retsanvendelsen at besvare.

I originalitetskravet ligger, at værket skal være et udtryk for en selvstændig skabende indsats, have en vis nyhed og ikke alene må være udtryk for en håndværksmæssig eller rekonstruerende indsats.[16] Kravet om en selvstændig skabende indsats fordrer, at værket skal være skabt af ophavsmanden selv og ikke en genstand fundet i naturen, en kopi, udført af andre (eksempelvis et dyr eller en maskine), m.v.

Det har været genstand for drøftelse, om der eksisterer et krav om en *nyhedsværdi* i selve originalitetskravet, og – i givet fald – hvad der ligger i et sådant krav.[17] Det er under alle omstændigheder et krav, at værket skal være nyt for ophavsmanden selv. Der findes således et subjektivt nyhedskrav.[18] I afgørelsen U1981.946H fastslår Højesteret, at et bordstel ikke nyder beskyttelse efter ophavsretsloven, da det beror på kendte principper og ingen nyskabelse indeholder.[19] Det betyder, hvilket også følger af afgørelsen U1961.1027H (Langelinie-bestik), at anvendes anerkendte og velkendte formelementer, og sammensættes disse ikke med en speciel form eller dimensionering af genstanden i øvrigt, nydes ingen ophavsret-

16. Jf. *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten p. 118 ff., *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave, p. 31 f., *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 6. udgave, p. 50 f., *Marianne Levin*: Formskydd p. 259 ff., og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 96.
17. Se f.eks. *Palle Bo Madsen*: Markedsret del 2, 4. udgave, p. 32, *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 58 f., 67 og 68, *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten, p. 91 f. og *Marianne Levin*: Formskydd p. 301.
18. Jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave, p. 32 f., *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten p. 91 ff., *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, p. 98 samt motiverne til 1961-loven, hvori anføres, at der fordres en »vis nyhed og selvstændighed«, jf. FT 1959-1960, Tillæg A, sp. 2656 ff. Der stilles ikke samme krav til nyhedsværdien som i patentretten, hvor nyhedskravet er strengt objektivt.
19. Se om dommen *Per Håkon Schmidt*: Teknologi og Immaterialret, p. 64 f. samt *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave p. 66.

lig beskyttelse.[20] Dette gælder i særdeleshed, når beskyttelsen omhandler brugskunst, der typisk for sin udformning og anvendelse vil benytte almindeligt anerkendte former og faconer. De vil ofte være bestemt af formålet.[21]

Værket må ikke *alene* være af håndværksmæssig eller rekonstruerende art. Selve det forhold, at et værk er håndværksmæssigt dygtigt udført, opfylder ikke kravet om originalitet. Mangel på særegenhed og alene tilstedeværelse af god smag og håndsværksmæssig dygtighed bar præmisserne i U1968.785H, hvor ophavsret blev nægtet til en serie møbelstoffer designet og fremstillet af den kendte arkitekt Verner Panthon. Samme problemstilling er behandlet i afgørelsen U1965.530V.

2.1.1. Krav om kvalitet

Der opstår, i naturlig forlængelse af behandling af originalitetskravet, det spørgsmål, om der kan stilles krav om, at frembringelsen skal være af en særlig *kvalitet* for at nyde ophavsretlig beskyttelse.

Det er som udgangspunkt et universelt princip, at ophavsretlig beskyttelse gives *uden* hensyn til produktets *kvalitet*. Det betyder, at kan en frembringelse anses som litterær eller kunstnerisk og i øvrigt opfylder det ovenfor nævnte krav om originalitet, er det uden betydning, om frembringelsen i øvrigt er af god eller dårlig *kvalitet.*

Mogens Koktvedgaard anfører i Lærebog i Immaterialret, 6. udgave, p. 50 ff., at dette er korrekt, for så vidt der er tale om den *rene* kunst. Det skyldes, at den rene kunst lader sig udtrykke i så uendeligt mange variationsmuligheder, at »anerkendelse af en ophavsret ikke bremser nogen i deres kunstneriske udfoldelser.« Falder frembringelsen derimod ind under kategorien *anvendt* kunst, hvilket først og fremmest vil sige industrielt design og brugskunst, kan dette ikke lægges ubestridt til grund. Anerkendes en stærk og omfattende ophavsret til disse frembringelser, vil dette have væsentlige konkurrencebegrænsende følger, der, jf. Koktvedgaard, ikke er samfundsmæssige acceptable.[22] Derfor ses Koktvedgaard at argumentere for, at der ved vurderingen af, om der skal indrømmes ophavsretlig beskyttelse til anvendt kunst, bør anlægges en noget strengere vurdering, der indebærer et vist krav om kvalitet. Dog anføres også den mulige løsning på det rejste problem, at ophavsret indrømmes, men beskyttelsen indsnævres til alene

20. Se også U1968.576 (Reska-reolen til biblioteksbrug), U1970.286SH (guldarmbånd) og U1978.337H (transformerstation).
21. Særligt vedrørende beskyttelse af brugskunst se afsnittet umiddelbart nedenfor om særlige kvalitetskrav.
22. Jf. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 61.

at omfatte meget nærgående efterligninger.[23] På p. 52 anføres videre, at: »Man kommer dermed ikke uden om at konstatere, at de ophavsretlige krav varierer ganske meget alt efter værkets kategori og karakter. […] Det må også konstateres, at nutidens ophavsret har et så vidtspændende virkefelt, at det kan synes tvivlsomt, om det har nogen rimelighed at fastholde, at der skal være ensartede regler for hele denne ganske forskelligartede emneverden.« Palle Bo Madsen anfører i Markedsret, del 2, 4. udgave p. 33, at når kravet om kunstnerisk originalitet er anført, kan der ikke stilles yderligere krav til produktets kvalitet. Forfatteren erklærer sig enig i betragtningen om en snæver beskyttelsesudstrækning.[24]

Det er under alle omstændigheder vanskeligt på basis af den foreliggende retspraksis umiddelbart at tilslutte sig, at der eksisterer et klart krav om kvalitet, når beskyttelsens genstand falder ind under betegnelsen *anvendt* kunst.

Retspraksis tegner ikke et klart billede af retstilstanden på området. Der er afsagt afgørelser vedrørende den ophavsretlige beskyttelse af brugskunst, hvor der stilles et vist krav til produktets kvalitet, f.eks. U1964.53H (hylde) og U1978.944SH (træbåd). Årsagen til, at der afsiges domme, der i præmisserne lægger sig op af et kvalitetskrav, er sandsynligvis, at der ofte til afgørelse af disse sager om produktefterligninger anvendes syns- og skønserklæringer. Skønsmændene anvender ofte kvalitetsbegrebet som argumentation for, at originalitetskravet er opfyldt, hvorfor dette formodes at have en vis »afsmittende« effekt i dommenes præmisser.[25]

Der er omvendt også afsagt domme, hvor der ikke stilles særlige krav om kvalitet for beskyttelse af anvendt kunst, f.eks. U1961.1027H (Langeliniebestikket) og U1963.782H (Hvilestol) samt U1998.941SH (StandArt).

Der ses endvidere afgørelser vedrørende den »rene« kunst, hvor der måske er stillet visse kvalitetsmæssige krav, f.eks. U1976.700B (Collage) og U1980.330SH (Brochure for ejendomshandler).

Det kan således ikke entydigt konkluderes, at der eksisterer et krav om, at frembringelsen skal være af en bestemt kvalitet, for at der opnås ophavsretlig beskyttelse. Dette er heller ikke i alle tilfælde gældende for brugskunst, hvorfor Koktvedgaards synspunkt på dette område ikke kan finde fuld støtte i retspraksis.

---

23. Se også *Morten Rosenmeier*: Værkslæren i ophavsretten p. 131 og *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 97 må tages til indtægt for lignende synspunkter.
24. Se også *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave p. 61 f. og *Marianne Levin*: Formskydd p. 292 anfører tilsvarende synspunkter.
25. Jf. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 62, og *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave, p. 34.

3. Kort om beskyttelse i medfør af markedsføringsloven[26]

Markedsføringsloven betragtes traditionelt som en del af konkurrenceretten og markedsretten. Der er betydelige fælles berøringsområder mellem immaterialretten, konkurrenceretten og markedsretten. Det er alle områder, der er i forandring under den voksende globalisering, påvirkninger fra EU samt ikke mindst væksten i den moderne teknologi. Markedsføringsloven består primært af rammeregler for de retslige grænser, der gælder på markedet, og beskytter mod konkurrencebegrænsninger. I relation til immaterialretten står den moderne økonomis krav om fri konkurrence overfor en eneretskonstruktion, der giver eneretsindehaveren en monopolstilling på markedet. Dog anses immaterialretten generelt for konkurrencefremmende, idet beskyttelsen giver incitament til innovation. Forekomsten af enerettigheder, kan derfor ses som forudsætningen for, at konkurrence kan opstå. Disse beskyttes i et vist omfang også af markedsføringsloven. Der er derfor naturligt områder, som kan inddrages under både ophavsrettens og markedsføringslovens beskyttelsesfelt. Dette er særlig tilfældet på produktefterligningningsområdet.

Traditionelt har retsudviklingen medført, at beskyttelsen i henhold til markedsføringsloven ydes de frembringelser og fænomener, der ikke nyder beskyttelse efter en eller flere af de immaterialretlige regler.[27] Generalklausulen i markedsføringslovens § 1 påberåbes således ofte, enten supplerende eller subsidiært, i ophavsretlige sager om produktefterligninger.

I medfør af markedsføringslovens § 1 er handlinger, der er i strid med god markedsføringsskik, forbudt.[28] Bestemmelsen yder for så vidt beskyttelse mod produktefterligninger, men således at frembringelsen nyder beskyttelse mod *illoyal markedsføring* af en efterligning.[29] Det er et krav for

26. Lov nr. 428 af 1.6.1994. Loven afløser den gamle markedsføringslov fra 1974.
27. Ideer er hverken beskyttet efter ophavsretsloven eller efter markedsføringsloven. Se for eksempel U1990.161H og U1994.72H. Ønsker man at beskytte en teknisk ide, må dette ske efter patentlovgivningen eller brugsmodellovgivningen.
28. Se for eksempel U1982.987SH. Sagen drejede sig om de såkaldte skibsglas, der ansås for beskyttet af ophavsretsloven, som dog i det pågældende tilfælde ikke var krænket. Til gengæld ansås markedsføringslovens § 1 for overtrådt, da der forelå en nærliggende forvekslingsmulighed. Sagen U1992.909SH, der vedrører Piet Heins Superelipse bord viser, at der kan dømmes for både overtrædelse af ophavsretsloven § 1 og markedsføringsloven § 1. Der var i sagen tale om en efterligning, der nærmede sig identitet. I afgørelsen U1968.576H, vedrørende en efterligning af biblioteksreol, dømtes for overtrædelse af markedsføringsloven, men ikke for overtrædelse af ophavsretsloven, til trods for, at den pågældende reol var beskyttet af ophavsretsloven. Sagen er kommenteret i U1968B.350.
29. Se i det hele *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 119 ff. og *Borcher og Bøggild*: Markedsføringsloven p. 61 ff.

beskyttelse efter markedsføringsloven, at efterligningen er så nærgående, at der nærmest er tale om identitet. Det medfører, at beskyttelsen i henhold til markedsføringsloven er langt snævrere end beskyttelsen efter ophavsretsloven. Det er endvidere en betingelse for beskyttelse, at den genstand, man kræver beskyttet, har et vist *særpræg*. Det antages dog, at kravene til dette særpræg er ganske lempelige.

I modsætning til de øvrige immaterialretlige regler, stiller markedsføringsloven krav om en vis *utilbørlig* adfærd hos krænkeren. Der skal altså foreligge en vis kvalificeret »ond tro« hos efterligneren.[30]

> Se for eksempel afgørelsen U2001.2387SH, der omhandlede en efterligning af et par særprægede bukser, hvor Sø- og Handelsretten anvendte formuleringen: »Det lægges til grund, at [sagsøgte] har foretaget en bevidst kopiering af [sagsøgers], hvilket støttes af [sagsøgtes]forklaring og det forhold, at bukserne er tilnærmelsesvis ens.«
>
> Se også afgørelsen U1999.1859SH, hvor Sø- og Handelsretten om efterligningen af et reolsystem blandt andet anførte: »Det må videre antages, at sagsøgte gennem den vidtgående efterligning, herunder også i farvevalget, i forbindelse med markedsføringen i opstillinger og beskrivelser i kataloger *tilstræber at udnytte* den af Montana skabte markedsposition på reolområdet.« (udh. her)[31]

Markedsføringsloven anvender i lighed med ophavsretsloven et efterligningsprincip, men forskellen til ophavsretsloven er den subjektive viden hos krænkeren. Beskyttelse efter markedsføringsloven adskiller sig således på så væsentlige punkter fra beskyttelse efter ophavsretsloven, at »nye« værker ikke blot bør henvises til at nyde beskyttelse efter denne markedsføringsloven. Endvidere regulerer markedsføringsloven ikke rettens gyldighedstid.[32]

---

30. Jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4.udgave, p. 243, *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg. p. 78 ff., *Borcher og Bøggild*: Markedsføringsloven p. 86.
31. Andre illustrerende domme på området er: U1982.1081H (søjlebord – ikke tilstræbt en efterligning), U1987.240SH (kedeldragter – tilegnet sig den selvstændige indsats, som ligger til grund for sagsøgerens produkt), U1988.775SH (striktrøjer – tilstræbt at lave en trøje med samme udseende), U1998.941SH opvaskestativ – tilstræbt og nærgående efterligning og U1999.786H (tvangsblandemaskiner – ikke kan anses for at have tilstræbt en illoyal efterligning).
32. I modsætning til efterligningsbeskyttelsen i ophavsretsloven og markedsføringsloven, opererer patentloven og til dels varemærkeloven med en prioritetsbeskyttelse, der indebærer, at den berettigede først er beskyttet når rettigheden er registreret. Det betyder omvendt også, at den der først registrerer sin rettighed vinder ret over et evt. senere forsøg på registrering af sammen rettighed. For så vidt angår det nye EU-design opereres med både efterligningsbeskyttelse og prioritetsbeskyttelse for henholdsvis det uregistrerede design og det registrerede design. Varemærkeloven indeholder også bestemmelser om

3.1. Norsk og svensk ret

Såvel i Norge som i Sverige er der hjemmel til beskyttelse mod produktefterligninger i markedsføringsloven.[33] Den bærende bestemmelse i den danske markedsføringslov er lovens generalklausul i § 1. I Norge og Sverige har man indsat særlige bestemmelser om beskyttelse mod produktefterligninger, som således anvendes primært frem for generalklausulen i § 1 (Norge) og § 4 (Sverige) om handlinger, der strider imod god markedsføringsskik.

I Norge blev bestemmelsen i lovens § 8a indsat i 1996.[34] Bestemmelsen bærer overskriften: »Etterlikning av annens produkt« og har følgende indhold: »Det er forbudt i næringsvirksomhet å anvende effetliknende kjennetegn, produkter, kataloger, reklamamidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling«.[35] Denne bestemmelse finder således alene anvendelse i tilfælde af forvekslingsfare. Til imødegåelse af andre former for produktefterligninger anvendes generalklausulen i § 1, der indholdsmæssigt tilsvarer bestemmelsen i den danske markedsføringslovs § 1.

I den svenske marknadsföringslag findes i § 8 stort set samme bestemmelse, der bærer overskriften: »Vilselddande efterbildningar« og har følgende indhold: »En näringsidkare får vid narknadsföringen inte använda efterbildningar som är vilseledande gennem att de lätt kan forväxlas med nogån annan näringsidkarans kända och särpräglade produkter. Dette gäller dock inte efterbildningar vilkas utformning huvudsakligen tjänar till at göra produkten funktionell«.[36]

I Sverige findes en særlig Marknadsdomstol, der er kompetent ved tvister efter marknadsföringslagen. Domstolen træffer ikke afgørelse i sager om krænkelse af de øvrige immaterialrettigheder.[37]

Den markedsføringsretlige beskyttelse i Norge og Sverige kan i et vist omfang sammenlignes med den danske. I både Sverige og Norge lægges dog udpræget vægt på forvekslingsrisikoen, hvilket ikke kan siges at være

---

efterligningsbeskyttelse, da varemærker både kan opnå beskyttelse ved registrering og ibrugtagning.

33. Jf. den svenske Marknadsföringslag (1995:450) og den norske Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår, lov nr. 1972-06-16-47, senest ændret ved lov nr. 2004-03-05-12
34. Jf. lov nr. 1996-20-104.
35. Om § 8a se *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg. 210 ff.
36. Se om den svenske lov prp. 1994/95:123 samt betænkningen: SOU 1993:59.
37. Om Marknadsdomstolens praksis se *Marianne Levin*, Formskydd, p. 380 ff. Yderligere om bestemmelsen i § 8 se *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg., p. 204 f.

et entydigt krav i henhold til den danske markedsføringslov. Der kan meget vel afsiges dom efter markedsføringslovens § 1 som følge af goodwill-udnyttelse i tilfælde, hvor der *kan* ses forskel på produkterne. Endvidere opretholder den svenske Marknadsdomstol nok en anelse strengere praksis end den danske retspraksis.[38]

3.2. Erstatning for overtrædelse af markedsføringsloven

Markedsføringslovens § 13, stk. 2 hjemler erstatning i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler for handlinger i strid med loven.[39] Markedsføringsloven regulerer mange forskellige aspekter af konkurrenceretten og indeholder regler om de konkurrenceretlige normer. I nærværende fremstilling er alene markedsføringslovens bestemmelser i relation til produktefterligninger relevante.

Der kan nedlægges forbud mod krænkelser af markedsføringsloven, jf. § 13, stk. 1. Reglerne i retsplejeloven om forbud finder dog tilsvarende anvendelse. Der er ikke hjemmel til pålæg af straf i medfør af markedsføringsloven. Straf for produktefterligninger kan således alene gives, såfremt overtrædelsen kan kvalificeres under en af eneretslovene. Straf kan også idømmes, såfremt der sker overtrædelse af et nedlagt forbud mod et produkt, fordi markedsføring heraf er i strid med markedsføringsloven. Det følger af markedsføringslovens § 19, at *enhver* med retlig interesse kan anlægge sag efter § 13. Det betyder, at også forbrugere kan anlægge sag efter bestemmelsen. Bestemmelsen anvendes dog primært i forretningsforhold.

Erstatning efter markedsføringslovens bestemmelser fordrer, at samtlige de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Om disse henvises til ovenfor kapitel 4 afsnit 8, idet vurderingen heraf ikke er anderledes end vurderingen efter ophavsretsloven. Såvel de subjektive som de objektive betingelser skal være opfyldt. Det betyder, at der er ansvar for culpøs handling. Markedsføringsloven giver ikke hjemmel til udredelse af et rimeligt vederlag for udnyttelsen, som tilfældet er i ophavsretsloven. Således

38. Se f.eks. *Marianne Levin*: Formskydd, p. 380, *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udg., p. 221, *Erling Borcher og Frank Bøggild*: Markedsføringsloven, p. 109 ff.

39. Særligt om erstatning for markedsføringskrænkelser, se f.eks. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave, p. 279 ff., *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 4. udg., p. 63 ff., samme: Lærebog i Immaterialret, 6. udg., 401 ff. og *Olaf Eskildsen*: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR200.116. Erstatningsbestemmelsen fandtes ikke i markedsføringsloven fra 1974, jf. lov nr. 297 14.6.1974. Først i 1994 ved lovrevisionen blev bestemmelsen i 13, stk. 2 indført, jf. lov nr. 428 1.6.1994. Erstatningsbeføjelsen har dog tidligere været uomtvistet og fulgt de almindelige erstatningsretlige principper i dansk ret.

skal de sædvanlige betingelser for tabets tilstedeværelse, samt dokumentation herfor, være opfyldt. På samme måde som efter ophavsretslovens regler om erstatning for yderligere skade, kan erstatningsudmålingen for markedsføringsretlige krænkelser blive en vanskelig affære. Nøjagtig som tilfældet er ifølge ophavsretsloven, skal den krænkede part dokumentere eller sandsynliggøre, at han har lidt et tab. Tabsposterne tilsvarer også hinanden. Der kan gives erstatning for afsætningstab, markedsforstyrrelser og interne tab.

Afsætningstabet skal (eller bør) opgøres nøjagtig som for ophavsretlige krænkelser, det vil sige: Antallet af ikke-solgte enheder (frembringerens omsætningsreduktion) x dækningsbidrag pr. enhed = afsætningstab. Dækningsbidraget udgør den krænkede parts salgspris med fradrag af de variable produktionsomkostninger. Det kan naturligvis altid drøftes, hvorledes et dækningsbidrag skal opgøres, idet det netop består af variable omkostninger, som f.eks. indkøbspriser på materialer, arbejdsløn, distributionsomkostninger m.m. En virksomhed har reel mulighed for at belaste dækningsbidraget med samtlige udgifter forbundet med produktionen, ligesom man har mulighed for at trække disse udgifter ud af dækningsbidraget. Sker dette, vil man kunne påvirke erstatningsopgørelsen i såvel positiv som negativ retning. Af samme grund kan det være vanskeligt at fastlægge nettoavanceopgørelserne, idet de indirekte produktionsomkostninger indgår i denne beregning.

Ligesom for ophavsretlige krænkelser består usikkerhederne i disse sager også ved beregningen af antal ikke-solgte enheder. Den krænkende parts antal solgte enheder kan traditionelt ikke danne grundlag for beregningerne, men kan måske anvendes som udgangspunkt for skønnet. Anderledes dog, hvor der foreligger substitution. I andre tilfælde, må flere forhold tages i betragtning, herunder pris, kvalitet, afsætningskanaler, kundesegment m.v. Selvfølgelig bør beregningerne være anderledes, såfremt den krænkede part ikke (endnu) har produceret produkterne, men alene påtænker en produktion. I denne situation bliver beregningen i større omfang skønsmæssig under hensyntagen til den krænkedes realistiske markedsanalyser. Hvordan den krænkede bedst kan løfte bevisbyrden for de markedsmæssige forhold. drøftes nedenfor i kapitel 8 om bevis.

Erstatning for markedsforstyrrelser må lig sager efter ophavsretslovens bestemmelser ansættes skønsmæssigt, og også her er de bevismæssige vanskeligheder absolut til stede. Behovet for erstatning for markedsforstyrrelser er indiskutabelt, men erstatningerne er traditionelt skønsmæssigt udmålt og ikke særlig høje.[40] Da retsanvendelsen på dette område svarer til

40. Se f.eks. U1995.510SH, U1995.1H, U1998.445H og U2001.2387SH.

den ophavsretlige anvendelse, vil de markedsføringsretlige afgørelser om erstatningsudmåling blive inddraget i et vist omfang. Dog skal der tages skyldigt hensyn til den manglende mulighed for tillæggelse af et rimeligt vederlag for markedsføringsretlige krænkelser.

4. Anvendelse af retspraksis

4.1. Indledning

Der er afsagt en del domme om erstatning for ophavsretlige krænkelser. Ikke alle er medtaget i denne afhandlings analyser. Der har således fundet en selektiv udvælgelse sted. De afgørelser, der bedst belyser afhandlingens problemstillinger, er medtaget. De afgørelser, der ligger i periferien eller er meget konkret begrundede, er udeladt. Det er således ikke tilsigtet at bringe en fuldstændig oversigt over samtlige domme på området, men tilsigtet at lave en fyldestgørende analyse af retsområdet.

De udvalgte domme vedrører for en stor dels vedkommende produktefterligninger eller relaterer sig til omsætning af varer. Dette fordi de ofte angår større økonomiske skader og derfor giver anledning til mere omfattende bevisførelse og tilsvarende overvejelser hos domstolene.[41] Dog vil også afgørelser, der tilsvarende er af erhvervspræget karakter, blive genstand for gennemgang. Dette drejer sig især om krænkelse af arkitekter og journalisters rettigheder, hvor det vil fremgå, at erstatningerne grunder sig på sædvanlige honorarer.

4.2. Anvendelse af retspraksis med hjemmel i de øvrige eneretslove

Som det fremgår af afhandlingens kapitel 4 er der hjemmel til erstatning i samtlige eneretslove, og denne hjemmel er stort set enslydende udformet. De øvrige eneretslove, deres formulering og forarbejder samt den litteratur der knytter sig hertil, har således været anvendt ved fortolkningen af § 83 i ophavsretsloven.

Spørgsmålet er imidlertid, om retspraksis i henhold til disse love kan anvendes på tilsvarende facon. De fleste immaterialretlige fremstillinger behandler området under ét og skelner ikke i konklusionerne mellem de enkelte rettigheder.[42]

41. Se også *Olaf Eskildsen*: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR2000.116.
42. Se f.eks. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 223 ff., *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 451 ff., Palle Bo Madsen: Markedsret, del 2, 4. udgave, p. 330 ff. og *Bjørn Ryberg* m.fl.: Grundlæggende Immaterialret, p. 363 ff.

Man kan imidlertid spørge, om det nu også er helt korrekt. *For* en sådan konklusion taler selvfølgelig, at bestemmelserne stort set har samme ordlyd, og at de alle har grund i den samme betænkning. Desuden henviser bestemmelsernes forarbejder gensidigt til hinanden, og det er ovenfor konkluderet, at bestemmelserne i teorien er underlagt samme fortolkning. Der er derfor god grund til at fastslå, at retsstillingen for de enkelte områder direkte kan sammenlignes. For konklusionen taler endvidere det forhold, at der efterhånden eksisterer flere fælles berøringsflader de forskellige enerettigheder imellem. Som nævnt i afsnit 2 om markedsføringsloven, udvikler eneretslovene sig til stadighed på grund af den fremskredne globalisering, som følge af virkningen fra EU samt informationsteknikkens hastige fremskridt. Denne udvikling har medført, at den immaterialretlige beskyttelse i større og større omfang dækker samme områder, således at det nu ikke er usædvanligt, at to forskellige eneretslove beskytter den samme genstand. Et eksempel på dette er området for patentering af edb-programmer. Edb-programmer et principielt beskyttet af ophavsretsloven, men det er muligt at patentbeskytte et dataprogram af mere teknisk karakter.[43]

Imod en sådan konklusion taler, at bestemmelsen om et rimeligt vederlag for udnyttelsen er blevet indført på meget forskellige tidspunkter. I patentloven stammer bestemmelsen fra 1965 – i ophavsretsloven fra 1995. De patentretlige afgørelser hviler således på en tradition, hvorefter der i næsten 40 år har kunnet gives rimeligt vederlag for udnyttelsen. I ophavsretlig sammenhæng har bestemmelsen alene eksisteret i 10 år. Udmåling af erstatning i medfør af de almindelige erstatningsretlige bestemmelser er ualmindeligt godt indarbejdet i ophavsretten, hvilket sætter sine tydelige spor i retspraksis. Endvidere er beskyttelsesobjektet i medfør af reglerne om de industrielle rettigheder og ophavsrettighederne forskelligt, i hvert fald som udgangspunkt. Knyttet til de industrielle rettigheder er traditionelt store økonomiske værdier, hvor der til de ophavsretlige værker traditionelt er knyttet værdier af mere personlig art. Denne sondring kan nok ikke opretholdes, idet ophavsretten i dag favner områder af endog meget stor økonomisk værdi. Særlig på det patentretlige område er der en stærk tra-

43. Patentlovens § 1, stk. 2, nr. 3 undtager udtrykkeligt programmer for datamaskiner fra den patentretlige beskyttelse. Bestemmelsen er i overensstemmelse med Den Europæiske Patentkonvention, artikel 52, stk. 2 litra c. Retstilstanden på området er usikker og under stadig forvandling og påvirkning. Der er således mulighed for at patentere opfindelser i form af edb-programmer, i det omfang de indeholder et teknisk aspekt, løser et teknisk problem eller andre fysiske fænomener. Der er udstedt utrolig mange EPO-patenter på software p.t. I EU-retligt regi åbnes der på nuværende tidspunkt op for muligheden for software patenter. Kommissionen har fremlagt et direktivforslag på området, KOM(2002)92, der er godkendt af EU's ministerråd. Forslaget skal nu behandles i Parlamentet.

dition for tildeling af licenser og indgåelse af royaltyaftaler. Dette er også tilfældet for mange dele af det ophavsretlige område. På varemærkerettens område har det været knap så sædvanligt, men området er under forandring – særlig i takt med udviklingen af franchiseaftaler. På varemærkerettens område er erstatningsudmålingerne også præget af, at der stort set altid nedlægges påstande om erstatning for goodwill-skader. Erstatningerne fastsættes meget ofte som et samlet beløb uden specifikationer, hvorfor det kan være vanskeligt at se præcist, hvilke beløb der andrager erstatning for tabt goodwill.

Der er nu i fællesskabsretligt regi er vedtaget et direktiv, 2004/48/EF med enslydende sanktioner, der er gældende for hele området. Dette fremgår af kapitel 2 og 3. At det er tilfældet støtter synspunktet om anvendelse af retspraksis i medfør af de øvrige eneretslove på lige fod med de ophavsretlige afgørelser.

På såvel patentrettens som på varemærkerettens områder, har beskyttelsen karakter af en prioritetsbeskyttelse. Det betyder, at beskyttelsen er en realitet, når eneretten er registreret eller ibrugtaget. Den ophavsretlige beskyttelse træder i kraft med værkets skabelse. Denne sondring har betydning for culpavurderingen, men nok ikke for den ovenstående diskussion omkring anvendelse af retspraksis i henhold til de øvrige eneretslove.

I afhandlingen vil afgørelser, med hjemmel i de øvrige eneretslove, blive inddraget, i det omfang afgørelserne efter en *konkret vurdering* er egnede dertil. De vil derfor ikke blive lagt ukritisk til grund og kan ikke alene være bærere af afhandlingens konklusioner, men de vil blive inddraget i behørigt omfang. Der vil blive taget hensyn til, hvilke påstande og anbringender der er gjort gældende, samt om domstolene fremkommer med nogle særskilte bemærkninger til disse påstande og anbringender, men også om selve erstatningsudmålingen.

Særligt på området for rimeligt vederlag tjener afgørelserne om erstatning i medfør af de øvrige eneretslove et vigtigt formål, idet der endnu ikke er afsagt mange domme om rimeligt vederlag for *ophavsretlige* krænkelser. Her kan dommene fra de tilstødende retsområder tjene til inspiration for, hvorledes retsstillingen på det ophavsretlige område kan forventes at udvikle sig.

For så vidt angår afgørelser, som afsiges med hjemmel i de almindelige erstatningsretlige grundsætninger, vil hovedvægten blive lagt på de rent ophavsretlige afgørelser. Dette skyldes, at der ikke i afgørelserne fra de tilstødende områder er samme tradition for udmåling i henhold til disse regler alene. I patentloven har bestemmelsen om rimeligt vederlag jo eksisteret i mere end 40 år. I varemærkeloven blev bestemmelsen indført i 1990. Det frygtes derfor, at en direkte sammenligning vil kunne føre ikke helt kor-

rekte konklusioner. De ophavsretlige afgørelser er endvidere langt flest i antal.

På området for erstatning for krænkelse af de ideelle rettigheder står ophavsretsloven alene, idet en tilsvarende bestemmelse ikke findes i de øvrige eneretslove.

Afgørelser om erstatning med hjemmel i markedsføringsloven vil også blive inddraget. Som ovenfor anført er der ikke hjemmel til tilkendelse af et rimeligt vederlag for anvendelsen, når der foreligger en krænkelse omfattet af markedsføringsloven. Retspraksis må derfor analyseres under hensyntagen hertil. Efter markedsføringsloven udmåles erstatning i medfør af de almindelige regler om erstatning. Derfor kan afgørelserne inddrages i et vist omfang. Særligt i de tilfælde, hvor afgørelserne er principielle eller kommer med udtalelser om opgørelsesgrundlaget, vil de blive inddraget i afhandlingens analyser.

Konkluderende kan således anføres, at afgørelser med hjemmel i de øvrige eneretslove og markedsføringsloven anvendes, når de er egnede som sammenligningsgrundlag, og når formålet i øvrigt tilsiger det.

4.3. Anvendelse af nordisk retspraksis

Som det fremgår flere steder ovenfor, har erstatningsbestemmelsen i den danske og den svenske ophavsretslov stort set samme materielle indhold. Den svenske bestemmelse fortolkes som den danske. Den eneste umiddelbare forskel er, at den svenske bestemmelse om erstatning for rimeligt vederlag har eksisteret i den svenske ophavsretslov meget længere end den tilsvarende danske. Den svenske bestemmelse blev indsat i ophavsretsloven allerede ved revisionen af patentlovgivningen i 1960'erne. Det betyder, at man i Sverige har en lang erstatningstradition, der grunder sig på denne bestemmelse; i Danmark en kort. Dette fremgår tydeligt i retspraksis. De svenske afgørelser vil desuagtet blive anvendt stort set på linje med de danske, men med den tidsmæssige faktor som et lille forbehold.

Den norske bestemmelse om erstatning for ophavsretlige krænkelser svarer ikke til den danske. Bestemmelsens hovedregel er, at erstatning gives efter de almindelige regler om erstatning. Loven indeholder her ud over en bestemmelse om, at den krænkede, uanset skadens størrelse, kan kræve nettofortjenesten ved den krænkende handling udbetalt. Ved nettofortjenesten forstås krænkerens berigelse. Denne mulighed eksisterer ikke med hjemmel i hverken den danske eller den svenske lovgivning. Norsk retspraksis kan således alene anvendes som inspiration i de retspolitiske afsnit.

De øvrige norske og svenske eneretslove (bortset fra den norske ophavsretslov) indeholder alle bestemmelser om erstatning for rimeligt vederlag

for udnyttelsen samt erstatning for yderligere skade. Afgørelser i henhold til disse love vil blive inddraget i begrænset omfang. Når de inddrages, sker det med samme forbehold, som er gældende for de danske afgørelser i henhold til de samme bestemmelser. Skulle disse afgørelser inddrages på lige fod med afgørelser af alene ophavsretlig karakter, stiger usikkerhedsmarginen for at drage ikke-korrekte konklusioner.

4.4. Anvendelse af retspraksis med hjemmel i markedsføringsloven

Som det fremgår ovenfor i afsnit 3.2. er der i medfør af markedsføringsloven adgang til erstatning under de samme betingelser, som når der tilkendes erstatning for ophavsretlige krænkelser efter de almindelige erstatningsretlige regler. I kapitel 7 gennemgås retspraksis om erstatning for overtrædelse af markedsføringslovens § 1 i relation til produktefterligninger. Dette sker i første omgang i et adskilt afsnit, men de markedsføringsretlige afgørelser inddrages i konklusionerne på stort set lige fod med de ophavsretlige.

5. Forhandlingsmaksimen

Sager om erstatning for ophavsretslige krænkelser er dispositive. Det følger af retsplejelovens bestemmelse i § 338, at retten ikke kan tilkende en part mere, end han har påstået. Retten kan kun tage hensyn til de anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafaldes. Denne bestemmelse benævnes »forhandlingsmaksimen«, og den er selvfølgelig også gældende i sager om erstatning for ophavsretlige krænkelser.

Det betyder, at parterne i vidt omfang selv er herrer over processen. Rettighedshaveren skal således beslutte, om der skal nedlægges påstand om en godtgørelse udmålt som et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for yderligere skade, eller påstand alene om erstatning efter de almindelige erstatningsregler.

I medfør af retsplejelovens § 339, der angår den såkaldte materielle procesledelse, har retten mulighed for at stille spørgsmål til en part, i det omfang en parts påstand eller anbringender er uklare, jf. stk. 1. I medfør af stk. 2 kan retten opfordre en part til at fremlægge dokumenter, tilvejebringe syn og skøn eller i øvrigt føre bevis, når sagens faktiske omstændigheder, uden en sådan bevisførelse, ville henstå som uvisse. Bestemmelsen i stk. 2 kan således alene anvendes, når sagens *faktiske* omstændigheder er uafklarede. En part må således ikke forvente, at retten vil gribe ind, i det omfang en fremlagt *erstatningsopgørelse* ikke løfter kravene til den bevisbyrde retten pålægger. Dette er en juridisk bedømmelse og ikke en faktisk.

Forhandlingsmaksimen spiller en særlig rolle for så vidt angår bestemmelsen om ikke-økonomisk skade i § 83, stk. 3. Som det fremgår ovenfor, er bestemmelsens anvendelse principielt obligatorisk, når en ikke-økonomisk skade er lidt. Retten træffer ikke ex officio afgørelse om tilkendelse af en godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Retten tager alene hensyn til bestemmelsen, i det omfang den er påberåbt. Det ses i flere tilfælde, at bestemmelsen ikke er påberåbt.

6. Skønsudøvelsen

Som tidligere anført er der i retspraksis på området hjemmel til at fastlægge erstatningen for ophavsretlige krænkelser ud fra et skøn. Dette kan ikke være anderledes, idet mange tabsposter i den krænkede parts erstatningsopgørelser beror på usikre faktorer. Skønsmæssig fastsættelse sker ved spørgsmål om licensafgiftens størrelse, krænkerens afsætningstab, markedsforstyrrelsens omfang samt ikke-økonomiske tab. Det er således nødvendigt med et skøn over den samlede erstatning, blot en af disse beregninger er usikre.

Som det vil fremgå af de nedenstående kapitler om erstatningsudmålingen, fremkommer retten sjældent med en detaljeret redegørelse for skønnet. Såfremt en sådan blev givet, ville det lette mangen fremtidig erstatningsopgørelse. Dette er nu engang ikke tilfældet og kan vel næppe siges at være i modstrid med de herskende traditioner på området.

At det kan være nødvendigt at skønne, ligger således fast. Problemerne opstår, hvis skønnet fremstår som *tilfældigt.* Er det ikke ud af de afsagte afgørelser muligt at komme til en forståelse af, hvorledes det idømte beløb fremkommer, bliver området behæftet med betydelig retsusikkerhed. Som det fremgår allerede i det indledende kapitel, er det mange forfatteres opfattelse, at netop dette er tilfældet. Denne opfattelse kan tilsluttes. Dette vil blive yderligere underbygget gennem den kommende analyse af praksis.

Får at undgå retsusikkerhed omkring skøn og bevisbedømmelse er det strengt nødvendigt med en redegørelse for skønnet og skønsgrundlaget. Det kunne ske ved, at man i afgørelserne oplyser, hvilke poster i erstatningsopgørelsen der lægges til grund med hvilke beløb, og hvilke anbringender der ligger til grund for, at dette netop er tilfældet – altså en redegørelser for skønsgrundlaget.

I realiteten ses at samtlige tabsposter i flere afgørelser slås sammen til et samlet beløb. Dette gør retstilstanden særdeles uigennemsigtig. Endvidere kan der påvises en del afgørelser, hvor der forekommer ganske ubegrundede erstatningsnedsættelser – dette også i tilfælde, hvor erstatningsopgørelserne

opfylder de krav til dokumentation og redelighed, der nødvendigvis må stilles. Dette medvirker heller ikke til at gøre retsområdet gennemsigtigt.

Et andet tydeligt problem i denne sagstype er netop kravene til tabsdokumentation. Såfremt man vil imødekomme det retspolitiske synspunkt om, at de indrømmede erstatningsbeløb er for lave, kan man som konsekvens heraf have den holdning, at bevisbedømmelsen er for streng. Dette er muligvis korrekt. Et andet synspunkt kunne være, at parterne ikke i tilstrækkeligt omfang løfter den bevisbyrde, der påhviler dem. Det skal ske ved at fremlægge saglige og underbyggede erstatningsopgørelser. Dette er muligvis også korrekt.

Det ville under alle omstændigheder tjene gode formål, såfremt domstolene redegjorde for deres bevisbedømmelse ved at oplyse om, og i givet fald, i hvilket omfang bevisbyrden var løftet. Der hersker desværre ikke tradition herfor på området.

7. Systematikken ved gennemgang af retspraksis

I de følgende kapitler opdeles analysen af retspraksis. Retspraksis er systematiseret således at de sager, hvor der er nedlagt påstand om erstatning for rimeligt vederlag er genstand for selvstændig behandling, og tilsvarende for de sager hvor der er nedlagt påstand om erstatning i medfør af de almindelige erstatningsregler. Denne opdeling er for så vidt et kunstgreb, idet der jo i vederlagssagerne er adgang til at kræve erstatning for yderligere skade. Denne erstatning bedømmes efter de almindelige erstatningsregler.

Årsagen til, at det alligevel synes relevant med en opdeling, er det analytiske formål. En analyse af vederlagsreglerne kan ikke ske, såfremt afgørelserne sammenblandes med de øvrige afgørelser om erstatning. Dog skal det selvfølgelig fremhæves, at den juridiske analyse og bevismæssige vurdering af erstatningen for den yderligere skade, det vil sige for afsætningstab, markedsforstyrrelse og interne tab, naturligvis tilsvarer analysen af retspraksis, hvor alene de almindelige erstatningsretlige regler har fundet anvendelse. Derfor vil der i kapitel 7, der omhandler de øvrige tabskategorier, findes henvisninger til afgørelser, der er citeret i kapitel 6 om rimeligt vederlag. Det modsatte er der imod ikke tilfældet. Omfattet af kapitel 6 er alene afgørelser, hvor der er nedlagt påstand om et rimeligt vederlag for udnyttelsen. I afhandlingens konklusion opstilles en endelig analyse af den samlede retsstilling, som imidlertid kræver, at afgørelserne indenfor de enkelte kategorier indledningsvist analyseres selvstændigt.

Kapitel 6

Retspraksis om erstatning efter vederlagsreglen

1. Analyse af retspraksis

Dette kapitel indeholder en analyse af retspraksis i de sager, hvor der tilkendes et rimeligt vederlag for udnyttelsen, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 1. Det rimelige vederlag kan gives i kombination med erstatning for den yderligere skade, krænkelsen har medført. Afgørelser, hvor dette er tilfældet, er også at finde i nærværende kapitel. Dog er den materielle beskrivelse af retspraksis omkring tillæggelse af erstatning på baggrund af dansk rets almindelige erstatningsregler behandlet nedenfor i kapitel 7. Samspillet mellem det rimelige vederlag og erstatning for yderligere skade behandles derimod i dette kapitel.

Som det fremgår ovenfor, blev bestemmelsen om rimeligt vederlag indført i ophavsretsloven i 1995. Bestemmelsen har således været gældende i 10 år. Tiden bør nu være moden til en analyse af, hvorledes og i hvilket omfang bestemmelsen er blevet anvendt i retspraksis. Forinden bestemmelsen blev indsat i loven, kunne man dog i praksis se enkelte eksempler på, at synspunkterne omkring en rimelig vederlæggelse for udnyttelsen slog igennem. Disse afgørelser behandles umiddelbart nedenfor i afsnit 2.

2. Retspraksis før 1995

I særligt to afgørelser fra før 1995 gav domstolene udtryk for synspunkter, der tenderer indrømmelse af et rimeligt vederlag. En del af begrundelsen for lovændringen var da også ifølge forarbejderne, at: »Ministeriet finder på denne baggrund, at erstatningsreglen i ophavsretsloven bør bringes i overensstemmelse med den praksis, der har udviklet sig, og erstatningsreglerne indenfor den øvrige immaterialretslovgivning«.[1]

1. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1410.

Sagen U1984.201Ø vedrørte en arkitekt, der efter egne tegninger havde opført et typehus benævnt Tegl 77. Huset blev beskrevet i en avisartikel, og i den forbindelse blev der vist billeder af huset og tegninger af grundplanen. Krænkeren fik udleveret husets tegninger af en ejendomsmægler, hvorefter han selvstændigt opførte et hus på baggrund heraf. Sagsøger nedlagde under den efterfølgende erstatningssag påstand om betaling af ikke over kr. 50.505, der udgjorde det sædvanlige arkitekthonorar. Det var beregnet ud fra, at opførelsessummen ville andrage kr. 300.500 ekskl. moms. Retten udtalte, at: »[…] idet erstatningen skønsmæssigt fastsættes til kr. 40.000,00. Der er herved taget udgangspunkt i det fulde takstmæssige arkitekthonorar, det af sagsøgeren faktisk udleverede materiale ikke findes at burde danne målestok for erstatningsfastsættelsen«.

I afgørelsen gives således både erstatning for det fulde arkitekthonorar og erstatning for tabt goodwill. Skulle bestemmelsen være afgjort strengt efter de almindelige erstatningsretlige regler, var det nok vanskeligt at nå frem til, at arkitekten havde lidt et tab på de fulde arkitektudgifter, da der var tale om et typehus, hvor tegningerne allerede forelå.

En afgørelse, der også grundes på betragtninger om rimeligt vederlag, findes i U1985.257Ø. Sagen omhandler en publikation udgivet af et rejsebureau. Publikationen indeholdt en gengivelse af en artikel, der havde været trykt i en avis. Journalisten havde under sagen nedlagt påstand om erstatning på kr. 1.500, svarende til det sædvanlige vederlag for en artikel. Sagsøger fik fuldt medhold i sin påstand, idet landsretten udtalte: »[…] findes appellantens tab at burde fastsættes til et beløb svarende til, hvad appellanten kunne have krævet for en tilsvarende artikel i et andet blad. Da indstævnte ikke har antageliggjort, at 1.500 kr. ikke ville have været et rimeligt honorar, vil appellantens påstand være at tage til følge.«

Sagen er endnu et eksempel på, at sagsøgers normale og rimelige vederlag bliver lagt til grund til trods for, at størrelsen af tabet er diskutabelt. Domstolene foregreb således retstilstanden efter 1995 ved disse afgørelser. Det samme resultat ses i U1976.245Ø og U1979.685Ø, der begge vedrører honorarer for hhv. arkitekttegninger og musikopførelse.

Resultatet af erstatningsudmålingen i denne type sager er i overensstemmelse med den nugældende retstilstand. Når arkitekter, forfattere, komponister og journalister krænkes, vil de meget ofte blive tillagt, hvad der svarer til et sædvanligt honorar for den pågældende ydelse. Dette er således et af de eneste områder, hvor der i mange tilfælde afsiges dom i overensstemmelse med den nedlagte påstand. Området er nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 3.1.1.1.

Afgørelsen i U1993.572H er et eksempel på, at lovændringen var påkrævet. I denne sag ville sagsøger sandsynligvis være blevet tilkendt et rimeligt vederlag, hvis der havde været hjemmel hertil.

> Sagen drejede sig om en kommune, der indførte en årlig afgift, som berettigede bibliotekets lånere til lån af musikværker uden nærmere begrænsning. Nordisk Copyright Bureau påstod herefter kommunen dømt til at anerkende, at ordningen krænkede tekstforfatteres, komponisters og musikforlags rettigheder efter ophavsretslovens § 2 samt herfor at betale en erstatning på 501.000 kr. Der fandtes ikke nogen særlig tarif for udlejning, hvorfor sagsøgeren påstod at denne burde svare til det beløb på 5 kr. pr. udlån som i henhold til aftale med producenterne betales i royalty til sagsøgeren ved salg af en grammofonplade m.v. Kommunen blev dømt for overtrædelse af ophavsretslovens § 2, men sagsøgte fandtes derimod ikke at have sandsynliggjort, at rettighedshaverne havde lidt et tab ved krænkelsen. Højesteret frifandt derfor kommunen for erstatningspåstanden.

Lovændringen kom således i 1995 og retspraksis i henhold hertil analyseres nedenfor.

3. Retspraksis efter 1995

3.1. Dansk retspraksis om vederlagsbestemmelsen

I det følgende analyseres dansk retspraksis efter reglen om rimeligt vederlag blev indført i ophavsretsloven. I det efterfølgende afsnit analyseres de afgørelser, der er afsagt med hjemmel i de øvrige eneretslove, og som med rimelighed belyser problemstillingerne. Desuden inddrages svensk retspraksis i et særskilt afsnit. Afslutningsvis foretages en samlet konklusion. Der har fundet en selektiv udvælgelse af de afsagte afgørelser sted.[2] Udvælgelsen er sket med henblik på alene at inddrage afgørelser, der forholder sig til afhandlingens problemstillinger. På området for tilkendelse af et rimeligt vederlag alene er trykt få afgørelser, når bortses fra området for de mere personligt prægede rettigheder tilhørende arkitekter, musikere og forfattere. Langt hovedparten af de danske afgørelser er derfor medtaget.

Som tidligere anført er det i dommene om produktefterligninger, at den bedste vejledning med hensyn til principperne for erstatningsudmåling samt udmåling af det rimelige vederlag skal søges.[3]

2. Som redegjort for ovenfor i kapitel 5, afsnit 4.
3. Jf. ovenfor kapitel 5, afsnit 4.

3.1.1. Rimeligt vederlag

I dette afsnit analyseres de danske trykte afgørelser, i hvilke ophavsmanden tilkendes et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade, krænkelsen måtte have medført.

> Afgørelsen U1998.941SH er en af de første trykte afgørelser om vederlag efter lovens vedtagelse i 1995. Sagen vedrørte en holder til en karklud og en opvaskebørste benævnt StandArt, som blev udsat for krænkelse. Under sagen blev nedlagt påstand om erstatning stor kr. 300.000. Erstatningspåstanden blev gjort gældende under anbringende af, at sagsøger var berettiget til afsætningstab, tab som følge af markedsforstyrrelser samt et rimeligt vederlag for udnyttelsen af sagsøgerens ret. Sagsøgtes salg af standeren, i den periode sagsøgtes produkt var på markedet, blev opgjort af sagsøgtes revisor til 32.936 stk. Dækningsbidraget blev oplyst til kr. 38,22, hvorfor sagsøgers afsætningstab blev opgjort til i alt kr. 1.258.814. Sagsøgeren opgjorde sit vederlags- og erstatningskrav på baggrund af sagsøgtes anslåede salg af 60.000 stk, samt en fakturapris ab fabrik på kr. 20. Man havde herefter beregnet en licensafgift på 5 %, hvilket medførte et vederlagskrav på kr. 60.000. Erstatningskravet blev også bygget på den antagelse, at sagsøgtes salg af 60.000 stk. havde medført en mindre afsætning for sagsøgeren på 20.000 stk., hvilket svarede til et mistet dækningsbidrag på kr. 764.000. Sagsøgerens erstatningspåstand fremkom efter en skønsmæssig nedsættelse. Retten udtalte om erstatningspåstanden: »Efter salgs- og avanceoplysningen samt efter en vurdering af mulighederne for, at sagsøgtes produkt kan substituere sagsøgerens, finder retten, at der ikke er grundlag for at fastsætte sagsøgerens krav på vederlag og erstatning til et mindre beløb end kr. 300.000.«

Sagsøgers vederlagskrav beregnes således som en licensafgift på 5 % af samtlige solgte stk. af det krænkende produkt, dvs. 5 % af 60.000 x kr. 20,00, hvilket beløb udgør produktionsprisen. Hertil kommer erstatning for yderligere skade beregnet som et afsætningstab. Sagsøger skønner at kunne have solgt 20.000 yderligere standere, såfremt det krænkende produkt ikke havde været på markedet. Sagsøger opgør sit dækningsbidrag og kan herefter beregne sit afsætningstab til kr. 764.000. Sagsøger gør ganske vist et anbringende om markedsforstyrrelser gældende, men værdiansætter ikke tabet. Sagsøger nedsætter det opgjorte erstatningskrav til kr. 300.000. Var der ikke sket en nedsættelse, havde sagsøger reelt lagt op til dobbeltkompensation. Der tilkendes ikke både et rimeligt vederlag for udnyttelsen, beregnet ud fra samtlige solgte krænkende produkter, og derefter *fuld* erstatning for afsætningstab. Det kan i afgørelsen lægges til grund, at retten finder, at sagsøgeren har løftet sin bevisbyrde for at have lidt *mindst* det påståede tab. Det vil sige, at det påstævnte beløb for så

vidt kan »rummes« i det opgjorte afsætningstab alene. Rettens indledende og ovenfor citerede præmisser starter ganske klart med at anføre: »Efter salgs- og avanceoplysningerne […]«, hvilket tyder på, at man vil lægge afsætningstabet til grund. Senere i samme sætning fremstår præmisserne dog lidt mere uklare, da det anføres, at sagsøgeren har krav på *vederlag og erstatning*. Det vides således ikke, hvorledes retten har vægtet de pågældende opgørelser for henholdsvis afsætningstab og vederlag. Dette skyldes dog nok i nogen grad, at sagsøger har nedsat det opgjorte krav. Dette følger også af udtalelsen om, at vederlaget og erstatningen ikke kan fastsættes til et *mindre* beløb end påstået. Den eneste oplysning retten giver omkring sin skønsanvendelse, er, at man henser til salgs- og avanceoplysningerne.

Af præmisserne fremgår, at retten lægger vægt på substitutionsprincippet. Det er ikke sikkert, at sagsøgtes produkt kunne substituere sagsøgerens 1 til 1, men muligheden foreligger. Der er forskel på sagsøger og sagsøgtes opgørelse af, hvor mange eksemplarer, der er solgt af det krænkende produkt. Sagsøgte opgør sit dækningsbidrag, men dette kan ikke tænkes at være blevet tillagt vægt. Derimod lægges vægt på sagsøgers mistede omsætning, som *kunne* være i nærheden af *sagsøgtes* oplyste salg på 32.936. Skulle sagsøgerne have haft et mersalg på 32.936, ville dette have givet sagsøger et dækningsbidrag på ca. 1,2 mio.

Retten lægger på baggrund af de forskellige konkrete oplysninger – korrekt – til grund, at sagsøger *mindst* har lidt et tab svarende til det påstævnte beløb.

U1999.158SH drejer sig om et grydesæt og en stofpose til emballering, der var udsat for krænkelse.[4] Der blev under sagen nedlagt påstand om betaling af kr. 500.000 i erstatning. Påstanden blev nedlagt under anbringender om, at sagsøgtes salg udgjorde10.-12.000 grydesæt. Sagsøgeren oplyste, at det direkte omsætningstab i anledning af krænkelsen udgjorde flere millioner kroner. Endvidere oplyste man at have haft en omsætningsnedgang på 7 %. Sagsøgeren påberåbte sig desuden et betydeligt tab som følge af markedsforstyrrelse. Dette tab, som dog ikke kunne dokumenteres nærmere, blev anslået til at udgøre ca. kr. 100.000. Sagsøgeren påstod sig også tillagt vederlag i medfør af ophavsretslovens § 83 og varemærkelovens § 43 (for stofposen) og gjorde gældende, at det ville være passende at tage udgangspunkt i et licensvederlag på 5 % af udsalgsprisen på det krænkende produkt. Udsalgsprisen udgjorde kr. 299,00. Sagsøgeren bestred en oplysning om, at sagsøgte alene havde solgt 2.499 grydesæt, idet sagsøgeren gjorde gældende, at ingen ville starte en produktion af så få grydesæt. Sø- og Handelsretten udtalte, at: »Sagsøgte skal betale et rimeligt vederlag for udnyttelsen af rettighederne samt erstatning for den yderligere

4. Se om afgørelsen også ovenfor kapitel 4, afsnit 1.2. og 3.3.

skade krænkelserne i øvrigt måtte have medført, jf. bestemmelsen i § 83, stk. 1 i lov om ophavsret og § 43, stk. 1 i lov om varemærker. Retten har ikke grundlag for at tilsidesætte vidnet Morten Højholts forklaring, hvorefter sagsøgte i alt solgte 2.499 Lucianogrydesæt. Efter et samlet skøn og under hensyn til, at der ikke er grundlag for at antage, at markedsforstyrrelsen har været af længere varighed, fastsættes vederlag og godtgørelser under ét samlet beløb på 250.000 kr.«

I denne afgørelse foreligger en skønsmæssig fastsat erstatning uden umiddelbar sammenhæng med den nedlagte påstand. Sø- og Handelsretten fremsætter ingen redegørelse for skønnet og skønsgrundlaget ud over, at man ikke antager, at markedsforstyrrelsen har været af længere varighed. Dette er begrundet i, at sagsøgtes oplysninger om det samlede antal solgte grydesæt på 2.499 lægges til grund. Sagsøgers påstand om salg af 10.-12.000 sæt afvises således og fremstår da også som helt udokumenteret. Vidnet må have afgivet en troværdig forklaring, idet der ifølge det oplyste ikke er dokumentation for noget salgstal fra nogen af parterne. Tages der udgangspunkt i sagsøgers påstande, imødekommes disse dog alligevel i et vist omfang, under hensyntagen til det antal solgte grydesæt retten lægger til grund, at sagsøgte har solgt. Ud fra sagsøgers egen licensberegning skulle sagsøgte svare en licens svarende til 5 % af udsalgsprisen på kr. 299 × antal solgte grydesæt, i alt 2.499, hvilket udgør et beløb på kr. 37.360. Dette beløb udgør således det rimelige vederlag. Hertil kommer påstået erstatning for markedsforstyrrelser på kr. 100.000. Det resterende beløb må således udgøre erstatning for sagsøgers afsætningstab, altså en kompensation for omsætningstabet på 7 %. Det må fastslås, at det idømte beløb er i overensstemmelse med de nedlagte påstande og de oplysninger, der er refereret i afgørelsen, såfremt sagsøgtes salgstal lægges til grund. Sagsøger har ikke dokumenteret sit afsætningstab ud over i en vidneforklaring at oplyse, at det i perioden udgjorde 7 %, men ville ikke oplyse et beregningsgrundlag. Sagsøger tilkendes således under alle omstændigheder ikke mere, end sagsøger efter omstændighederne er berettiget til.

En anden afgørelse på området er U2001.1572V. Sagen handlede om en 15-årig, der på sin hjemmeside havde oprettet en række direkte links (deep-links) til musiknumre, der enten lå på fremmede servere, eller som han selv havde lagt ud på nettet via uploading. Sagen var anlagt af en række fællesforbund med påstand om erstatning stor kr. 100.000. Erstatningen blev opgjort som vederlaget for ulovlig digital kopiering, vederlag for uploading, vederlag for tilgængeliggørelse for offentligheden, vederlag for downloading samt erstatning for yderligere tab/ikke-økonomisk skade. Erstatningsopgørelsen var specificeret pr. »handling«, dvs. man havde oplyst hvor stort et antal musiknumre der skønsmæssigt var downloaded, uploaded, kopieret osv. og

beregnet et vederlag for brugen heraf. Erstatningsbeløbet var opgjort til et beløb, der oversteg kr. 100.000 med et mindre beløb (15-20.000,00), men påstanden var af procesøkonomiske årsager begrænset til kr. 100.000. Sagsøgeren havde under sagen gjort gældende, at der skulle betales et rimeligt vederlag for udnyttelsen, erstatning for markedsforstyrrelser, erstatning til kontrolforanstaltninger samt erstatning for ikke-økonomisk skade, jf. § 83, stk. 3. I erstatningsopgørelsen var medtaget de specificerede beløb i relation i de ulovligt kopierede musiknumre. Vederlagskravet blev opgjort ud fra en forudsætning om, at der skulle betales kr. 20,00 pr. musiknummer. Salgsprisen for en almindelig cd-single udgjorde kr. 22-27, hvorfra der skulle trækkes omkostninger til fremstilling og distribution. Det betød, at fortjenesten til sagsøgerne tilsammen udgjorde kr. 16-20. Der blev endvidere medtaget et beløb på kr. 57.580,00 som godtgørelse for krænkelse af rettighedshavernes ikke-økonomiske rettigheder, jf. § 83, stk. 3. Beløbet svarede størrelsesmæssigt til beregningen af det rimelige vederlag. Landsretten anførte, at: »[…] de sagsøgte [har] pligt til at betale et rimeligt vederlag for udnyttelsen af sagsøgernes rettigheder samt erstatning for den yderligere skade, som overtrædelserne måtte have medført. Da sagsøgerne ikke ville have givet tilladelse til en udnyttelse som den skete, findes der ikke noget sædvanligt honorar for den pågældende udnyttelse, og vederlaget må derfor fastsættes skønsmæssigt. Landsretten kan tiltræde, at der ved fastsættelse af vederlagskravet tages udgangspunkt i den oplyste avance på kr. 20 pr. musiknummer. Sagsøgernes opgørelse er beregnet ud fra den forudsætning, at 20 % af de besøgende op hjemmesiderne har kopieret mindst et musiknummer. Landsretten finder ikke anledning til at tilsidesætte dette skøn, der må betragtes som forsigtigt. Sagsøgte findes endvidere berettiget til erstatning for tab som følge af markedsforstyrrelse og øgede kontrolomkostninger samt godtgørelse for ikke-økonomisk skade i nedfør af ophavsretslovens § 83, stk. 1 og stk. 3. Det samlede beløb herfor kan skønsmæssigt fastsættes, som af sagsøgerne påstået, til et beløb svarende til vederlaget. Landsretten tager således de nedlagte vederlags- og erstatningspåstande til følge.«

I denne sag gives der også fuldt medhold i den nedlagte erstatningspåstand. Ved analysen af afgørelsen, er det væsentligt at være opmærksom på hvad der reelt er nedlagt påstand om, og hvorledes erstatningsopgørelsen er specificeret. I denne sag er der nedlagt påstand om en erstatning på kr. 100.000. I stævningen er erstatningspåstanden specificeret til kr. 57.580 som vederlag for de forskellige krænkende handlinger. Erstatning for ikke-økonomisk skade er opgjort til det samme beløb – altså i alt kr. 115.160. Beløbet er af procesøkonomiske årsager nedsat, men kun til kr. 100.000. Dette forekommer en anelse mærkværdigt, med mindre nedsættelsen skyldes et ønske om en påstand nedlagt som en rund sum. Under domsforhandlingen gøres gældende, at det beløb, der kræves som vederlag for downloading, bør baseres på et langt større antal musiknumre, end det fremgår af erstat-

ningsopgørelsen. Det skyldes, at flere end først antaget har downloaded musik. Man regner med, at alle, der har besøgt hjemmesiden i længere tid end 5 minutter, har foretaget en downloading. I erstatningsopgørelsen er der alene kalkuleret med, at 20 % af de besøgende havde downloaded musik. Det forhøjede erstatningskrav er dog ikke yderligere specificeret og påstanden ikke hævet, så anbringendet forekommer overflødigt. Der blev gjort gældende, at sagsøger er berettiget til et rimeligt vederlag, erstatning for markedsforstyrrelser, erstatning for interne tab samt erstatning for ikke-økonomisk skade. Alene vederlaget og godtgørelsen for ikke-økonomiske skade er beregnet. Landsretten udtaler indledningsvist i præmisserne, at sagsøger har krav på et rimeligt vederlag samt erstatning for yderligere skade. Man accepterer herefter sagsøgernes erstatningsopgørelse og udtaler, at skønnet om antallet af downloads er forsigtigt. Da sagsøger ikke ville have givet nogen tilladelse til den skete udnyttelse, lægger retten til grund, at vederlaget skal fastsættes skønsmæssigt. Retten accepterer sagsøgernes opgørelse på kr. 20,00 pr. musiknummer. Første del af erstatningsopgørelsen på kr. 57.580 imødekommes således. Landsretten udtaler herefter, at man er berettiget til et beløb for markedsforstyrrelser, interne tab samt et beløb i henhold til § 83, stk. 3 svarende til vederlaget. Derfor tages den nedlagte vederlags- og erstatningspåstande til følge. Det er bemærkelsesværdigt, at retten tilkender et forholdsvist højt beløb i erstatning for ikke-økonomisk skade og markedsforstyrrelser. Det forekommer tvivlsomt, om der skulle være lidt nogen ikke-økonomisk skade samt et særligt omfattende tab for markedsforstyrrelser, krænkelsens omfang taget i betragtning. Dette har sagsøger under sagen ej heller forsøgt at dokumentere, bortset fra at nedlægge påstand herom.[5]

Den anden afgørelse, der skal nævnes i denne sammenhæng er en utrykt Sø- og Handelsretsafgørelse af 4. marts 1999, nr. V-0168/97. Sagen drejede sig om et motiv på en T-shirt, der var udsat for nærgående krænkelse. Sagsøgerne (en norsk designer og en norsk producent) nedlagde påstand om betaling af kr. 150.000. Beløbet var specificeret således: Kr. 100.000 udgjorde vederlag og erstatning for mistet omsætning og erstatning for markedsforstyrrelse. Kr. 50.000 udgjorde erstatning i henhold til ophavsretslovens § 83, stk. 3. Det er oplyst, at sagsøger havde solgt 15-20.000 af den omhandlede T-shirt for en udsalgspris på kr. 129. Engrosprisen for forhandlerne

5. Se om afgørelsen også *Thomas Riis*: Kommentar til Vestre Landsrets dom af 20. april 2001 (MP3), NIR2002.423. Thomas Riis synes i kommentaren at forudsætte, at bestemmelsen i ophavsretslovens § 83, stk. 3 er obligatorisk ved enhver ophavsretlig krænkelse. Det er ikke tilfældet. Bestemmelsen er alene obligatorisk, når en ikke-økonomisk skade er lidt.

var kr. 59 og produktionsomkostningerne kr. 20. Dækningsbidraget var således på kr. 39 pr. T-shirt. Sagsøgte havde produceret 900 T-shirts og solgt 525. Udsalgsprisen var kr. 98,00. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at der var solgt 525 T-shirts og at sagsøgers dækningsbidrag udgjorde kr. 39. Med baggrund heri tillagdes sagsøger et vederlag på kr. 20.000. Der tilkendtes ikke erstatning for markedsforstyrrelser eller markedsfortrængning, da det pågældende produkt blev solgt på et tidspunkt, hvor sagsøger ikke var repræsenteret på det danske marked. Retten tillagde det vægt, at den typiske kunde var en person på gennemrejse, idet produktet blev solgt i souvenirforretninger. Derfor var markedsfortrængning og markedsforstyrrelse alene sket i et meget begrænset omfang.

Afgørelsen er et eksempel på, at krænkerens salg og rettighedshaverens dækningsbidrag danner grundlag for beregningen af erstatningen. Erstatningen benævnes »vederlag«, men der tillægges reelt erstatning for afsætningstab. Der anlægges ingen vederlagsbetragtninger i form af licensbetragtninger eller lignende i rettens præmisser. Landsretten har således svært ved at bortse fra spørgsmålet om det lidte tab.

I en anden utrykt Vestre Landsrets afgørelse, nr. B-1188-03 afsagt den 25. juni 2004, blev en mindreårig dreng idømt en erstatning på kr. 36.000. Sagen drejede sig om tilgængeliggørelse af 2.575 musikfiler i strid med ophavsretslovens bestemmelser. I denne sag var erstatningskravet opgjort som et rimeligt vederlag på kr. 52.000 samt erstatning for markedsforstyrrelser kr. 20.000. Erstatningskravet blev opgjort med udgangspunkt i de 2.575 musikfiler samt en betaling på kr. 20,00 pr. stk. Kravet var, under henvisning til sagsøgtes unge alder, samt procesøkonomiske årsager, nedsat til kr. 36.000, for hvilket der blev givet fuldt medhold.

I denne afgørelse sker vederlagsfastsættelsen således også ud fra dækningsbidragsbetragtninger, herunder betragtninger omkring det lidte tab. Det samme er tilfældet i den følgende afgørelse.

Som en meget vigtig afgørelse på området skal nævnes U2005.60V.[6] Sagen vedrørte ulovlig kopiering af film og undertekster fra internettet samt distribution heraf. Sagsøgerne var en række fællesforeninger for filmproducenter og videogramdistributører. Sagsøgte var en privat person. Der blev opgjort et erstatningskrav på i alt kr. 6.789.420, som dog af processuelle årsager blev nedsat til kr. 950.000. Sagsøgers erstatningsopgørelse var bemærkelsesværdig klar. Som et rimeligt vederlag for kopiering af film blev antallet af brugere angivet til at være 2.673. Det blev anslået,

6. Om afgørelsen i relation til anvendelse af erstatningsansvarslovens § 24, se ovenfor kapitel 4, afsnit 12.1.

at hver bruger havde downloaded 10 film, og at prisen pr. film androg kr. 125. Derved fremkom et vederlag på kr. 3.341.250. Som erstatning for markedsforstyrrelser og kontrolomkostninger blev kravet opgjort til et tilsvarende beløb, kr. 3.341.250. Som rimeligt vederlag for ulovlig distribution af filmundertekster blev antallet af brugere tilsvarende opgjort til 2.673. Det blev anslået, at hver bruger downloadede 1 undertekst, hvilket blev beregnet til kr. 20,00 pr. undertekst, eller i alt kr. 53.460. Erstatning for yderligere skade i form af markedsforstyrrelser og kontrolomkostninger opgjordes til et tilsvarende beløb, kr. 53.460. Den samlede opgørelse udviste således kr. 6.789.420, hvilket beløb dog blev nedsat som ovenfor anført. Sagsøgte havde 2.673 brugere på sin hjemmeside og disse var tilsammen i besiddelse af 3.002 film. De pågældende brugere anvendte sagsøgtes hjemmeside til gensidigt at udveksle film. Sagsøger havde skønnet, at hver bruger gennemsnitligt havde downloaded 10 film. Der er her tale om væsentlige usikkerhedsmomenter, idet sagsøger ikke kan dokumentere, at samtlige brugere af hjemmesiden downloded film – eller i hvilket omfang, det er sket. Sagsøger opgjorde den gennemsnitlige salgspris for en dvd til kr. 125 inkl. moms. Vederlaget for udarbejdelse af undertekster blev skønsmæssigt fastsat til kr. 20 pr. undertekst. Erstatningskravene var skønsmæssigt fastsat til at være af samme størrelse som vederlagskravene. Sagsøgte gjorde gældende, at alene 80 brugere har været aktive på hjemmesiden og alene 171 har lagt lister med deres film ud på hjemmesiden. Sagsøgte påberåbte sig erstatningsansvarslovens § 24. Sagsøger gjorde her over for gældende, at der allerede var sket en betydelig nedsættelse af det reelle krav. Landsretten udtalte om vederlagskravet for filmkopieringen: »Ved fastsættelse af dette rimelige vederlag skal der tages udgangspunkt i, hvor mange film der er udvekslet gennem de kontakter, der er skabt gennem indstævntes hjemmeside. Der er imidlertid ikke, blot nogenlunde, præcise oplysninger om omfanget af den ulovlige udveksling af film. Omfanget må derfor fastsættes skønsmæssigt. Navnlig under hensyn til, at der var i alt 2.673 registrerede brugere på indstævntes hjemmeside, og på baggrund af antallet af de brugere, som lagde lister over film, som de var i besiddelse af, ud på indstævntes hjemmeside, finder landsretten som sagen er oplyst, at der skønsmæssigt kan antages, at 20 % af de registrerede brugere svarende til 535 personer har udvekslet ulovlige kopier. Under hensyn til omfanget af de lister over film, som de mest aktive brugere har lagt ud på indstævntes hjemmeside, finder landsretten endvidere, at det gennemsnitlige antal ulovlige udvekslinger af film kan anslås til 10 for hver af de 535 personer.« Landsretten lagde en gennemsnitspris på kr. 100 ekskl. moms pr. film til grund for opgørelsen af vederlaget. Prisfastsættelsen skete på baggrund af en skønsmæssig ansat salgspris under hensyntagen til, at filmen var i DivX-format samt, at vederlaget skulle opgøres på baggrund af dækningsbidraget, som så blev skønnet til at andrage kr. 70 pr. film. Vederlaget fastsattes således til kr. 374.500. Vedrørende erstatning for yderligere skade anførte landsretten, at der skulle betales erstatning for udgifter til kontrolforanstaltninger samt for markedsforstyrrelser. Landsretten anførte herom: »Et sådant tab må i sagens

natur fastsættes skønsmæssigt. Vurderingen må ske i lyset af, at krænkelsesformerne til stadighed kan ændre sig og kontrolforanstaltninger også derfor kan være bekostelige, ligesom markedsforstyrrelsen i den enkelte sag kan være vanskelig af gøre op. Hertil kommer behovet for, at opgørelsen sker efter principper, der er generelt anvendelige. Da udgifterne til kontrol og tabet som følge af markedsforstyrrelser efter en gennemsnitsbetragtning, som tidligere antaget i retspraksis, kan anses at svare til de økonomiske omfang af de krænkelser af appellantens rettigheder, indstævnte har medvirket til, findes den yderligere erstatning passende at kunne fastsættes til et beløb svarende til det rimelige vederlag, det vil sige kr. 374.500.« Vedrørende de ulovlige undertekster blev de samme beregninger lagt til grund, således at 535 personer havde foretaget ulovlig downloading af en undertekst hver. Vederlaget fastsattes skønsmæssigt til kr. 5 pr. film, eller i alt kr. 2.675. Erstatningsansvaret blev lempet for krænkeren i medfør af erstatningsansvarslovens § 24, således at der alene skulle ske betaling af kr. 200.000.[7]

Sagen er et eksempel på, at hverken sagsøger eller sagsøgte har løftet bevisbyrden for krænkelsernes omfang. Landsretten skal derfor skønne over antallet af krænkere. Det medfører, at det vederlagskrav landsretten accepterer ligger endog meget langt fra det oprindeligt opgjorte krav. Landsretten fastsætter ikke vederlagskravet ud fra en licensberegning men opgør dækningsbidraget på grundlag af gennemsnitsprisen på en dvd-film. Det må betegnes som usædvanligt, idet man reelt lægger det tabte dækningsbidrag til grund for beregningen af *vederlaget.* Interessant er det også, at landsretten lægger en skønsmæssig beregning af gennemsnitsprisen på en film til grund. Parterne skal derfor være meget opmærksomme på at dokumentere deres beregninger nøje – idet der i modsat fald vil blive anlagt en skønsmæssig betragtning. I den ovenfor refererede afgørelse, U2001.1572V, lægger retten rettighedshavernes beregninger til grund, idet disse fremstå som dokumenterede, hvorimod der også anlægges en skønsmæssig beregning i den svenske afgørelse, RH02:69, der omtales umiddelbart nedenfor.

Det interessante i afgørelsen er også bemærkningerne om erstatning for tab som følge af markedsforstyrrelser og kontrolforanstaltninger. Landsretten anfører naturligt, at tabet skal ansættes skønsmæssigt, men også at:

7. Vestre Landsret har den 13. maj 2004 i afgørelsen nr. B-2432-02 frifundet en formodet krænker, idet bevismaterialet ikke blev fundet tilstrækkeligt. Vedkommende var blevet dømt i byretten. Sagen drejede sig om ulovlig kopiering af musiknumre, computerspil og film. Der blev nedlagt påstand om et rimeligt vederlag for udnyttelsen, hvilket var opgjort med henvisning til afgørelsen U2001.1572V (deep links) som sagsøgernes gennemsnitlige nettoavance ved salg af de pågældende musiknumre, film og computerspil. Vederlaget var opgjort til kr. 19.740,00 og erstatning for markedsforstyrrelser samt andre tab var opgjort til et tilsvarende beløb, kr. 19.740,00. I byretten idømtes den formodede krænker en skønsmæssig fastsat erstatning på kr. 20.000.

»Hertil kommer behovet for, at opgørelsen sker efter principper, der er *generelt anvendelige*« (udh. her). Landsretten fremhæver således behovet for, at afgørelserne omkring erstatning for markedsforstyrrelser og kontrolforanstaltninger gøres mere gennemsigtige og standardiserede. Det bemærkelsesværdige er herefter, at erstatningen herfor udmåles til et beløb svarende til det rimelige vederlag. Landsretten henviser her til tidligere praksis, hvor udmålingen var sket efter tilsvarende metode.[8] Dette var også tilfældet i afgørelsen nævnt ovenfor, U2001.1572V. I U2001.1572V udmåltes erstatning for markedsforstyrrelser og godtgørelse for ikke-økonomisk skade (og altså ikke udgifter til kontrolforanstaltninger) til et beløb svarende til det rimelige vederlag.

Det er også tankevækkende, at landsretten i den ovenfor citerede afgørelse anfører, at kontrolforanstaltninger kan være bekostelige, da krænkelsesformerne til stadighed ændrer sig.

> I afgørelsen U2005.1019V anlægges et traditionelt vederlagssynspunkt. Sagen omhandler krænkelse af rettighederne til et boksestævne, da en restaurant havde fremvist stævnet på storskærm uden at betale den sædvanlige afgift på kr. 350,00 pr. seer. Der var nedlagt påstand om en erstatning på kr. 105.000. Det blev lagt til grund, at der var 150 gæster i restauranten, hvorfor vederlaget udgjorde kr. 52.200. Omkring erstatningen udtaler byretten lakonisk og uden yderligere begrundelse: »Sagsøgerens vederlag fastsættes derfor med udgangspunkt i 150 personer a 350 kr., eller 52.500 kr. Sagsøgeren har endvidere krav på erstatning efter § 83 stk. 1, mens der ikke findes grundlag for godtgørelse efter § 83, stk. 3. Erstatningen fastsættes skønsmæssigt, således at det beløb, sagsøgeren tillægges, samlet fastsættes til 75.000 kr. med renter som påstået.« Landsretten udtaler om erstatningen – også uden yderligere begrundelse: »Erstatningen og godtgørelsen efter ophavsretslovens § 83, stk. 1 og stk. 3, findes skønsmæssigt at burde forhøjes til 100.000 kr.«

Sagsøger havde dog under sagen gjort gældende, at det var bekosteligt internt i organisationen og føre kontrol med overtrædelser, hvorfor det var vigtigt at disse ikke blot sanktioneredes med betaling af den skyldige afgift, men at der herudover skulle betales et mærkbart tillæg. Retten kommenterer ikke dette, men har sandsynligvis tillagt disse forhold betydning.

> I afgørelsen U2005.1393/2V nedlagde en fællesorganisation påstand om betaling af et vederlag på kr. 400.000 for et kopicenters ulovlige kopiering af rettighedshaverens bogudgivelser, herunder for erhvervsmæssigt salg af flere end to eksemplarer til bestilleren samt salg til andre end bestilleren. Sagsøger havde ved en bevissik-

8. Denne praksis kan være utrykt.

ringsundersøgelse sikret 349 forskellige bøger, der var ulovligt kopieret. Det fremgår af sagsøgtes dækningsbidragssats er lagt til grund for beregningerne, men i øvrigt fremgår det ikke af referatet, hvorledes vederlaget fremkommer. Landsretten udtaler om vederlaget: »Det tiltrædes herefter, at appellanten skal betale vederlag til de indstævnte for den ulovlige udnyttelse. Vederlaget fastsættes skønsmæssigt på grundlag af oplysningerne om overtrædelsens omfang og professionelle karakter til 400.000 kr., som påstået af de indstævnte«.

3.1.1.1. Arkitekter og journalister

En del afgørelser på området omhandler krænkelse af arkitekters, journalisters og musikeres arbejde. Disse afgørelser afskiller sig fra de ovenfor refererede, idet det i større omfang er muligt at sætte en fast pris på det udnyttede arbejde, da dette typisk er knyttet til en form for takstmæssig udmåling.

Afgørelsen i FED1997.785V omhandlede færdiggørelse af et feriecenter. Sagsøger, en arkitekt, havde forestået projekteringen. Feriecentret blev overtaget på en tvangsauktion af et selskab, som gennemførte projektet uden større ændringer, men dog uden sagsøgers medvirken. Arkitekten havde alene modtaget et forskud på sit honorar. Arkitekten nedlagde under sagen påstand om betaling af kr. 1.082.160,62. Sagsøgeren havde betalt ingenørhonoraret på kr. 170.131,43. I licitationen var vederlaget fastsat til kr. 1.500.000. I sagsøgers erstatningsopgørelse påberåbtes de 1.500.000 kr. Med fradrag af allerede modtaget honorar og tillæg af moms fremkom det påstævnte beløb. Da alle dele af feriecentret, efter afholdelse af syn og skøn, ikke fandtes at krænke sagsøgers rettigheder, fordeltes det resterende beløb procentvis på de enkelte dele af projektet. Sagsøger blev tillagt kr. 300.000 inkl. moms., idet retten udtalte: »[…] at erstatningen modsvarer *vederlag* for arbejdet« (udh. her).

FED1999.502SH vedrørte forfatterrettigheder til en artikel udfærdiget af en lektor ved Landbohøjskolen i samarbejde med en producent af hundemad. Samarbejdet ophørte, men sagsøgeren havde, mod honorar fra sagsøgte, udarbejdet en artikel til et videnskabeligt tidsskrift. Sagsøger modtog ikke honorar fra tidsskriftet. Sagsøgte anvendte herefter artiklen i forbindelse med markedsføring af sit produkt. I forbindelse med denne markedsføring rekvirerede sagsøgte 26.000 særtryk af tidsskriftet mod betaling. I anledning af parternes samarbejdsophør blev der indgået et retsforlig, hvorefter sagsøger modtog kr. 25.000 fra sagsøgte. Sagsøgte påstod, at dette beløb udgjorde honorar for artiklen. Der blev under nærværende sag nedlagt påstand om betaling af kr. 100.000. Sagsøger gjorde gældende, at sagsøgte skulle betale erstatning efter § 83, stk. 1 eller 2 samt efter stk. 3. Sø- og Handelsretten anså også det ved retsforliget betalte beløb som honorar for artiklen. Retten fastsatte en skønsmæssig erstatning på kr. 25.000, jf. stk. 1.

FED1999.1734Ø[9] omhandlede krænkelse af en arkitekts rettigheder til nogle tegninger til brug for opførelsen af en svinestald. Sagsøger havde udført tegninger og projekteret opførelsen af to svinestalde for en gårdejer. Efter nogle år opdagede sagsøger, at en anden gårdejer havde opført tilsvarende stalde i nøje overensstemmelse med sagsøgers tegninger. Sagsøger nedlagde påstand om betaling af kr. 280.000. Sagsøger havde opgjort sit krav i henhold til § 83, stk. 1 som takstmæssigt arkitekthonorar udgørende 10 % af byggeomkostningerne svarende til kr. 140.000 samt et tilsvarende beløb i erstatning efter stk. 3. Sagsøger oplyste under sagen, at hans sædvanlige honorar for projekter tilsvarende dette udgjorde mellem kr. 25.000 og 56.000. Syns- og skønsmanden udtalte, at honoraret ved staldbyggeri sædvanligvis udgjorde mellem 2 og 6 % af byggesummen. Denne var oplyst til kr. 1,4 mio. Erstatningen fastsattes på baggrund af arkitektens forklaring om de sædvanligt oppebårne honorarer, skønsmandens forklaring og forklaringerne omkring den anslåede byggesum til kr. 40.000. Dette beløb udgjorde således knap 3 % af byggeomkostningerne og tilkendtes sikkert fordi, arkitekten reelt ikke havde deltaget under byggeriet.

U1999.1462Ø drejede sig om brud på citatretten ved en artikel trykt i et ugeblad, der stort set alene bestod af citater fra en bog. Der blev nedlagt påstand om erstatning på kr. 50.000. Sagsøgeren oplyste, at *havde* sagsøgte bedt om tilladelse til at trykke artiklen, ville man have krævet et honorar på kr. 50.000. Sagsøger gjorde derfor gældende, at beløbet var et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Landsretten udtalte: »[…] da betingelserne i ophavsretslovens § 83, stk. 1, jf. § 76, stk. 1, nr. 1, for at pålægge de sagsøgte at svare et vederlag for udnyttelsen findes opfyldte, samt da vederlaget efter de foreliggende omstændigheder findes rimeligt, tages sagsøgerens påstand herom til følge«.

U2001.2594Ø drejede sig om en arkitekts tegninger til et typehus, som en bygherre havde kopieret og anvendt som grundlag for opførelse af et enfamilieshus. Der blev under sagen nedlagt påstand om betaling af kr. 60.000 i erstatning. Sagsøger havde fremlagt en revisorerklæring, hvoraf fremgik, at hans realiserede dækningsbidrag ved opførelse af huset i henhold til de originale tegninger udgjorde kr. 121.572. Sagsøger gjorde gældende, at han var berettiget til et rimeligt vederlag, yderligere erstatning samt erstatning i medfør af § 83, stk. 3. Sagsøger oplyste endvidere, at den nedlagte påstand var anlagt under hensyntagen til de sparede omkostninger til tilsyn m.v., hvorfor der ikke kunne tilkomme ham fuldt dækningsbidrag. Landsretten tog den nedlagte påstand til følge og henviste i sine præmisser til det oplyste om sagsøgerens dækningsbidrag på et tilsvarende hus.

Også sagen i U2002.1645Ø omhandlede krænkelse af en arkitekts rettigheder. Sagen drejede sig om opførelse af et kontorbyggeri (Lollikhus), som en arkitekt havde teg-

9. Ovenfor i kapitel 4, afsnit 3.3. omtales forholdene omkring erstatningssubjekterne i afgørelsen.

net. Bygningen blev imidlertid ikke opført før nogle år senere. Det skete til dels på baggrund af arkitektens tegninger, som en anden arkitekt havde omarbejdet. Sagsøger havde taget forbehold for sin ophavsret til tegningerne. Sagsøger nedlagde påstand om betaling af kr. 2.970.000 til trods for, at der i det tidligere projekt var aftalt et honorar på kr. 950.000, hvilket sagsøger ikke følte sig bundet af i denne sag. Syns- og skønsmanden beregnede det sædvanlige arkitekthonorar ud fra byggeudgiften til at være 2.070.000. Dette honorar dækkede ikke kun over selve tegne- og beregningsarbejdet, men også arkitektens indsats i projekteringsfasen. Sagsøger havde beregnet sit honorar ud fra de »Praktiserende Arkitekters Råds« vejledende takster til kr. 2.470.000. Der blev hertil lagt kr. 500.000 som erstatning for tabt goodwill. Sagsøgeren gjorde i sin mundtlige replik under domsforhandlingen endvidere gældende, at han også havde krav på et rimeligt vederlag i medfør af ophavsretslovens § 83, stk. 1. Landsretten gav ikke tilladelse til, at dette anbringende blev fremsat, og afsagde derfor dom efter de almindelige regler om erstatning. Landsretten traf afgørelse om, at der tilkom sagsøger en erstatning på kr. 400.000 henset til den indgåede aftale om honorar samt, at sagsøgeren i et vist skønsmæssigt omfang havde draget fordele af sparede omkostninger. Landsretten traf således alene afgørelse ud fra de fremkomne oplysninger om en indgået honoraraftale, og fik her ingen mulighed for af tage stilling til et vederlagskrav.

Som det fremgår af de citerede afgørelser, adskiller sager om krænkelse af arkitekter og journalisters værker sig fra andre sager om ophavsretlige krænkelser. I denne type sager nedlægges påstanden ofte som et mistet vederlag, dvs. som en påstand om, hvad den pågældende *ville* blive honoreret med, såfremt arbejdet havde været bestilt hos den pågældende. I afgørelserne U1999.1462Ø og U2001.2594Ø tilsvarer det idømte beløb den nedlagte påstand. Vederlagssynspunktet imødekommes således. Endvidere skønnes bevisbyrden for, at det påståede tab er lidt, at være løftet. I U2001.2594Ø blev der fremlagt en revisorerklæring udvisende dækningsbidraget for opførelse af et tilsvarende hus. Erstatningspåstanden udgjorde halvdelen af dette beløb givet på grund af sparede udgifter til tilsyn, projektering mv. I U1999.1462Ø udtalte sagsøger, at honoraret for at trykke en artikel af den pågældende art ville være kr. 50.000. Retten lagde dette til grund som rimeligt og afsagde dom i overensstemmelse med den nedlagte påstand.

I de øvrige citerede afgørelser bliver der ikke givet dom i overensstemmelse med den nedlagte påstand. Dette skyldes primært aftalemæssige forhold. (FED1997.785V – hvor der dog blev givet en forholdsmæssig nedsat erstatning – FED1999.502SH og U2002.1645Ø).

I medfør af samtlige afgørelser kan det dog konstateres, at i det omfang et sædvanligt eller aftalt honorar for den pågældende ydelse oplyses og

sandsynliggøres, bliver der som hovedregel afsagt dom i overensstemmelse hermed. Såfremt ophavsmanden har haft sparede udgifter, bliver disse fratrukket. Dette ses særligt i sagerne om arkitekthonorarer, hvor arkitekten sparer arbejdskraft og udgifter forbundet med tilsyn m.v.

I de her citerede afgørelser blev der alene i FED1999.502V samt i U2001.2594Ø nedlagt påstand om erstatning i medfør af § 83, stk. 3. I FED1999.502V anførte landsretten, at der pga. karakteren og udstrækningen af parternes tidligere samarbejde ikke var grundlag for erstatning i medfør af bestemmelsen. I afgørelsen U2001.2594Ø blev bestemmelsen også gjort gældende, hvilket ikke gav anledning til kommentarer fra landsretten. Landsretten tager blot den nedlagte påstand til følge *dog* under henvisning til de fremkomne oplysninger om dækningsbidraget.

Det kan således ikke klart udledes, om domstolene i denne type sager generelt ikke indrømmer erstatning i medfør af § 83, stk. 3. På området for de mere personlige rettigheder som krænkelse af tegninger og litteratur, der må siges at have kobling til de ideelle rettigheder, ville det være naturligt at tillægge erstatning i medfør af ophavsretslovens § 83, stk. 3.

3.1.2. Droit Moral

Efter vederlagsreglen blev indsat i ophavsretsloven, er det blevet muligt at tilkende et rimeligt vederlag for krænkelse af ophavsmandens droit moral, jf. ophavsretslovens § 3. Dette følger af § 83, stk. 1, jf. § 76, stk. 1, nr. 1.

Et eksempel ses i afgørelsen U2000.2359Ø. Sagen drejede sig om anvendelse af Jacob Gades komposition »Tango Jalousie« i et reklamespot for en seerklub i tv. Der blev under sagen nedlagt påstand om betaling af kr. 10.000 i erstatning for krænkelsen. Sagsøgeren gjorde med hjemmel i ophavsretslovens § 83 gældende, at det påstævnte beløb er et rimeligt vederlag for den skete anvendelse. Landsretten stadfæstede byrettens afgørelse om erstatning. Retten lagde en vidneforklaring til grund, hvorefter tilladelse til brug ville være blevet givet mod betaling af kr. 10.000. Retten udtalte, at dette beløb ikke kan anses for at være et *urimeligt vederlag for udnyttelsen* [udh. her]. Der blev ikke under sagen påstået erstatning for ikke-økonomisk skade efter § 83, stk. 3.

Fra svensk retspraksis kan nævnes afgørelsen i NJA 1996 p. 354, der omhandlede annonceringer i svensk TV, hvorved ophavsmændene til musikken ikke blev nævnt. STV kom til at betale erstatning for krænkelsen i medfør af reglen om droit moral. Erstatningen blev udmålt efter det sædvanlige *vederlag for brug af musik* [udh. her]. HD udtalte, at retsudviklingen var gået i retning af en stærk beskyttelse for rettighedshaverne.

Selvom det empiriske materiale ikke er overvældende, vil vederlaget i tilfælde af droit moral-krænkelser højst sandsynligt, og med støtte i de to anførte afgørelser, blive udmålt på linje med vederlaget for krænkelse af arkitekter og journalister, det vil sige til det sædvanlige vederlag for udnyttelsen af den pågældende beskyttede frembringelse.

3.1.3. Licenssynspunkter

Ved ændring af bestemmelsen i § 83 om erstatning til også at omfatte et rimeligt vederlag, blev licensbetragtningerne fremhævet som det primære udmålingsparameter. Det fremgår af forarbejderne, at udtrykket rimeligt vederlag skal fastsættes som: »[…] det vederlag eller honorar som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt den pågældende udnyttelse var sket retmæssigt, dvs. efter aftale med rettighedshaveren.«[10] I den fællesnordiske betænkning, er også anført at beregningen skal støttes på licensbetragtninger. Dette fremgår på p. 336: »Genom att utgå från att skadan modsvarer ersättning för skälig licensavgift undvikles många av de svårligheter som är förbundna med övriga beräkningsmetoder […].«

Som det også følger af ovennævnte domsreferater, har domstolene endnu ikke eksplicit udmålt det rimelige vederlag på grundlag af licensbetragtninger. Licensbetragtninger gøres hyppigt gældende af sagens parter. Det fremgår imidlertid ikke direkte af afgørelsernes præmisser, hvorledes domstolene vægter disse anbringender. Olaf Eskildsen anfører, at licensbetragtningerne slet ikke tages i betragtning af domstolene.[11] Helt så kategorisk kan dette nok ikke udtrykkes. I afgørelserne U1998.946SH (WWF), jf. umiddelbart nedenfor og U1999.158SH (Eva Trio) tillægges licensbetragtningerne med stor sandsynlighed betydning, om end det ikke kommer til udtryk i præmisserne.

Det må dog under alle omstændigheder konstateres, at licensbetragtningerne har svært ved at trænge igennem hos domstolene. Det fremstår som om, der i stort omfang lægges vægt på det lidte og dokumenterede tab, idet vederlaget i flere af de ovenfor refererede afgørelser reelt udmåles som afsætningstabet. Domstolene har således ikke fuld ud appliceret bestemmelserne om det rimelige vederlag.

Dog påkalder enkelte afgørelser på området sig særlig interesse, da domstolene – på en lidt anden baggrund – i disse fremkommer med nogle *betragtninger* omkring licenser.

10. Jf. FT 1994-1995, Tillæg A, p. 1409.
11. Jf. også *Olaf Eskildsen*: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR2000.116.

Den første afgørelse er U1989.1016/2H. Sagen drejede sig om ophavsret til en Bistrokaffekande. Sagen drejede sig også om producentens forpligtelse til at betale licens. Bistrokaffekanden blev designet af to designere, og produktionsrettighederne blev overdraget til en producent mod betaling af en licensafgift på 5 % af produktionsprisen. Det var alene udnyttelsesretten, der blev overdraget, jf. kontrakten. Ophavsrettighederne blev hos designerne. Indtægterne ved licensafgiften blev fordelt mellem de to designere. Efter samarbejdet mellem dem var ophørt, udviklede den ene designer flere kander på basis af Bistrokanden. Der blev ikke afregnet licens af disse kander til sagsøger (den »udtrådte« designer). Der blev under sagen nedlagt påstand om betaling af licensafgiften på 2,5 % af salget af de yderligere kander opgjort til kr. 639.739 samt licens på 2,5 % af produktionsprisen for salg til Schweiz. Der var mellem parterne enighed om selve den beløbsmæssige opgørelse og Højesteret tog begge sagsøgers påstande til følge.

I sagen U1998.1435Ø havde et ugeblad anvendt navnet på et dansk orkester »Bamses Venner« som blikfang for et spil »Oddset«. Sagsøgeren nedlagde påstand om betaling af erstatning på kr. 50.000. Det blev oplyst, at det sædvanlige honorar for at spille på stadion udgjorde kr. 75.000. Sagsøgeren gjorde gældende, at erstatning burde tage udgangspunkt i den reklameværdi, det ville have givet sagsøgte at engagere sagsøgeren. Endvidere oplyste sagsøgeren, at han alene én gang havde medvirket i en fotoreklame, og da mod betaling af kr. 100.000. Retten fastsatte en erstatning på kr. 15.000 under hensyntagen til sagsøgerens oplysning om tidligere modtagne beløb samt den begrænsede brug i denne situation, idet sagsøgte alene havde til hensigt at anvende ordet »Bamses Venner« i et ordspil.

U1999.326Ø[12] er et andet eksempel på inddragelse af licensbetragtninger i en afgørelse. Sagen drejede sig om en eneanpartshaver, der solgte piratkopierede edb-programmer uden licens. Der blev under sagen nedlagt påstand om erstatning på kr. 1. mio., dog således at erstatningsbeløbet var blevet nedsat af procesøkonomiske årsager. Sagsøgeren havde baseret sit afsætningstab på den gældende licensafgift på hhv. 52 og 29 USD for de to programmer. Endvidere var der nedlagt påstand om erstatning for markedsforstyrrelse samt interne tab. Tabet fremstod således som i alt kr. 2.362.812. Landsretten udtalte, at: »Under hensyn til antallet af programpakker og det oplyste om sagsøgernes licensaftaler, finder landsretten det godtgjort, at sagsøgeren mindst har lidt et tab på 1 mio. kr.«

Afgørelsen U1998.946SH[13] omhandler en varemærkekrænkelse af WWF's pandamærke. Der var nedlagt påstand om betaling af kr. 200.000. Sagsøger havde under

12. Om sagen se ovenfor kapitel 4, afsnit 8.2.
13. Nærmere om afgørelsen ovenfor kapitel 4, afsnit 7.1.4. og 8.1.2.

sagen oplyst, at man tidligere havde givet licens til anvendelse af mærket mod en 10 % afgift. Man indgik ca. 4-5 licensaftaler om året og ikke til en værdi på under kr. 100.000. WWF gjorde gældende at have haft interne tab på krænkelsen samt tab som følger af markedsforstyrrelser, selvom dette vanskeligt kunne dokumenteres. Retten fandt det ej heller bevidst, at der forelå hverken interne tab eller markedsforstyrrelser, men tillagde desuagtet et rimeligt vederlag for udnyttelsen og udtalte i den anledning: »Ved fastsættelsen af det beløb […] må retten gå ud fra, at en licens til [krænkeren] ikke ville blive givet uden i det mindste betaling af kr. 100.000.« Sagsøger fik således fuldt ud medhold i den nedlagte påstand.

De refererede domme antyder, at der *kan* ske inddragelse af licensbetragtninger i sager om ophavsretlige krænkelser, selvom der endnu ikke foreligger klar trykt retspraksis herom.

Det ses af to afgørelser (U1998.946SH og U1998.1434SH), at retten lægger vægt på synspunktet om, hvad en licensaftale *kunne* have indbragt den krænkede part. Det kan drøftes, hvorvidt den tillagte erstatning rækker ud over, hvad der ville blive givet i erstatning, såfremt vederlagsreglen var blevet anvendt i overensstemmelse med praksis som redegjort for ovenfor i afsnit 3.1.2.[14] Der sker ikke en beregning af, hvilket vederlag den krænkende part *kunne* have tilkommet i den *pågældende* situation, men det lægges til grund, hvad ophavsmanden har fået i licens i *andre* situationer.

En måde, hvorpå det rimelige vederlag fastlægges, er naturligvis at tage højde for, hvad rettighedshaveren kunne have opnået i licens i andre situationer. Dette kræver imidlertid, at situationerne er sammenlignelige. Særligt hvis licensberegningerne ikke sker ud fra en bestemt procentsats pr. solgt genstand eller som en bestemt procentsats af licenstagerens samlede omsætning, men som ét samlet beløb. I afgørelsen U1998.946SH forelå en anvendelse af rettighedshaverens varemærke på 5.000 papirsposer i to forretninger i Danmark. I sagen oplyser rettighedshaveren, at man aldrig giver en licens på under kr. 100.000, og tidligere f.eks. har givet licenser for det samme beløb til en tøjproducent, der markedsfører sit produkt i hele den vestlige verden. Tilsvarende synspunkter kan anlægges i afgørelsen U1998.1435Ø, hvor rettighedshaverens navn var anvendt i et ordspil i et blad, der udkommer i et meget begrænset oplag. Her beregnes vederlaget, dog forholdsmæssigt, men alligevel ud fra det vederlag rettighedshaveren har modtaget for at medvirke i en landsdækkende fotoreklame.

Overensstemmende hermed er for så vidt afgørelsen U1999.326Ø, hvor erstatningsberegningen foretages ud fra de licenser, der betales for pro-

14. Jf. også *Olaf Eskildsen*: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR 2000.116, her p. 119.

grammerne i USA – altså den hypotetiske indtjening for de originale programmer. Der beregnes ikke et vederlag for udnyttelsen af de kopierede programmer. Betragtningen vanskeliggøres dog af, at påstanden er nedsat. Ikke desto mindre udtaler retten, at sagsøger har lidt et tab på *mindst* 1 mio. kr.

I afgørelsen U1998.1435Ø udtaler retten i præmisserne, at erstatningen er udmålt under hensyntagen til sagsøgers oplysninger om tidligere modtagne beløb for medvirken i reklamevirksomhed. Afgørelsen U1989.1010/2H tillægges sagsøger, den »udtrådte designer«, fuld licensafgift af de kander, den tilbageblevne havde markedsført – godt nok på basis af den oprindelige, men sagsøger havde intet arbejde foretaget i forbindelsen med tilblivelsen af disse kander.

Ovennævnte betragtninger antyder, at der eventuelt kunne foreligge betaling af *overlicens* i de pågældende sager. Det synes i et vist omfang at være tilfældet. I samtlige sager forekommer det idømte beløb at være i den høje ende – måske i overkanten – af det rimelige vederlag, som dette skal opgøres i henhold til teorien. Emnet forfølges nærmere nedenfor i afsnit 3.4.

3.1.4. Delkonklusion

Det kan på dette sted konkluderes, at i de afgørelser, hvor reglerne om rimeligt vederlag i kombination med erstatning for yderligere skade påberåbes, imødekommes sagsøgerens påstande i vidt omfang. Dommene, der er refereret i afsnit 3.1.1., udgør samtlige trykte afgørelser på området, herunder er der medtaget enkelte utrykte afgørelser. Der skal dog gøres opmærksom på, at påstanden i såvel U1998.941SH og U2001.1572V er blevet nedsat. I den første afgørelse af skønsmæssige årsager og i den efterfølgende af procesøkonomiske årsager. Det kan derfor være vanskeligt at drage sikre konklusioner ud fra disse afgørelser. Det empiriske materiale er således ikke særlig omfattende, og fremtidige afgørelser vil vise, hvorvidt den retning, retspraksis p.t. peger, vil blive fulgt.

Det kan dog også konstateres, at retten ikke umiddelbart tager licenssynspunkter i betragtning ved udmåling af vederlaget – i hvert fald gøres der ikke rede for rettens synspunkter, hvis det skulle være tilfældet. Sandsynligvis har domstolene i et eller andet omfang alligevel har taget anbringender herom i agt, i hvert fald i afgørelserne U1998.946SH og U1999.158SH.

Desuagtet fremstår retspraksis som om, at domstolene har vanskeligt ved at anvende vederlagsbestemmelsen efter sit teoretiske indhold og formål og primært lægger tabsbetragtninger til grund for erstatningsudmålingerne. Domstolene tager ikke i betragtning, at det rimelige vederlag skal tilkendes uden hensyntagen til det lidte tab. Derfor bør ophavsmandens dækning-

bidrag, hvilket lægges til grund i flere afgørelser, som udgangspunkt ikke spille nogen rolle. Beregningerne skal ske på basis af, hvad en licensaftale ville have kunnet generere til rettighedshaveren.

Der påhviler dog også de procederende parter en grundlæggende forpligtelse til i det mindste at sandsynliggøre de licensafgifter og beregninger, der påberåbes. Det fremgår ikke af referaterne, i hvilket omfang dokumentation for den anvendte licensberegning har været fremlagt. Det må dog anses for sandsynligt at de nedlagte påstande er underbygget i et vist omfang.

Drejer krænkelsessagen sig om værker, for hvilke der forholdsvist enkelt kan sættes en pris, dvs. arkitekttegninger og journalisters artikler, anvender domstolene det rimelige vederlag. Vederlaget fastsættes, som det vederlag de pågældende *kunne* have opnået, såfremt der ikke havde foreligget en krænkelse. Denne retstilstand stemmer i øvrigt ganske overens med retstilstanden før lovændringen, hvor der i denne type sager også blev givet erstatning på grundlag af det sædvanlige honorar. Dette kan ses i afgørelserne U1976.245Ø, U1979.685Ø, U1984.201Ø og U1985.257Ø.

Det giver dog anledning til undren, at ophavsmændene i disse sager ikke tillægges erstatning efter bestemmelsen i § 83, stk. 3 om krænkelse af ikke-økonomiske rettigheder. En sådan erstatning er under alle omstændigheder afhængig af, at der nedlægges påstand herom, men også at der er sandsynliggjort tilstedeværelsen af en ikke-økonomisk skade.[15] For netop krænkelser af denne sagstype bør naturligt falde ind bestemmelsens anvendelsesområde.

Af afsnittet følger også, at der kan tillægges et rimeligt vederlag for krænkelse af ophavsmandens droit moral. Vederlagsreglen betyder således i nogle situationer, at bevis-byrden for det lidte tab lettes, idet den kan fastsættes til det sædvanlige honorar for ydelsen eller for anvendelse af ydelsen. Dette fremgår af afgørelsen U2000.2359Ø.

Vederlagsbestemmelsen spiller sammen med bestemmelsen om erstatning for andre tab. Det kan konstateres, at påberåbes vederlagsreglen, sker det ofte i kombination med erstatning for markedsforstyrrelser og øvrige tab.

Nedlægges påstand om erstatning for afsætningstab, nedlægges ikke altid også påstand om et rimeligt vederlag. Det skyldes, at vederlagskravet typisk vil kunne rummes indenfor rammerne af afsætningstabet. Derfor behandles sager, hvor der er nedlagt påstand om erstatning for afsætningstab typisk efter de almindelige regler om erstatning.

I afgørelsen U2005.60V, refereret ovenfor under punkt 3.1.1., anlægger retten det synspunkt, at erstatningen for netop markedsforstyrrelser og kon-

15. Nærmere herom nedenfor afsnit 5.

trolforanstaltninger skal ske efter principper, der er *generelt anvendelige*. Endvidere anføres, at udgifter til kontrolforanstaltninger samt erstatning for markedsforstyrrelser kan være vanskelige at opgøre. Erstatningen for yderligere skade fastsættes således til det samme beløb som det rimelige vederlag. Det oplyses, at dette er i tråd med tidligere afgørelser på området.[16] Det kan på baggrund af afgørelsen konkluderes, at, i det omfang sagsøger kan dokumentere udgifter til kontrolforanstaltninger, der ikke er bagatelagtige, og mindst sandsynliggøre et tab som følge af markedsforstyrrelser,[17] vil landsretten opgøre erstatning for disse tab til et beløb svarende til det rimelige vederlag. Præmisser af en sådan klarhed har tidligere været savnet på området, og denne afgørelse kan forhåbentlig medvirke til en mere gennemsigtig retsstilling.

Højesteret udtaler i præmisserne til afgørelsen U2001.747H (Tripp-Trapp) at såfremt retten tilkender erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelser, er der ikke grundlag for *herudover* at tilkende et vederlag for udnyttelsen af ophavsretten. Afgørelsen er ikke refereret i dette afsnit.[18] Med udtalelsen må Højesteret mene, at såfremt de almindelige erstatningsretlige regler giver erstatning for sagsøgers fulde tab, gives der ikke yderligere vederlag for anvendelsen. Læses bestemmelsens ordlyd og forarbejder, turde dette være indlysende, bortset fra at der opereres med en anden rækkefølge af vurderingen. Nemlig denne, at i det omfang *yderligere* skade er lidt – altså ud over tilkendelsen af vederlaget for udnyttelsen – *da* kan sådan tilkendes inden for rammerne af ophavsmandens tab. Endvidere er det tankevækkende, at sagsøger i Tripp Trapp-sagen end ikke havde nedlagt påstand om vederlag, men alene om erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Højesterets udtalelse i sagen bringer således mere forvirring end afklaring og skal nok ses i lyset af reglens – på daværende tidspunkt – forholdsvis korte historie.

3.2. Retspraksis med hjemmel i de øvrige eneretslove

Som tidligere beskrevet har bestemmelsen om et rimeligt vederlag for udnyttelsen eksisteret i de øvrige eneretslove (varemærkeloven og patent-

16. Den praksis, der henvises til, kan for så vidt være utrykt. I afgørelsen U1997.1546V, der er afsagt efter markedsføringslovens bestemmelser, sker udmåling af erstatning for markedsforstyrrelser og udgifter til kontrolforanstaltninger til et beløb svarende til det *lidte tab*. I U2001.1572V fastsættes erstatning for markedsforstyrrelser og *ikke-økonomisk skade* som beløb svarende til det rimelige vederlag. Mere om U1997.154V kapitel 7, afsnit 4.
17. Om erstatning for markedsforstyrrelser se ovenfor kapitel 4 afsnit 8.1.2. og om retspraksis i relation hertil, se nedenfor kapitel 7, afsnit 3.
18. Se om afgørelsen nedenfor afsnit 5.

loven) i en noget længere periode end i ophavsretsloven. Analysen, for så vidt angår retspraksis i henhold til de øvrige eneretslove, er således ikke principielt begrænset til afgørelser fra senere end 1995. Analysen er derimod begrænset til primært at angå krænkelser af varemærkerettigheder, hvor der de senere år er afsagt ganske mange interessante afgørelser. Problemstillingerne har ikke umiddelbart foreligget til påkendelse i nyere trykt praksis på baggrund af patentlovgivningen.[19] Dette skyldes primært, at de patentretlige sager ofte løses ved voldgift, hvor der er mulighed for medvirken af sagkyndige dommere. Der foreligger heller ikke trykt retspraksis om denne problemstilling i medfør af brugsmodellovgivningen eller den nye designlovgivning.

Alene nyere varemærkeretlige afgørelser er medtaget, idet en analyse af de ældre afgørelser på området synes for omfattende henset til formålet. Gennemgangen af retspraksis er ikke udtømmende, idet alene afgørelser, der kan tjene som illustration af vederlagsproblematikken, er medtaget.

U1994.147/2SH drejede sig om et yngre registreret varemærke for tændstikker, der var i strid med at ældre registreret varemærke. Sagsøger nedlagte en uspecificeret påstand om et rimeligt vederlag og yderligere erstatning og oplyste, at tabet ikke kunne opgøres nøjere. Det blev dog under domsforhandlingen oplyst, at sagsøgers omsætningsnedgang var betydelig og på ca. 1,8 mio. kr. årligt. Det oplystes også, at omsætningen på markedet for tændstikker var generelt faldende med 6-10 % årligt. Sø- og Handelsretten udtalte, at sagsøger havde krav på et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade, som retten lagde til grund, at krænkelsen utvivlsomt havde medført. Der tilkendtes et skønsmæssigt ansat beløb på kr. 100.000, der dækkede såvel vederlag som erstatning for yderligere skade.

Afgørelsen tjener som et klassisk eksempel på, at såfremt sagsøger ønsker sit erstatningskrav imødekommet i større omfang end tilfældet her, skal erstatningspåstanden yderligere underbygges og dokumenteres. Sagsøger kunne i denne sag have gjort licenssynspunkter gældende, herunder søgt disse dokumenteret. Da dette ikke skete, og da det vigtigste formål for sagsøger sikkert var at få krænkelsen bragt til ophør, måtte sagsøger således nøjes med en yderst skønsmæssig fastsat erstatning.

I en utrykt Sø- og Handelsretsdom, nr. V 17/95 afsagt den 11. januar 1995, blev rettighederne til et badeværelsesudstyr udsat for krænkelse af en byggemarkedskæde.

19. I afgørelsen U1961.731H blev der givet erstatning for patentkrænkelse af en løfte- og sænkeindretning til brug for landbrugsmaskiner. Domme er afsagt før lovændringen i 1961, hvor bestemmelsen om rimeligt vederlag blev indsat i patentloven.

Der blev nedlagt påstand om betaling af kr. 210.000 i erstatning for krænkelse af sagsøgers varemærke til et udpræget kvalitetsprodukt. Rettighedshaveren gjorde under sagen gældende, at det var en skærpende omstændighed, at krænkeren kunne have standset to planlagte reklamekampagner. Sagsøger opgjorde sit krav som en »afgift« fastsat som kr. 0,05 for eksemplar af den første tilbudsavis og kr. 0,10 af den anden tilbudsavis. Beløbet blev angivet at dække såvel vederlag for udnyttelsen som yderligere erstatning. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt af Sø- og Handelsretten til kr. 150.000, idet retten lagde vægt på reklameavisens oplag. Beløbet tilkendtes primært som et rimeligt vederlag samt som erstatning for markedsforstyrrelser. Retten udtalte, at afsætningstabet måtte have været meget begrænset – angiveligt som følge af salg til forskelligt kundesegment og ad forskellige salgskanaler.

Denne afgørelse er et eksempel på at retten i praksis anvender vederlagsbestemmelsen korrekt og idømmer vederlag og erstatning for markedsforstyrrelser uafhængigt af, om rettighedshaveren har lidt et tab. Udtalelsen om det begrænsede afsætningstab og årsagerne hertil forekommer overflødige, men støtter for så vidt antagelsen om, at det er vanskeligt for retten at bortse fra tabsbetragtninger ved tilkendelse af det rimelige vederlag.

Afgørelsen U1998.299SH omhandlede rettighederne til et selskabsnavn. Der forelå en krænkelse og sagsøger nedlagte påstand om betaling af kr. 100.000 som vederlag for anvendelsen. Der blev ikke nedlagt påstand om yderligere erstatning. Retten fastsatte vederlaget for udnyttelsen til skønsmæssigt at andrage kr. 25.000, uden yderligere bemærkninger end at der forelå en uagtsom krænkelse.

I denne sag fremstår erstatningskravet udokumenteret. Det er oplyst, at de to parter i sagen var i en konkurrencesituation på visse områder af deres ydelser, men ikke, at dette havde medført omsætningsnedgang hos sagsøgeren. Derfor havde sagsøger alene nedlagt påstand om betaling af et vederlag for den uberettigede brug af sagsøgers varemærke (firmanavn). Det fremgår ikke, hvorfor retten nedsætter kravet fra kr. 100.000 til kr. 25.000, men det må antages, at sagsøger ikke på dette punkt har understøttet sin påstand om betaling af kr. 100.000 i vederlag tilstrækkeligt.

I sagen U2000.1838SH anvendte den krænkende part en betegnelse for sine møbler, der stred mod et registreret varemærke »ALCANTARA«.[20] Sagsøgte modtog en henvendelse om den retsstridige anvendelse af sagsøgers varemærke, men valgte desuagtet at distribuere en tilbudsavis, der anvendte varemærket. Sagsøger nedlagde

20. Se også om afgørelsen ovenfor kapitel 4, afsnit 4.1.2.

under denne sag påstand om betaling af kr. 500.000 for udnyttelse af varemærket samt for markedsforstyrrelser. Sagsøger gjorde gældende, at da sagsøgte havde anvendt varemærket i ond tro, burde dette afspejles i erstatningsudmålingen, så det sikredes, at en sådan adfærd ikke kunne betale sig. Sagsøger erkendte, at et tab i form af mindre salg ikke kunne godtgøres, men at man måtte gå ud fra, at der var en betydelig markedsforstyrrelse, som sagsøger var nødsaget til at imødegå i sin markedsføring. Sagsøger gjorde endvidere gældende, at den nedlagte påstand var rimelig under hensyntagen til krænkelsens grovhed, og at der skulle tages hensyn til det meget betydelige antal brochurer, der var distribueret (600.000). Under sagen blev der fremlagt dokumentation for, at markedet for sagsøgers produkt var stærkt stigende, og at produktet blev markedsført som et høj-kvalitetsprodukt. Det fremgik også af sagen, at sagsøgte havde reklameret i TV ved brug af varemærket. Sagsøgte oplyste, at man alene havde solgt 20 sæt af møblerne, for hvilke man havde anvendt det omstridte varemærke. Vederlaget skulle derfor opgøres på baggrund af licensbetragtninger, således at licensen skulle beregnes som 5 % af møblernes salgspris på kr. 6.000. Retten lagde til grund, at en krænkelse i en vis periode var sket forsætligt. Sagsøgeren havde således krav på rimeligt vederlag og erstatning, jf. varemærkelovens § 43, stk. 1. Sagsøgeren blev endvidere tillagt et vederlag for krænkelsen i TV-reklamerne i medfør af § 43, stk. 2 (god tro). Erstatningen udgjorde kr. 100.000 uden yderligere bemærkninger om beløbets fastsættelse i øvrigt.

Afgørelsen U2002.612SH vedrørte en varemærkekrænkelse af den amerikanske øl »Budweiser«. Sagsøger nedlagde en påstand om betaling af et rimeligt vederlag samt erstatning for markedsforstyrrelser. Sagsøger oplyste, at sagsøgte havde solgt 1.500 kasser øl til en detailpris af kr. 160,00, hvilket gav en samlet omsætning på kr. 240.000. Den samlede påstand udgjorde kr. 500.000. Retten udtalte, at den uberettigede anvendelse af varemærket: » […] ikke kan antages at have ført til en markedsfortrængning til skade for [rettighedshaveren].« Retten tillagde sagsøger kr. 200.000 i samlet erstatning for markedsforstyrrelser og vederlag for anvendelse af varemærket.

De ovennævnte afgørelser viser, at retten ansætter erstatningerne skønsmæssigt og i U1998.299SH og U2000.1838SH til 20-25 % af den nedlagte påstand. Retten fremkommer ikke med retningslinjer for det anvendte skøn eller årsagen til erstatningsnedsættelsen, ligesom det ikke fremgår, hvorledes netop det idømte erstatningsbeløb fremkommer.

I U2002.612SH nedsættes påstanden ligeledes og der redegøres ikke for, hvorledes erstatningen fremkommer. Dog statuerer retten, at der ikke antages at foreligge et afsætningstab. Sagsøger havde ikke gjort erstatning for afsætningstab gældende, men alene påstået sig tillagt et vederlag for den uberettigede anvendelse af varemærket samt erstatning for markedsforstyrrelser.

Der er ikke i nogle af sagerne dokumenteret afsætningstab eller lignende, hvilket *eventuelt* begrunder størrelsen af de idømte erstatningsbeløb. I U2002.612SH anføres det direkte i præmisserne, hvilket også er tilfældet – dog uden konsekvenser for vederlaget – i V17/95 af 11. januar 1995 SH.

Retstilstanden fremstår i praksis således overvejende som om, at tabsdokumentationen er afgørende for erstatningsudmålingen – selv når der skal udmåles et rimeligt vederlag. Tillæggelse af et rimeligt vederlag er uomtvisteligt *uafhængigt* af sagsøgerens tab.

> U2002.717H omhandlede retten til navnet »Børsen«, der blev anvendt i forbindelse med en kursusvirksomhed. Varemærkeindehaveren, dagbladet »Børsen«, nedlagde påstand om betaling af kr. 100.000 i rimeligt vederlag for den uberettigede anvendelse af varemærket. Til støtte for den nedlagte påstand blev licensbetragtninger gjort gældende. Sagsøger oplyste, at licensafgiften inden for branchen androg 5 % af sagsøgtes bruttoomsætning. Erstatningsberegningen var således foretaget ud fra oplysninger herom. Der blev gjort subsidiært anbringende gældende om vederlag som følge af god tro, jf. varemærkelovens § 43, stk. 2. Sø- og Handelsretten udtalte, at det efter bevisførelsen kunne lægges til grund, at der var knyttet betydelig goodwill til sagsøgers kursusvirksomhed samt, at sagsøgte »mindst« havde udvist grov uagtsomhed. Retten fandt, efter et samlet skøn, at der burde tillægges kr. 100.000 i erstatning. Højesteret anførte herom, at: »A/S Børsen har begrundet kravet om vederlag med henvisning til sædvanlige licensafgifter, men der foreligger ikke nærmere oplysninger herom. Der foreligger heller ikke i øvrigt oplysninger om de økonomiske aspekter for parterne af krænkelsen.« På denne baggrund fastsatte Højesteret skønsmæssigt vederlag for udnyttelsen, jf. varemærkelovens § 43, stk. 1, til kr. 25.000.«

I denne sag udtaler Højesteret klart, at sagsøger ikke har løftet sin bevisbyrde for den påståede licensafgifts størrelse. Det kan tænkes, at en udtalelse fra en brancheforening kunne have afhjulpet problematikken. Højesteret kan sandsynligvis anerkende, at vederlaget skal fastsættes på basis af licensberegninger, men har ikke konkret mulighed derfor grundet manglende oplysninger om licensens størrelse. På den baggrund, men nok også på en ændret vurdering af ansvarsgrundlaget, nedsættes vederlaget. Det er i øvrigt interessant, at Sø- og Handelsretten fremkommer med udtalelser om ansvarsgrundlaget, der ikke har nogen betydning for vederlagsfastsættelsen.

> I sagen U2003.1343SH blev et varemærke til konsumvarer krænket. Der blev nedlagt påstand om såvel rimeligt vederlag som erstatning for markedsforstyrrelse med i alt kr. 200.000. Sø- og Handelsretten fandt, at sagsøger havde krav på et rimeligt

vederlag for udnyttelse af varemærket, men at man *i mangel af bevis for tab, herunder omsætningstab*, ikke kunne tillægge erstatning. Vederlaget blev skønsmæssigt fastsat til kr. 10.000.

Denne afgørelse viser, at erstatning for markedsforstyrrelse er vanskelig at håndtere både for parterne og for domstolene. Sø- og Handelsretten kræver beviser for markedsforstyrrelse i et andet omfang end sagsøger kan præstere. Retten finder højst sandsynligt ikke, at det er sandsynliggjort, at der overhovedet er sket en forstyrrelse af sagsøgers marked. Sø- og Handelsretten finder ej heller, at sagsøger kan dokumentere et afsætningstab. Sagsøger gør slet ikke gældende, at erstatningen skal udmåles ud fra et afsætningstab, men alene ud fra vederlagsbestemmelsen med tillæg af erstatning for markedsforstyrrelser. I medfør af vederlagsbestemmelsen skal der ikke dokumenteres noget tab. At der er lidt et afsætningstab, er *ikke* en betingelse for indrømmelse af erstatning for markedsforstyrrelser. Bevisbyrden for at der er indtruffet en markedsforstyrrelse, løftes naturligvis lettere, såfremt der kan dokumenteres et afsætningstab, idet sandsynligheden for et fremtidigt afsætningstab dermed øges. Vederlaget fastsættes skønsmæssigt, idet den krænkede part ikke fremkom med oplysninger, der kunne støtte udmålingen heraf.

Afgørelsen U2003.1020H omhandler krænkelse af et varemærke til kaffefiltre.[21] Varemærket var udsat for krænkelse på internettet. Sagsøgte havde anvendt sagsøgers varemærke som søgekriterium, således at når brugere søgte på sagsøgers varemærke, blev de ledt til sagsøgtes hjemmeside. Der var nedlagt påstand om betaling af kr. 2.000.000, idet sagsøger havde gjort gældende, at sagsøgte uretmæssigt anvendte sagsøgers navn samt sagsøgers talangivelse på forskellige filter-størrelser. Sagsøger havde fremlagt en lang række opgørelser, hvoraf beregningsgrundlaget fremgik. Sagsøgeren havde opgjort sin bruttoavancenedgang til kr. 2.164.247, tab som følge af markedsforstyrrelser til kr. 949.779,60 og afholdte udgifter til markedsføring i anledning af krænkelsen til kr. 160.000. Dertil kom vederlag for brugen af varemærket. Sagsøger havde ikke ønsket at fremlægge oplysninger om størrelsen af sin omsætning. Sø- og Handelsretten udtalte i sine præmisser, at den af sagsøger fremlagte opgørelse ikke tog stilling til den markedsandel, som sagsøgte under alle omstændigheder ville have opnået, uden samtidig at krænke Melittas varemærke. Sagsøgte havde ikke ønsket at fremlægge nærmere oplysninger om salget af sine produkter og fortjenesten derved. Da ingen af parterne ønskede at fremlægge relevante oplysninger til brug for erstatningsfastsættelsen, måtte denne fastsættes som et

21. Se om afgørelsen i relation til årsagssammenhængsproblematikken ovenfor i kapitel 4, afsnit 5.1.

> skøn over den nettofortjeneste, som sagsøgeren havde mistet ved krænkelsen, tabet ved markedsforstyrrelsen, og de tab som krænkelsen i øvrigt påførte Melitta. Efter et samlet skøn blev der afsagt dom til betaling af kr. 500.000. Højesteret fandt ikke, at krænkelsen var sket i samme omfang som Sø- og Handelsretten og lagde faktisk til grund, at der alene er sket en uberettiget markedsføring på internettet. Erstatningen herfor fastsattes skønsmæssigt til kr. 100.000.

Sø- og Handelsrettens præmisser er for så vidt de mest interessante i denne afgørelse og er mere detaljerede end sædvanligt ses. Sø- og Handelsretten anfører primært, at erstatningen må fastsættes på baggrund af *nettofortjenesten*. Sagsøger havde opgjort sin bruttofortjeneste. Nettofortjenesten er i langt de fleste tilfælde lavere end bruttofortjenesten. Det forekommer ikke logisk, hvorfor sagsøgers indirekte produktionsomkostninger skal fratrækkes ved opgørelsen af fortjenesten i denne sag. Endvidere anfører Sø- og Handelsretten, at der skal tages stilling til, hvilken markedsandel sagsøgte *ville* have haft, såfremt man havde markedsført et ikke-retsstridigt produkt. Denne begrundelse, for at nedsætte erstatningen, er for så vidt set i andre afgørelser, men må – også her – betegnes som kontroversiel. Synspunktet kan for så vidt være korrekt og skyldes primært manglende årsagssammenhæng mellem krænkelsen og det påståede tab.[22] Dette fordi produktet – når bortses fra varemærkekrænkelsen – under alle omstændigheder var påført konkurrence fra krænkerens produkt – også selvom krænkeren havde undladt at krænke originalproduktets varemærke. Dette synspunkt kan særligt gøres gældende på området for almindelige og i forvejen anerkendte produkter som f.eks. her, hvor det drejer sig om kaffefiltre. Uanset om der til nogle af den slags varer er knyttet ganske værdifulde varemærker, vil et kaffefilter altid kunne sælges – også selvom det ikke repræsenterer et varemærke. Forskellen til den ophavsretlige situation er således, at det er selve genstanden, der eftergøres ved en ophavsretlig krænkelse. Ved en varemærkekrænkelse som den foreliggende anvendes produktets varemærke, men selve produktet er ingen krænkelse i sin fysiske form.

Omvendt kan synspunktet synes kunstigt, idet retten indregner en faktor for en lovlig påført konkurrence i en situation, hvor konkurrencen faktisk er *retsstridig*. Synspunktet rejser også store bevismæssige og opgørelsesmæssige problemer, og kan nok vanskeligt ses at få den store betydning – og bør i hvert fald ikke få det ved erstatning for ophavsretlige krænkelser. Betragtningen ses imidlertid også anvendt andre steder end i en situation som denne konkrete, hvilket vil fremgå af det følgende. I den

22. Jf. ovenfor i kapitel 4, afsnit 5.1.

her omhandlede sag tager Højesteret desværre ikke stilling til begrundelsen.[23]

Afgørelsen U2005.1438H omhandler krænkelse af A/S Kjøbenhavns Sommer-Tivolis varemærke, idet en bagerivirksomheds anvendelse af et fotografi af Tivolislottet og figurmærket Tivoli på en småkagedåse var sket uberettiget. Der havde tidligere mellem parterne været en aftale om brug af varemærket, som imidlertid var udløbet. Sagsøger havde nedlagt påstand om betaling af kr. 5 mio. i erstatning og godtgørelse. Sagsøger havde opgjort krænkelsesperioden fra 1991 til 2001. Der var ikke fremlagt dokumentation for sagsøgtes samlede omsætning, men dog oplyst at den i de seneste 5 år udgjorde ca. 150 mio. kr. om året. Sagsøger opgjorde derfor omsætningen på småkagerne alene i krænkelsesperioden til 148,5 mio. kr. Sagsøger anførte, at et rimeligt licensniveau ville udgøre 2,5 %, hvilket blev lagt til grund for erstatningspåstanden på 5 mio. Sø- og Handelsretten anfører visse usikkerhedsmomenter omkring størrelsen af sagsøgtes omsætning og fastsætter vederlaget efter et samlet skøn til 1 mio. kr. Højesteret anførte, at udgangspunktet for vederlaget skulle tages i den aftale som parterne indgik om brug af motivet, hvorefter de alene skulle betales kr. 20.000 for brug i en 3-års periode. Dog anfører Højesteret, at det er nærliggende at antage, at sagsøger ville have krævet denne betaling betydeligt forhøjet, som betingelse for ikke at opsige aftalen. Herefter udtales: »Kjøbenhavns Sommer-Tivoli 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 frem til den 26. februar 2001 skønsmæssigt kan fastsættes til kr. 150.000 kr., inkl. moms.«

Som det fremgår, tager Højesteret udgangspunkt i den tidligere aftale mellem parterne og efterlyser et bedre beregningsgrundlag for vederlaget. Højesteret nævner ikke de påståede licensberegninger, og det er sandsynligt, at der fuldstændig bortses herfra. Der er da også betydelig forskel på den nedlagte påstand om erstatning på kr. 5 mio. og den idømte erstatning på kr. 150.000.

Som det fremgår af de ovenstående afgørelser, at er der også på varemærkeområdet visse problemer med anvendelse af vederlagsreglen.

Dette er dog ikke tilfældet for alle varemærkekrænkelser. Særlig på området for parallelimport af lægemidler har der udviklet sig en særlig praksis for vederlagsudmåling.

Et eksempel er U1999.1678H.[24] Sagen drejede sig om parallelimport af lægemidler til Danmark, hvorefter varerne blev ompakket af importøren i egne pakninger,

23. Se nærmere om argumentationen nedenfor kapitel 7, afsnit 3.
24. Jf. også U1999.952H, U2000.551H og U2003.1807H. Afgørelserne U2002.696H og U2002.1523H vedrører co-branding – uberettiget medmærkning.

hvorpå producentens varemærke anbragtes. I det omfang retten fandt, at den skete ompakning var unødvendig for, at importøren kunne afsætte sine varer på det danske marked, forelå en varemærkekrænkelse. Dette følger også af U1999.952H, der har støtte i EF-domstolens afgørelser i sagerne C-427/93, C-429/93 og C-436/93 (Bristol-Myers – Squibb m.fl.) For krænkelsen skulle der svares erstatning i medfør af bestemmelsen i varemærkelovens § 43, stk. 1 om rimeligt vederlag. I U1999.1678H blev der tilkendt et rimeligt vederlag på kr. 300.000. Der blev ikke tillagt erstatning for markedsforstyrrelse. Erstatningen var skønsmæssigt ansat. Der var fremlagt oplysninger omkring såvel varemærkerettighedshaverens salg som importørens salg, ligesom der var nedlagt påstand om markedsforstyrrelse. Påstanden var delvis baseret på en licensberegning på 15 % sat i forhold til importørens salg. Sagsøgeren gjorde endvidere licensbetragtninger gældende under sin procedure. Højesteret tog ikke konkret stilling til disse licensbetragtninger, men bemærkede alene, at erstatningen på kr. 300.000 var et skønsmæssigt fastsat vederlag.

Nævnes skal også afgørelsen U2002.696H med tilsvarende problemstillinger. Der blev under sagen nedlagt påstand om betaling af erstatning stor kr. 3.125.000, hvilket beløb udgjorde 5 % af sagsøgtes omsætning med fradrag af grossistrabatter. Højesterets flertal (4 dommere) afsagde dom efter den nedlagte påstand, og idømte sagsøgte betaling af kr. 3 mio. i erstatning. Mindretallet (1 dommer) anførte, at det licensbaserede vederlag alene burde fastsættes til 2 % af omsætningen på grund af omstændighederne ved den skete krænkelse. Sø- og Handelsretten havde også fastsat vederlaget til kr. 1,2 mio., men med en anden begrundelse, idet man ikke havde dømt for krænkelse af samtlige de påståede varemærker.

En anden afgørelse er U2003.630H,[25] der ligeledes vedrører ompakning og genanbringelse af varemærker på parallelimporteret medicin. I denne sag forelå også en varemærkekrænkelse. Varemærkeindehaveren blev tillagt kr. 150.000 svarende til 5 % af krænkerens omsætning i Danmark og Sverige. Der fandtes ikke grundlag for erstatning for yderligere skade, herunder markedsforstyrrelse. Dommen blev afsagt med dissens. Dissensen vedrørte krænkelsesspørgsmålet.

Den nyeste dom på området er U2003.1826H, der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt påsættelse af rudeetiketter kunne sidestilles med ompakning. Dette var tilfældet, og der forelå således en varemærkekrænkelse ved ompakning af de importerede lægemidler. I denne sag blev erstatningen også udmålt som 5 % af krænkerens omsætning og udgjorde kr. 1.000.000. I sagen var der alene nedlagt påstand om vederlag og ikke erstatning for yderligere skade.

25. Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 2.1.1. i forbindelse med drøftelse af tilbagekaldelsesproblematikken ved nedlæggelse af fogedforbud.

På dette særlige område for krænkelse af varemærkerettigheder kan det således konstateres, at der gives erstatning med baggrund i licenssynspunkter. Dette følger klart af den seneste retspraksis på området. Omvendt tillægger Højesteret ikke yderligere erstatning i form af markedsforstyrrelser m.v. Afgørelserne er velegnede til at illustrere, at der på et område kan udvikle sig en nogenlunde »fast praksis« for, hvorledes vederlaget udmåles.

På patentområdet findes, som nævnt i indledningen, ikke trykt praksis. I »Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægt på patentindgreb« i NIR1986.376 refererer Mogens Plesner en utrykt Østre Landsretsdom fra 1997, der vedrører en krænkelse af et lægemiddelpatent.

> I sagen nedlagde sagsøger påstand om en erstatning på 2,5 mio., hvilket beløb var beregnet ud fra sagsøgtes fortjeneste og ikke ud fra en licensberegning. Dette skyldtes, at der i perioden alene var sagsøgers produkt og sagsøgtes produkt på markedet for netop denne type lægemiddel. Der måtte dermed foreligge substitution, således at salget havde påført sagsøgeren et omsætningstab svarende til salget af det krænkende produkt. Det oplystes, at sagsøgtes omsætning androg 2.838.128, og at de variable omkostninger i medicinindustrien udgjorde mindre end 10 %, hvorved det påstævnte beløb fremkom. Sagsøger krævede sin bruttofortjeneste dækket, idet han ville have sagsøgtes omsætning oven i sin egen omsætning, der havde dækket de faste omkostninger én gang. Sagsøgerens bruttofortjeneste på et parti som det krænkende var opgjort til kr. 960.000. Sagsøgte gjorde gældende, at nettofortjenesten alene androg kr. 280.000, og at erstatningen skulle udgøre en licensafgift på 5-7,5 %, som var sædvanlig i branchen. Som en joker i sagen fandtes der et parti af medicinen nedfrosset i Sverige, som sagsøger fik udleveret. Det repræsenterede ingen værdi og blev destrueret, men det er vanskeligt at vide, om retten tillagde det nogen værdi. Der blev givet 850.000 i erstatning.

Mogens Plesner anfører, at dette ca. svarer til en erstatning på 1. mio. inkl. værdien af det nedfrosne parti medicin, idet der foretages modregning herfor ved erstatningsudmålingen. Retten lægger til grund, at der er sket en vis markedsfortrængning af sagsøger, men udtaler dog ikke, at der er sket fuld markedsfortrængning og substitution. Retten udtaler videre, at tabet ved den mistede markedsandel bør opgøres som tabt dækningsbidrag under hensyn til samtlige omkostninger ved fremstilling af det *patentstridigt* producerede produkt. Retten lægger altså øjensynligt vægt på krænkerens fremstillingsomkostninger, hvilket harmonerer dårligt med det næste retten anfører, nemlig, at sagsøger ikke har stillet regnskabsmateriale til rådighed herfor. Det er da, som også anført af Mogens Plesner, umuligt for sagsø-

ger at kende sagsøgtes produktionsomkostninger. Afgørelsen er væsentlig fordi den støtter synspunktet om, at det er sagsøgers dækningsbidrag/bruttofortjeneste, der skal lægges til grund for beregningerne og ikke kun nettofortjenesten.[26] Omvendt er den kontroversiel, idet landsretten inddrager hensynet til krænkerens fremstillingsomkostninger. Oplysningerne om produktionsomkostningerne på det patentstridige produkt bør principielt være ligegyldige for fastlæggelsen af sagsøgers afsætningstab. Landsretten tager øjensynligt ikke stilling til det vederlagsbaserede anbringende fra sagsøgte.

3.3. Svensk retspraksis

Som det fremgår ovenfor, har reglen om rimeligt vederlag eksisteret lige så længe i svensk ophavsret, som reglen har eksisteret i den danske patentlov. Analyser af den svenske retspraksis er således ikke begrænset til afgørelser, der ligger efter 1995. Dog vil alene nyere retspraksis blive inddraget, idet det empiriske materiale er meget omfattende. Også i svensk retspraksis findes en række domme om krænkelse af arkitekter og journalisters rettigheder.[27] I disse afgørelser udmåles erstatningen umiddelbart som i de danske afgørelser, og udelades derfor af analysen.[28] Der er i Sverige, særligt i de senere år, afsagt ganske mange afgørelser om erstatning for krænkelse af ophavsrettigheder, hvorfor en vis sortering har været nødvendig. Alene afgørelser, der afspejler afhandlingens problemstillinger, er medtaget.

Der er afsagt en del svenske afgørelser, der omhandler kopiering af musik. Denne type sager afgøres, på nær et enkelt tilfælde, undtagelsesfrit efter licensbetragtninger. Det forekommer oplagt, idet der på området hersker tradition for indrømmelse af licenser. Det er den sagsøgende fællesorganisationen, der skal løfte bevisbyrden for, hvilken licensberegning der skal lægges til grund, og de sædvanligt opkrævede licenstariffer lægges som hovedregel til grund for beregningerne. Dette var tilfældet i f.eks. NJA 1984 p. 34 (Bootleg), RH83:85 (udlejning af grammofonplader) og NJA 2002 p. 178 (kopiering af et musikstykke). I den sidstnævnte afgørelse sag udtalte Hovrätten: »[…] at utgångpunt för beräkningen av den ersättning skall utgå vid intrång är som regel vad som enligt branschpraxis eller överenskomma tariffer skulle ha utgått som parterna gjort en affärsmäsig uppgörrelse om et utnyttjande«. HD stadfæstede dommen.

26. Mogens Plesner diskuterer i artiklen yderligere spørgsmålene om nettofortjeneste contra dækningsbidrag, uklarhed i patentkravet samt uagtsomhed.
27. Se f.eks. NJA 1985 p. 807, NJA 1993 p. 390, NJA 1996 p. 712.
28. Se f.eks. NJA 1993 p. 390 og NJA 1995 p. 813.

Ved gennemgangen af den svenske retspraksis skal det illustreres, hvorledes det rimelige vederlag anvendes.

Afgørelsen NJA 1995 p. 164[29] omhandler ophavsrettighederne til en strikket tunika. Mønsteret til tunikaen var blevet vist i et damemagasin, hvorefter den var blevet plagieret. Mønsterretsindehaveren/sagsøger nedlagde påstand om betaling af erstatning svkr. 29.000. Sagsøger solgte selv tunikaerne for svkr. 1.800 pr. stk. og oplyste, at salg af mønsteret normalt ville indbringe svkr. 10.000. Sagsøgte havde solgt 10 tunikaer, også for svkr. 1.800. Sagsøger krævede ½ af omsætningen, svkr. 9.000 i erstatning for tabt indtjening/markedsandel samt svkr. 10.000 i erstatning for ikke-økonomisk skade. Sagsøger fik medhold i den nedlagte påstand for så vidt angår det rimelige vederlag for mønstret, svkr. 10.000. Sagsøger skulle endvidere tillægges et beløb for tabt markedsandel/fortjeneste. Sagsøger havde udregnet dette som halvdelen af sagsøgtes omsætning. Denne kunne imidlertid kun lægges til grund at være solgt 4 tunikaer til svkr. 990 pr. stk, altså skr. 1.980. Hertil blev det krævede beløb for ikke-økonomisk skade svkr. 10.000 tillagt – i alt skr. 21.980.

En anden afgørelse på beklædningsområdet er refereret i RH97:13 og omhandlede krænkelse af en jakke, der ansås for at være beskyttet som brugskunst. Der blev nedlagt påstand om betaling af svkr. 52.000, hvoraf svkr. 2.000 udgjorde royalty og svkr. 50.000 erstatning for mistet goodwill. Royaltyerstatningen blev opgjort til 10 % af sagsøgtes udsalgspris og 50.000 for mistet goodwill. Sagsøgte havde solgt 20 jakker til en pris af svkr. 1.000. Sagsøgte fik medhold i de nedlagte påstande, idet man fandt, at påstanden om rimeligt vederlag på svkr. 2.000 var rimelig. Endvidere fandt retten påstanden om markedsforstyrrelse rimelig under henvisning til, at sagsøgte ikke havde opfyldt sin undersøgelsesforpligtelse på markedet forinden jakken blev markedsført.[30]

En tredje afgørelse på tekstilområdet er RH98:89, der drejede sig om en kunstners tæppedesigns som en grossist udsatte for krænkelse. Det blev oplyst, at krænkeren havde solgt 246 tæpper og stadig havde 430 på lager. Sagsøgerne, der var både kunstneren og hendes producent og forhandler, nedlagde påstand om betaling af svkr. 84.552, hvoraf svkr. 11.429 udgjorde rimeligt vederlag for udnyttelsen og svkr. 73.123 andet tab. Endvidere blev der nedlagt påstand om svkr. 40.000 i erstatning for ikke-økonomisk skade til kunstneren. Sagsøgte oplyste, at indkøbsprisen fra producenten udgjorde svkr. 53.000 og at en sædvanlig licensafgift udgør 3 % af indkøbsprisen, dvs. svkr. 1.590. Sagsøgerne gjorde gældende, at rimeligt vederlag for anvendelsen skal modsvare den royalty, som sagsøgte skulle have betalt til den sagsøgende producent. Den af sagsøgte opgjorte royalty modsvarede det beløb, der

29. Jf. ovenfor kapitel 4, afsnit 4.1.1.
30. Jf. ovenfor kapitel 4, afsnit 4.1.1.

skulle betales til kunstneren. Der skulle endvidere betales en for branchen sædvanlig royalty til producenten, som lå mellem 5-7 % af udsalgsprisen. Sagsøgerne beregnede de svkr. 11.429 i rimeligt vederlag ud fra disse oplysninger. Den yderligere erstatning blev opgjort som mistet dækningsbidrag. Det blev således gjort gældende, at det salg, sagsøgte havde haft på tæpperne, ville være tilgået sagsøger. Sagsøger påberåbte sig substitution. Erstatningen for ikke-økonomisk skade blev begrundet med, at sagsøgtes udsalgspriser var 25 % lavere end sagsøgerens, hvorfor forbrugeren kunne få den tanke, at rettighedshaveren dumpede priserne på designet gennem andre salgskanaler. Hovrätten fandt, at erstatning for rimeligt vederlag burde udgøre 5 % af udsalgsprisen, svarende til kr. 7.143. Dette blev begrundet med oplysninger om sædvanlighed i branchen. For så vidt angår den yderligere skade for mistet dækningsbidrag blev erstatningspåstanden imødekommet. Retten fandt at der skulle erlægges svkr. 25.000 til kunstneren for ikke-økonomisk skade.

De citerede afgørelser på tekstilområdet viser således, at de svenske domstole er ganske imødekommende overfor licensbetragtningssynspunkter, når disse er velbegrundede, rimelige og sandsynliggjort. Når sagsøgers tab overstiger det rimelige vederlag, gives erstatning for yderligere skade. I den sidstnævnte afgørelse, RH98:89, opgøres dette krav til sagsøgers mistede dækningsbidrag ud fra en betragtning om substitution. Den mistede fortjeneste beregnes således som antal tæpper solgt af sagsøgte x sagsøgers dækningsbidrag pr. tæppe. Det er interessant, at retten lægger fuld substitution til grund, idet det under sagen oplyses, at det krænkende produkt blev solgt til en pris der lå 25 % under det originale produkt. Afgørelsen støtter teorien om, at der tages hensyn til krænkerens salg i de situationer, hvor der foreligger substitution. Dog burde der evt. være reguleret for prisforskellen. I denne sag gives endvidere erstatning for ikke-økonomisk skade. Denne er skønsmæssig fastsat og uden nærmere begrundelse. Denne dom må siges, stort set at være afsagt direkte i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd og forarbejder. Det samme er tilfældet for RH97:13, hvor der gives erstatning for rimeligt vederlag ud fra en licensbetragtning og erstatning for markedsforstyrrelser ud fra et skøn, hvor Hovrätten anfører, at det krævede beløb fremtræder som rimeligt. Den først citerede afgørelse om tunikaerne, NJA 1995 p. 164 adskiller sig en smule fra de øvrige afgørelser. Til grund for erstatningen for markedsforstyrrelser ligger en beregning bestående af halvdelen af sagsøgtes omsætning. I denne sag lægger domstolen altså i et vist omfang vægt på sagsøgtes indtjening. Dommen skal dog ikke overfortolkes, idet Hovrätten ikke kommer med bemærkninger omkring denne del af erstatningsudmålingen, der givet har forekommet rimelig. HD tager ikke stilling til denne del af sagen, da erstatningskravet ikke var bestridt for HD.

> På mønsterrettens område findes en interessant svensk afgørelse i NIR1995.322.[31] Afgørelsen er omtalt flere steder ovenfor, idet den både er interessant for spørgsmålet om erstatningsudmåling, for spørgsmålet om årsagssammenhæng og for spørgsmålet om licensberegninger. Sagen drejer sig om krænkelse af et mønster til et køkkenredskab i form af en skraber. Sagen blev afgjort efter licenssynspunkter for så vidt angår spørgsmålet om rimeligt vederlag. Sagsøger gjorde gældende, at licensen skulle andrage 5 %, sagsøgte 1,5 %. Det var oplyst, at sagsøgte havde solgt 50.000 af det krænkende produkt. Hovrätten udtalte, at sagsøgeren ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at licensberegningen skulle udgøre 5 %, hvorfor retten lagde en beregning på 1,5 % til grund. Royaltyen beregnes på baggrund af krænkerens salg samt krænkerens bruttofortjeneste (1,5 % af 50.000 × 3), i alt svkr. 2.250,00. Vedrørende erstatning for yderligere skade udtaler retten, at dette udgør erstatning for udeblevet fortjeneste. Ved beregningen blev der taget hensyn til, at sagsøger måtte nedsætte prisen på sit produkt, idet kopiproduktet blev solgt noget billigere. Sagsøger oplyste, at han måtte sælge 44.000 skrabere billigere. Hovrätten udtalte om afsætningstabet: »När det gäller frågan om hur stor kvalitet skrapor [sagsøger] hade kunnat sälja utan nämnda prisreduktion är att märka att det mönsterskydd han åberopat för sin produkt inte hindrat att skrapor som har det samma funktion som hans skarpa, men utformes så att de inte innebär intrång i hans mönsterrätt, kunnat saluföras till billigt pris och enligt vad som upplysts också kommit fram relativt kort til efter at [sagsøger] börjat sälja sin skrapa. [Sagsøger] har inte framlagt nogen närmare utredning om sin egen försäljning.« Hovrätten skønnede derfor, at omstændighederne talte for, at han *kunne* have solgt 50.000 til fuld pris. Da prisnedslaget udgjorde svkr. 2, indrømmedes der en erstatning på yderligere svkr. 100.000. Der blev således i denne sag givet erstatning udmålt såvel som et rimeligt vederlag for krænkelsen samt for et konstateret yderligere afsætningstab.

Denne sag illustrerer, at det ikke er tilstrækkeligt at påstå sig tilkendt et rimeligt vederlag beregnet efter en vilkårlig royalty-procentsats. Sagsøger oplyser under sagen, at en rimelig royalty udgjorde 5 % i branchen, men oplysningen var i øvrigt uunderbygget, hvilket Hovrätten i øvrigt også bemærker. Sagsøgte havde indhentet sine oplysninger om licensberegningen på 1,5 % fra bl.a. Stockholms Handelskammer.

Endvidere er Hovrättens bemærkninger omkring erstatning for yderligere skade værd at bemærke. Når erstatningen skal fastsættes, skal der tages højde for, at der på markedet kunne være skrabere, der kunne sælges billigere, men med samme funktion, uden de krænkede sagsøgers mønsterret. Dette argument, som kan sammenlignes med argumentet i den ovenfor nævnte afgørelse om kaffefiltrene, U2003.1020H, skal fremføres med for-

31. Se også om dommen ovenfor kapitel 4, afsnit 5.3.

sigtighed. Retten søger at nedsætte erstatningen begrundet i andre – ikke-retsstridige – produkters hypotetiske tilstedeværelse på markedet. Retten bør alene tage stilling til den foreliggende konkurrencemæssige situation og foretage erstatningsudmålingen med dette udgangspunkt. Retten søger reelt et argument for manglende årsagssammenhæng, og dette er ikke velegnet. En anden årsag til nedsættelsen var, at sagsøgers produkt kun havde været kort tid på markedet. Domstolen skønner derfor over, hvor mange skrabere der kunne være solgt til fuld pris og multiplicerer dette med prisnedsættelsen, hvorved erstatningsbeløbet fremkommer. I denne afgørelse tilkendes således såvel et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for yderligere skade i form af afsætningstabet. Dommen afsiges således i nøje overensstemmelse med ophavsretslovens ordlyd og formål.

Afgørelsen RH02:69 omhandler erstatning for en meget omfattende virksomhed bestående i kopiering af cd'er, dataprogrammer og computerspil. Sagen var anlagt af en kollektiv rettighedshaver. De sagsøgte havde haft indtægter fra den ulovlige virksomhed på mindst svkr. 16.000.000. Der blev nedlagt en erstatningspåstand på kr. 12.911.370 mod den ene sagsøgte og på kr. 6.619.131 mod de to sagsøgte solidarisk. Den ene sagsøgte blev idømt 8 måneders fængsel for brud på ophavsretsloven, dog således at retten udtalte, at straffen ville have udgjort 1 års fængsel, men blev fastsat til 8 måneder fordi sagen havde verseret i forholdsvis lang tid. Hovrätten udtalte, at erstatning for rimeligt vederlag skulle afgøres ud fra, hvor mange programmer der blev udbudt og solgt. Hovrätten lagde den af sagsøger udfærdigede opgørelse til grund for beregningen. Opgørelsen var udfærdiget på baggrund af beslaglagt materiale, herunder computere. Hovrätten udtalte, at størrelsen på det rimelige vederlag skulle bestemmes fra den gennemsnitlige pris pr. program i grossistledet, hvilket beløb retten opgjorde til svkr. 300 pr. program. Erstatning for yderligere skade udgjorde afsætningstab, udeblevne bestillinger og goodwillskader. Retten udtalte, at det under hensyntagen til krænkelsens omfang forelå klart, at der var sket omfattende markedsforstyrrelser og store goodwillskader. Man krævede derfor ikke nogen særskilt opgørelse heraf af sagsøger. Hovrätten afsluttede med at anføre, at principperne for udregning af erstatningsbeløbet betyder, at der ville fremkomme et beløb, der var større end den erstatning sagsøgte blev idømt i tingsrätten. Da dette spørgsmål imidlertid ikke var anket, blev dommen stadfæstet på dette punkt. I tingsrätten blev sagsøgte idømt betaling af et rimeligt vederlag på svkr. 3.000.000, hvilket således også blev afgørelsen i Hovrätten. Tingsrätten havde afsagt dom om 4 måneders fængsel.

I denne afgørelse er der tale om et meget stort erstatningsbeløb, som kunne være blevet endnu større, såfremt Hovrätten havde haft mulighed for at tage dette spørgsmål under påkendelse. Afgørelsen blev ikke direkte truffet med baggrund i licensbetragtninger, men med udgangspunkt i pris pr. program i grossistledet. Det betyder, at vederlagskravet udgjorde det beløb rettighedshaverne ville have fået i gennemsnit pr. program ved salg til grossister. Den samme beregning ses i den ovenfor i afsnit 3.1.1. refererede U2005. 60V om krænkelse af dvd-film. I denne afgørelse beregnes vederlagskravet ej heller direkte med udgangspunkt i licensbetragtninger men på baggrund af gennemsnitsprisen på en dvd med fradrag af samtlige driftsudgifter. Dækningsbidraget lægges således til grund for vederlagsberegningen. Dermed svarer vederlagskravet nøje til afsætningstabet, hvilket er temmelig interessant at bemærke. Som redegjort ovenfor i kapitel 4, afsnit 7.1.4 skal vederlagskravet som udgangspunkt fastsættes efter en licensberegning. Denne foretages med udgangspunkt i enten antal solgte krænkende genstande eller krænkerens samlede omsætning på det krænkende produkt. Dette beløb multipliceres med et aftalt beløb pr. solgt genstand eller en procentdel af omsætningen. Denne beregning anvendes ikke i de to afgørelser om krænkelse af hhv. edb-programmer og dvd-film. Vederlaget beregnes i disse situationer som det sædvanlige og gennemsnitlige dækningsbidrag pr. film eller program og ikke som en licensberegning med udgangspunkt i omsætningen på de krænkede produkter eller antallet af krænkende handlinger/produkter. Tilsvarende beregningsmetode anvendes i afgørelsen fra den svenske Hovrätt refereret umiddelbart nedenfor.

Interessant er det også, at retten i RH02:69 udtaler, at man ikke forlanger opgørelser over erstatningskrav for afsætningstab og markedsforstyrrelser. Begrundelsen herfor må være, at der er tale om så omfattende krænkelser, at sagsøgte under ingen omstændigheder på noget tidspunkt ville kunne betale erstatningskravet. Dommen må desuagtet siges at være præjudicerende på området for de meget omfattende krænkelser, dels på spørgsmålet om strafudmåling, men nok også for så vidt angår erstatningsudmålingen og kravene til bevis.

Den 19.03.2004 afsagde Hovrätten, i Mål T-3484-03, en dom om ophavsretlige krænkelse af 354 dvd-film indført fra Danmark. Sagsøgerne var forskellige medlemmer af en brancheorganisation. De havde hver især nedlagt påstande om såvel rimeligt vederlag som erstatning for yderligere skade. Der var krævet svkr. 125 i erstatning for hver film i rimeligt vederlag. Sagsøgerne gjorde gældende, at der forelå omfattende markedsforstyrrelser, da det var første gang de pågældende film blev solgt på det svenske marked. En videolancering er normalt kostbar og planlægges gennem længere tid. Endvidere var sagsøgernes ikke-økonomiske rettigheder blevet krænket,

og sagsøgerne havde haft en del omkostninger forbundet med information af videobranchen om sagen. Sagsøgerne krævede kr. 1.000 pr. film i erstatning for yderligere skade. Sagsøgte blev frifundet i Tingsrätten, da man ikke fandt, at sagsøgerne var søgsmålsberettigede. Sagsøgte blev dømt i Hovrätten i overensstemmelse med den nedlagte påstand.

I denne afgørelse baserer det rimelige vederlag sig også på et fast beløb pr. film udgørende det sædvanlige dækningsbidrag. Dette er i overensstemmelse med den ovenfor skitserede retsstilling og dermed i overensstemmelse med de ovenfor nævnte afgørelser RH02:69, U2005. 60V samt U2001.1572V. Afgørelsen Mål T-3484-03 fra den svenske Hovrätt adskiller sig dog fra de øvrige afgørelser, idet sagsøgte ikke bestred denne del af erstatningsberegningen. Erstatningen for yderligere skade blev opgjort som kr. 1.000 pr. film, hvilket ikke er set før. Hovrätten udtaler, at den finder beløbet rimeligt. Årsagen, til at påstanden imødekommes, kan tænkes at være, at det i en sag med 7 sagsøgere kan være vanskeligt at føre yderligere bevis for afsætningstab, markedsforstyrrelser m.v., ligesom man fra rettens side evt. har ønsket en dom, der, så at sige, bliver »ens for alle«. Det er umiddelbart en pragmatisk måde at fastsætte erstatningen på. Dommen kan måske forventes at blive præjudicerende på dette område.

Afgørelsen NJA 2000 p. 325 er interessant, fordi den udtaler sig om analogi af ophavsretslovens vederlagsregel til brug for erstatningsfastsættelsen. Sagen drejer sig om kopiering af dekoderkort til tv. De sagsøgte havde solgt 92 dekoderkort. De sagsøgte havde solgt kortene for svkr. 995 pr. stk. Kun 84 havde betalt, hvilket gav de sagsøgte en omsætning på svkr. 90.540. Sagsøgerne var to udbydere af dekoderkort. Den ene krævede svkr. 128.300 i erstatning, den anden svkr. 150.300. Erstatningerne var opgjort på baggrund af mistet omsætning, således at nettotabet pr. kunde blev krævet erstattet. Den ene sagsøger oplyste, at vedkommende har haft omkostninger på svkr. 40.000 for omkodning af sine dekoderkort i et forsøg på at standse piratvirksomheden. De sagsøgte opgjorde deres omkostninger til ca. svkr. 25.000, bl.a. for indkøb af piratkort. Tingsrätten afsagde dom i overensstemmelse med de nedlagte påstande. Hovrätten udtalte, at analog anvendelse af ophavsretsloven ikke kunne komme på tale, idet der i forarbejderne til erstatningsansvarsloven netop blev drøftet mulighederne for at indføre en regel som den ophavsretlige, hvilket blev afvist. Der kunne således alene idømmes erstatning for det lidte tab. Erstatningerne blev skønsmæssigt fastsat til hhv. 80.000 svkr. og 100.000 svkr.

Ved dommen fastslås altså, at ophavsretslovens regler om rimeligt vederlag ikke kan finde analog anvendelse på almindelig formueskade udenfor ophavsrettens område.

I svensk restpraksis er vederlagsreglen således indarbejdet og finder som udgangspunkt anvendelse ved opgørelse af erstatninger i forbindelse med ophavsretlige krænkelser. Såfremt rettighedshaveren kan dokumentere yderligere tab tilkendes erstatning for dette. Der tilkendes således også erstatning for det afsætningstab, der ligger ud over det rimelige vederlag.

4. Erstatning i tilfælde af god tro, jf. § 83, stk. 2

I medfør af ophavsretslovens § 83, stk. 1 er ansvarsgrundlaget culpa for pålæggelse af erstatning for ophavsretlige krænkelser. Er krænkelsen sket i god tro er erstatningen maksimeret til krænkerens nettofortjeneste og underlagt en rimelighedsvurdering. Der er tidligere afsagt enkelte afgørelser, hvor det blev lagt til grund, at krænkeren var i god tro. Der er endnu ikke afsagt afgørelser, der pålægger krænkeren at betale et rimeligt vederlag for udnyttelsen når krænkelsen er sket i god tro. Anbringender om god tro har dog foreligget til påkendelse et par gange i nyere tid.

> Afgørelsen U1975.1014Ø omhandlede en lysestage, udviklet af Bjørn Wiinblad, der var udsat for krænkelse. Sagsøgte bestred erstatningsansvaret under anbringende af at være i god tro. Der var under sagen nedlagt påstand om såvel straf som erstatning. Landsretten lagde til grund, at der ikke forelå hverken forsæt eller grov uagtsomhed, hvorfor der ikke kunne idømmes straf. Om erstatningsspørgsmålet udtalte retten: »Undladelsen af at anstille nærmere undersøgelser vedrørende stagen på Hotel Plaza findes dog at burde medføre erstatningspligt for de sagsøgte, jf. herved *også ophavsretslovens § 56, stk. 2* […].«

Afgørelsen tager ikke klart stilling til, om der foreligger god tro eller simpel uagtsomhed, men henviser til bestemmelsen i § 56, stk. 2 om god tro (nu § 83, stk. 2). Alligevel er det rettens opfattelse, at sagsøgte i et eller anden omfang har oversiddet sin undersøgelsespligt, hvilket sandsynligvis kan betragtes som simpelt uagtsomt.

> I U1998.1087SH var god-tros spørgsmålet også til bedømmelse. Sagen drejede sig om krænkelse af to mobiler. Sagsøgte, der var forhandler af de pågældende mobiler, havde indkøbt mobilerne i Fjernøsten og påberåbte sig at være i god tro. Der blev nedlagt påstand om straf og erstatning. Påstanden om straf blev ikke imødekommet, da retten ikke lagde til grund at der var handlet forsætligt eller groft uagtsomt.

> Retten fastsatte en skønsmæssig udmålt erstatning til kr. 40.000 efter markedsføringsloven, hvorfor det var ufornødent at tage stilling til, i hvilket omfang der ville kunne tilkendes erstatning efter § 56, stk. 2.

Retten tager således ej heller i denne afgørelse klart stilling til, om der foreligger god tro i forhold til krænkelse af ophavsretslovens bestemmelser. Der pålægges erstatning efter markedsføringslovens regler, hvilket, jf. § 13, stk. 2, kan ske ved anvendelse af dansk rets almindelige regler om erstatning. Disse fordrer tilstedeværelse af et ansvarsgrundlag, så i virkeligheden må retten have skønnet, at der forelå simpel uagtsomhed.

Der findes dermed ikke i nyere tid afgørelser, der klokkeklart statuerer erstatning eller vederlag ved udvist god tro. I en ældre afgørelse, U1965. 365Ø, der omhandler ophavsretlige beskyttede arkitekttegninger, idømmes erstatning med hjemmel i § 56, stk. 2. Sagsøgte forklarede, at han havde lavet de pågældende tegninger ud fra en skitse, som en murermester havde givet ham. Han var ikke bekendt med sagsøger og sagsøgers huse og påberåbte sig at være i god tro. Retten udtalte, at det, ved det i sagen fremkomne, ikke fandtes tilstrækkelig godtgjort, at sagsøgtes påstand om at være i god tro var urigtig. Sagen er således et klart eksempel på, at god-tros tilfældene kan forekomme, om end det ikke er ofte. I sagen U1972.782B havde et dagblad bragt et fotografi af et byrådsmedlem, der var taget af et af bladets fotografer. Dagbladet havde ikke indhentet samtykke til anvendelsen hos fotografen. Dagbladet havde tidligere anvendt billeder fra bladets fotoarkiv og var aldrig blevet mødt med krav fra fotograferne. Dagbladet kunne derfor forvente at brugen var vederlagsfri, og var derfor i god tro. Der blev idømt en mindre erstatning med hjemmel i fotografilovens § 18, stk. 2, der svarede til ophavsretslovens § 56, stk. 2.

Til trods for at der er udvist culpa kan krænkeren udmærket være i god tro. Det har i teorien indflydelse på erstatningsudmålingen, at denne er maksimeret til krænkerens nettofortjeneste og undergivet en rimelighedsvurdering. Det ses ikke, at anvendelsen af bestemmelsen i § 83, stk. 2 påberåbes i praksis, hvilket der måske i konkrete situation kunne være grund til.

5. Godtgørelse for ikke-økonomisk skade, jf. § 83, stk. 3

Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd og forarbejder, er bestemmelsen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade ifølge sin ordlyd obligatorisk, når der foreligger en ophavsretlig krænkelse. Som tidligere anført, er bestemmelsens obligatoriske karakter sandsynligvis betinget af, at der er *lidt* en ikke-økonomisk skade. Begrundelsen herfor fremgår af bestemmelsens historie og formål.[32] Spørgsmålet er herefter, hvorledes bestemmelsen fortolkes i retspraksis.

Af de hidtil gennemgåede retsafgørelser følger, at der i nogle tilfælde gives godtgørelse for ikke-økonomisk skade og i andre ikke. I en del af afgørelserne er der ikke nedlagt påstand herom.[33] I andre gives erstatningen som et samlet skønsmæssigt ansat beløb, således at der ikke reelt er mulighed for at bedømme, om godtgørelse for ikke-økonomisk skade er indeholdt eller ej. Godtgørelsen er principielt ikke en erstatningsretlig regel, men netop en godtgørelse for krænkelse af en ophavsmand, en fotograf eller en udøvende kunstner, uden dette har haft direkte økonomiske følger. Godtgørelsesreglen er således en regel af mere pønal karakter. Til trods for at godtgørelsesreglen er begrundet i disse ideelle interesser hos ophavsmanden, og derfor ikke findes i de øvrige eneretslove, er reglen ikke begrænset til krænkelser af rettighedshaverens droit-moral. Dens anvendelsesområde er dog typisk droit-moralkrænkelser.[34] Dog kan også krænkelse af andre rettigheder end de i § 3 nævnte (ophavsmandens litterære eller

32. Jf. også *Thomas Riis*: Kommentarer til Vestre Landsrets afgørelse af 20. april 2001 (MP3), NIR2002.423 – forfatteren forudsætter evt. at bestemmelsen i teorien er obligatorisk, men anfører dog at dette ikke er tilfældet ifølge retspraksis.

33. I disse sager er der ikke nedlagt påstand om erstatning for ikke-økonomisk skade: U1998.941 (StandArt), U1999.158 (Eva-Trio), FED1999.785 (feriecenter), U1999.1426 (citater fra bog), U2002.1645 (Lollikhus) samt U2000.23 (Tango Jalousie).

34. Om bestemmelsens anvendelsesområde se: *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 80, der i note 80 sandsynligvis deler synspunktet om, at bestemmelsen kan anvendes på andre krænkelser end droit-moralkrænkelser. Se også *Peter Schønning*: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, p. 674: § 83, stk. 3, gælder ikke alene ved krænkelser af ideelle rettigheder (især OL § 3), med også krænkelser af ophavsmandens m.fl. økonomiske rettigheder. Peter Schønning henviser i note 12 til *Torben Lund*: Ophavsret, p. 303 der anfører: »Der kan således gives erstatning for selve den krænkelse, der ligger i, at man uden tilladelse bemægtiger sig andres værker og udnytter dem, og for krænkelse af droit moral, selvom det kun er ideel skade der derved lides […]. Af *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg. ved *Jens Schovsbo*, p. 467 fremgår: »Reglen kan anvendelse i forbindelse med krænkelser af ophavsmandens *ideelle* ret (droit moral). Der hersker således ikke ubetinget enighed om, hvorvidt erstatning for ikke-økonomisk skade kan gives udenfor droit-moral krænkelserne«. En sådan retsstilling må dog med afgørelsen U2002.911Ø været fastslået.

kunstneriske anseelse eller egenart) give anledning til godtgørelse i medfør af bestemmelsen. Dette kan f.eks. være krænkelser af rettighedshaverens person, jf. U2002.911Ø (Mogens Palle).

I følgende afgørelser er der nedlagt påstand om erstatning for ikke-økonomisk skade, som imidlertid ikke er imødekommet:

U1994.132Ø drejede sig om kopiering af litterære tekster til brug for 80 undervisningskompendier. Sagsøger, der var en fællesorganisation, havde nedlagt påstand om erstatning samt godtgørelse for ikke-økonomisk skade i medfør af den dagældende § 56, stk. 1, 2. pkt. Sagsøger gjorde gældende, at den udviste krænkelse var af en sådan beskaffenhed, at godtgørelsen burde tilkendes, idet reglen tjener som et yderligere værn mod krænkelse af enerettigheder. Landsretten udtalte, at man ikke fandt, at de af de sagsøgte udviste forhold var af en sådan beskaffenhed, at der burde gives godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

U1997.1546V omhandler manglende indberetning af grammofonindspilninger med beskyttede værker til en fællesorganisation. Der var tale om meget omfattende indspilninger (320.000 kassettebånd), for hvilke der ikke blev foretaget indberetning. Der blev nedlagt påstand om erstatning for ikke-økonomisk skade. Sagsøger gjorde gældende, at erstatning for markedsforstyrrelser samt erstatning for ikke-økonomisk skade samlet set burde medføre et erstatningskrav af samme størrelse som de samlede unddragne beløb. Retten tillagde en skønsmæssig udmålt erstatning for markedsforstyrrelser, men anførte, at der ikke er grundlag for at tilkende godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

FED1999.502SH handler om en dyrlæge, som havde udarbejdet en artikel omkring et særligt tilskudsfoder på grundlag af et samarbejde med en dyrefoderproducent. Producenten anvendte efterfølgende artiklen i sin markedsføring. Sagsøger havde nedlagt påstand om erstatning, herunder erstatning for ikke-økonomisk skade. Retten tillagde erstatning i medfør af ophavsretslovens § 83, stk. 1, men fandt ikke, at der var grundlag for tildeling af erstatning i medfør af stk. 3. Dette blev begrundet med karakteren af parternes samarbejde samt omstændighederne ved artiklens udarbejdelse. Retten udtalte, at man ikke fandt: »[…] at sagsøger ved disse overtrædelser har lidt nogen ikke-økonomisk skade, som han kan kræve godtgjort efter ophavsretslovens § 83, stk. 3«.

I de to først citerede afgørelser, U1994.132Ø og U1997.1446V, tillægger retten ikke godtgørelse for ikke-økonomisk skade og det anføres alene, at man ikke mener, der er grundlag herfor. Der er således ikke megen hjælp at hente i præmisserne. Landsretten er dog givet i den første afgørelse af den opfattelse, at der er tale om så beskeden en krænkelse i et meget beskedent

oplag, at godtgørelsen ikke skal tilkendes. Med henvisning til denne afgørelse anfører Palle Bo Madsen at: »Heller ikke efter 1985 – hvor reglernes anvendelse principielt blev obligatorisk – er domstolene tilbøjelige til at tilkende erstatning for ikke-økonomisk skade ved *enhver* krænkelse.«[35] I den anden afgørelse, U1997.1546V fremstår det som uklart, hvorfor der ikke gives erstatning for ikke-økonomisk skade. Der var trods alt tale om ganske alvorlige krænkelser mod en samling kunstnere, der ikke havde fået vederlag for de indspilninger sagsøgte havde foretaget.

I FED1999.502SH, udtaler Sø- og Handelsretten, at sagsøger ikke har *lidt* nogen økonomisk skade, der kan begrunde en godtgørelse efter § 83, stk. 3. Dette begrundes i karakteren af parternes tidligere samarbejde.

Det kunne lede til den konklusion, at domstolene, som antaget i afhandlingen, men til trods for bestemmelsens ordlyd, stiller krav om mindst en sandsynliggørelse af, at der er lidt en ikke-økonomisk skade. En sådan konklusion kræver dog en gennemgang af de afgørelser, hvor godtgørelsen bliver tilkendt.

I afgørelsen U1996.1093V tillagdes erstatning for ikke-økonomisk skade. Sagen drejede sig om krænkelse af to figurer, Bamse og Kylling, kendt fra DR. Sagsøgerne var såvel Danmarks Radio, som havde fået ophavsrettighederne overdraget som KREA, som havde fået overdraget rettighederne til at producere dukkerne som tøjdyr. Alene kyllingefiguren ansås for krænket, og en nedlagt påstand om godtgørelse for ikke-økonomisk skade på kr. 100.000 for begge figurer blev imødekommet med kr. 20.000. Ej heller i denne afgørelse fremkom retten med noget grundlag for udmålingen i sine præmisser, men anførte blot, at der under henvisning til den skete krænkelse skulle tillægges en godtgørelse, der skønsmæssigt blev ansat til kr. 20.000.

U2001.1572V drejede sig om erstatning for oprettelse af de såkaldte »deep links« på en hjemmeside. Sagsøger nedlagde under sagen påstand om betaling af erstatning samt godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Sagsøger opgjorde sit tab til et højere beløb end den nedlagte påstand, der var nedsat af procesøkonomiske grunde. Landsretten fandt, at sagsøger havde lidt et tab af mindst den påståede størrelse og anførte, at sagsøgeren endvidere havde krav på erstatning for ikke-økonomisk skade. Landsretten anførte ingen begrundelse for, hvorfor der blev tillagt godtgørelse efter stk. 3.

Det samme var tilfældet i U2001.747H om krænkelse af Tripp Trapp-stolen, hvor den oprindelige frembringer for Højesteret nedlagde påstand om erstatning for ikke-økonomisk skade på kr. 30.000, hvilket Højesteret imødekom uden yderligere bemærkninger. Tilsvarende beløb var tilkendt rettighedshaveren i en anden sag om krænkelse af Tripp Trapp-stolen, FED1997.1362SH. Beløbet blev også i denne sag

35. Jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 81.

tillagt uden bemærkninger. Der var i denne sag nedlagt påstand om betaling af kr. 100.000 for ikke-økonomisk skade.

Afgørelsen U2002.911Ø drejede sig om en tv-station, der uberettiget havde anvendt 8 filmklip fra boksekampe. Sagsøgeren havde ikke givet tilladelse til visningen og krævede erstatning i form af et rimeligt vederlag samt godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Landsretten tiltrådte byrettens præmisser om godtgørelsen. Byretten anførte: »Under hensyn til sagsøgtes krænkelse af sagsøgernes rettigheder findes sagsøgte endvidere at skulle betale sagsøgeren en godtgørelse efter ophavsretslovens § 83, stk. 3, skønsmæssigt fastsat til 30.000 kr. Retten har ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse særligt lagt vægt på, at sagsøgte fuldt bevidst tilbageholdt sagsøgerens materiale på et tidspunkt, hvor parternes samarbejde var ophørt på grund af uoverensstemmelser, og at sagsøgtes udnyttelse af sagsøgerens materiale er sket netop i en udsendelse med en kritisk vinkel på sagsøgerens virksomhed«.

Den seneste afgørelse på området er U2005.1019V, der omhandler en krænkelse til rettighederne til et boksestævne. Sagsøger er en fællesorganisation, der på vegne en rettighedshaver anlægger erstatningssag mod en restaurationsvirksomhed, der havde vist boksestævnet på storskærm uden at betale afgift. Byretten idømmer kr. 75.000 i erstatning og finder ikke grundlag for godtgørelse efter § 83, stk. 3. Landsretten udtaler: »Erstatningen og godtgørelsen efter ophavsretslovens § 83, stk. 1 og stk. 3, findes skønsmæssigt at burde forhøjes til 100.000 kr.« Der gives ingen begrundelse for resultatet.

På baggrund af de ovenfor nævnte afgørelser forekommer det ikke åbenbart, på hvilke præmisser retten tillægger godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Der redegøres som alt overvejende hovedregel ikke for, under hvilke omstændigheder domstolene tillægger godtgørelse, og under hvilke omstændigheder godtgørelsen ikke tillægges. Det fremstår ej heller klart, hvilke elementer domstolene tager i overvejelse ved *udmålingen* af godtgørelsen. De idømte erstatningsbeløb fremstår derfor som »grebet ud af luften«. Retten anfører, i afgørelsen U2002.911Ø, ganske vist, hvilke momenter der lægges vægt på ved fastsættelse af godtgørelsens *størrelse*, men anfører strengt taget ikke med hvilken begrundelse godtgørelsen tillægges. Det må dog formodes at de nævnte momenter også har haft en vis betydning for spørgsmålet om tillæggelse af godtgørelsen.

I de nævnte afgørelser U2001.747H og U2002.911Ø er det de originære ophavsmand, der rejser krav om erstatning i medfør af § 83, stk. 3, hvilket kunne forklare, hvorfor erstatningen tillægges i disse sager. I de øvrige afgørelser, U1996.1093V, U2001.1572V og U2005.1019V er ophavsretten enten overdraget eller forvaltes en af fællesorganisation, men desuagtet

hersker dog nok ingen tvivl om, at sagsøgerne har lidt en ikke-økonomisk skade i disse afgørelser også, hvorfor forskellen på sagsøgers »karakter« sandsynligvis ikke tillægges betydning. Det er dog umiddelbart vanskeligt at se forskel på de faktiske forhold i relation til godtgørelse for ikke-økonomisk skade i afgørelserne U2001.1572V og U1997.1546V.

Palle Bo Madsen anfører, at: »Udpræget kommercielle værker uden større individuel prægning kan således næppe udløse sådan godtgørelse«.[36] Der henvises i den forbindelse til afgørelsen U1985.389H, der drejer sig om krænkelse af et realregister til en kommunal vejviser. Højesteret udtaler i sine præmisser: »Efter de 2 publikationers *karakter* findes der ikke grundlag for, ved siden af erstatning, at tilkende godtgørelse efter ophavsretslovens § 56, stk. 1, 2. pkt.« Dette synspunkt forekommer korrekt for så vidt angår den konkrete sag, og må tænkes også at være gældende for lignende produkter. Dog kan der ikke drages den konklusion, at godtgørelse for ikke-økonomisk skade alene gives til produkter af sådan »lødighed«, at frembringeren har anvendt sit hjerteblod ved frembringelsen. Også betydeligt økonomiske investeringer bør kunne betyde, at der gives erstatning i medfør af bestemmelsen.

Der kan således ikke konkluderes noget entydigt om retspraksis på dette område. Enkelte forhold som domstolene efter al sandsynlighed vil lægge vægt på, kan dog udledes.

Indledningsvist skal det fastslås, at bestemmelsen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade i retspraksis ikke opfattes som obligatorisk, således at alene det forhold, at krænkeren har udvist et retsstridigt forhold, er tilstrækkeligt til pålæg af godtgørelse. Domstolene fortolker højst sandsynligt bestemmelsen således, at der alene skal tildeles en godtgørelse i det omfang en ikke-økonomisk skade er sandsynliggjort. Skaden må heller ikke være al for bagatelagtig. Desuden kan særlige forhold bevirke, at der ikke tillægges godtgørelse. Dette kan enten være forholdet mellem parterne eller genstandens særlige karakter som meget kommerciel. Endvidere kan godtgørelse tillægges uden for krænkelser af ophavsmandens droit moral.

Godtgørelse for ikke-økonomisk skade er et af de områder, hvor domstolene har mulighed for at påvirke erstatningernes størrelse, og dermed forstærke erstatningsbestemmelsernes præventive formål. Dette er selvfølgelig under den udtrykkelige forudsætning, at der er nedlagt påstand om godtgørelse, hvilket bør tilskyndes også selvom erstatningsbeløbene ikke udmåles i rig målestok. Tilkendelse af godtgørelse for ikke-økonomisk skade er således en af de muligheder domstolene har til at sørge for, at det ophavsretlige sanktionssystem ikke understøtter udnyttelse. Som erstat-

36. Jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 81.

ningssystemet og bevisbyrdereglerne er opbygget p.t., risikerer krænkeren i mange tilfælde ikke at skulle betale mere ved at have foretaget den krænkende handling, end han skulle betale, såfremt han havde indgået en aftale om udnyttelse af den krænkende genstand.

Man kunne i den forbindelse forestille sig godtgørelsesbestemmelsen anvendt som en kompensationsregel, når det rimelige vederlag i kombination med erstatning for yderligere skade ikke i tilstrækkeligt omfang gav rettighedshaveren kompensation for sit tab. Dette er dog under den udtrykkelige forudsætning, at en ikke-økonomisk skade er lidt, hvilket må antages at være i overensstemmelse med teorien og også dele af retspraksis. Det vides ikke, om domstolene konkret anvender reglen til at løfte erstatningen, men der er intet, der tyder på, at det er tilfældet.

6. Konklusion

Ovenfor i kapitel 4 er det rimelige vederlag beskrevet ud fra en teoretisk synsvinkel. Det konkluderes i dette kapitel, at tillæggelse af et rimeligt vederlag er hovedreglen, når der skal udmåles erstatning for ophavsretlige krænkelser. Vederlagsudmålingen sker med udgangspunkt i, hvad der ville være det sædvanlige vederlag for en given udnyttelse, såfremt denne aftale var indgået på helt almindelige aftaleretlige vilkår. Ved bestemmelsens indførelse i ophavsretsloven fremgår det af bemærkningerne til lovforslaget: »Ved udtrykket »rimeligt vederlag for udnyttelsen« forstås det vederlag eller honorar, som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt udnyttelsen var sket retmæssigt, dvs. efter aftale med rettighedshaveren.«[37]

Sådanne aftaler indgås typisk som licensaftaler, hvilket også er forudsat i den nordiske patentutredning, på hvilken bestemmelsen grunder. Det følger heraf på p. 336: »Genom att utgå från att skadan modsvarer ersättning för skälig licensavgift undvikles många av de svårligheter som är förbundna med övriga beräkningsmetoder […]«.

Det konkluderes også i kapitlet, at rimeligt vederlag ikke kan udmåles efter princippet i købelovens § 5. Der kan ikke kræves mere, end hvad der ville være det sædvanlige vederlag udmålt på sædvanligt aftaleretligt grundlag og ikke udmålt som »ophavsmandens fordren«.

I nærværende kapitel er retspraksis med hjemmel i bestemmelsen undergivet en analyse og i nærværende afsnit opsummeres de væsentligste konklusioner. Disse sættes i relation til de konklusioner, som analysen af teorien omkring bestemmelsen i § 83, stk. 1 har vist.

37. Jf. FT 1994-1995, Tillæg. A, p. 1410.

Allerede afgørelsernes antal taget i betragtning kan det konkluderes, at bestemmelsen om rimeligt vederlag i dag ikke spiller hovedrollen ved erstatningsudmåling for ophavsretlige krænkelser.[38] Det er tilfældet til trods for, at bestemmelsen, jf. ordlyden af ophavsretslovens § 83, stk. 1, lovgivningsmæssigt er tiltænkt denne hovedrolle. Reelt har vederlagsbestemmelsen også den rolle i svensk retspraksis. En sådan retsstilling kræver imidlertid, at processens parter også adopterer vederlagsreglen, når sager om krænkelse indbringes for domstolene.

Det kunne der være god grund til. En analyse af retspraksis viser i store træk, at under forudsætning af velunderbyggede og dokumenterede opgørelser og oplysninger, gives der umiddelbart ophavsmanden medhold i den nedlagte påstand. Er beregningerne af det rimelige vederlag derimod udokumenterede og hviler på et for løst grundlag, må domstolene skønne over det rimelige vederlags værdi. Dette skøn falder sjældent ud til ophavsmandens ubetingede fordel.

Det ses dog ikke af den hidtil trykte retspraksis, at licensberegninger lægges til grund for udmålingen af det rimelige vederlag. Det er dog sandsynligt, at betragtningerne har haft betydning i enkelte afgørelser, f.eks. U1999.158SH (Eva Trio). Derimod ses afgørelser, der omhandler krænkelser af edb-programmer og krænkelser af musik på internettet, hvor vederlaget beregnes som gennemsnitspris på det krænkede produkt. Man lægger således sagsøgers mistede dækningsbidrag til grund for vederlagsberegningen, der derved får karakter af erstatning for afsætningstab. Her refereres især til afgørelsen U2005.60V, hvor landsretten beregner vederlaget som svarende til det gennemsnitlige dækningsbidrag for en dvd-film, i stedet for at foretage en licensberegning pr. retsstridig kopiering. Tilsvarende beregningsmetoder ses i U2001.1572V, den svenske afgørelse RH02:69, samt den i afsnit 3.3. nævnte utrykte svenske afgørelse, Mål T-3484-03, fra den svenske hovrätt. Denne vederlagsudmåling anvendes udelukkende i de tilfælde, hvor den krænkede genstand kan gøres til genstand for elektronisk reproduktion samt transmitteres elektronisk. Afgørelserne får antageligvis præjudicerende virkning på området for udmåling af vederlagskravet ved den pågældende krænkelsestype – også selvom der nedlægges påstand om et rimeligt vederlag, og retten i sine præmisser anfører, at der er tale om et rimeligt vederlag. Erstatningen har snarere karakter af erstatning for afsætningstab.

Denne udmåling er ikke begrænset til vederlaget for krænkelse af de teknisk reproducerbare værker men forekommer generelt. Det forekommer overordentligt sandsynligt, at domstolene har vanskeligt ved at slippe

38. Her bortses fra den usikkerhed der ligger i, at ikke alle afgørelser offentliggøres.

betragtningerne om bevis for det lidte tab, når det rimelige vederlag skal beregnes. Dette er i strid med bestemmelsens ordlyd, forarbejder og formål.

Som redegjort for er bestemmelsen noget mere indarbejdet i varemærkeloven og i svensk retspraksis. Det fremgår da også af de ovenstående afsnit, at udmåling af det rimelige vederlag i en del afgørelser sker ud fra licensbetragtninger. Dette er særligt tilfældet for så vidt angår de mere standardiserede krænkelser som f.eks. krænkelser af varemærkerettigheder som følge af parallelimport af medicin. På varemærkerettens område ses dog også betydelige besværligheder med udmåling af det rimelige vederlag. I enkelte tilfælde nedsættes vederlaget uden yderligere oplysninger om, hvilke kriterier der lægges til grund for rettens skønsudøvelse. I andre afgørelser foretages uomtvisteligt en tabsbaseret beregning. Disse vanskeligheder skal se i kombination med parternes problemer med at dokumentere erstatningsopgørelserne, hvorfor området bliver behæftet med betydelig retsusikkerhed.

I svensk retspraksis anvendes vederlagsreglen stort set undtagelsesfrit, når der skal beregnes erstatning for ophavsretlige krænkelser. Svensk retspraksis anvender også licensberegninger i vidt omfang, når vederlaget skal opgøres. I svensk retspraksis anvendes vederlagsreglen til fastlæggelse af erstatningen for udnyttelsen af produktet, hvorefter erstatningen suppleres med eventuelle yderligere tab i form af afsætningstab, markedsforstyrrelser og andre tab, såfremt sådanne kan dokumenteres. Bestemmelsen anvendes dermed i overensstemmelse med sin ordlyd og sit formål. Dog ses enkelte afgørelser, der, i tråd med afgørelsen U2005.60V anvender en beregning af dækningsbidraget i stedet for en licensberegning.

De svenske domstole har ikke i tilnærmelsesvis samme grad som de danske »berøringsangst« overfor udtalelser om skønsgrundlaget, herunder om fastsættelse af den relevante licensberegning. I svensk retspraksis redegøres stort set altid for de rimelighedsbetragtninger, der lægges til grund, og de konkrete afvejninger, der er foretaget når vederlaget skal udmåles. Det ville være ønskeligt om de danske domstole i højere grad redegjorde for skønsgrundlaget.

Det kan således konkluderes at, i dansk retspraksis er licensberegning ikke relevant for erstatningsudmålingen, til trods for at det fremgår tydeligt af forarbejderne til loven, at det er hovedreglen. Det må dog forventes, at retspraksis fra Sverige samt fra de tilstødende retsområder – særlig dele af varemærkeretten – vil få indflydelse på ophavsretten. Særlig vedrørende varemærkeretten skal det erindres, at den beskyttede genstand er forskellig fra den ophavsretligt beskyttede genstand. Varemærkekrænkelserne angår i vidt omfang goodwill-skader samt erstatning i forbindelse med parallelimport af medicin. Denne type afgørelser fremstår mere ste-

reotype end afgørelser i henhold til ophavsretsloven. Dog kan man finde mere ensartede krænkelsestilfælde på ophavsrettens område, når krænkelsen angår musik, film og krænkelser på internettet. Spørgsmålet for disse krænkelser er imidlertid, om retspraksis ikke vil lægge sig op ad den ovenfor nævnte afgørelse, U2005.60V og derved lægge beregningerne af det mistede dækningsbidrag til grund for udmåling af det rimelige vederlag.

I afsnit 3.1.4. gennemgås nogle afgørelser, der anvender licensbetragtninger til fastsættelse af erstatninger for ophavsretlige krænkelser, men med en lidt anderledes vinkel på licensproblematikken. I enkelte afgørelser lægges således vægt på sagsøgers oplysninger om, at man ikke ville have givet licens/tilladelse til brug til under det påstævnte beløb. Dette var f.eks. tilfældet i afgørelserne U1998.946SH og i U1998.1435Ø, hvor retten tydeligvis lægger sagsøgers oplysninger til grund. Der er intet i afgørelserne der tyder på, at man har taget stilling til, hvorledes en sædvanlig licens baseret på aftaleretlige forudsætninger ville »koste«. Det fremstår som tvivlsomt, jf. i de i afsnit 3.1.4. nævnte afgørelser, om vederlaget ville kunne fastsættes som sket, hvis beregningerne var foretaget som forudsat i ordlyden og forarbejderne til bestemmelserne om det rimelige vederlag. Det medfører, at disse afgørelser giver anledning til overvejelser om, hvorvidt domstolene reelt tillægger sagsøgerne en *overlicens*. Det er under alle omstændigheder ikke et sædvanligt udmålingsparameter, at sagsøger skal have tillagt en rimelig godtgørelse, der fremstår som det beløb, han ville sælge sin ydelse til. Afgørelserne *kunne* også fortolkes i tråd med det ovenfor i kapitel 4, afsnit 7.1.4.2. anførte om udmåling af vederlag, idet udmålingerne sker mistænkeligt meget efter principperne i købelovens § 5, nemlig efter rettighedshaverens *fordren.* Der er hverken hjemmel til udmåling af en overlicens eller til udmåling efter principperne i købelovens § 5 i ophavsretslovens § 83, stk. 1. Det kan imidlertid konstateres, at retspraksis i enkelte tilfælde desuagtet foretager udmålinger, der strengt taget ikke er hjemlet i bestemmelsen, og som *kunne* være i overensstemmelse med principperne i købelovens § 5.[39]

Vederlagsbestemmelsen anvendes stort set problemfrit i afgørelser om krænkelser af arkitekter og journalisters arbejde. På disse områder er det ofte muligt at sætte en fast pris på det lidte tab. For arkitekters arbejde vil der ofte være en takstmæssig udmåling af honoraret, og for journalisters vedkommende kan en fast pris hyppigt fastlægges. Der reguleres i udmålingerne typisk for sparede udgifter og omkostninger, særligt for arkitekters erstatningskrav. For denne type krænkelser lægger vederlagskravet sig således tæt op af afsætningstabet. Det konstateres også, at domstolene ikke pr.

39. Denne retsstilling er *de lege ferenda* sympatisk, jf. nedenfor i kapitel 9.

automatik tillægger rettighedshaveren erstatning i medfør af ophavsretslovens § 83, stk. 3 til trods for, at det netop ved krænkelser af netop disse værker ville være naturligt.

I afsnittet er samspillet mellem det rimelige vederlag og erstatning for markedsforstyrrelser og kontrolforanstaltninger endvidere belyst. Nyere retspraksis tyder på, at er bevisbyrden, for at der foreligger markedsforstyrrelser, løftet i tilstrækkelig grad, og har rettighedshaveren haft udgifter til kontrolforanstaltninger, opgøres erstatningen for den »yderligere skade« til et beløb, der tilsvarer det rimelige vederlag. Det følger dels af afgørelsen U2001.1572V (deep links) og afgørelsen U2005.60V (DivX-film). I den sidstnævnte afgørelse fremkommer landsretten i præmisserne med en udtalelse om, at det er vigtigt, at erstatning for markedsforstyrrelser og kontrolforanstaltninger fastsættes efter kriterier der er *generelt anvendelige*. I afgørelsen U1997.1546V, der behandles nedenfor i kapitel 7, fastsættes erstatningen for markedsforstyrrelser samt for udgifter til kontrolforanstaltninger til det samme beløb som erstatningen for afsætningstab. Dette forekommer ikke overraskende, idet det rimelige vederlag i såvel U2001.1572V og U2005.60V reelt udmåles som et afsætningstab.

Det følger af ophavsretslovens § 83, stk. 2, at der også kan tilkendes frembringeren et rimeligt vederlag for udnyttelsen, hvis krænkeren handlede i god tro. Der foreligger endnu ikke retspraksis, hvor bestemmelsen har fundet anvendelse. Dog er anbringender om god tro set gjort gældende i enkelte sager. Det må betragtes som en meget stor udfordring at løfte bevisbyrden for at have foretaget en krænkelse af en ophavsretligt beskyttet genstand i god tro.

I medfør af § 83, stk. 3 har en ophavsmand, fotograf eller udøvende kunstner krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade, hvis hans ret er blevet krænket ved et retsstridigt forhold. Hovedområdet for godtgørelseskravet er droit-moral krænkelser, men også krænkelse af rettighederne i henhold til § 2 kan efter omstændighederne bevirke, at der tillægges en godtgørelse efter § 83, stk. 3. Som det fremgår ovenfor i kapitel 4, afsnit 11, er bestemmelsen ifølge sin ordlyd obligatorisk. Ifølge sin tilblivelse dog alene når en ikke-økonomisk skade er lidt. Dette støttes i et vist omfang af retspraksis. Særlige forhold kan dog bevirke, at godtgørelsen ikke tillægges. Det kan være forhold af personlig art eller forhold parterne imellem. Der kan også være tale om et bagatelagtigt forhold eller en beskyttet genstand af udpræget kommerciel art. Når der tillægges godtgørelse for ikke-økonomisk skade, fremstår det ikke klart, efter hvilke præmisser *udmålingen* foretages. Der redegøres ikke for skønnet, som derfor kommer til at fremstå som vilkårligt.

Sammenfattende omkring bestemmelsen om rimeligt vederlag kan anføres at, i det (begrænsede) omfang bestemmelsen anvendes, funge-

rer den som udgangspunkt tilfredsstillende. Der hersker dog ingen tvivl om, licensbetragtninger bør inddrages i beregningsgrundlaget. Parterne må dog også gøre en tilstrækkelig indsats i de konkrete sager, såfremt erstatningsniveauet ønskes hævet. Endvidere må domstolene anvende vederlagsbestemmelsen i overensstemmelse med dens indhold og baggrund og dermed inddrage licensbetragtninger og bortse fra tabsbetragtninger ved vederlagsudmålingen. Dette fungerer tydeligvis i svensk retspraksis og i dele af retspraksis efter varemærkelovens bestemmelser. Det kunne endvidere være ønskeligt med en mere udførlig redegørelse for skønsgrundlaget.

I forbindelse med implementeringen af direktiv 2004/48/EF bevares vederlagsbestemmelsen. Direktivet lægger op til et tostrenget system, hvor der ved anvendelse af den ene »streng« gives mulighed for at kræve erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, dog således at krænkerens fortjeneste skal indgå som et aspekt ved erstatningens fastsættelse. Den anden »streng« er vederlagsmuligheden. Såfremt man vælger at implementere direktivet, med de muligheder det reelt giver for stramning af erstatningsudmålingerne, vil erstatning efter de almindelige erstatningsregler samt godtgørelse af krænkerens fortjeneste afgjort komme til at spille hovedrollen for erstatningsudmåling i endnu højere grad, end tilfældet er i dag. Vederlagsbestemmelsen kan i et sådant tilfælde forventes anvendt i tilfælde af bevisnød eller i de tilfælde, hvor krænkeren slet ikke har oppebåret nogen fortjeneste på den krænkede genstand.

Kapitel 7

Retspraksis om erstatning efter de almindelige erstatningsregler

1. Indledning

Indtil 1995 var det hovedreglen, at erstatning for ophavsretlige krænkelser blev givet med hjemmel i de almindelige erstatningsretlige regler. Som redegjort for i kapitel 4, afsnit 6.2. og 6.3. kan ophavsmanden stadig nedlægge påstand om erstatning for krænkelsen med hjemmel i de almindelige erstatningsretlige regler. Dette kan ske uden at nedlægge påstand om et rimeligt vederlag.

Som det fremgår ovenfor, er det teoretiske udgangspunkt, at bestemmelsen om rimeligt vederlag er hovedreglen, når erstatning for ophavsretlige krænkelser skal udmåles. Kan der påvises yderligere tab udover det rimelige vederlag, erstattes dette efter de almindelige erstatningsregler. I nogle afgørelser nedlægges en påstand, der følger ordlyden i bestemmelsen i § 83, stk. 1. I andre afgørelser nedlægges påstanden alene på baggrund af de almindelige erstatningsregler. Dette er – eller burde være – tilfældet i de sager, hvor de almindelige erstatningsregler giver mulighed for tilkendelse af en erstatning, der overstiger det rimelige vederlag, *og* sagsøger mener at kunne løfte bevisbyrden for sin påstand og dermed sit tab. Kan bevisbyrden ikke løftes, eller er der usikkerheder omkring dette spørgsmål, bør der nedlægges en subsidiær påstand om et rimeligt vederlag for krænkelsen. Vederlagsbestemmelsen sikrer (i teorien) ophavsmanden en minimumskompensation uden dokumentation for et lidt tab.[1]

Analysen i nærværende kapitel er også relevant for de sager, der afgøres efter reglerne om rimeligt vederlag. Analysen af hvorledes erstatningen udmåles i de enkelte tabskategorier er også anvendelig, når der nedlægges påstand om erstatning for *yderligere* skade.

Da bestemmelsen om erstatningen efter de almindelige erstatningsretlige regler ikke er af nyere dato, er der i dette kapitel mulighed for at inddrage retspraksis fra før 1995. Tidligere retspraksis har således ikke

1. Jf. kapitel 6, afsnit 3.2.

mistet sin aktualitet. Da det ophavsretlige område til stadighed er under forandring, og da reglerne – trods alt – må formodes at være under nogen påvirkning af ændringen af ophavsretsloven i 1995, medtages alene nyere retspraksis. Dette vil i praksis hovedsageligt sige afgørelser fra 1980 og frem. Det kan ikke udelukkes, at flere af de citerede afgørelser ville have fået et andet udfald, hvis der havde været truffet afgørelse efter anvendelse af vederlagsreglen. Det må faktisk fremstå som sikkert. Afgørelserne tjener desuagtet ganske udmærket som illustration af, hvorledes de enkelte poster i erstatningsopgørelserne imødekommes eller ikke imødekommes.

De erstatningsberettigede tab opdeles i 3 kategorier: Afsætningstab, tab som følge af markedsforstyrrelser og andre tab. Erstatning for det ene udelukker ikke det andet. I kapitel 4 er der redegjort for, hvorledes disse tab bør opgøres. I kapitel 4 tages der primært afsæt i teorien, hvilket indebærer analyser af bestemmelsernes ordlyd, baggrund, tilstødende retsområder og fortolkning. Ved gennemgang af retspraksis kan det således konkluderes, i hvilket omfang retspraksis er i overensstemmelse med disse analyser.

Kapitlet er mest hensigtsmæssigt opdelt således, at hver tabskategori behandles i et særskilt afsnit. Opdelingen er mest hensigtsmæssig for analyserne. Derfor forekommer det, at flere af afgørelserne figurerer i forskellige afsnit – blot belyst fra forskellige synsvinkler. Endvidere inddrages forrige kapitels afgørelser også for så vidt angår betragtninger omkring den yderligere erstatning. Kapitlet afrundes med en konklusion.

I kapitlet inddrages løbende retspraksis afsagt med hjemmel i de øvrige eneretslove. Det er i kapitel 5 fastslået, at afgørelser med hjemmel i de øvrige eneretslove kan anvendes på lige fod med de tilsvarende ophavsretlige, når bestemmelsen i § 83 skal analyseres. Såvel efter ophavsretslove som efter de øvrige eneretslov har der altid været mulighed for at påstå erstatning tillagt med hjemmel i de almindelige erstatningsretlige regler. Der er derfor ingen begrundelse for at opretholde en separat systematik som i kapitlet ovenfor. Tidsfaktoren for bestemmelsens indførelse i lovgivningen var begrundelsen for denne systematik og er ikke relevant for nærværende fremstilling.

I afsnit 5 behandles retspraksis i medfør af markedsføringslovens bestemmelser. Retspraksis i henhold til markedsføringsloven er beskrevet i et særligt afsnit. Dansk rets almindelige erstatningsregler finder anvendelse, når der skal udmåles erstatning efter markedsføringslovens § 13. En gennemgang af retspraksis kan vise, om afgørelserne også afgøres ud fra samme kriterier til trods for, at eneretslovene beskytter mod retsstridig krænkelse af et *produkt*, hvorimod markedsføringsloven beskytter imod retsstridige handlinger på *markedet*. Hvis det er tilfældet, kan konklusionerne, der kan drages på markedsføringsrettens område, anvendes på ophavsrettens.

Svensk ret er behandlet ovenfor i afsnittet om rimeligt vederlag, idet de svenske afgørelser primært afsiges under anvendelse af vederlagsreglen. Ganske vist er der også i svensk ret mulighed for at nedlægge påstand om erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Ved en gennemgang af svensk retspraksis ses, at der stort set undtagelsesvist nedlægges påstand om et rimeligt vederlag suppleret med påstand om erstatning for yderligere skade. Derfor er svensk retspraksis gennemgået udtømmende i det omfang, det har betydning for nærværende afhandling. Svensk retspraksis inddrages ved gennemgang af afgørelser afsagt efter markedsføringslovens bestemmelser. Der er heller ikke i medfør af den svenske markedsføringslov mulighed for at tilkende et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Erstatning må her kræves efter de almindelige erstatningsretlige regler. De svenske og de danske afgørelser er dermed direkte sammenlignelige, idet bestemmelsernes materielle indhold også er ens.

2. Afsætningstab

Ophavsmandens afsætningstab udgør den omsætning på salg af det beskyttede produkt, der er udeblevet på grund af den skete krænkelse.

Som redegjort for i kapitel 4 afsnit 8.1 er der alternative måder at opgøre ophavsmandens afsætningstab på. Tabet er påvirket af mange forskellige faktorer, der både relaterer sig til selve produktet, til det krænkende produkt samt til markedet som helhed.

Det konkluderes i kapitlet, at afsætningstabet mest korrekt og retvisende opgøres som ophavsmandens omsætningsreduktion i stk. multipliceret med hans fortjeneste pr. enhed. Fortjenesten opgøres som dækningsbidrag. Dog kan der være særskilte grunde til at fravige denne model og opgøre tabet på andre måder. Dette er særligt tilfældet, hvis der foreligger substitution og deraf følgende fuld markedsfortrængning, hvor der kan lægges afgørende vægt på krænkerens salg. Beregningerne, der ligger bag ophavsmandens omsætningsreduktion, er de vanskeligste at fastlægge. Det er særligt ved denne beregning, at de forskellige markedsforhold skal tages i betragtning.

Det er hensigten med dette kapitel at foretage en gennemgang af retspraksis. I forbindelse hermed konkluderes, om principperne, der er redegjort for i kapitel 4, reelt anvendes ved opgørelse af erstatningen for rettighedshaverens afsætningstab. Alene ved inddragelse af retspraksis kan opnås en fuldstændig klarlægning af retsstillingen.

Samtlige afgørelser, og dermed erstatningsudmålingerne, er naturligvis præget af, om retten finder, at den fornødne bevisbyrde for de påståede tab er løftet. Problemstillingerne kan vanskeligt adskilles, og der vil derfor i

analysen af de enkelte domme fremkomme bemærkninger om de bevismæssige problemer. De forskellige spørgsmål om bevis behandles samlet nedenfor i kapitel 8.

Dette afsnit er opdelt i nogle underafsnit kategoriseret ud fra hvilke betragtninger og beregninger ophavsmanden har opgjort sin erstatningspåstand. Ophavsmanden kan opgøre sit afsætningstab på baggrund af sin egen omsætningsnedgang eller på baggrund af krænkerens salg – eller eventuelt opgøre begge dele. Er det sidste tilfældet, er afgørelsen kategoriseret ud fra, hvilken beregning der lægges til grund i rettens præmisser.

2.1. Ophavsmandens salgsnedgang

I dette afsnit gennemgås de relevante afgørelser, hvor ophavsmanden opgør sit afsætningstab på baggrund af sin egen salgsnedgang, og hvor retten tager udgangspunkt i dette ved erstatningsudmålingen.

U1985.1087SH omhandlede krænkelse af nogle mobiler/uroer. Der blev under sagen nedlagt påstand om betaling af kr. 150.000 i erstatning for afsætningstab. Sagsøgeren oplyste under sin partsforklaring, at man havde fået annulleret en ordre fra Tyskland på 75.000 mobiler, idet kunden kunne få leveret mobilerne meget billigere et andet sted. Sagsøger havde på dette tidspunkt sat ordren i gang hos sin underleverandør. Fortjenesten på den glippede ordre ville have været kr. 2,00 pr. uro, hvorved den nedlagte påstand fremkom. Retten fandt det godtgjort, at sagsøgeren havde lidt et tab som følge af sagsøgtes markedsføring af praktisk talt identiske mobiler. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til kr. 40.000. Det skal særligt nævnes, at sagsøgeren ikke havde fremlagt nogen dokumentation for sin påstand om, at ordren blev annulleret. Sagsøgte gjorde gældende, at sagsøger ikke havde løftet sin bevisbyrde for at have lidt et tab.

Det var således ikke tilstrækkeligt i nærværende sag, at sagsøger blot oplyste om sit afsætningstab. Retten kræver uomtvisteligt yderligere dokumentation herfor. Retten lægger ganske vist til grund, at der er lidt et tab som følge af den meget nærgående plagiering, men beskærer erstatningskravet ganske betydeligt, givet på grund af manglende dokumentation.

NIR1990.269 er en sag om mønsterbeskyttelse og omhandler krænkelse af et rør, der som stander var anvendt til brug ved vejafspærringer. Sagsøgeren nedlagde påstand om erstatning på kr. 100.000. Sagsøger gjorde gældende at have mistet en omsætning på ikke under 4.000 standere, hver med et dækningsbidrag på kr. 26,00. Sø- og Handelsretten anførte om erstatningspåstanden: »Da sagsøgte ikke på sagsøgers

opfordring under sagen har givet oplysninger om salg m.v. af de omstridte standere, finder retten ikke grundlag for at tilsidesætte sagsøgers skøn over, hvilke tab der er påført ved sagsøgtes uberettigede produktion og markedsføring«. Sagsøger fik herefter fuldt medhold i den nedlagte påstand.

I denne sag lægges sagsøgers oplysninger derimod til grund for udmålingen af erstatning for afsætningstab. Præmisserne bærer dog præg af, at sagsøgte ikke har opfyldt sagsøgers provokationer under sagen, hvilket tillægges processuel skadevirkning. Da sagsøgte ikke ønsker at oplyse om sin omsætning af det krænkende produkt, lægges sagsøgers opgørelse bevismæssigt til grund. Erstatningen udmåles som rettighedshaverens mistede omsætning multipliceret med rettighedshaverens dækningsbidrag.

U1992.909SH drejede sig om et velkendt spisebord, Piet Heins superellipse, som var udsat for krænkelse. Sagsøger nedlagde en erstatningspåstand på kr. 900.000. Påstanden blev nedlagt, så den tilsvarede 1/3 af det påståede tabte dækningsbidrag ved krænkelsen. Sagsøgte ønskede ikke at oplyse størrelsen af sit salg. Sagsøgeren havde ved en revisorattesteret opgørelse oplyst, at man i perioden havde haft en salgsnedgang på 2.202 stk. borde, hvilket ville have givet et dækningsbidrag på kr. 2.430.819. Sagsøger gjorde gældende, at når der blev taget hensyn til prissvingninger, markedskonjunkturer og andre forhold, var kravet på kr. 900.000 et minimumskrav. Sagsøgte gjorde gældende, at parterne ikke solgte produkter til samme kundekreds, og at den del af sagsøgers salg, der skete til erhverv, var sagen uvedkommende. Der savnedes således et konkurrenceforhold mellem parterne. Endvidere blev den fremlagte revisorerklæring angrebet af sagsøgte, der påstod, at den indeholdt beregninger for produkter, der ikke var omfattet af det pågældende sagsanlæg. Sagsøgte fremhævede desuden det forhold, at sagsøger i en periode med lavkonjunkturer, i modsætning til alle andre møbelforhandlere, havde hævet sine priser. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at sagsøger havde lidt et tab som følge af krænkelsen og fastsatte erstatningen til kr. 300.000. Retten oplyste blot, at tabet, efter det foreliggende, fastsattes skønsmæssigt.

På baggrund af denne afgørelse ser det helt generelt vanskeligt ud for en sagsøger at dokumentere sin omsætningsnedgang. Sagsøger i denne sag opgør sit tabte dækningsbidrag til kr. 2,4 mio. og nedsætter herefter erstatningen til 900.000. Sø- og Handelsretten fastsætter en skønsmæssig erstatning til 1/3 af det påstævnte beløb uden antydning af begrundelse. Det sker til trods for, at sagsøgeren har fremlagt revisorattesteret dokumentation for sin påstand. Det blev oplyst under sagen, at markedet for møbler var let stagnerende, og at sagsøger, i modsætning til sagsøgte, havde erhvervskunder som aftagere. Det fremstår dog som tydeligt, at sagsøger selv – ved nedsættelsen af

sit opgjorte tab med 1,5 mio. kr. – har reguleret for disse forhold. Sagsøgtes anbringender har sandsynligvis i et vist omfang haft betydning. Særligt såfremt retten har vurderet, at sagsøgers revisorerklæring indeholdt andre produkter end de, der var omfattet af denne sag. Endvidere er anbringendet om sagsøgers prisstigning under lavkonjunktur sandsynligvis et stærkt argument for dels manglende dokumentation for omsætningstab, dels fravær af markedsforstyrrelser. Dette vil også fremgå nedenfor i afsnit 5.3. ved gennemgangen af afgørelsen U2004.1085H (Montana). Generelt er det yderst vanskeligt at dokumentere et afsætningstab for virksomheder i vækst, idet den af krænker tilegnede markedsandel langt fra vil fremstå overbevisende. Foreligger der endvidere prisstigninger på det krænkede produkt i krænkelsesperioden, vanskeliggøres bevismulighederne yderligere.

FED1997.1834Ø er en patentretlig sag om krænkelse af et patent til et gulvafløb. Sagsøger opgjorde sit afsætningstab til kr. 861.000 og nedlagde en erstatningspåstand på kr. 1.300.000. Afsætningstabet var opgjort som eget dækningsbidrag multipliceret med *krænkerens* salg. Sagsøgeren gjorde gældende, at da der netop var tale om krænkelsen af en patenteret genstand, måtte ethvert salg af den krænkende genstand fragå sagsøgte. Det oplyses i dommen, at der var fremlagt en række erklæringer fra sagsøgers revisor omkring beregning af sagsøgerens dækningsbidrag. Der var fremlagt et tilsvarende antal revisorerklæringer fra sagsøgtes revisor, der imødegik sagsøgerens beregninger. Landsretten fandt, at der efter de fremlagte revisorerklæringer samt de af revisorerne afgivne forklaringer forelå en sådan usikkerhed om størrelsen af sagsøgers dækningsbidrag, at erstatningsfastsættelsen skulle bero på et skøn, *hvori også indgår krænkelsens grovhed og varighed*. Erstatningen for afsætningsstab fastsattes til kr. 500.000.

Det fremgår under alle omstændigheder klart af præmisserne i denne afgørelse, at havde der ikke foreligget usikkerhed omkring opgørelsen af sagsøgers dækningsbidrag, *skulle* dette have været anvendt som parameter for udmålingen af erstatning for afsætningstab. Det kan ikke udledes af afgørelsen, om landsretten lægger afgørende vægt på krænkerens salg eller rettighedshaverens dokumenterede afsætningstab. Afgørelsen er et eksempel på, at en revisors udtalelser kan påvirke troværdigheden af en anden revisors dokumentation for den nedlagte påstand. Dommen er endvidere interessant, fordi landsretten i sine præmisser anfører, at erstatningsfastsættelsen for afsætningstab er påvirket af overtrædelsens grovhed og varighed. Udtalelser af denne karakter forekommer yderst sjældent.

Den seneste afgørelse på området er U2004.2464SH. Sagen drejede sig om krænkelse af ophavsretten til et armatur (Vola) designet af en kendt dansk arkitekt og frem-

stillet i henhold til en licensaftale mellem arkitekten og sagsøger siden 1960'erne. Parterne havde tidligere haft nogle udeståender med hinanden, og sagsøger havde i et vist omfang accepteret sagsøgtes produkter, til trods for, at ligheden med sagsøgers produkter var stor. Om de af denne sag omhandlede armaturer havde parterne afholdt et møde med henblik på en afklaring af, hvorvidt sagsøger ville modsætte sig markedsføring af disse. Sagsøger fremkom efter mødet med en indsigelse herimod. Sagsøgte fik på trods heraf sin serie mønsterregistreret. Sagsøger kunne herefter konstatere afsætningsvanskeligheder i udlandet på sine produkter. Sagsøger modtog tegningerne af sagsøgtes serie fra en kunde i Singapore, idet sagsøgte havde fået en ordre fra et stort prestigebyggeri der, som sagsøger også havde budt på. Sagsøger oplyste under sagen, at man ville have haft meget gode muligheder for at få ordren, hvis sagsøgte ikke havde afgivet tilbud med et krænkende produkt. Sagsøger oplyste, at ordren i Singapore ville have givet et dækningsbidrag på kr. 5-7 mio., og at der er meget få konkurrenter på markedet. Det amerikanske marked svigtede også, da sagsøger pga. sagsøgtes mønsterregistrering ikke kunne opnå registrering og dermed beskyttelse i USA. Sagsøger nedlagde under sagen påstand om betaling af vederlag og erstatning på kr. 1,2 mio. Sø- og Handelsretten udtalte, at sagsøger havde krav på vederlag og erstatning og fastsatte denne skønsmæssigt til kr. 250.000. Der blev lagt vægt på, at sagsøger tidligere havde accepteret nærgående produkter fra sagsøgte samt at sagsøgtes produkter endnu ikke var sat i produktion.

Det fremgår således ikke klart af rettens præmisser på hvilket grundlag erstatningen gives, samt hvorledes beløbet på kr. 250.000 fremkommer. Det er imidlertid interessant, at retten lader acceptsynspunkter påvirke erstatningsudmålingen. Det må formodes, at det forhold, at sagsøger ikke tidligere har reageret overfor sagsøgtes produktion af armaturer, der ligger tæt op ad sagsøgers og evt. var retsstridige, har haft betydning for erstatningsudmålingen. Udtalelser som denne er ikke tidligere set i retspraksis, og kan få relevans i andre tilsvarende sager. Retten lægger dog uomtvisteligt til grund, at sagsøger har lidt et tab – men kategoriserer ikke dette som hverken afsætningstab eller markedsforstyrrelser. Formodningsvist er der tale om begge dele. Til trods for at retten udtaler, at sagsøger har krav på *vederlag,* kan der næppe tillægges vederlag i denne sag, hvor sagsøgte endnu ikke har sat de pågældende produkter i produktion endsige haft nogen udnyttelse at betale vederlag af. Retten burde have anført, at sagsøgeren havde krav på *erstatning*.

Det kan på baggrund af de citerede afgørelser fastslås, at sagsøger i mange tilfælde har store bevismæssige problemer med at fastlægge størrelsen af sit afsætningstab. Det betyder i langt de fleste tilfælde, at erstatningen fastsættes skønsmæssigt, og at den nedlagte påstand nedsættes væsentligt grundet denne bevisusikkerhed.

2.2. Krænkerens salg og ophavsmandens fortjeneste

I flere afgørelser har ophavsmanden opgjort sit afsætningstab på baggrund af oplysninger om krænkerens salg. Dette salg er sat i forhold til ophavsmandens egen fortjeneste, i de fleste tilfælde opgjort som dækningsbidrag pr. genstand, hvorved erstatningspåstanden fremkommer.

Som introduceret ovenfor i kapitel 4, afsnit 8.1.1.2. bør der i tilfælde af substitution og deraf følgende markedsfortrængning være mulighed for, at krænkerens salg tillægges vægt ved udmåling af rettighedshaverens afsætningstab. Omvendt er der i afsnittet også fremsat en formodning om, at i tilfælde hvor der ikke foreligger substitution, men dog markeds-fortrængning i et vist omfang, skal rettighedshaverens egen omsætningsnedgang lægges til grund for erstatningsopgørelsen. Det undersøges i dette afsnit, hvorvidt denne formodning kan bekræftes af retspraksis.

U1983.976Ø omhandler kopiering, salg og udlejning af videofilm. Der blev nedlagt en erstatningspåstand på kr. 2.950.000. Sagsøger beregnede sin erstatningspåstand med udgangspunkt i, at der eksisterede 3.000 kopiprodukter på markedet, der hidrørte fra sagsøgte. Antallet var forsigtigt sat. Sagsøger, en fællesorganisation, oplyste at have rettighederne til 75 % af disse film. Sagsøger opgjorde sit dækningsbidrag som gennemsnitsudlejningsprisen på kr. 1.000 pr. film med fradrag af de direkte produktionsomkostninger på kr. 200. Sagsøger beregnede sit direkte tab til kr. 1.950.000. Endvidere påstod sagsøger sig tillagt erstatning for markedsforstyrrelser for forringelse af filmenes nyhedsværdi og sagsøgers renommé, da de udlejede film var af meget dårlig kvalitet. Beløbet for disse krænkelser fastsatte sagsøgeren til 1 mio. eller ca. kr. 4.000 pr. krænket titel. Sagsøgte gjorde gældende, at der ikke var lidt et tab i det påståede omfang, og at sagsøgers afsætningstab var opgjort til for højt et beløb. Sagsøgte gjorde også gældende, at sagsøger alene havde rettighederne over 25 % af de kopierede originaltitler. Retten lagde til grund, at sagsøger havde lidt et tab og anførte, at: »Sagsøgerne må antages at have været udsat for en aktuel omsætningsnedgang nogenlunde svarende til sagsøgtes ulovlige virksomhed«. Retten skønnede imidlertid, at sagsøgte alene havde afsat 2.000 ulovlige produkter, og at tabet kunne opgøres som kr. 500 pr. kassette. Afsætningstabet blev herefter fastsat til kr. 1.000.000. Der blev desuden givet erstatning for markedsforstyrrelser grundet sagsøgers fremtidige sandsynlige afsætningstab. Dette beløb udmåltes skønsmæssigt til kr. 200.000. Den samlede erstatning blev således kr. 1.200.000.

Retten accepterer således i denne sag at tage udgangspunkt i sagsøgtes stykvise salg. Det skyldes sandsynligvis, at der foreligger direkte kopiering. Retten lægger således til grund, at sagsøgtes omsætning tilsvarer sagsøgers omsætningsnedgang, hvilket vil sige, at der foreligger substitution. Dette

er tilfældet til trods for, at de kopierede film er af dårligere kvalitet end originalerne. Erstatningen bliver nok af denne grund nedsat. Dette skyldes sandsynligvis også, at sagsøgers tab ikke fremstår som særlig velunderbygget. Retten skønner derved over såvel antal krænkede kassetter som sagsøgers afsætningstab. Dette er begge oplysninger, som sagsøger kunne have dokumenteret. I mangel på tilfredsstillende dokumentation vil retten være mere lydhør overfor sagsøgtes indsigelser mod erstatningsopgørelsen. Desuagtet støtter afgørelsen synspunktet om, at omfanget af krænkerens retsstridige adfærd tillægges betydning, når afsætningstabet skal fastlægges i situationer, hvor der foreligger substitution. I sagen her havde rettighedshaveren blot ikke ført tilstrækkeligt bevis for sin principale påstand.

I afgørelsen U1994.671H blev der nedlagt påstand om erstatning for krænkelse af rettighederne til en hvilestol. Sagen vedrørte en markedsføringsretlig krænkelse og behandles også nedenfor i afsnit 5. Interessant i nærværende sammenhæng er imidlertid, at Sø- og Handelsretten i sine præmisser udtalte: »Det er herved taget i betragtning, at sagsøgte må antages at have indvundet en ikke ubetydelig fortjeneste ved sit retsstridige salg […]«. Højesteret anførte blot, at den skønsmæssige erstatningsudmåling Sø- og Handelsretten havde foretaget kunne tiltrædes.

Afgørelsen U1996.1093V omhandler krænkelse af Kyllingefiguren kendt fra TV. Der blev under sagen nedlagt en påstand om erstatning på kr. 550.000. Erstatningspåstanden omfattede dog også erstatning for krænkelse af Bamsefiguren. Denne figur blev imidlertid ikke anset som beskyttet af ophavsretsloven. Det interessante i denne sammenhæng er imidlertid landsrettens præmisser, hvor der udtaltes: »Henset til det oplyste om omfanget af salget af indstævntes kyllingedukker B og kyllingehånddukker D findes det tilstrækkeligt sandsynliggjort, at Krea A/S, som forklaret af Jens Agerbeck, alene har haft begrænsede muligheder for at sælge sine kyllingedukker, og at Krea A/S som følge heraf er gået glip af en væsentlig, overskudsgivende omsætning«. Der oplyses ikke yderligere i domsreferatet omkring afsætningstabet eller omfanget af sagsøgtes salg af kyllingedukker. Der tilkendtes en skønsmæssig ansat erstatning på kr. 100.000. Erstatningen må afgjort basere sig på oplysningerne omkring sagsøgtes salg fremkommet under sagens foretagelse i retten.

FED1997.192V er i tråd med afgørelsen U1983.976Ø. FED1997.192V omhandlede ligeledes ulovlig kopiering af videofilm. Sagsøger, en videogramdistributør, nedlagde påstand om erstatning beregnet ud fra antallet af ulovlige videogrammer (290) ganget med sit eget dækningsbidrag, som blev opgjort til kr. 500,00. Der blev endvidere gjort gældende, at sagsøger var berettiget til erstatning som følge af markedsforstyrrelser. Beløbet blev opgjort som 25 % af den påståede erstatning. Det endelige opgjorte erstatningskrav androg således kr. 181.250, men blev af procesøkonomiske

> årsager nedsat til kr. 100.000. Synspunktet blev imødekommet i byretten, der dog fratrak et beløb, fordi nogle af filmene var af ældre dato. Landsretten nedsatte erstatningen med den begrundelse, at den krænkende forretning ikke havde været i gang særlig længe, før forbudet blev nedlagt. Denne betragtning er sandsynligvis udtryk for, at sagsøger har beregnet erstatning for tabt dækningsbidrag for højt, og at markedsforstyrrelserne ikke ansås for omfattende. Afgørelsen kan sandsynligvis tages til indtægt for, at sagsøgtes salg tillægges nogen betydning.[2]

I disse afgørelser er der stor sandsynlighed for, at retten har lagt vægt på krænkerens salg, uden at det klart fremgår, hvorledes oplysningerne herom har påvirket erstatningsudmålingen. I samtlige sager foreligger substitution, men omfanget heraf fremstår ikke klart. Endvidere er prisdifferencerne ikke belyst.

> FED1997.1362SH omhandlede krænkelse af Tripp Trapp-stolen. Sagsøger nedlagde påstand om erstatning udmålt som et rimeligt vederlag samt erstatning for yderligere skade opgjort som erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelser. Erstatningspåstanden udgjorde kr. 1.440.200. Sø- og Handelsretten tog ikke stilling til vederlagspåstanden. Sagsøger udformede sin erstatningspåstand med udgangspunkt i sit eget dækningsbidrag. Dette blev opgjort til kr. 379. Sagsøger gjorde gældende, at sagsøgte havde solgt 3.400 stole og gjorde gældende, at dette måtte lægges til grund, da sagsøgte ikke ved revisorerklæring kunne dokumentere sin omsætning. Der herskede under sagen bevismæssige problemer omkring dette salg, da sagsøgte påstod, at et stort antal stole var returnerede til producenten. Sagsøger gjorde gældende, at der forelå markedsfortrængning og substitution og oplyste at have haft kapacitet til at sælge samtlige stole, hvorfor der ikke skulle reduceres i erstatningsbeløbet. Endvidere gjorde sagsøgerne gældende at være berettiget til et rimeligt vederlag for udnyttelsen, og at den sædvanlige royalty udgjorde 12 % af salgssummen. Sagsøger krævede endvidere erstatning for markedsforstyrrelser. Sø- og Handelsretten fremkom med nogle yderst interessante bemærkninger i sin begrundelse: »[…] efter de fremlagte fakturaer er det ubestridt, at der er solgt 715 stk. […]. Uanset den betydelige prisforskel der var mellem de to produkter, må det efter oplysningerne om sagsøgers markedsposition antages, at sagsøgerens salg er blevet formindsket med et næsten tilsvarende antal, som sagsøgte har solgt. Da sagsøgtes salg af stole til en betydelig mindre pris har medført konkret forvekslelighed samt – under hensyn til sagsøgerens særlige stilling på markedet – generelt må antages at have medført en markedsforstyrrelse, findes sagsøger tillige at have krav på et betydeligt beløb for den yderligere skade, som overtrædelsen har medført. Det samlede beløb for tabt indtjening og markedsforstyrrelser fastsættes herefter skønsmæssigt til 500.000 kr.«

2. I afgørelsen U1991.216/1H nås så vidt ses samme resultat.

> I 2001 blev der afsagt endnu en afgørelse om krænkelse af Tripp Trapp-stolen, U2001.747H. I denne sag havde sagsøgeren nedlagt påstand om erstatning af afsætningstab stort kr. 2.214.000. Der blev desuden nedlagt påstand om betaling af kr. 400.000 i erstatning for markedsforstyrrelser og kr. 186.000 for ikke-økonomisk skade. Afsætningstabet blev beregnet som sagsøgers dækningsbidrag pr. stol kr. 369,00 multipliceret med antal solgte stk. af den krænkede stol, opgjort til 6.000, hvoraf 1.021 var solgt i Danmark og resten i udlandet. Sagsøger gjorde også i denne sag fuld markedsfortrængning og substitution gældende. Landsretten frifandt sagsøgte for sagsøgers krav, idet man ikke fandt, at sagsøgte havde krænket sagsøgers ophavsret. Højesteret dømte for ophavsretskrænkelse og skulle således tage stilling til erstatningsproblematikken. Højesteret udtalte ret klart om beregningen af erstatningen: »Den erstatning, der herefter skal fastsættes efter ophavsretslovens § 83, stk. 1, omfatter for det første tabt fortjeneste, der fastsættes på grundlag af et ubestridt gennemsnitligt dækningsbidrag på 369 kr. pr. stk. og en anslået mistet afsætning, navnlig på det danske marked. Erstatningen omfatter endvidere generel markedsforstyrrelse. Den samlede erstatning fastsættes skønsmæssigt til kr. 500.000 […]«.

Afgørelsen FED1997.1362SH er særlig bemærkelsesværdig, idet retten, til trods for store forskelle i prisniveau, antager, at der foreligger substitution. Det forekommer utvivlsomt, at afsætningstabet beregnes med udgangspunkt i rettighedshaverens dækningsbidrag og krænkerens salg. I afgørelsen ses ikke direkte, at prisdifferentieringen, der fremstår som betydelig, tillægges nogen særlig vægt. Omvendt anvendes det forhold, at krænkerens stol er væsentligt billigere end originalstolen, som et argument for at »hæve« erstatningen for markedsforstyrrelser.

Samme konklusion kan ikke udledes helt så klart af den anden afgørelse om krænkelse af Tripp Trapp-stolen, U2001.747H. Højesteret udmåler erstatningen for afsætningstab og markedsforstyrrelse skønsmæssigt. Højesteret fastslår dog, at der fastlægges en anslået mistet afsætning, primært på det danske marked, men henviser ikke direkte til sagsøgtes afsætning på det danske marked, der udgjorde 1021 stole. Det forekommer dog meget sandsynligt, at Højesteret har skelet til dette salg ved fastlæggelse af erstatningen, uden at det dog lægges klart til grund, jf. også udsagnet om, at det er sagsøgers mistede afsætning, der skal anslås.

Det findes dog, at disse afgørelser med rimelig sikkerhed understøtter antagelsen om, at krænkerens salg lægges til grund i ikke ubetydeligt omfang, når afsætningstabet skal fastlægges i de sager, hvor der foreligger substitution.

U1998.941SH omhandlede krænkelse af en holder til en opvaskebørste og en karklud (StandArt). Afgørelsen er omtalt ovenfor i kapitel 6, afsnit 3.1.1., da den primært vedrører spørgsmålet om et rimeligt vederlag for krænkelsen. Dog udtalte retten om erstatningspåstanden: »Efter salgs- og avanceoplysningen samt efter en vurdering af mulighederne for, at sagsøgtes produkt kan substituere sagsøgerens, finder retten, at der ikke er grundlag for at fastsætte sagsøgerens krav på vederlag og erstatning til et mindre beløb end kr. 300.000«.

Afgørelsen støtter således også synspunktet.

På baggrund af disse afgørelser kan det lægges til grund, at retten ikke er så afvisende overfor udkommet af krænkerens salg som tidligere, når rettighedshaverens afsætningstab skal opgøres. Disse afgørelser støtter alle synspunktet om, at krænkerens fortjeneste kan tillægges vægt, når rettighedshaverens afsætningstab skal beregnes. Der er i samtlige sager tale om substitution af betydeligt omfang mellem det krænkende produkt og originalproduktet.

Foreligger substitution *må* krænkerens salg i vidt omfang *i praksis* ækvivalere rettighedshaverens mistede omsætning. Årsagen til, at det er vigtigt at fastslå, om retspraksis bekræfter den opstillede tese er, dels en fastlæggelse af principperne for erstatningsudmåling, der har manglet længe, dels at det har stor bevismæssig betydning. Det er alt andet lige noget lettere at løfte bevisbyrden for omfanget af krænkerens salg end for rettighedshaverens potentielle salg uden det krænkende produkts tilstedeværelse på markedet. Erstatningsniveauet bliver givet højere, såfremt krænkerens salg lægges til grund for erstatningsopgørelsen – under alle omstændigheder i de mange tilfælde, hvor rettighedshaverens bevis ikke er sikkert.

Som redegjort for i kapitel 4, afsnit 8.1.1.2. betyder det forhold, at der er tale om en slavisk kopi, ikke altid, at der foreligger substitution. Det er tilfældet, hvor kopiproduktet er af væsentlig ringere kvalitet, men kan også være tilfældet, hvis der eksisterer utallige produkter på markedet, der alle påvirker konkurrencen.

Afgørelsen i NIR1996.335 tjener som et eksempel på begge dele. I afgørelsen lagde landsretten ikke til grund, at der forelå markedsfortrængning i nævneværdig grad, til trods for at man fandt, at der forelå en slavisk kopi. Dette skyldtes dels oplysningerne om markedsforholdene, idet der fandtes andre cykellygter på markedet, hvis salg i teorien også kunne påvirke sagsøgers salg, dels oplysninger om kopiproduktets kvalitet.

Afgørelsen handlede om import af en cykellygte, der krænkede en eksisterende cykellygte. Sagsøger nedlagde påstand om erstatning på kr. 550.000. Sagsøgte havde importeret 60–70.000 cykellygter. Sagsøger havde beregnet sin påstand med udgangspunkt i dette tal samt sit eget dækningsbidrag. Landsretten lagde til grund, at der forelå en slavisk efterligning af sagsøgers produkt, og at markedsføringen af kopiproduktet havde bevirket en salgsnedgang i sagsøgers produkt. Dog anførte landsretten i sin begrundelse, at der herskede uvished vedrørende spørgsmålet om, i hvilket omfang sagsøgerens afsætning var påvirket af andre cykellygtefabrikanter, og det ikke uden videre kunne lægges til grund, at sagsøgerens tal kunne sættes direkte i relation til at antallet af solgte kopiprodukter. Erstatningen udmåltes skønsmæssigt til kr. 100.000.

I afgørelsen om krænkelse af Mag-Lite lygten, U2000.212SH, blev der ved fastsættelse af erstatningen ej heller taget hensyn til, hvor mange lygter krænkeren havde afsat. Sagsøgeren opgjorde sin erstatningspåstand med udgangspunkt i krænkerens salg og sit eget dækningsbidrag. Retten udtalte, at da salgskanalerne var meget forskellige, kunne det ikke lægges til grund, at der havde fundet en markedsfortrængning sted i samme omfang som salget (fortrængning en til en). Retten lagde endvidere vægt på, at der var kvalitetsmæssig forskel på produkterne, og at der måtte antages at være en række forbrugere, der ikke ville købe kopiproduktet.

I medfør af disse afgørelser er der ingen holdepunkter for at fastslå, at krænkerens salg har betydning for erstatningsudmålingen. Der foreligger således ikke altid substitution og markedsfortrængning i omfattende udstrækning, selv om der er tale om meget nærgående kopi. Som det fremgår af afgørelserne, har efterligningens pris og kvalitet afgjort også betydning – ligeså har markedsforholdene, herunder det forhold, at der findes andre tilsvarende produkter på markedet, som kan påvirke rettighedshaverens omsætning i negativ retning. Afgørelserne underbygger således synspunktet om, at der ved markedsfortrængning, uden for tilfælde af substitution, lægges vægt på rettighedshaverens mistede omsætning og *ikke* på krænkerens salg.

På baggrund heraf kan det således konstateres, at domstolene er villige til at tage hensyn til krænkerens salg, når rettighedshaverens afsætningstab skal opgøres. Dette gælder i de tilfælde, hvor der foreligger substitution af det beskyttede produkt. Af afgørelsen FED1997.1362SH følger, at prisdifferentieringen ikke spiller nogen væsentlig rolle. Afgørelsen *kan* dog på dette punkt være begrundet i produktets meget betydelige markedsdominans, som der henvises til to gange i præmisserne. Der bør retligt tages hensyn til, at en lavere pris på kopiproduktet kan tilskynde til mersalg.

2.3. Krænkerens fortjeneste

Som tidligere nævnt er det det absolutte teoretiske udgangspunkt, at erstatning *ikke* udmåles med udgangspunkt i krænkerens fortjeneste.

Dette følger også af to afgørelser fra varemærkerettens område, U1974.787SH om en varemærkekrænkelse af et whiskymærke og U1981.115H om en krænkelse af et ugeblads registrerede varemærke. I begge sager nedlagde sagsøger påstand om erstatning beregnet ud fra den krænkende parts fortjeneste på det produkt, hvorpå der skete anvendelse af det retsstridige varemærke. I ingen af afgørelserne blev der lagt vægt på synspunktet. I afgørelsen U1981.115H udtalte Højesteret, at sagsøgtes oplagstal ikke kunne danne grundlag for erstatningsfastsættelsen.

> U1979.248/2Ø drejede sig om krænkelse af en messinglysestage formgivet af Bjørn Wiinblad. Sagsøger nedlagde påstand om betaling af kr. 100.000 i erstatning. Sagsøgte oplyste under sagen, at man havde solgt 572 stk. med en avance på kr. 50 pr. stage. Sagsøgeren kunne ikke dokumentere en omsætningsnedgang på sin originale stage. Sagsøgeren gjorde gældende, at erstatningen måtte fastsættes skønsmæssigt, men under ingen omstændigheder lavere end kr. 28.000, hvilket beløb svarede til *sagsøgtes* fortjeneste. Landsretten fastsatte erstatning og godtgørelse til kr. 30.000 uden yderligere bemærkninger, end at beløbet var fastsat skønsmæssigt.

Resultatet af denne afgørelse antyder, at sagsøgte tilpligtes at fralægge sig et beløb, der svarer til sagsøgtes fortjeneste på de omhandlede krænkende produkter. Der var tale om et gentagelsestilfælde, og retten anfører ikke, hvilke »tabsposter« beløbet dækker over. Ikke desto mindre er erstatningsbeløbet og sagsøgtes fortjeneste på det krænkende produkt sammenfaldende. Afgørelsen støtter dog nok mere tesen om, at krænkelsens karakter kan have betydning for erstatningsfastsættelsen, end den kan tages til udtryk for, at krænkerens fortjeneste tillægges betydning. Det er under alle omstændigheder den eneste trykte afgørelse, hvor synspunktet eventuelt imødekommes.

3. Markedsforstyrrelse

Som det fremgår af kapitel 4, afsnit 8.1.2. vedrører erstatning for markedsforstyrrelser ophavsmandens mere udefinerbare tab som følge af det krænkede produkts tilstedeværelse på markedet. Markedsforstyrrelser udgør skader på ophavsmandens renommé og goodwill, og erstatningen retter sig således mod et fremtidigt afsætningstab. Dette afsætningstab kan

være på det krænkede produkt, men kan i teorien også tænkes at være på andre af rettighedshaverens markedsførte produkter. Det kan være vanskeligt for ophavsmanden at løfte bevisbyrden for, at han har lidt skader af en sådan karakter. Der hersker imidlertid ingen tvivl om, at skaderne kan være invaliderende for ophavsmanden, også i en tidshorisont der rækker ud over konflikten med krænkeren. Den økonomiske konsekvens af en markedsforstyrrelse er yderst vanskelig at prisfastsætte for såvel ophavsmanden som retten, og må nødvendigvis være underlagt et skøn. Som det vil fremgå af gennemgangen af retspraksis, er det vanskeligt at udlede af begrundelserne fra domstolene, hvilke momenter der vægtes ved erstatningsfastlæggelsen – og dermed vægtes ved skønsudøvelsen. Den samlede analyse giver dog med sikkerhed ét resultat, nemlig at den nedlagte påstand om erstatning for markedsforstyrrelser bliver nedsat. Fastsættes erstatningen for krænkelsen som et samlet beløb, er det selvfølgelig vanskeligt at se, hvor stort et beløb, der vurderes at være tab som følge af markedsforstyrrelser.

I afgørelsen om Mag-Litelygten, U2000.212SH, opgjordes erstatningen for markedsforstyrrelser separat.[3] Der var i sagen tale om en slavisk kopi. Sagsøger opgjorde sit eget afsætningstab som antallet af sagsøgtes solgte lygter multipliceret med sit eget dækningsbidrag. Hertil lagde sagsøger et tilsvarende beløb i erstatning for markedsforstyrrelser, således at den samlede erstatningspåstand lød på kr. 300.000. Retten lagde til grund, at der ikke betingelsesløst var tale om salg til samme kundegruppe, og at der derfor ikke forelå substitution. Dette skyldes, at den originale lygte solgtes til en forholdsvis høj pris og var at betragte som et højt profileret produkt. Retten lagde ikke sagsøgers oplysninger om sit dækningsbidrag til grund, da dette fremstod som udokumenteret. Erstatningen for markedsfortrængning blev skønsmæssigt fastsat til kr. 50.000 og for markedsforstyrrelser til kr. 25.000.

U2002.612SH drejede sig om en krænkelse af varemærket til den amerikanske øl Budweiser. Sagsøger opgjorde erstatning udmålt som både et rimeligt vederlag for udnyttelse af varemærket samt erstatning for markedsforstyrrelser til i alt kr. 500.000. Retten lagde til grund, at der ikke forelå en markedsfortrængning ved sagsøgtes uberettigede anvendelse af varemærket, men at anvendelse af mærket var sket bevidst og under sagsøgtes forståelse af, at dette ville skabe en konflikt med sagsøger. Derfor måtte der foreligge en vis markedsforstyrrelse, og retten fastsatte den samlede erstatning til kr. 200.000.

U2002.875SH omhandlede anbringelse af originalkunstneres navne på et musikcover, indeholdende numre med referencekunstnere. Sagsøger nedlagde påstand om

3. Nærmere om afgørelsen ovenfor i kapitel 4, afsnit 8.1.1.1. og 8.1.2.

betaling af kr. 150.000 opgjort som kr. 25.000 pr. fonogram. Sagsøger kunne ikke godtgøre sit tab. Retten anførte, at der ikke var dokumenteret eller sandsynliggjort et tab af en bestemt størrelse, hvorfor erstatningen for markedsforstyrrelsen sammenlagt blev fastsat til kr. 20.000.

U2003.1020H omhandlede en varemærkekrænkelse til et kaffefilter.[4] Sagsøgeren havde nedlagt påstand om betaling af kr. 949.779 i markedsforstyrrelser. Højesteret lagde dog til grund, at der alene havde fundet en krænkelse på internettet sted ved at bruge sagsøgers varemærke som søgeord. Højesteret udmålte erstatningen herfor til kr. 100.000. Højesteret fremkom ikke med yderligere bemærkninger til erstatningsopgørelsen.

Som det fremgår, findes der alene få afgørelser, hvor retten opgør erstatning for markedsforstyrrelser til et separat beløb og altså prisfastsætter tabet. Som det også fremgår, fremkommer domstolene ikke med noget beregningsgrundlag for opgørelsen og anfører kun meget summariske begrundelser for, hvorfor erstatningen tillægges – men ikke hvordan beregningen sker. I en enkelt sag U2002.212SH (Mag-Lite) fremsatte Sø- og Handelsretten udtalelser i retning af, at produktet ikke solgtes til samme kundegruppe og ad samme salgskanaler og i en anden U2002.612SH (Budwiser), at der forelå bevidst udnyttelse, dog blev erstatningskravet alligevel nedsat.

Der findes også en del afgørelser, hvor der tillægges erstatning for markedsforstyrrelser, men hvor denne del af erstatningen ikke lader sig selvstændigt identificere, fordi erstatningen fastsættes som et samlet beløb. Dette er tilfældet i følgende afgørelser: U2001.1572V (Deep Links), U2001.747H (Tripp Trapp), U2000.1838SH (Alcantara), U1999.158SH (Eva Trio – markedsforstyrrelsen antages ikke at have været af længere varighed) og U1998.1385/2SH (Von Scholten), hvor retten dog udtaler, at man finder, at krænkelsen har skadet sagsøgers markedsføring (for nogle turistrejser), men at det ved den nærmere bedømmelse af krænkelsens grovhed og omfang må tages i betragtning, at sagsøger har udvist en vis passivitet. Retten fastsætter erstatning til et samlet beløb efter et skøn over markedsforstyrrelsens omfang og karakter.

Som det også kan bemærkes, er der tale om forholdsvis nye afgørelser. I medfør af tidligere retspraksis på området var tilkendelse af erstatning for markedsforstyrrelser stort set ikke-eksisterende. Til trods for at det stadig er vanskeligt at få tilkendt erstatning for markedsforstyrrelser, kan det konkluderes, at det måske er blevet lettere, men at domstolene under

4. Nærmere om afgørelsen ovenfor kapitel 4, afsnit 5.2., og afsnit 3.2.

alle omstædigheder kræver, at der foreligger en dokumentation, der i det mindste sandsynliggør forholdene. Bevisproblemerne er således tydeligvis akilleshælen i markedsforstyrrelsesproblematikken og sikkert årsagen til, at stort set samtlige erstatningskrav nedsættes. Det kan være vanskeligt at løse disse problemer, da domstolene sjældent udtaler sig om bevisbedømmelsen ud over helt summariske betragtninger. Parterne må derfor fremlægge beviser i så omfattende og underbygget grad som muligt.[5]

Et andet problem er domstolenes redegørelse for skønsgrundlaget. Hvad enten erstatningsbeløbet udmåles som en samlet sum indeholdende erstatning for markedsforstyrrelser, eller erstatningen for markedsforstyrrelsen opgøres særskilt, er det yderst vanskeligt at definere, hvorledes det pågældende beløb er fremkommet, og hvilke momenter der har ligget til grund for udmålingen. Det skal naturligvis – og hævet over enhver tvivl – accepteres, at erstatningen fastsættes skønsmæssigt, men det er uacceptabelt, at skøns-grundlaget i mange tilfælde stort set er uoplyst.[6]

I følgende sager blev der ikke givet erstatning for markedsforstyrrelse til trods for nedlagt påstand herom: U1998.946 (WWF), da krænkelsen ikke havde medført markedsforstyrrelser eller interne tab, U2003.1343 (Tomater), da der ikke var bevis for tab og U2000.2359Ø (Tango Jalousie), ingen nærmere begrundelse.[7]

> I en utrykt afgørelse fra Sø- og Handelsretten, nr. V-0075-97, afsagt den 11. juni 1999 fremkom retten dog med nogle interessante betragtninger omkring markedsforstyrrelser. Sagen drejede sig om krænkelse af et varemærke til tøj ved ulovlig parallelimport. Om markedsforstyrrelsen udtalte Sø- og Handelsretten: »Ved at lade sagsøgernes produkter sælge gennem en forhandler, der udbyder produkterne på samme forretningssted som varer af helt andre kategorier og uden den service og det varekendskab, der er en sædvanlig del ved køb af mærkevarer, har sagsøgte medvirket til en markedsforstyrrelse og dermed påført sagsøgerne risiko for en udvanding af varemærket.«

Afgørelsen viser således, at salg af det originale produkt gennem andre kanaler kan medføre, at der gives erstatning for markedsforstyrrelser.

5. Se herom nærmere nedenfor i kapitel 8.
6. Om kritik af skønsudøvelsen for så vist angår erstatningsberegning i kontraktsforhold, se *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold p. 50 ff.
7. Opregningen er ikke udtømmende.

4. Andre tab

Ved siden af erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelser er det muligt at få erstattet andre tab i krænkelsens anledning. Ved »andre tab« forstås primært omkostninger ved at påvise krænkelsen. Det kan også være omkostninger i forbindelse med en forudgående forbudssag. Omkostninger til syn og skøn under en retssag vil typisk blive dækket gennem domstolenes almindelige omkostningsafgørelser. Ofte bliver de interne tab dækket af en samlet skønsmæssig fastsat erstatning.

Det skulle være muligt at opnå dækning for såvel interne som eksterne tab. Interne tab kan f.eks. være yderligere lønomkostninger som følge af krænkelsen. Eksterne tab er udgifter til fremmed assistance i forbindelse med krænkelsens påvisning, men kan også være øgede udgifter til annoncering eller markedsføring på grund af krænkelsen.

I enkelte afgørelser opgøres beløbene separat. Det var f.eks. tilfældet i NJA 1986 p. 702 og U1997.1546V.

> Afgørelsen U1997.1546V drejede sig om indrapportering af vederlag for udnyttelse af beskyttede musiknumre. Landsretten lagde vægt på, at sagsøger kun vanskeligt, og under anvendelse af store ressourcer, kunne foretage kontrol af indberetningerne. Derfor blev sagsøger tilkendt erstatning for udgifter til kontrol med, om de vederlagspligtige opfyldte deres forpligtelser. Landsretten udtalte, at der ikke var grund til at tilsidesætte sagsøgerens oplysninger om udgifter hertil. Landsretten tillagde hermed sagsøgeren lige så meget i erstatning for kontroludgifter som i erstatning for det lidte tab.

> I afgørelsen FED1997.1834Ø blev interne tab samt omkostninger til patentkyndig bistand og advokatbistand opgjort til kr. 235.374. Det oplystes, at sagsøgeren havde fremlagt fakturaer på det pågældende beløb. Sagsøgeren anførte under sagen, at sagsøgte havde forsøgt at hindre sagsøgerens ret ved ubegrundet af føre sag med Patentdirektoratet og Patentankenævnet, hvorfor det havde været nødvendigt for sagsøgeren at antage sagkyndig bistand. Hertil anførte landsretten, at: »Når der henses til patentsagens indenretlige forløb, findes sagsøgte tillige at burde godtgøre sagsøgeren en del af de udgifter til patentagent, som har været nødvendig i forbindelse med udarbejdelsen af spørgsmålene til skønsmanden. Det samlede beløb [inkl. udgifter til syn og skøn] fastsættes herefter til kr. 100.000.«

Østre Landsret anerkender således alene omkostninger, der har været afholdt som led i det konkrete sagsforløb. Det vil sige udgifter til syn og skøn samt assistance fra en patentagent til udformning af spørgsmålene til syns- og skønsmanden. Udgifter, der har været afholdt til sagens førelse i

de administrative ankenævn, accepteres således ikke. Sagsøger skal således selv bære advokatomkostninger samt omkostninger i forbindelse med sagens førelse igennem det patentretlige system.

> I afgørelsen U2005.1393/2V imødekommes sagsøgers påstand om erstatning for omkostningerne i forbindelse med fogedsagens bevissikringsundersøgelse med kr. 27.762,50.

> En anden afgørelse på området er U2005.60V. Denne sag omhandlede vederlag og erstatning for ulovlig kopiering af film fra internettet. Vestre Landsret udtalte i præmisserne omkring erstatning for andre tab: »Det må antages, at en ulovlig kopiering af film som den foreliggende har påført appellanterne yderligere skade i form af udgifter til kontrol mv. […] Vurderingen må ske i lyset af, at krænkelsesformerne til stadighed kan ændre sig, og at kontrolforanstaltninger også derfor kan være bekostelige […].« Sagsøgte idømtes et samlet beløb for markedsforstyrrelser og kontrolforanstaltninger, der tilsvarede det rimelige vederlag.

I denne sag tilkendes erstatning for markedsforstyrrelser og kontrolforanstaltninger som et samlet beløb, og fordelingen fremgår ikke af præmisserne. Dog skal landsretten tages til indtægt for udtalelsen om, at kontrolforanstaltningerne kan være bekostelige, al den stund at krænkelsesformerne ændrer sig.

Forskellen på afgørelserne er således, at i Vestre Landsrets afgørelse er der tale om erstatning for udgifter til fakta- og bevisindsamling forud for den konkrete retssag, medens der i Østre Landsrets afgørelse er tale om udgifter forbundet med en anden sag, der, ganske vist om det samme spørgsmål, har verseret i det administrative patentretlige system. Udgifter forbundet med behandling i administrative instanser erstattes ikke under retssagen.

4.1. Samspillet mellem erstatning for andre tab og markedsforstyrrelser

Det følger af den ovennævnte afgørelse fra Vestre Landsret, men også af andre afgørelser, f.eks. U2001.1572V, at erstatningen for markedsforstyrrelser og kontrolforanstaltninger opgøres til beløb svarende til det rimelige vederlag. Disse afgørelser vil sandsynligvis være retningsgivende for erstatningsudmåling i hvert fald i visse sagstyper. Når krænkelsen drejer sig om retsstridig adfærd i relation til de teknisk reproducerbare værkstyper, vil der ofte være bekostelige kontrolforanstaltninger, da disse skal følge med den teknologiske udvikling. I disse sagstyper må udmålingen af erstatning for kontrolforanstaltninger og markedsforstyrrelser formod-

ningsvist ske som i de ovennævnte sager, dvs. med samme beløb som det rimelige vederlag. Det må forventes, at denne retsstilling også vil være gældende, såfremt rettighedshaveren har nedlagt påstand om erstatning for afsætningstab i stedet for det rimelige vederlag. Dette underbygges af afgørelsen U1997.1546V, hvor erstatning for kontrolforanstaltninger samt markedsforstyrrelser fastsættes til et beløb svarende til afsætningstabet.[8]

Som fremhævet ovenfor i kapitel 6, afsnit 3.1.1, får det vederlag rettighedshaveren tilkendes karakter af erstatning for afsætningstab. Man beregner dækningsbidraget på den krænkede genstand og sætter antallet af krænkende genstande i relation hertil. Denne erstatningsopgørelsesmetode svarer ganske nøje til opgørelsen af afsætningstab i de tilfælde, hvor der er høj grad af markedsfortrængning, jf. ovenfor afsnit 2.2. Derfor er det ikke afgørende, om rettighedshaveren nedlægger påstand om et rimeligt vederlag eller erstatning for sit afsætningstab i forbindelse med denne problemstilling, nemlig udmåling af erstatning for andre tab samt markedsforstyrrelser.

Der er ikke p.t. afsagt afgørelser, for så vidt angår andre værkstyper, hvor denne erstatningsudmåling har fundet sted. Det må dog anses for sandsynligt, at det kan ske, navnlig under henvisning til Vestre Landsrets bemærkninger om den generelle anvendelighed af principperne. Dog er det under det naturlige forbehold, at den fornødne bevisbyrde for tabenes tilstedeværelse og omfang er løftet.

5. Markedsføringsloven

I dette kapitel er ovenfor redegjort for retspraksis for erstatningsudmåling – primært i medfør af ophavsretsloven. Der er endvidere inddraget enkelte afgørelser fra varemærkeretten.

I nærværende afsnit omhandles afgørelser afsagt med hjemmel i markedsføringsloven. Dommene omhandler alle produktefterligninger. Produktefterligningssagerne er sammenlignelige med afgørelser på ophavsretsområdet, hvor der er nedlagt erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Det er karakteristisk for mange af afgørelserne i henhold til markedsføringsloven, at der er nedlagt en principal påstand om en eneretskrænkelse og en subsidiær påstand om overtrædelse af markedsføringsloven. Af retspraksis følger, at erstatningspåstanden tages under påkendelse og udmåles uden hensyn til, om krænkelsen kvalificeres under en af eneretslovene eller under markedsføringslovens bestemmelser.

8. Mere om afgørelsen se kapitel 4, afsnit 8.1.3. og afsnit 11 samt kapitel 6 afsnit 5 og 6.

I afgørelserne citeret i dette afsnit er krænkeren blevet dømt for overtrædelse af markedsføringslovens § 1. Krænkeren har således foretaget handlinger, der strider imod god markedsføringsskik. Handlingerne kan være mange og forskelligartede, men angår primært sager om produktion, salg og markedsføring af produkter, der fremtræder som plagiater af andre produkter.[9] Der foreligger oftest produkter, der ikke nyder beskyttelse efter ophavsretsloven. Rettighedshaveren kan dog positivt have valgt at anlægge sagen efter bestemmelserne i markedsføringsloven.[10] Der ses også afgørelser, hvor domstolene dømmer både for krænkelse af ophavsretsloven og markedsføringsloven. Dette var f.eks. tilfældet i afgørelsen U1992.909SH, hvor der forelå en ophavsretlig krænkelse af et bord designet af Piet Hein, og hvor retten endvidere fandt, at sagsøgte har handlet i strid med god markedsføringsskik. Det tilsvarende var tilfældet i afgørelsen U1985.1087SH, der omhandler efterligning af nogle mobiler til ophæng. Der kan, som nævnt, ikke påvises nogen synlig betydning heraf for erstatningsudmålingen.

Ophavsretsloven har en begrænset beskyttelsestid på 70 år efter ophavsmandens dødsår. Såfremt det beskyttede produkt stadig er i produktion på tidspunktet for ophavsmandens død, nyder produktet markedsføringsretlig beskyttelse. Dette er ikke aktuelt for mange produkter, men kan tænkes for f.eks. smykker, designermøbler, porcelæn o. lign.

For at nyde beskyttelse efter markedsføringsloven kræves ikke at produktet opfylder ophavsretslovens krav om originalitet, men dog at det har en vis kommerciel adskillelsesevne.[11] Det kræves, at der foreligger en væsentlig lighed med originalproduktet. Kravet ligger tæt op ad en slavisk efterligning og er således ikke lempeligt. Krænkelsesbedømmelsen tager udgangspunkt i en helhedsbedømmelse. Visse enkeltmomenter, der tillægges vægt ved denne vurdering, kan være ens udseende, risiko for forveksling og tilstræbt lighed.[12]

Det kan drøftes, hvorvidt ansvarsgrundlaget er forsæt eller grov uagtsomhed. Såfremt det lægges til grund, at krænkelseskriteriet er »tilstræbt lighed«, er ansvarsgrundlaget forsæt. Det kan dog ikke udelukkes, at groft uagtsomme forhold kan kvalificeres under markedsføringslovens bestem-

9. Om beskyttelse efter markedsføringslovens bestemmelser se kapitel 5, afsnit 3.
10. Dette var f.eks. tilfældet i afgørelsen U2004.1085H om krænkelse af Montana-reolen. Der er i en tidligere afgørelse U1992.34SH taget stilling til, om Montana-reolen var omfattet af ophavsretslovens § 2. Se nærmere om afgørelsen U2004.1085H nedenfor.
11. Jf. kapitel 5, afsnit 2.
12. Det er ikke hensigten på dette sted at give en udtømmende analyse af kravene til beskyttelse efter markedsføringsloven. Se om dette f.eks. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 2, 4. udgave p., 242 ff. og *Erling Borcher og Frank Bøggild*: Markedsføringsloven p. 81 ff.

melser.[13] Det følger heraf naturligt, at der ikke foreligger en krænkelse, såfremt der er handlet i god tro eller alene simpelt uagtsomt.

Krav om tilstedeværelse af et ansvarsgrundlag skal selvfølgelig ses i sammenhæng med produktets fremtoning. Foreligger en fuldstændig slavisk kopi, kan det være vanskeligt at føre bevis for god tro. Endvidere er *forhandlere* også markedsføringsretligt pålagt en undersøgelsespligt, hvilket betyder, at manglende kendskab til markedet ikke disculperer.[14] For *frembringere* foreligger der ikke generelt en undersøgelsespligt, men manglende undersøgelse kan i den konkrete situation tillægges betydning for vurdering af ansvarsgrundlaget.

I de næste afsnit vil det fremgå, om retspraksis på erstatningsområdet i henhold til markedsføringsloven for produktefterligninger svarer til retspraksis i henhold til ophavsretsloven. Afsnittet er opbygget med samme systematik som afsnittet om ophavsretlige krænkelser, dog således, at de få betragtninger, der kan gøres om erstatning i henhold til krænkerens fortjeneste i afgørelser efter markedsføringsloven, løbende er inddraget.

5.1. Afsætningstab

5.1.1. Rettighedshaverens salgsnedgang

I afgørelserne behandlet i dette afsnit har rettighedshaveren enten opgjort sit tab med udgangspunkt i sin egen salgsnedgang, eller domstolene har lagt denne betragtning til grund ved erstatningsudmålingen.[15]

> Afgørelsen U1981.46H drejede sig om affaldsposer designet til at passe ind i et særligt stativ. Sagsøgte markedsførte plastikposer, der kunne passe ind i det samme stativ som sagsøgerens poser. Sagsøger nedlagde for Højesteret påstand om erstatning på kr. 145.000, som var beregnet ud fra sagsøgers påståede afsætningstab. Afsætningstabet blev af sagsøgers revisor beregnet som sagsøgers salgsnedgang, og blev sat i forhold til sagsøgers dækningsbidrag. Højesteret fastsatte erstatningen skønsmæssigt til kr. 40.000 uden yderligere bemærkninger, end at begrundelsen for erstatningen lå i det for Højesteret oplyste. Der forelå i denne sag slavisk kopiering og substitution i et vist omfang, dog således at sagsøger opgjorde sin salgsnedgang til 93.619 pakninger, medens sagsøgtes salg blev opgjort til 65.000 pakninger.

13. Jf. *Erling Borcher og Frank Bøggild*: Markedsføringsloven p. 86 med henvisning til afgørelsen U1979.603SH.
14. Jf. også *Erling Borcher og Frank Bøggild*: Markedsføringsloven p. 86.
15. Jf. kapitel 4, afsnit 8.1.1.

Sagsøger oplyste i denne sag sin bruttofortjeneste til kr. 1,61 og sin nettofortjeneste til ca. kr. 0,80. Det kan derfor ikke afvises, at Højesteret i denne sag i et vist omfang lægger vægt på sagsøgtes salg og lægger de 65.000 pakninger til grund frem for det af sagsøgeren oplyste. Under alle omstændigheder fremstår baggrunden for den udmålte erstatning fuldstændig uoplyst, og afgørelser som denne forbedrer ikke gennemsigtigheden på området.

> U1988.775SH omhandlede en ulovlig efterligning af en striktrøje. Der blev nedlagt påstand om erstatning på kr. 200.000, idet sagsøger gjorde gældende, at hans erstatning skulle sættes i relation til sagsøgtes salg samt eget dækningsbidrag. Sagsøgtes salg androg 2500 trøjer. Sagsøger gjorde gældende, at sagsøger ville have solgt et tilsvarende antal trøjer – altså fuld markedsfortrængning samt at der forelå substitution. Sagsøger beregnede derfor sit direkte afsætningstab til kr. 320.000. Sagsøger gjorde også gældende, at sagsøgtes avance på trøjerne ville være ca. kr. 210.000, hvorfor erstatningspåstanden også af denne grund var rimelig. Sø- og Handelsretten udtalte klart i præmisserne: »Retten finder ikke grundlag for at bestride sagsøgers vurdering af, at deres trøjer herefter ikke, eller kun meget vanskeligt, ville kunne sælges. Sagsøgte har derfor i hvert fald indirekte fortrængt sagsøger fra deres marked. Ved bedømmelse af, hvilket tab sagsøger har lidt derved, er det afgørende, hvad sagsøger yderligere kunne have solgt og tjent ved sådant salg. [...] Under hensyn til, *at* sagsøgers dækningsbidrag pr. trøje var 128 kr., at der var tale om modevarer med en usikker levetid, at sagsøgtes købere kun i meget begrænset omfang må antages også at være kunder hos sagsøger, og *at* sagsøger hurtigt efter markedsførte sin trøje i farvevarianter, findes det tab sagsøgte skal erstatte skønsmæssigt at kunne ansættes til kr. 50.000.«

Sø- og Handelsretten udtaler således, at der har foreligget markedsfortrængning i et ikke ubetydeligt omfang, men nedsætter desuagtet sagsøgers erstatningskrav. Det skyldes særlige og konkret begrundede forhold, herunder forskellig kundekreds og sagsøgers forholdsvis høje dækningsbidrag. Endvidere er denne sag et eksempel på, at der foreligger markedsfortrængning af et produkt, der prismæssigt ligger meget lavere end originalproduktet. Dækningsbidraget tilsvarede stort set sagsøgtes pris en detail. Sø- og Handelsretten lægger – uden at ryste på hånden – til grund, at erstatningen for afsætningstab skal opgøres efter oplysninger om sagsøgers mistede salg. Afgørelsen støtter således antagelsen om, at der skal foreligge substitution, såfremt krænkerens salg skal tillægges betydning ved fastlæggelse af afsætningstabet. Til trods for, at rettighedshaveren ikke havde mulighed for at afsætte sit produkt, forelå ikke substitution. Produkterne blev solgt til forskellige kundegrupper, ad forskellige salgskanaler

og til vidt forskellig pris. Sagen er et typisk eksempel på en billigere plagiering, der fortrænger det originale produkt fra markedet uden der foreligger substitution.

U1991.10H handlede om et agentforhold omkring salg af reoler. Efter samarbejdets ophør rettede agenten henvendelse til en anden fabrikant og anmodede om at få produceret identiske reoler til salg i Nordamerika. Sagsøgte nedlagde påstand om dækning af sit tab, idet han måtte nedsætte priserne på 8 reoler. Højesteret imødekom dette synspunkt, og erstatningen blev fastsat på baggrund heraf til kr. 250.000.

U1991.335H omhandlede markedsføring af en messinglampe, der ikke blev fundet beskyttet af ophavsretsloven, men beskyttet mod efterligninger i medfør af markedsføringsloven. Sagsøger opgjorde sit tab beregnet på et gennemsnitligt salg i en årrække på 260 stk. og et dækningsbidrag på kr. 65,00 pr. stk. Der blev nedlagt påstand om betaling af kr. 24.310. Salget var faldende efter krænkerens produkt blev lanceret. Der blev givet kr. 20.000 i skønsmæssig fastsat erstatning, hvorfor erstatningsfastsættelse i henhold til sagsøgers tabte omsætning blev imødekommet.

U1994.671/2H omhandlede markedsføring af en svensk produceret hvilestol i Danmark. Producenten indgik en eneforhandlingsaftale med en møbelkæde og måtte derfor afvise en anden interesseret forhandler. Denne fremstillede så herefter en lignende stol, som blev solgt til en væsentlig lavere pris. Dette indebar en overtrædelse af markedsføringslovens § 1. Der blev under sagen nedlagt påstand om erstatning på kr. 1.586.677. Sagsøger oplyste i sagen, at salget af den originale stol gik i stå ved lanceringen, indtil man havde foranlediget en prisnedsættelse. Erstatningskravet blev opgjort som værdien af sagsøgers prisnedsættelse (kr. 933.000), ekstra udgifter til annoncer (90.000) samt møbelhusets tab ved prisnedsættelsen (kr. 580.000). Sø- og Handelsretten anførte i sine præmisser, at erstatningsopgørelsen ikke umiddelbart kunne lægges til grund: »[…] da der stedse vil være forbundet usikkerhed med opnåelige omsætningstab og omfanget af en nødvendig prisnedsættelse«. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til kr. 600.000, idet retten udtalte: »Der er herved taget i betragtning, at sagsøgte må antages at have indvundet en ikke ubetydelig fortjeneste ved sit retsstridige salg […]«. Højesteret stadfæstede afgørelsen i henhold til grundene.

I U1999.1061SH blev et fransk tappesystem til brug for fadøl udsat for en efterligning, hvis lancering på det danske marked stred mod markedsføringsloven. Sagsøger opgjorde sin mistede forventede bruttoavance og fremlagde en meget grundig revisorerklæring med udregningerne. Sagsøger beregnede sin normalomsætning før og efter lanceringen af kopiproduktet og beregnede sit mistede dækningsbidrag. Sagsøgers danske importørs dækningsbidrag blev opgjort som forventet avance fratrukket den realiserede omsætning. Sø- og Handelsretten tiltrådte i det væsentlige sagsø-

gers erstatningsopgørelse, men fratrak 1/3 der vedrørte dækningsbidrag på hanerne. Importørens erstatningskrav blev imødekommet fuldt ud.

Det følger af de ovenfor gennemgåede afgørelser at, i det omfang sagsøger kan dokumentere en omsætningsnedgang, bliver denne opgørelse imødekommet, med mindre der foreligger omstændigheder, der gør denne beregning usikker. I U1994.671/2H udgjorde en stor del af den nedlagte erstatningspåstand erstatning for prisnedsættelser. Sø- og Handelsretten giver i den forbindelse udtryk for, at en sådan opgørelse er behæftet med betydelig usikkerhed. Såvel værdien af prisnedsættelsen, som selve opgørelsen af salgets omfang er usikre, hvorfor der sker en nedsættelse af det påståede tab.

I de afgørelser, der vedrører ophavsretlige krænkelser, har sagsøger i mange tilfælde store bevisvanskeligheder og kan ikke på overbevisende måde fastlægge omfanget af sit hypotetisk mistede salg.[16] I sagerne bedømt efter markedsføringslovens regler fremstår kravene til bevisførelsen knap så strenge. Det kan under alle omstændigheder konstateres, at domstolene i højere grad imødekommer sagsøgers krav, når sagen afgøres efter markedsføringslovens bestemmelser. Det er vanskeligt nøjagtig at fastslå, hvorfor der måske hersker denne forskel i praksis. Vurderingerne, der ligger til grund for erstatningsudmålingerne, burde principielt være de samme.

5.1.2. Krænkerens salg og rettighedshaverens fortjeneste

I nærværende afsnit gennemgås de afgørelser, hvor rettighedshaverens erstatningsopgørelse baserer sig på krænkerens salg, eller hvor retten lægger disse forhold til grund ved erstatningsudmålingen. Som introduceret ovenfor i kapitel 4, afsnit 8.1.1.2. bør der i tilfælde af substitution være mulighed for, at krænkerens salg tillægges vægt ved udmåling af rettighedshaverens afsætningstab. Det er i denne forbindelse vigtigt at være opmærksom på, at det naturligvis afhænger af den nedlagte påstand og indholdet af rettighedshaverens erstatningsopgørelse.

At det krænkende produkt stort set fremstår som en slavisk kopi, er et krav, såfremt handlingen skal stride mod generalklausulen i markedsføringslovens § 1. Derfor opstår spørgsmålet, om der altid foreligger substitution ved krænkelser, der falder ind under markedsføringslovens anvendelsesområde. Det vil nok hyppigere være tilfældet end for krænkelser, der sanktioneres efter ophavsretsloven. Ophavsretsloven opererer med lempeligere kriterier for efterligningens nærhed. Der er dog adskillige tilfælde, hvor der ikke foreligger substitution, selvom der foreligger en

16. Jf. ovenfor afsnit 2.1.

meget nærgående kopiering. Det kan være såfremt originalproduktet er et meget stærkt varemærke, afsætning sker ad forskellige salgskanaler og til forskellige kundegrupper, ligesom prisen for og kvalitet af det retsstridige produkt i sig selv kan betyde, at der ikke forligger substitution.

Foreligger markedsfortrængning og substitution, bør krænkerens salg kunne lægges til grund for udmålingen af den krænkedes afsætningstab.

U1982.590H omhandlede en uberettiget markedsføring af et slankemiddel, idet navnet var forveksleligt med et andet slankemiddel. Sagsøger nedlagde under sagen påstand om erstatning på 1 mio., idet man gjorde gældende, at erstatningen skulle opgøres som sagsøgtes salg sat i forhold til sagsøgers fortjeneste på kr. 7 pr. glas. Landsretten nedsatte erstatningen til kr. 100.000 med bemærkninger om, at erstatningen skulle fastsættes ud fra forskellige forhold, som bl.a. var omfanget af sagsøgtes salg, andre konkurrerende produkter på markedet og sagsøgers fortjeneste pr. enhed. Højesteret nedsatte erstatningen til kr. 60.000 i henhold til grundene.

Til trods for umiddelbar forvekslelighed af produkterne blev sagsøgtes salg ikke lagt til grund for erstatningsudmålingen, idet andre forhold spillede en betydelig rolle. Landsretten udtaler dog, at sagsøgtes salg skulle indgå som et af flere parametre ved erstatningsfastsættelsen og er dermed ikke helt afvisende for at lade forholdet have betydning.

U1988.570SH, drejede sig om en producent, der opsagde samarbejdet med en agent. Agenten havde solgt møbler på det amerikanske marked. Agenten begyndte herefter at sælge møbler fra en anden producent, der stort set var identiske med sagsøgerens. I tilgift havde han givet dem samme varenumre. Producentens salg var stagnerende i krænkelsesperioden. Producenten nedlagde påstand om erstatning på kr. 550.000. Beløbet udgjorde producentens mistede nettofortjeneste i perioden. Sagsøger havde beregnet sit erstatningskrav ud fra sagsøgtes salg, idet det blev gjort gældende, at sagsøgtes kunder ville have handlet med sagsøger, hvis sagsøgtes markedsføring ikke var sket. Sø- og Handelsretten udtalte om erstatningen: »Efter sagsøgers opsigelse af kontrakten, kunne sagsøgte i kundekredsen, hvor sagsøgtes sælgere var godt indarbejdet, have solgt andre reolsystemer, der ikke krænkede sagsøgers rettigheder. Under hensyntagen hertil, og til, at sagsøgers salg i den følgende tid ikke faldt, kan det ikke lægges til grund, at sagsøger på grund af sagsøgtes uberettigede handlemåde har mistet et møbelsalg, der var lige så stort, som sagsøgtes salg af Marimøblerne. Sagsøgtes tab findes skønsmæssigt at kunne fastsættes til 300.000 kr.«

I denne sag anlægger Sø- og Handelsretten det synspunkt, at krænkeren *kunne* have solgt andre reoler, der ikke var retsstridige.[17] Det betyder, at den nedlagte erstatningspåstand nedsættes, idet retten ved udmålingen af erstatningen tager hensyn til, at sagsøgte ved en hypotetisk ikke-retsstridig handling *kunne* have påført sagsøgeren konkurrence ved markedsføring af et produkt, der ikke medførte en overtrædelse af markedsføringslovens bestemmelser.[18] Dette synspunkt er tidligere kritiseret og forekommer ikke åbenbart overbevisende. Når der rent konkret foreligger en retsstridig adfærd, må retten forholde sig til det konkrete tab, der er lidt, og ikke til hvilket tab der *kunne* være lidt, såfremt sagsøgeren var påført lovlig konkurrence af et helt andet og ikke-eksisterende hypotetisk produkt. Retten lægger dog også vægt på, at sagsøgerens salg ikke faldt i perioden, men alene var stagnerende. Afgørelsen støtter også hypotesen om, at det er vanskeligt på fyldestgørende facon at dokumentere et afsætningstab for virksomheder i vækst. Retten udtaler endvidere klart, at det er rettighedshaverens mistede omsætning, der udgør udgangspunktet for erstatningsfastlæggelsen.

> U2001.1006/2H vedrørte en producent af farehytter (til grise), hvis produkt blev udsat for plagiering. Der forelå slavisk kopiering, og sagsøgtes salg blev oplyst til 194 hytter. Sagsøger opgjorde sit erstatningskrav på kr. 410.000 på baggrund af sagsøgtes salg og sit eget dækningsbidrag på kr. 1.855,92. Dette gav et samlet erstatningskrav på kr. 360.000. Der blev desuden medtaget et krav på kr. 50.000 til retablering af markedet. Højesteret udtalte om erstatningskravet: »Under den betydelige usikkerhed, der er knyttet til opgørelsen af tabet, fastsættes erstatningen skønsmæssigt til 75.000 kr.«

I denne afgørelse tager Højesteret afstand fra at lægge oplysninger om krænkerens salg til grund. Der foreligger slavisk kopiering, men nok ikke substitution. Sagsøger oplyste at have mistet markedsandele i det område, hvor sagsøgte solgte sine produkter. Det har muligvis været en del af overvejelserne i Højesteret, at sagsøgte er en landsbysmed med en mindre forretning og ikke har udvist uagtsomhed af særlig grov karakter. Sø- og Handelsretten havde frifundet sagsøgte med den begrundelse, at han var i god tro.

---

17. Denne argumentation for nedsættelse af afsætningstabet er også set i andre afgørelser, f.eks. NIR1995.332 og U2003.1020H.
18. *Peter Møgelvang-Hansen og Thomas Riis* giver også i: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser i festskrift til Bernhard Gomard, p. 185, udtryk for at krænkerens mulighed for at udbyde produkter, der kunne have skabt legitim konkurrence, påvirker rettighedshaverens afsætningstab i negativ retning. Forfatterne tager ikke stilling til denne retsstilling.

I en utrykt Sø- og Handelsretsafgørelse nr. 54/01 af 21. august 2002 gjorde sagsøger ligeledes markedsfortrængning og substitution gældende. Sagen drejede sig om krænkelse af et stykke overtøj. Efter sagsøgers opfattelse kunne sagsøger have solgt 2300 ekstra af den krænkede jakke, såfremt plagiatet ikke var blevet markedsført. Dette beløb blev multipliceret med sagsøgers dækningsbidrag, hvorved erstatningspåstanden for afsætningstab fremkom. Situationen var imidlertid således, at jakkerne ikke blev solgt på samme tid, og at det krænkende produkt derfor alene kunne bevirke, at opfølgeren til den krænkede jakke blev påført konkurrence. Derfor lagde retten alene en mindre omsætningsnedgang til grund. Retten lægger således uomtvisteligt sagsøgers egen omsætningsnedgang til grund for erstatningsudmålingen.

U2003.694SH drejede sig om markedsføring af en knop, der anvendes som greb på møbler. En konkurrent på markedet fabrikerede en slavisk kopi af denne møbelknop. Der blev nedlagt en påstand om betaling af kr. 550.000 i erstatning for overtrædelse af markedsføringsloven. Sagsøger fremlagde en erklæring fra sin revisor, hvorefter sagsøgers dækningsbidrag var opgjort til kr. 2,90 pr. stk. Sagsøgtes salg blev opgjort til 274.930 stk. Erstatningskravet blev således opgjort til kr. 797.297, men blev reduceret til kr. 550.000. Sagsøger nedlagde subsidiære påstande baseret på et lavere dækningsbidrag samt lavere produktionsomkostninger. Sagsøgte havde alene leveret møbelknopper til sagsøgers samarbejdspartner, der således ikke havde lagt ordrer hos sagsøger for denne mængde. Retten lagde til grund, at sagsøgers mistede salg androg ca. 275.000 møbelknopper, og at dette beløb skulle sættes i relation til sagsøgers dækningsbidrag. Det henstod dog som usikkert, om sagsøger ville kunne have opretholdt sin udsalgspris, ligesom der var andre markedsforhold, der henstod som lidt usikre. Erstatningen blev skønsmæssig fastsat til kr. 400.000.

Denne afgørelse viser, at domstolene ikke er helt uvillige til at lægge sagsøgtes salg til grund for opgørelse af sagsøgerens afsætningstab. I denne sag forelå utvivlsomt substitution. Retten lægger også det af sagsøgte solgte antal møbelknopper til grund og nedsætter erstatningen på basis af usikkerhed omkring sagsøgers dækningsbidragsopgørelse samt et eventuelt svigtende marked.

På baggrund af de analyserede afgørelser kan det lægges til grund, at der også i sager, der afgøres efter markedsføringslovens bestemmelser, er mulighed for at lægge krænkerens salg til grund for opgørelsen af rettighedshaverens afsætningstab, når der foreligger substitution. Det følger af afgørelsen U2003.694SH.

I modsætning til sagerne, der afgøres efter ophavsretslovens bestemmelser, skal der imidlertid ikke mange usikkerhedsmomenter til, før erstatningen nedsættes og krænkerens fulde salg ikke anvendes i beregningen. Det er tilfældet, også selvom der er formodning for, at der foreligger

substitution, jf. f.eks. U1988.570SH, U2001.1006H og Sø- og Handelsretsafgørelsen, nr. 54/01 af 21. august 2002. Det er primært usikkerheder omkring de markedsmæssige forhold, herunder f.eks. tilstedeværelsen af andre konkurrerende produkter på markedet, der bevirker, at erstatningen nedsættes.

Afgørelserne på dette område er måske præget af, at der ikke foreligger krænkelse af en eneret, men alene krænkelse af en markedsposition. Der kræves derfor sandsynligvis et noget stærkere bevis for substitution samt et stabilt og gennemskueligt marked, for at krænkerens salg kan lægges til grund for opgørelsen af rettighedshaverens afsætningstab. Domstolene tillægger dog utvivlsomt argumentet betydelig vægt, men nedsætter desuagtet ofte erstatningen på grund af tvivl omkring de markedsmæssige forhold.

5.2. Markedsforstyrrelser

Som for de ophavsretlige krænkelser er erstatning for markedsforstyrrelser et vanskeligt område at analysere, idet der i mange tilfælde slet ikke tilkendes erstatning for markedsforstyrrelser. I det omfang der pålægges erstatning som følge af markedsforstyrrelser, er erstatningsudmålingen svært gennemskuelig.[19]

U1995.1/2H omhandlede en markedsføringskrænkelse ved markedsføring af et reolsystem, der skulle erstatte den oprindelige rettighedshavers reolsystem hos en af vedkommendes kunder. Sø- og Handelsretten udtalte om erstatningsspørgsmålet: »[...] må sagsøgte anses for erstatningsansvarlig overfor sagsøgeren for det tab, denne må antages at have lidt ved sagsøgtes handlemåde. Tabet må ansættes skønsmæssigt, således at hensyn tages på den ene side til den markedsforstyrrelse, som sagsøgtes uretmæssige adfærd utvivlsomt har medført […].« Højesteret stadfæstede dommen i henhold til grundene.

U1995.92SH drejede sig om en krænkelse af Legos produkter. Der blev nedlagt en påstand om betaling af kr. 500.000. Erstatningen blev nedlagt skønsmæssigt og skulle dække afsætningstab og markedsforstyrrelser. Sø- og Handelsretten udtalte: »Der er ikke for retten fremlagt nogle oplysninger, der giver grundlag for med nogen sikkerhed at danne sig en mening om, hvorvidt Lego har lidt et tab som følge af […]'s markedsføring, eller i bekræftende fald, hvilket størrelse dette tab måtte have. Legos erstatningspåstand tages derfor ikke til følge.«

19. Af lidt ældre afgørelser på området kan nævnes U1983.1074H og U191.510SH.

I U2001.2387SH forelå en krænkelse af et tekstildesign. Det blev antaget, at designet nød beskyttelse mod direkte kopiering en vis periode efter afslutningen af markedsforstyrrelsen. Det blev lagt til grund, at sagsøger ikke kunne dokumentere et tab, men det blev antaget, at kopiproduktet havde påført designeren af originalproduktet en markedsforstyrrelse, som blev skønsmæssigt fastsat til kr. 30.000. Dette blev givet efter forklaringer om kundernes reaktion samt skade på rettighedshaverens renommé. Sø- og Handelsretten fremkom ikke med yderligere bemærkninger om skønsgrundlaget.

Det må således i lighed med det ovenfor anført, lægges til grund, at erstatning for markedsforstyrrelser er vanskelige at håndtere for domstolene. Parterne har ligeledes problemer med at prisfastsætte og sandsynliggøre omfanget af markedsforstyrrelsen. At erstatningen skal fastsættes skønsmæssigt er indlysende, men det er knap så indlysende, hvilket grundlag retten anvender for sit skøn. Det fremgår ikke af nogle af de citerede afgørelser. Der fremkommer ej heller bemærkninger om, hvorledes erstatningsbeløbet udmåles, herunder hvilke faktorer der tillægges vægt. Krænkelsens grovhed kan dog antages at være et moment, der tillægges betydning, hvilket f.eks. ses af afgørelserne U1995.1/2H og U2001.2387SH.

5.3. Licensbetragtninger?

Der er i medfør af bestemmelsen i markedsføringslovens § 13, stk. 2 ikke adgang til at kræve et rimeligt vederlag for udnyttelsen, når der foreligger en handling, der er i strid med markedsføringsloven. Man kunne imidlertid spørge, om der alligevel kunne være grundlag for at udmåle erstatning som et rimeligt vederlag på baggrund af licensbetragtninger, når der foreligger en produktefterligning, der sanktioneres efter markedsføringslovens bestemmelser. Der hersker ikke tvivl om, at skulle vederlagsreglen være den bærende erstatningsregel, som den – principielt – er i eneretslovene, ville det kræve en ændring af bestemmelsen i markedsføringslovens § 13, stk. 2. De bevismæssige vanskeligheder for en ophavsmand og for en frembringer, der støtter sin ret på markedsføringslovens bestemmelser, er de samme. Man kunne måske med fordel indføre bestemmelsen om det rimelige vederlag i markedsføringslovens erstatningsbestemmelse, idet vederlagsreglen jo kan finde anvendelse, uden den krænkede har dokumenteret eller påvist et tab. Direkte hjemmel til indrømmelse af et vederlag savnes.

Vederlagssynspunktet blev gjort gældende i en af de senest trykte afgørelser om overtrædelse af markedsføringslovens § 1 vedrørende produktefterligninger.[20] Rettighedshaveren gjorde gældende, at det forhold, at

20. Afgørelsen er kommenteret af *Hanne Kirk Deichmann*, NIR2004.485.

der ikke er hjemmel til et rimeligt vederlag i markedsføringsloven, ikke udelukker, at man i tilfælde af erstatningsudmåling for markedsfortrængning kan lægge vægt på det tab, der er lidt ved, at en konkurrent egenmægtigt tiltager sig en produktionsrettighed, uden at ville betale det som ellers ville være opkrævet i licens. Man betragter således den mistede licensindtægt som et afsætningstab. Synspunktet blev gjort gældende som et supplerende anbringende, idet erstatningskravet blev opgjort på tre forskellige måde, hvoraf licensberegningen var den ene. Dommen er også interessant på mange andre områder end på blot vederlagsbetragtningens.

U2004.1085H (Montana) omhandlede erstatning for at have markedsført et reolsystem, der krænkede en anden producents rettigheder i medfør af markedsføringsloven. Sagsøgeren nedlagde påstand om betaling af kr. 10 mio. i erstatning. Under en tidligere sag vedrørende plagiatspørgsmålet havde syns- og skønsmændene udtalt, at der var nærliggende risiko for at dele af det købende publikum ville forveksle de to reolsystemer, når de ikke var udstillet samtidig og ved siden af hinanden. Under sagen kom det desuden frem, at såvel farvevalg som selve markedsføringen var plagieret fra originalens tilsvarende, men dog ikke sådan at der forelå fuldstændig identifikation. Der var således ikke tale om, at køberne erhvervede plagiatreolen, fordi de troede, det var originalen, men de ville vælge plagiatet, fordi det kunne substituere originalen og blev solgt til en billigere pris. Plagiatreolen blev introduceret på markedet i 1988, og blev markedsført indtil der blev afsagt dom i krænkelsessagen den 18. december 1995. Der er under sagen fremlagt oplysninger om omsætningen af plagiatproduktet. Omsætningen androg i alt kr. 58. mio.

Rettighedshaveren fremlagde en meget grundigt udarbejdet erstatningsopgørelse. Ifølge denne var rettighedshaveren blevet påført en samlet markedsforstyrrelse på 110,7 mio. i perioden 1988-1995. Markedsforstyrrelsen blev beregnet som det mindre salg, sagsøger havde haft i forhold til budgetteret. Rettighedshaveren gjorde gældende at ½ af dette tab skulle henregnes til salg af plagiatet, dvs. 55,2 mio. (Den rette betegnelse ville vel være afsætningstab og ikke markedsforstyrrelse). Rettighedshaveren havde opgjort sin dækningsgrad til 40 %. Med et yderligere salg på 55,2 mio. ville det have givet en fortjeneste på ca. 22 mio. Dette var resultatet af den første erstatningsopgørelse, der således baserede sig på rettighedshaverens *afsætningstab*. Rettighedshaveren havde desuden opgjort antallet af solgte moduler af plagiatreolen til 110-120.000. Såfremt rettighedshaveren skulle have haft dette salg, ville det, med en gennemsnitspris på kr. 600 pr. modul, svare til en omsætning på 66-78 mio. Under forudsætning af, at rettighedshaveren ville have fået 75 % af dette salg, svarede det til en omsætning på 49,5-58 mio., og et dækningsbidrag på 19,8 til 23,2 mio. Dette var resultatet af den anden erstatningsopgørelse, der baseredes på *krænkerens salg*. Sagsøger havde endvidere via sit revisionsselskab udformet en beregning af rettighedshaverens tab, der var baseret på en særlig beregningsmetode, Royalty Relif

Metoden. Beregningsmetoden tager afsæt i den licens, som krænkeren skulle have betalt, såfremt parterne havde indgået en licensaftale på markedsmæssige vilkår. Til metoden er knyttet en kontrolberegningsmetode, hvorefter licensafgiften fastsættes til 25 % af licenstagerens bruttogevinst. Licensafgiften blev i denne sag forudsat til at udgøre 10 %, hvorefter licensafgiften skulle have udgjort 8,9 mio. Dette var resultatet af den tredje erstatningsopgørelse, der var baseret på *licensbetragtninger*. Der var endvidere fremlagt bilag, der udviste prisforskellen mellem rettighedshaverens produkter og plagiatprodukterne. Disse fremstod noget uklare, idet Montana hævdede, at Team-reolen var 21-33 % billigere, mens Denka hævdede, at Montana-reolen var 40-157 % dyrere. Det blev desuden oplyst, at rettighedshaveren havde noget længere leveringstiden end krænkeren. Rettighedshaveren havde haft en stigning i markedsføringsudgifterne for at imødegå markedsfortrængningen. I Sø- og Handelsretten blev der lagt vægt på den svagere markedsudvikling fra Montana, substitutionssynspunkter, karakteren af plagiatreolens markedsføring samt rettighedshaverens forøgede markedsføringsomkostninger. Erstatningen for markedsforstyrrelse og markedsfortrængning fastsattes til kr. 6. mio. Højesteret udtalte om erstatningsudmålingen og de forudsætninger, der lå bag: »Det er oplyst, at Denka over en periode på ca. 7 år omsatte for ca. 60 mio. kr. Team-reoler, og det er anslået, at der i perioden er solgt 110–120.000 moduler. Ved vurderingen af, hvilken del af Denkas omsætning Montana ville have haft, må det – ud over omfanget af Denkas salg af Team-reoler og den høje grad af substituerbarhed – tillægges betydning, at Montanas salg i den nævnte periode steg markant og mere end markedet generelt, og at Montanas omsætningsudvikling ikke viser, i hvilket omfang Denka har tilegnet sig en del af Montanas omsætning. Der må endvidere tages hensyn til, at Montana – bl.a. for at beskytte sig mod konkurrence fra produktefterligninger – valgte at rette sin markedsføring mod en eksklusiv og kvalitetsbevidst kundekreds. Montanas og Denkas reoler blev desuden i det væsentlige markedsført og forhandlet gennem forskellige kanaler, og der var en betydelig prisforskel mellem Montana-reolen og Team-reolen, ligesom Montana i perioden fra 1987/88 gennemførte prisstigninger på Montana-reolen, der oversteg prisstigningerne på Team-reolen. Højesteret finder på den anførte baggrund, at den erstatning, der herefter tilkommer Montana, skønsmæssigt kan fastsættes til 3 mio. kr.«

Denne sag er meget interessant på grund af såvel erstatningsopgørelserne, og på grund af de momenter Højesteret tillægger vægt ved erstatningsudmålingen. Sagen er også af interesse, fordi den udelukkende omhandler erstatningsspørgsmålet. Som det fremgår af domsreferatet, var der fremlagt et meget betydeligt talmateriale til belysning af sagsøgers krav.

Rettighedshaveren vælger at udregne sit erstatningskrav på 3 forskellige måder, uden at tage stilling til, hvilken beregningsmodel der primært påberåbes. Den første model rettighedshaveren anvender er en beregning af

mistet dækningsbidrag. Beregningen sker på baggrund af egne budgetter. Det realiserede salg ligger 110,7 mio. kr. under budget. Heraf tilskrives markedsføringen af plagiatreolen halvdelen af nedgangen. Dækningsgraden er fastsat til 40 %. Et yderligere salg på 55,2 mio. ville således have givet en fortjeneste på 22 mio. kr. Dette beløb udgør således afsætningstabet beregnet på grundlag af *egen salgsnedgang og eget dækningsbidrag*. I den anden model sker beregningen på *krænkerens salg og rettighedshaverens dækningsbidrag*. Dog således, at der er foretaget en reduktion af krænkerens salg på 25 %, og således forudsat, at rettighedshaveren ville have haft 75 % af krænkerens salg. Sker beregningen på denne facon ville de medføre et afsætningstab på kr. 19,8-23,2 mio. Den tredje model er beregnet af rettighedshaverens revisor ud fra licensbetragtninger. Herefter skulle krænkeren have betalt en licensafgift for anvendelsen af designet på 8,9 mio., såfremt licensafgiften udgjorde 10 %.

Højesteret tilkender en erstatning på 3 mio., altså under 1/3 af det påstævnte beløb og halvdelen af, hvad rettighedshaveren var blevet tillagt i Sø- og Handelsretten.

Højesteret indleder sin begrundelse med at fastslå, at der tilkommer rettighedshaveren erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse. Det lægges til grund, at der er solgt 110-120.000 moduler af plagiatmodellen, som har genereret en omsætning på 60 mio. på 7 år. Højesteret fastslår, at det skal fastsættes, hvilken del af denne omsætning Montana ville have haft, såfremt plagiatet ikke var markedsført. Højesteret anfører således krystalklart, at det er rettighedshaverens egen salgsnedgang, der skal danne grundlag for erstatningen for afsætningstab. Denne udtalelse fremkommer til trods for, at der for Højesteret havde været afholdt syn og skøn på spørgsmålet om substituerbarhed. Højesteret tillægger følgende momenter betydning for erstatningsudmålingen: Plagiatets omsætning, den høje grad af substituerbarhed, stigningen i Montanas omsætning i perioden, som angives at være højere end stigningen på markedet generelt samt det forhold, at Montanas omsætningsudvikling ikke viser, i hvilket omfang krænkeren har tilegnet sig en del af Montanas omsætning. Højesteret tager endvidere hensyn til, at Montana har valgt at rette sin markedsføring mod en eksklusiv kundekreds, at reolerne er forhandlet gennem forskellige kanaler, en betydelig prisforskel, samt at Montana i perioden gennemførte prisstigninger, der oversteg prisstigningerne på plagiatet. Erstatningen udmåles herefter skønsmæssigt til kr. 3 mio. Det vides ikke hvor stor en andel af dette beløb, der vedrører afsætningstab, og hvor stor en del der vedrører erstatning for markedsforstyrrelser. Højesteret nævner i sin begrundelse ikke, at markedsforstyrrelsen tillægges særlig vægt. Dette skyldes sandsynligvis Montanas omsætningsstigning, samt det forhold, at priserne sættes

op i perioden. At priserne stiger på originalproduktet i perioden antyder ikke, at markedet er under pres. Højesteret nævner ikke de tre erstatningsberegninger og vælger således ikke imellem dem, men det kan dog med rimelig sikkerhed lægges til grund, at licensberegningsmodellen ikke vinder gehør. Højesteret lægger uden tvivl stor vægt på forholdene hos rettighedshaveren selv. Hermed forstås omsætningsstigningen i almindelighed og priserne på produktet i særdeleshed, prisstigningen, kundesegmentet og afsætningskanalerne. Dette til trods for, at det fastslås, at der er høj grad af substituerbarhed mellem produkterne. Med baggrund i det afholdte syn og skøn lægger Højesteret til grund, at der er høj grad af substituerbarhed. Det skinner dog ikke særlig klart igennem i erstatningsudmålingen, hvilket nok især skyldes, at Højesteret har svært ved at drage konsekvensen af denne substituerbarhed, hvorfor man fremkommer med betragtninger omkring forskellige kundegrupper og salgskanaler.

Det kan også tænkes, at Højesteret anser de af rettighedshaveren fremlagte opgørelser over afsætningstabet for at være for optimistiske. Man måler i den første beregning afsætningstabet ud fra egne budgetter. Budgetforudsætningerne kendes ikke. I den anden model lægges til grund, at rettighedshaveren ville have haft 75 % af rettighedskrænkerens salg. Dette er nok også i overkanten henset til de markedsmæssige forskelle. Dog skal det erindres, at rettighedshaverens beregningsmodeller når erstatninger på hhv. 22 mio. og 19,8-23,2 mio. hvorefter disse krav nedsættes til et erstatningskrav på 10 mio. Rettighedshaveren har således mere end rigeligt taget de eksisterende usikkerhedsmomenter i betragtning. Afgørelsen viser således i lighed med U1988.510SH (reoler) og U1992.909SH (superellipse), at det er vanskeligt at dokumentere et afsætningstab for virksomheder i vækst.

Det skal ikke skjules, at en indsigt i, hvorledes Højesteret når netop til 3 mio. kr., ville have været forløsende.

Højesteret har således i denne afgørelse lagt til grund, at afsætningstabet skal baseres på rettighedshaverens forventede salg og ikke konkurrentens realiserede salg. I denne sag forelå dog ikke en slavisk efterligning, i hvert fald ikke når elementer som prisfastsættelse, afsætningskanaler og leveringstider skal bedømmes. Var disse tre elementer tilnærmelsesvis ens, er det nok sandsynligt, at erstatningen var blevet udmålt til et højere beløb og måske var sket med udgangspunkt i krænkerens salg. Til trods for at Højesteret anfører, at den høje grad af substituerbarhed spiller en rolle for erstatningsudmålingen, er det dog sandsynligt, at Højesteret ikke umiddelbart »tror på«, at produkterne kan substituere hinanden på grund af sagsøgerens meget velindarbejdede varemærke.

Højesteret nævner ikke licensbetragtninger som et grundlag for erstatningsopgørelsen. Om beregningerne har spillet en rolle ved erstatnings-

udmålingen er naturligvis uvist, men sandsynligheden derfor er ikke overvældende. En rettighedshaver kan således ikke med hjemmel i markedsføringslovens bestemmelser forudse at have krav på et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Med denne afgørelse er problemstillingen omkring erstatning for krænkelser som følge af brud på god markedsføringsskik, når rettighedshaveren er en virksomhed i vækst, ikke løst. Efter Montana-sagen er det stadig lige vanskeligt at dokumentere, hvilken del af markedet krænkeren har tilegnet sig. Spørgsmålet er, om man var kommet tættere på målet, såfremt man havde anlagt sagen efter ophavsretslovens § 83, stk. 1. Da ville muligheden for at tillægge rettighedshaveren et rimeligt vederlag være til stede, men om dette havde betydet en højere udmålt erstatning må henses som uvist. Såfremt licensen virkelig udgør 10 % som hævdet af sagsøgers revisor, fremstår det dog som sandsynligt.

6. Konklusion

Når erstatningen for ophavsretlige krænkelser skal beregnes efter de almindelige erstatningsretlige regler, kan de erstatningsberettigede tab opdeles i tre kategorier: afsætningstab, tab som følge af markedsforstyrrelser og andre tab.

I dette kapitel er de tre tabskategorier behandlet hver for sig – først i relation til ophavsretlige krænkelser og dernæst i relation til krænkelser ved brud på markedsføringsloven.

Det er flere steder ovenfor fastslået, at hovedreglen, når afsætningstabet skal beregnes, er: Rettighedshaverens *egen salgsnedgang* sat i forhold til rettighedshaverens egen fortjeneste opgjort som dækningsbidrag. For så vidt angår sagerne om de ophavsretlige krænkelser har rettighedshavere vanskeligheder ved at dokumentere de nedlagte påstande i tilstrækkeligt omfang. I langt de fleste afgørelser anlægges et skøn over afsætningstabets størrelse. Der hersker betydelig bevisusikkerhed på området, og bevisbyrden for størrelsen af det opståede afsætningstab som følge af krænkelsen er yderst vanskelig at løfte. Endvidere bevirker domstolenes vægring ved at forholde sig konkret til det fremlagte talmateriale og redegøre for skønsgrundlaget, at området bliver behæftet med yderligere retsusikkerhed.

Retspraksis i medfør af markedsføringsloven viser et lidt andet billede. Ved overtrædelse af markedsføringslovens § 1 og erstatning som følge deraf forekommer det en anelse lettere for den krænkede at dokumentere et afsætningstab. Af de gennemgåede afgørelser kan udledes, at i det omfang sagsøger kan sandsynliggøre en omsætningsnedgang, bliver opgørelsen imødekommet.

I enkelte afgørelser er erstatningspåstanden nedlagt med udgangspunkt i *krænkerens salg* sat i forhold til rettighedshaverens dækningsbidrag. Som det er fremgået flere steder ovenfor accepteres denne beregningsmetode i et ikke ubetydeligt omfang, når der er tale om substituerbare produkter og dermed omfattende markedsfortrængning. Afgørelsen U2003.694SH, der er gennemgået i dette kapitel, støtter denne påstand. De øvrige afgørelser i dette kapitel viser, at forskellige konkrete forhold kan bevirke, at krænkerens salg alligevel alene tillægges begrænset vægt. Dette kan være meget forskellige markedsforhold eller afvigende prisniveau. I sager, der afgøres efter markedsføringslovens bestemmelser, forekommer det, at erstatningskravet lettere nedsættes, når der er tvivl om markedsforholdene, end tilfældet er for de afgørelser, der træffes med hjemmel i eneretslovenes bestemmelser. Dette er tilfældet også selvom der foreligger en høj grad af substitution mellem produkterne.

Den tilsyneladende forskel på erstatningsudmålingen i de to sagstyper kan konstateres, men ikke umiddelbart forklares. En *mulig* forklaring kan dog være, at der i medfør af markedsføringsloven ikke er hjemmel til tilkendelse af en minimumserstatning i form af et rimeligt vederlag for udnyttelsen. Da rettighedshaveren således kan efterlades på »Herrens Mark« i tilfælde af bevisnød, har domstolene måske slækket en anelse på beviskravene for et opstået afsætningstab. Omvendt er der ved overtrædelse af markedsføringslovens bestemmelser tale om en krænkelse af rettighedshaverens markedsposition og ikke en krænkelse af en enerettighed. Dette forhold *kan* tale for, at usikkerheder omkring de markedsmæssige forhold får betydning for erstatningsudmålingen, således at oplysninger om krænkerens salg ikke i samme grad kan lægges til grund.

I medfør af såvel ophavsretsloven som markedsføringsloven lægges som alt overvejende hovedregel ikke vægt på krænkerens fortjeneste ved den retsstridige handling.

Erstatning for markedsforstyrrelser var i medfør af tidligere retspraksis et ukendt fænomen. De tidligere afgørelser om ophavsretlige krænkelser drejede sig alle stort set om erstatning for afsætningstab. Der blev ikke givet erstatning for markedsforstyrrelser, og i flere sager blev der ej heller nedlagt påstand herom. Retspraksis har flyttet sig på dette område, således at der i dag uden de store sværdslag gives erstatning som følge af markedsforstyrrelser. En ting er domstolenes villighed til overhovedet at acceptere påstande om markedsforstyrrelser – en anden er beviskrav og udmåling af erstatningen. I mange tilfælde fastsættes erstatningen for afsætningstab og erstatning for markedsforstyrrelser som ét samlet beløb. I disse situationer er gennemskueligheden af afgørelsen således minimal. Der findes imidlertid også afgørelser, hvor retten opgør de forskellige

erstatningsposter hver for sig. I disse situationer kommer retten generelt alene med få og meget summariske begrundelser for, hvorfor erstatningen tillægges, mens det stadig er en »gåde« hvorledes erstatningen beregnes, og hvilke konkrete momenter, der indgår i beregningen. Retspraksis i henhold til markedsføringsloven er i overensstemmelse hermed. Der er en formodning for, at krænkelsens grovhed eventuelt som et moment blandt flere kan have betydning for udmålingen.

Ved siden af erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelser kan der tilkendes erstatning for interne tab. Hvorvidt disse tilkendes eller ej kommer i sidste ende nok an på de konkrete omstændigheder, men udgangspunktet er, at det er vanskeligt at få dækket samtlige udgifter til ekstern bistand i relation til den påståede krænkelse. I en nyere afgørelse U2005.60V anføres dog som en generel betragtning, at udgifter til kontrolforanstaltninger kan være bekostelige, da krænkelsesformerne til stadighed ændres. Særlig for så vidt angår de mere teknisk reproducerbare værker, må denne udtalelse have generel gyldighed.

Denne Vestre Landsretsafgørelse støtter endvidere det synspunkt, at domstolene i visse situationer udmåler erstatning for markedsforstyrrelser og andre tab til et beløb svarende til det rimelige vederlag eller afsætningstabet. Denne retsstilling er beskrevet ovenfor i kapitel 6, afsnit 3.1.1. og i dette kapitel afsnit 4.1. Denne udmåling er hidtil alene set i sager, der vedrører de teknisk reproducerbare værker, men kan sandsynligvis finde anvendelse på andre værktyper, idet landsretten i den utrykte afgørelse udtaler, at udmålingen bør ske efter kriterier, der er »generelt anvendelige«.

Afslutningsvist er spørgsmålet om licensbetragtningers plads i markedsføringsretten drøftet. Dette er sket med afsæt i afgørelsen U2004.1085H (Montana). Som udgangspunkt giver markedsføringsloven hjemmel til udmåling af et rimeligt vederlag for udnyttelsen. I Montana-sagen afprøves det synspunkt, at afsætningstabet kan *opgøres* som en licensberegning, da det lidte tab svarer til tabet af en licensindtægt. Hverken Sø- og Handelsretten eller Højesteret ofrer synspunktet mange bemærkninger. Betragtningen er for så vidt sympatisk, men formodningen er, at den ikke vil møde sympati hos domstolene. Dette kan skyldes flere forhold. For det første står markedsføringslovens erstatningsbestemmelse i modsætning til erstatningsbestemmelserne i de øvrige eneretslove, idet der netop *ikke* er udtrykkelig hjemmel til en vederlagsbaseret erstatning. Endvidere er den erstatning, der tilkendes i medfør af markedsføringsloven, erstatning fordi modparten har handlet i strid med god markedsføringsskik ved at foretage en plagiering af et produkt. Licensbetragtninger er uløseligt knyttet til det enkelte produkt og kan derfor vanskeligt forenes med selve deliktet i medfør af markedsføringsloven – nemlig en overtrædelse af reglerne for god markedsføringsskik.

Af kapitel 4, hvor de enkelte tabskategorier er behandlet fra en mere teoretisk synsvinkel, konkluderes, at erstatning for afsætningstab korrekt opgøres som rettighedshaverens egen salgsnedgang sat i forhold til hans mistede fortjeneste opgjort som dækningsbidrag. Denne påstand bekræftes, i vidt omfang, af retspraksis. Det er forbundet med mere end almindelige bevismæssige vanskeligheder for rettighedshaveren at dokumentere *omfanget* af afsætningstabet. På dette tab indvirker en række faktorer, der er redegjort udtrykkeligt for i kapitel 4, afsnit 8. Disse faktorer kan påvirke afsætningstabet i opadgående eller nedadgående retning. Det følger således af retspraksis, at det absolutte udgangspunkt, når afsætningstabet skal fastlægges, er, at rettighedshaveren skal dokumentere, hvorledes hans omsætning havde været, såfremt krænkelsen ikke var sket. Retspraksis støtter også påstanden om, at værdien af afsætningstabet opgøres med udgangspunkt i rettighedshaverens dækningsbidrag.

Alene i de tilfælde, hvor der foreligger markedsfortrængning som følge af substitution i et ikke ubetydeligt omfang, kan der tages hensyn til krænkerens salg. Retspraksis i henhold til ophavsretsloven bekræftet den opstillede tese. På markedsføringslovens område har Højesteret dog senest med afgørelsen U2004.1085H klart udtalt, at udgangspunktet for fastsættelse af et afsætningstab skal tages i rettighedshaverens egen mistede omsætning. Dette må således være udgangspunktet for sager, der afgøres efter markedsføringsloven, med mindre der foreligger særlige omstændigheder, der indikerer det modsatte. Dette var f.eks. tilfældet i afgørelsen U2003. 694SH, hvor rettighedshaveren kunne bevise, at en ordre var overgået til krænkeren. Højesteret anfører i sine præmisser i U2004.1085H i lighed med det i kapitel 4, afsnit 8 anførte, en række momenter, der spiller en rolle, når afsætningstabet skal bestemmes. Disse må vægtes i forhold til hinanden, og rettighedshaveren er, i et ikke ubetydeligt omfang, forpligtet til at løfte en bevisbyrde af en vis tyngde i denne henseende. Omvendt ville det være ønskeligt, såfremt domstolene i højere grad end tilfældet er, redegør for den skønsmæssige afvejning, når erstatningen udmåles. Dette ønske er dog allerstørst, når erstatning for markedsforstyrrelser skal fastlægges.

Om denne skitserede retsstilling kan opretholdes, når implementering af retshånd-hævelsesdirektivet bliver en realitet, må betragtes som tvivlsomt. Som direktivet er formuleret, eksisterer der et uomtvisteligt krav om, at krænkerens fortjeneste på den krænkende handling skal tages i betragtning ved erstatningsudmålingen. Det må derfor forventes, at der kommer en lovændring af erstatningsbestemmelserne i eneretslovene, således at retsstillingen bringes i overensstemmelse med direktivets formål. Som direktivet er formuleret, skal krænkerens fortjeneste blot være et af flere momenter, der skal tillægges vægt ved fastlæggelse af erstatningens stør-

relse. Hvorledes bestemmelsen skal implementeres i dansk ret er i sidste ende et politisk spørgsmål, men muligheden for at løsne den erstatningsudløsende skrue er absolut til stede. Som direktivet er formuleret angår det alene bestemmelserne i de love, der regulerer de intellektuelle ejendomsrettigheder. Der kan på den baggrund ikke forventes ændringer i markedsføringslovens erstatningsbestemmelse.

Kapitel 8

Bevis

1. Indledning

Som det er fremgået af de tidligere kapitler, er der traditionelt en del bevisproblemer for rettighedshaverne i sager om erstatning for ophavsretlige krænkelser. I dette kapitel behandles de bevisproblemer, der opstår, når erstatningsopgørelsen skal dokumenteres. I kapitlet behandles såvel kravene til bevis for et påstået tab som spørgsmålet om bevisførelsens karakter.

Det er et faktum, at erstatningen udmåles skønsmæssigt i mange sager om erstatning for ophavsretlige krænkelser. Dette fremgår af gennemgangen af retspraksis foretaget i kapitel 6 og 7. Det er også et faktum, at domstolene ikke fremsætter mange bemærkninger om det udøvede skøn. Konsekvensen heraf er, at det ikke efter retspraksis fremstår klart, hvilke krav der stilles, for at bevisbyrden for et givet tab anses for løftet. Der er heller ikke nogen ensretning i retspraksis på området for bevisførelsens karakter. Det kan derfor ikke umiddelbart udledes, med hvilke bevismidler erstatningspåstanden lettest hjælpes på vej. At have bevisbyrden indebærer, at det kommer den pågældende part til skade, såfremt det fornødne bevis ikke foreligger.[1]

Da flere erstatningspåstande hviler på oplysninger, der er af hypotetisk karakter, medfører dette naturligt, at erstatningsopgørelserne er behæftet med nogen usikkerhed. Et nærliggende spørgsmål i den henseende er, hvem der bærer risikoen for denne usikkerhed. Som udgangspunkt har ophavsmanden den fulde bevisbyrde for de enkelte elementer i den nedlagte påstand. Omvendt kunne den part, der har lettest ved at skaffe den pågældende oplysning hensigtsmæssigt pålægges risikoen for, dels at få den fremskaffet og dels for dens nøjagtighed. Spørgsmålet er, om domstolene

1. Det hører uden for afhandlingens rammer at beskæftige sin indgående med andre betragtninger omkring bevis end de her nævnte. Om bevislærens almindelige problemstillinger henvises til *Bernhard Gomard*: Civilprocessen, 5. udgave, *Eva Smith*: Civilproces: Grundlæggende regler og principper, 4. udgave, *W. E. von Eyben*: Bevis, og *Henrik Zahle*: Bevisret, Oversigt.

opererer med denne risikofordeling eller slavisk følger de traditionelle bevisbyrderegler. Dette vil også søges belyst i det følgende.

2. Bevisvurdering og bevisbyrde

I dansk ret er der fri bevisvurdering, hvilket indebærer, at domstolene frit skønner over vægten af de fremlagte beviser. Der findes ingen regler, der regulerer rettens bevisbedømmelse.[2] Retten må således anlægge en målestok for, hvor stærkt et bevis, der kræves, for at en fremlagt oplysning lægges til grund. Er erstatningsopgørelsen eller dele deraf omtvistet, må retten således skønne over, i hvilket omfang der er fremlagt de fornødne og tilstrækkelige beviser til, at kravet kan imødekommes.

I sager om ophavsretlige krænkelser angår de bevisretlige spørgsmål typisk tre forskellige temaer: Ansvarsgrundlag, årsagsforbindelse og tabets størrelse. Disse behandles individuelt nedenfor.

Bevisbedømmelsen spiller en afgørende rolle for udmålingen af erstatningen. Navnlig i erstatningsretlige sager kan sikkerheden af det fremlagte bevis gradbøjes således, at en fuldstændig dokumentation for tabet kan afspejles i, at rettighedshaveren opnår fuldt medhold i den nedlagte påstand, hvorimod alene en sandsynliggørelse kan resultere i en skønsmæssig nedsættelse af kravet.

Kravene til bevisets styrke bør afhænge af kravets karakter. En gennemgang af retspraksis burde således kunne belyse, om der kræves fuldstændig dokumentation for en påstand af en bestemt karakter, eller om det er tilstrækkeligt, at der foreligger en vis grad af sandsynlighed. Denne gennemgang søges foretaget i de følgende afsnit. Situationen er imidlertid, som flere gange påpeget ved gennemgangen af retspraksis, at domstolene fremkommer med yderst summariske bemærkninger om, hvorledes bevisvurderingen foretages. Vurderingerne er derfor behæftet med en vis usikkerhed, og primært generelle betragtninger kan fremdrages.

Når en ophavsmand skal indlede en krænkelsessag, er den første bekymring typisk, om han kan løfte bevisbyrden for, at der foreligger en ophavsretlig krænkelse, hvilket hyppigt resulterer i afholdelse af syn og skøn. Der anvendes typisk ikke syn og skøn til fastlæggelse af krænkelsens omfang eller til opgørelse af de konstaterede eller fremtidige tab.

Ophavsmanden har imidlertid også bevisbyrden for, at han har lidt, eller vil lide, et tab af en størrelsesorden som medtaget i den nedlagte erstatnings-

2. Det følger af retsplejelovens § 344, at retten, på grundlag af det der er passeret under domsforhandlingen samt bevisførelsen i øvrigt, afgør, hvilke *faktiske* omstændigheder der skal lægges til grund for sagens afgørelse.

påstand. Anlægges sagen efter bestemmelsen om det rimelige vederlag, har ophavsmanden bevisbyrden for, at den beregningsfaktor, der anvendes ved vederlagsfastlæggelsen, er korrekt. Anlægges sagen efter de almindelige erstatningsretlige regler, har ophavsmanden således bevisbyrden for størrelsen og omfanget af det påståede afsætningstab, og at der foreligger en markedsforstyrrelse i det påståede omfang. Han skal også dokumentere udgifterne til eventuelle andre tab.

Vil krænkeren påberåbe sig særlige forhold, herunder at han handlede i god tro, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 2, skal han løfte bevisbyrden herfor. Kvalificeres forholdet under § 83, stk. 2 er erstatningen tabsmaksimeret, således krænkeren alene kan tilpligtes at fralægge sig den ved krænkelsen indvundne fortjeneste. Krænkeren har således pligt til at dokumentere denne fortjeneste. Nedlægger krænkeren påstand om, at der foreligger en dobbeltfrembringelse, skal han også løfte bevisbyrden herfor.

I relation til opgørelsen af rettighedshaverens erstatningskrav kan oplysninger fra krænkeren være nødvendige for en korrekt opgørelse af kravet. Dette kan være oplysninger om krænkerens salg i de tilfælde, hvor der skal beregnes en royalty/licens heraf, eller hvor der foreligger substitution, og sagsøgers afsætningstab skal opgøres med udgangspunkt i krænkerens salg. Endvidere kan krænkerens markedsforhold være af interesse for rettighedshaveren, når påstanden om erstatning for markedsforstyrrelser skal nedlægges.

I praksis forsøger rettighedshaveren i langt de fleste tilfælde da også at fremprovokere forskellige talmæssige opgørelser fra krænkeren. Krænkeren har som udgangspunkt ingen pligt til at fremkomme med disse oplysninger. Krænkeren kan dog forvente, eller bør dog forvente, at manglende opfyldelse af rettighedshaverens provokationer kan tillægges processuel skadevirkning.[3] Opfylder krænkeren ikke de stillede provokationer, kan ophavsmanden overveje at bringe bevissikringsbestemmelserne i retsplejelovens kapitel 57a i anvendelse.[4] Krænkeren har selv bevisbyrden for, at særlige forhold omkring sit eget salg eller sine egne markedsforhold skal tages i betragtning.

---

3. Se også *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 261 f., der anbefaler, at provokationerne opfyldes uanset om det kan føles irrelevant eller som om, at tallene anvendes som en løftestang i et forsøg på at »stive en bevismæssigt svar erstatningsopgørelse af.« Se også afgørelsen NIR1990.269, hvor retten lægger sagsøgers skøn til grund, da sagsøgte ikke har opfyldt de stillede provokationer. I afgørelsen NIR1995.322 lægges sagsøgtes licensberegning til grund, da sagsøger ikke havde søgt sine beregninger dokumenteret.
4. Om bevissikringsbestemmelserne, se ovenfor kapitel 3, afsnit 3.

3. Ansvarsgrundlag

Rettighedshaveren har bevisbyrden for, at det fornødne ansvarsgrundlag er til stede. Påberåbes erstatning i medfør af erstatningsansvarslovens § 83, stk. 1 skal der foreligge forsæt eller uagtsomhed. Rettighedshaveren skal således bevise, at krænkeren har handlet culpøst ved at foretage den pågældende ophavsretlige krænkelse, uanset hvilken form krænkelsen antager.[5]

Bevisbyrden i sager om immaterialretlige krænkelser understøttes dog af selve krænkelsesvurderingen. Ovenfor i kapitel 5, afsnit 2 er betingelserne for at opnå beskyttelse af en ophavsretlig genstand beskrevet. Som det fremgår stilles visse krav til værkets originalitet. Det indebærer, at værket skal besidde bestemte egenskaber for at opnå beskyttelse efter ophavsretslovens bestemmelser. Alene tilstedeværelse af disse eller dele af disse egenskaber hos et konkurrerende produkt eller et produkt, der fremstår som en elektronisk kopi, bestyrker formodningen for, at det fornødne ansvarsgrundlag er til stede. Den bevisbyrde, der således påhviler rettighedshaveren, for at det fornødne ansvarsgrundlag foreligger, er således ikke tyngende grundet retsområdets særlige karakter.

4. Årsagssammenhæng

Rettighedshaveren har bevisbyrden for, at der foreligger årsagssammenhæng mellem den skete krænkelse og det lidte tab. Denne bevisbyrde volder ofte store vanskeligheder for rettighedshaveren. Manglende bevis for årsagssammenhæng er den primære årsag til de talrige nedsættelser af erstatningskravene, der ses i stort set samtlige sager om ophavsretlige krænkelser. Problemerne omkring bevis for årsagssammenhæng er også behandlet ovenfor i kapitel 4, afsnit 5.2.

Da tilkendelse af et rimeligt vederlag for udnyttelsen sker uden hensyntagen til, om rettighedshaveren har lidt et tab, bliver kravet om årsagssammenhæng principielt illusorisk på dette område. Ved en gennemgang af retspraksis er imidlertid konstateret, at domstolene har vanskeligt ved at udmåle erstatning baseret på det rimelige vederlag uden at foretage betragtninger om det lidte tab. Årsagssammenhængsproblematikken lades derfor ikke i praksis ude af betragtning, når det rimelige vederlag skal fastlægges.

I sager om erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, samt den yderligere erstatning, der kan tilkendes efter § 83, stk. 1, spiller kra-

5. Nærmere om ansvarsgrundlag, se ovenfor kapitel 4, afsnit 4.

vet om årsagssammenhæng en stor rolle. Det kan ved en gennemgang af retspraksis konstateres, at der som udgangspunkt kræves fuldstændig bevis for årsagssammenhæng. Dokumentationskravene er strenge og vanskeliggøres af, at domstolene ikke har tradition for særligt fyldige begrundelser for sit udmålingsresultat.

I sager om erstatning for afsætningstab skal rettighedshaveren således bevise, at der er årsagssammenhæng dels mellem krænkelsen, den indtrådte skade og det lidte tab, og dels mellem den indtrådte skade og tabets størrelse. For at dokumentere årsagssammenhæng mellem den skete skade og det lidte tab, er det således nødvendigt at kunne dokumentere sine egne afsætningsforhold, men også at kunne belyse krænkerens. Desuden spiller en analyse af markedsforholdene en betydelig rolle. Bevisbyrden herfor er streng og vurderes sjældent løftet. Det medfører de hyppigt sete nedsættelser af erstatningskravet.

Ved krav om erstatning for tab som følge af markedsforstyrrelser er beviskravene noget lempeligere. Dette skyldes dette erstatningskravs særlige karakter. Markedsforstyrrelser er udtryk for et fremtidigt afsætningstab, der vanskeligt lader sig værdisætte, og erstatningsopgørelserne på dette punkt er også ofte udokumenterede. Der hersker dog ingen tvivl om, at domstolene kræver bevis for, at markedsforholdene er blevet forstyrrede. Foreligger der en tilstrækkelig sandsynliggørelse herfor, tilkendes erstatning for markedsforstyrrelser nu hyppigere end tidligere. Udmålingen af erstatningen for markedsforstyrrelser volder imidlertid store problemer, og noget generelt herom kan ikke udledes af retspraksis.

I afsnittet umiddelbart nedenfor gennemgås bevisproblemerne i relation til de enkelte poster i erstatningsopgørelserne. I afsnittet redegøres også for de forskellige bevismidler, der anvendes eller kan anvendes til underbygning af erstatningskravene.

5. Erstatningskravet

Et andet spørgsmål i denne sammenhæng er, om skyldgraden influerer på kravene til bevisbedømmelsen for det lidte tab og dermed på erstatningsudmålingen. Det teoretiske udgangspunkt er, at rettighedshaveren har krav på fuld erstatning, uden hensyn til om der foreligger simpel uagtsomhed eller forsæt.[6] Skyldgraden kan imidlertid tænkes at spille en rolle for bedømmelsen af de fremlagte beviser, således at kravene lempes til for-

6. En gennemgang af dansk teori om erstatningsudmåling kan ses hos *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, p. 159 ff.

del for den rettighedshaver, hvis ret er krænket ved forsætligt eller groft uagtsomt forhold. Erling Borcher anfører: »Uagtet graden af subjektive forhold (uagtsomhed, grov uagtsomhed, forsæt) principielt er uden betydning ved erstatningsfastsættelsen, kan det ikke udelukkes, at de alligevel spiller en skjult rolle.«[7] Mogens Plesner anfører: »Krænkerens større eller mindre skyld bør ikke tillægges vægt […]. Alligevel kan man ikke frigøre sig for en fornemmelse af, at det er nemmere at få erstatning – og en stor erstatning – når krænkelsen er åbenbar eller grov. Det gælder især beviskravet til det lidte tab.«[8] Disse forfattere argumenterer således for en *formodning* om, at bevisbyrden lettes, i takt med at der foreligger højere grad af dadelværdighed hos krænkeren. Torsten Iversen giver udtryk for, at dette er et *faktum*[9]: »[…] lempes kravet til den erstatningssøgende parts bevis for tabets størrelse i tilfælde, hvor den erstatningspligtige part har udvist en grovere form for skyld, det vil sige i hvert fald hvor han har udvist et forsætligt eller groft uagtsomt forhold. Beviskravet lempes både ved erstatning i og uden for kontraktsforhold […].« Forfatteren argumenterer videre for, at dette ikke betyder, at beviskravet løbende skal gradueres med skyldgraden. Alene de grove tilfælde af skyld skal udskilles. I alle andre tilfælde fastholdes udgangspunktet om, at tabsopgørelsen sker efter overensstemmende principper, blot der er konstateret et ansvarsgrundlag.

På enerettighedernes område skal følgende afgørelser fremhæves:

Afgørelsen U1979.248Ø omhandlede gentagelsestilfælde af en ophavsretlig krænkelse af en lysestage. Landsretten lagde til grund, at der var handlet groft uagtsomt og tilkendte sagsøgeren erstatning og godtgørelse på kr. 30.000 til trods for, at sagsøgeren medgav, at krænkelsen på ingen måde havde bevirket et afsætningstab. Sagsøger nedlagde dog også påstand om erstatning for markedsforstyrrelser.

På mønsterrettens område kan nævnes afgørelsen U1980.578SH. I denne afgørelse havde rettighedshaveren overladt retten til anvendelse af en kemikalieflaske til sagsøgte, som efter 4 år opsagde kontrakten og fortsatte med at anvende flasken i sin markedsføring. Sø- og Handelsrettens flertal udtalte, at der tilkommer sagsøger et »bodslignende beløb« på kr. 25.000.

I afgørelsen U1997.1546V blev fremsat nogle bemærkninger om den udviste skyld i relation til bevisbedømmelsen. Sagen omhandlede erstatning for manglende indberetning til en fællesorganisation, således at vederlag for brug af fonogrammer kunne

7. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 262.
8. *Mogens Plesner*: Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægten på patentindgreb, NIR1986.367.
9. *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, p. 173 ff.

beregnes. Sagen havde en vis alvorlig karakter, idet systemet var baseret på tillid til, at de fornødne indberetninger blev foretaget. Kontrolforanstaltninger var særdeles vanskelige. Landsretten udtalte: »[...] Ved bedømmelsen af, hvilke krav der kan stilles, for at det fornødne bevis er ført, må der blandt andet tages hensyn til karakteren af den ansvarspådragende handlemåde, som de sagsøgte har udvist […]«.

En anden afgørelser fra markedsføringslovens område er U2001.2387SH, hvor der tilkendtes kr. 30.000 i erstatning for markedsforstyrrelser til trods for, at sagsøgeren erkendte, at der ikke kunne dokumenteres et tab. Sagen omhandlede plagiering af et par bukser. Sagsøgeren nedlagde påstand om erstatning for markedsforstyrrelser på et spinkelt grundlag og førte indehaveren af virksomheden som vidne. Vidnet oplyste, at virksomhedens kunder havde forespurgt, hvorvidt man havde solgt sit design til krænkeren. Da de originale bukser ikke længere var på markedet, kunne der ikke dokumenteres noget afsætningstab.

I disse sager er der forskellige forhold der bevirker, at kravene til bevisbyrden slækkes kraftigt. I U1979.248Ø forelå en gentagelseskrænkelse, i U1980.578SH snyltning på en tidligere forretningspartner, i U1997.1546V en yderst vanskelig konstaterbar krænkelse og i U2001.2387SH en ganske grov plagiering. Der er i samtlige tilfælde tale om groft uagtsomt eller forsætligt forhold og stort set ingen beviser for, at rettighedshaveren har lidt et tab. Der foreligger alene en noget svagt funderet sandsynliggørelse heraf. Det kan på denne baggrund konkluderes, at det er korrekt, at skyldgraden influerer på bevisbedømmelsen også i sager om immaterialretlige krænkelser. Ved en gennemgang af retspraksis kan Torsten Iversens ovennævnte synspunkt om, at skyldgraden og bevisbedømmelsen ikke følger en progressiv skala, tilsluttes. Dette følger også af landsrettens ovenfor citerede udtalelse herom i afgørelsen U1997.1546V. I retspraksis på enerettens område ses rettighedshaveren alene i tilfælde af meget groft uagtsomme eller forsætlige forhold at kunne nøjes med så lempelige krav til beviser, som ovenfor påvist.

5.1. Rimeligt vederlag

I sager, hvor rettighedshaveren påstår sig tillagt et rimeligt vederlag, skal vederlagets størrelse bestemmes. Nedlægges en påstand om et rimeligt vederlag baseret på en licensberegning, skal denne underbygges. Da retspraksis om licensberegninger er yderst sparsom på ophavsrettens område, er det vanskeligt at udlede noget generelt herom. Ved gennemgang af de varemærkeretlige sager samt svensk retspraksis kan det konstateres, at dokumentation kan indhentes på flere måder. Det er sædvanligt at indhente

oplysninger fra en brancheforening. Såfremt der ikke kan skaffes oplysninger for netop det krænkede produkt, kan oplysninger måske skaffes om lignende produkter, f.eks. produkter med tilsvarende profil. Oplysninger om licensberegninger kan også fremgå af tidligere retsafgørelser. For enkelte sagstyper kan der opstå præcedens for beregning af licensiering efter en bestemt procentsats. Dette ses f.eks. i sager om varemærkekrænkelser ved parallelimport af medicin. I disse sager kan bevisbyrden for selve beregningsfaktoren løftes blot ved henvisning til tidligere praksis på området.

Bevis for, at rettighedshaveren har lidt et tab kan *ikke* kræves. Som det fremgår af kapitel 6, afsnit 3.2 om retspraksis på såvel ophavsretsområdet som varemærkeområdet, fremstår retsstillingen som om domstolene nedsætter de krævede vederlag, fordi sagsøgeren ikke har dokumenteret et tab. I de citerede afgørelser, f.eks. U1998.288SH (rettigheder til selskabsnavn) og U2000.1838H (Alcantara) nedsættes det krævede vederlag uden nærmere begrundelse. I ingen af sagerne kunne sagsøger dokumentere et tab. Domstolene tillægger sandsynligvis manglende bevis for tabet større vægt end beviset for den påståede licensberegning, selvom denne nok ikke fuldstændig lades ude af betragtning. Det ville lette såvel domsforståelsen som sagsforberedelsen noget, at rettens betragtninger i denne henseende fremgik af præmisserne. I afgørelsen U2002.717H (Børsen) udtaler Højesteret dog klart, at rettighedshaveren ikke havde løftet bevisbyrden for den påståede licensafgift. Det samme er tilfældet i afgørelsen U2005.1291H, hvor Højesteret klart udtaler: »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.«

Skal vederlaget beregnes som en licensafgift, er det nødvendigt, at rettighedshaveren bliver bekendt med omfanget af den skete krænkelse. Rettighedshaveren må derfor fremprovokere oplysninger herom fra modparten. Såfremt provokationen ikke imødekommes, kan rettighedshaveren begære dette forhold tillagt processuel skadevirkning, jf. princippet i retsplejelovens § 344, stk. 3, jf. § 339, stk. 3. Der er dog også mulighed for at begære bevissikring til konstatering af krænkelsens omfang, jf. retsplejelovens § 653, stk. 1. Rettighedshaveren kan opfordre til, at krænkeren fremkommer med sit bevis i en bestemt form. Dette kan være i form af udskrifter fra bogholderiet eller attestationer fra revisor. Såfremt rettighedshaveren ikke anser den skete bevisførelse for tilstrækkelig til, at kravet kan opgøres, kan han anmode retten om at opfordre krænkeren til at fremlægge bevis, jf. retsplejelovens § 339, stk. 3 eller forsøge at begære bevissikring. Kan rettighedshaveren ad denne vej ikke skaffe den doku-

mentation, han anser som tilstrækkelig, må han opfordre til at forholdet tillægges processuel skadevirkning. I medfør af den frie bevisbedømmelse, har retten mulighed for at tillægge vægring ved bevisfremlæggelse betydning for erstatningsudmålingen. Dette var f.eks. tilfældet i U1965.468H, U1984.444H, U1999.909SH og U2000.212SH.

I sager om arkitekter, journalister og musikeres forhold fremgår det af retspraksis, at krav på vederlag hyppigt følger det faste vederlag for ydelsen. Sagsøgers bevisførelse består oftest af en oplysning om det sædvanlige honorar eller dets beregning. Det må derfor kunne konkluderes at, i det omfang rettighedshaverens fordren af domstolene opfattes som rimelig, vil denne blive lagt til grund. Det understreges, at dette alene er tilfældet for denne sagstype.

Ved sager om krænkelse af musik og film, enten på internettet eller i form af ulovlig kopiering eller andre retsstridige handlinger, opgøres det rimelige vederlag typisk som et afsætningstab. Denne problemstilling er der redegjort for flere steder ovenfor.[10] Beviskravene retter sig i denne sagstype derfor mod andre forhold end blot en dokumentation for en given licensafgift. Det ses i disse sager, at der er overordentlig store vanskeligheder forbundet med at dokumentere krænkelsens omfang, fordi den er umulig at spore fysisk eller elektronisk. Rettighedshaveren må derfor anlægge et skøn over, hvor mange ulovlige handlinger der er foretaget ud fra f.eks. antal besøgende på en hjemmeside, herunder besøgenes varighed. Det er vanskeligt for rettighedshaverne at underbygge dette skøn. Det ses i praksis, at antallet typisk nedsættes. Dette må tages som et udtryk for, at bevisbyrden for omfanget af den ulovlige brug ikke er løftet. Dette var f.eks. tilfældet i U2005.60V, hvor sagsøger opgjorde antallet af ulovlige brugere på en hjemmeside til 2.673 og sagsøgte gjorde gældende, at tallet alene var 80. Landsretten udtalte: »[…] som sagen er oplyst, at der skønsmæssigt kan antages, at 20 % af de registrerede brugere svarende til 535 personer har udvekslet ulovlige kopier.«[11] Ud over dokumentation for antallet af ulovlige transaktioner skal disse også prisfastsættes. I praksis er problemet som nævnt løst ved, at det gennemsnitlige nettobidrag pr. produkt, f.eks. en dvd-film, opgøres. I ovennævnte utrykte landsretssag fremkom sagsøger, der var en fællesforening, selv med beregninger, der dokumenterede dette beløb. Retten fratrak moms og virksomhedens omkostninger, og nåede frem til et *dækningsbidrag* på kr. 70,00 pr. film. For disse sagstyper er der således tyngende dokumentationsproblemer – særlig i relation til krænkelsens omfang. Prisfastsættelsen er knap så vanskelig at dokumentere.

10. Se kapitel 6, afsnit 3.1.5 og afsnit 6.
11. Sagen er imidlertid meget interessant for så vidt angår kravene til bevis for markedsforstyrrelser og andre tab.

5.2. Afsætningstab

Når det lidte tab skal opgøres, skal rettighedshaveren dokumentere sit afsætningstab. Som det fremgår ovenfor i kapitel 7, er det den absolutte hovedregel, at rettighedshaverens afsætningstab skal opgøres som det antal produkter rettighedshaveren *ville* have solgt, såfremt det krænkende produkt ikke var blevet markedsført. Kun i særlige tilfælde, hvor der foreligger substitution, kan der lægges vægt på krænkerens salg.

Som det fremgår af kapitel 4, afsnit 8 er afsætningstabet afhængig af mange forskellige forhold. I et simpelt eksempel mister rettighedshaveren al sin omsætning på det beskyttede produkt ved markedsintroduktionen af det krænkende produkt. I denne situation kan rettighedshaveren dokumentere sin omsætning før og efter krænkelsen, og dermed forholdsvis enkelt dokumentere sit afsætningstab. Af de fremlagte tal vil dermed også fremgå, om markedet er stagnerende, konstant eller stigende. Disse tilfælde er yderst sjældne.

Det sædvanlige er, at rettighedshaverens afsætning berøres i et ikke umiddelbart dokumenterbart, men ikke nødvendigvis beskedent, omfang. Rettighedshaveren skal da stadig løfte bevisbyrden for, hvorledes salget ville have udviklet sig, hvis den krænkende genstand ikke var blevet introduceret på markedet. Dette vil afhænge af markedsforholdene for produktkategorien i almindelighed og for dette ene produkt i særdeleshed. Det forekommer åbenbart, at denne opgørelse er bevismæssig vanskelig for rettighedshaveren. Spørgsmålet er herefter, om også domstolene anerkender disse vanskeligheder i deres bevisvurdering. Dette er formentlig ikke tilfældet. Afgørelsen U1992.909SH (Superellipse) er et godt eksempel herpå.

Omvendt kan der også i retspraksis ses eksempler på, at rettighedshaveren ikke med den fornødne omhu anvender de bevismidler, der burde være til hans rådighed, hvilket for eksempel var tilfældet i U1985.1987SH (mobiler).

Som det fremgår af kapitel 7, afsnit 2.2. er retten knap så afvisende for at tillægge krænkerens stykvise salg en betydning, når rettighedshaverens afsætningstab skal fastlægges. Dette kan ske i de tilfælde, hvor foreligger substitution. Det interessante er imidlertid, at retten, i samtlige sager refereret i kapitel 7, afsnit 2.2, alligevel foretager en skønsmæssig nedsættelse af det opgjorte erstatningskrav. Den primære årsag til nedsættelserne må med stor sandsynlighed antages at være, at rettighedshaveren ikke i tilstrækkelig grad har løftet sin bevisbyrde for årsagssammenhæng samt for tabets størrelse.[12]

12. Erstatningerne er tilkendt således, idet det først anførte beløb viser den nedlagte

Det kan dermed konkluderes, at domstolene anvender en meget streng bevisvurdering, når der skal tilkendes erstatning for afsætningstab. Der foretages, når bortses fra få sager, hvor erstatningskravet i forvejen er nedsat af procesøkonomiske årsager, som absolut hovedregel en reduktion i det rejste krav. Dette betyder, at muligheden for at graduere det påståede beløb i nedadgående retning anvendes af domstolene, når de stillede krav til bevis ikke opfyldes.

> I afgørelsen U1997.1546V blev fremsat nogle generelle betragtninger omkring kravene til dokumentation. Sagen omhandlede erstatning for manglende indberetning til en fælles-organisation, således at vederlag for brug af fonogrammer kunne beregnes. Landsretten udtalte: »Det er [...] sagsøgeren, der har bevisbyrden for, at der som følge af sagsøgtes ansvarspådragende handlinger er lidt et tab. Ved bedømmelsen af, hvilke krav der kan stilles, for at det fornødne bevis er ført, må der blandt andet tages hensyn til karakteren af den ansvarspådragende handlemåde, som de sagsøgte har udvist, sagsøgernes mulighed for at opgøre tabet, de sagsøgtes muligheder for at imødegå tabsopgørelsen og sagsøgers muligheder for at føre kontrol og dermed foretage tabsbegrænsning.«

Landsretten fastslår indledningsvist, at bevisbyrden for at der er lidt et tab påhviler sagsøgeren. Landsretten opremser en række hensyn, som skal tages i betragtning, når bevisvurderingen skal foretages. Blandt disse hensyn findes sagsøgers *muligheder* for at opgøre tabet. Denne udtalelse tyder på en vis forståelse for, at der påhviler sagsøgeren en ganske tung bevisbyrde, og at det tab der skal dokumenteres, er af hypotetisk karakter. I den konkrete sag blev sagsøgerens subsidiære påstand imødekommet, idet enkelte forhold omkring prisfastsættelsen ikke ansås for at være bevist. Omkring de forskellige poster i sagsøgers erstatningsopgørelse anfører landsretten det interessante, at: »På de punkter, hvor den opgørelse, som sagsøgers subsidiære påstand bygger på, er bestridt, har de sagsøgte haft anledning til, såvel i aftaleperioden som senere, at søge at dokumentere eller sandsynliggøre

---

påstand, og det følgende det beløb erstatningen blev udmålt til: U1983.976Ø: 2.950.000 til 1.200.000, U1985.1087SH: 150.000 til 40.000, U1992.909SH: 900.000 til 300.000, U1996.1093V: 550.000 til 100.000, NIR1996.335: 550.000 til 100.000, FED1997.1362SH: 1.440.200 til 500.000, FED1997.1834Ø: 1.300.000 til 500.000, U2000.212SH: 300.000 til 75.000, U2001.747H: 2.214.000 til 500.000, U2004.2464SH: 1.200.000 til 250.000. I de tilkendte beløb i denne opremsning er også indeholdt erstatning for markedsforstyrrelser, erstatning for andre tab samt erstatning for ikke-økonomisk skade. Derfor er den ikke fuldstændig retvisende for så vidt angår nedsættelser der grunder sig på afsætningstab alene. Dette skyldes, at erstatningerne oftest gives som et samlet beløb uden yderligere specifikation. Udledes kan dog, at der sker nedsættelse i samtlige nævnte sager.

forhold, der kunne rejse tvivl om rigtigheden af opgørelsen. Dette gælder såvel de bestridte […], hvor de sagsøgte var de nærmeste til at sikre sig dokumentation for, at produkterne, som af dem hævdet var, defekte eller skulle afregnes af andre […]. En sådan dokumentation eller sandsynliggørelse har ikke fundet sted.« Sagsøgerens påstand imødekommes herefter. Landsretten giver i denne sag eksplicit udtryk for, at *sagsøgte* ikke har løftet bevisbyrden for de poster, som sagsøgte er nærmest til at sikre bevis for – til trods for, at landsretten indledningsvist fastslår, at sagsøgeren har bevisbyrden for det lidte tab. Landsretten lægger således til grund for sin afgørelse, at hver part må fremlægge den dokumentation, som vedkommende er nærmest til at skaffe. Afgørelsen må på dette område betragtes som konkret begrundet i de særlige vanskelige dokumentationsmuligheder for sagsøger. Det kan således ikke af denne afgørelse generelt udledes, at domstolene kræver bevis fremlagt af den part, der er nærmest hertil. Det kan imidlertid konstateres, at muligheden foreligger.

Når bortses fra denne afgørelse kan det konstateres, at rettighedshaverne har vanskeligt ved at fremskaffe den fornødne dokumentation for et påstået afsætningstab. Dette har en naturlig sammenhæng med kravets karakter af at være ganske præsumptivt.

Domstolenes krav til bevisets styrke er således meget strenge. Retsstillingen fremstår således, at der i realiteten forlanges et fuldstændigt sikkert bevis for et tab, der ifølge sin natur er hypotetisk eller i hvert fald ikke hviler på eksakte beløb. Da dette sikre bevis ikke kan fremskaffes, bliver konsekvensen en skønsmæssig nedsættelse af kravet. Denne hypotese støttes af det forhold, at der alene bliver givet fuld erstatning i de sager, hvor der foreligger fuldstændig substitution mellem produkterne og fuld markedsfortrængning herunder i sager, hvor der foreligger ulovlig kopiering af musik, edb-programmer eller film.

I kapitel 7 afsnit 5.1. er foretaget en gennemgang af afgørelser om erstatning for afsætningstab, der er afsagt med hjemmel i markedsføringsloven. Det konkluderes i afsnittet, at beviskravene til dokumentationen for afsætningstab er knap så strenge, som for de sager der afgøres efter ophavsretsloven. Som det fremgår af konklusionsafsnittet, fremstår forklaringen på denne afvigelse ikke som åbenbar. En mulig årsag kan være, at der i medfør af markedsføringsloven ikke er hjemmel til tilkendelse af et rimeligt vederlag. Beviskravene til rettighedshaverens afsætningstab blevet lempet en anelse, da rettighedshaveren ikke er sikret denne minimumserstatning.

I afgørelsen U2004.1085H (Montana) havde sagsøger opgjort erstatningskravet på 3 forskellige måder.[13] Der var nedlagt påstand om erstatning

13. Se nærmere om afgørelsen i kapitel 7, afsnit 5.3.

på kr. 10 mio. I Sø- og Handelsretten blev sagsøger tilkendt kr. 6 mio., og i Højesteret kr. 3 mio. I denne sag havde sagsøger flittigt søgt at løfte sin bevisbyrde for det påståede tab. Det er i den forbindelse også tankevækkende, at man for Højesteret havde udmeldt syn og skøn med henblik på at konstatere, om der var substitution mellem produkterne. Syns- og skønserklæringen viste, at de to produkter kunne substituere hinanden på markedet, hvilket blev lagt til grund af Højesteret, jf. præmisserne, dog uden at erstatningsudmålingen umiddelbart var påvirket deraf. Sagsøger havde endvidere selv taget højde for de markeds- og konkurrencemæssige usikkerhedsmomenter ved alene at påstå omkring halvdelen af sit opgjorte afsætningstab erstattet. Til trods herfor tilkendes alene kr. 3 mio. i erstatning. Denne afgørelse støtter således absolut ikke den forsigtige tese om, at beviskravene til rettighedshaverens afsætningstab er lempeligere i sager afgjort efter markedsføringslovens regler. Afgørelsen støtter derimod en tese om, at det er forbundet med meget store bevismæssige vanskeligheder i fornøden grad at dokumentere et afsætningstab, når den krænkede virksomhed er i vækst, eller der er sket prisstigning på produktet i krænkelsesperioden.[14]

5.3. Markedsforstyrrelser

Erstatning for markedsforstyrrelser er erstatning for et evt. fremtidigt afsætningstab begrundet i de forstyrrelser krænkelsen har forårsaget på markedet, samt for rettighedshaverens renommé. Med nyere retspraksis bliver erstatning for markedsforstyrrelser jævnligt tilkendt. Dette er i modsætning til tidligere, hvor erstatningen stort set alene blev baseret på rettighedshaverens afsætningstab. Det er vanskeligt at begrunde denne ændring i retstilstanden, men såvel domstolene som sagens parter er muligvis i højere grad blevet opmærksomme på dette – for rettighedshaveren – meget væsentlige tab.

Det er forbundet med betydelige bevisvanskeligheder at dokumentere og ikke mindst foretage en tabsopgørelse af en markedsforstyrrelse. Det ligger således i kravets natur, at erstatningen skal fastsættes skønsmæssigt. Ved en gennemgang af retspraksis kan konstateres, at der yderst sjældent tilkendes erstatning for markedsforstyrrelser som et separat opgjort beløb. Erstatningen udmåles hyppigt sammen med erstatning for afsætningstab til et samlet beløb, hvorfor det kan være vanskeligt at fremdrage nogle generelle krav til bevis for tabsopgørelsen.

Sikkert er det imidlertid, at rettighedshaveren skal sandsynliggøre tilstedeværelsen af en markedsforstyrrelse, såfremt erstatning skal tilkendes.

14. Jf. også U1992.909SH (Superellipse).

Dette følger af afgørelserne U1998.946H (WWF), U2000.2359Ø (Tango Jalousi), og U2003.1343H (tomater), hvor erstatning ikke tilkendes trods påstand herom. I samtlige afgørelser anføres i præmisserne, at retten ikke anså rettighedshaveren for at have lidt et tab.

I de følgende afgørelser tillægges erstatning for markedsforstyrrelser:

I afgørelsen U1999.158SH (Eva Trio) opgjordes erstatning for krænkelsen som et samlet beløb, men specielt omkring markedsforstyrrelser udtalte Sø- og Handelsretten, at disse havde været af kort varighed.

I afgørelsen U2000.212H (Mag-lite) udmåltes erstatningen for markedsforstyrrelser separat til kr. 25.000. Det fremgår ikke med hvilken begrundelse Højesteret netop fastsatte tabet til kr. 25.000. Et element må dog være, at Højesteret lagde til grund, at originalproduktet og plagiatproduktet solgtes på forskellige markeder og henvendte sig til forskelligt kundesegment.

U2000.1838SH (Alcantara) omhandlede en forsætlig krænkelse af en varemærkerettighed til en betegnelse for møbelstof. Erstatningen fastsattes som et samlet beløb.

I U2001.747H (Tripp Trapp) tillagdes et samlet erstatningsbeløb indeholdende en erstatning for markedsforstyrrelse. Der var i sagen talen om plagiering af et meget velkendt designprodukt. Sagsøger gjorde gældende, at sagsøger havde kapacitet til at sælge det antal stole som krænkeren havde solgt, og at der forelå fuld markedsfortrængning.

I U2001.2387SH (Antipants) kunne sagsøgeren ikke dokumentere at have lidt et afsætningstab. Sø- og Handelsretten antog dog, at rettighedshaveren havde lidt et tab som følge af markedsforstyrrelser. Dette til trods for at originalproduktet ikke længere blev markedsført. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at kundernes reaktioner på plagieringen kunne skade den fremtidige afsætning af andre produkter, samt at rettighedshaverens renommé kunne skades.

U2002.612SH (Budweiser) drejede sig om krænkelse af varemærket til en amerikansk øl. Sø- og Handelsretten fandt ikke, der ved sagsøgtes adfærd var sket nogen markedsfortrængning, men antog, at der forelå en bevidst krænkelse af varemærket, og anførte, at der måtte foreligge en »vis markedsforstyrrelse«.

I sagen U2002.875SH (Pladecover) havde rettighedshaveren også vanskeligt ved at opgøre sit tab. Sagen drejede sig om anbringelse af originalkunstneres navne på et cover til en cd, der indeholdt covernumre. Retten pålagde krænkeren en erstatning på kr. 20.000 for markedsforstyrrelser.

I afgørelsen U2003.1020H (Melitta) havde rettighedshaveren nedlagt en påstand om erstatning på kr. 949.779 for markedsforstyrrelser og et større beløb i erstatning for afsætningstab og andre tab. Det fremgik ikke af referatet, hvorledes beløbet var fremkommet, men blot at sagsøger havde fremlagt en række bilag til støtte for sin erstatningspåstand. Højesteret tilkendte kr. 100.000 i en samlet erstatning, idet man tilkendegav, at der alene skulle tilkendes erstatning for krænkelser foretaget på internettet.

Det fremgår af ovennævnte afgørelser at begrundelserne for, at der tillægges erstatning for markedsforstyrrelser, samt den beløbsmæssige opgørelse heraf, er lige så sparsom, som begrundelserne for at erstatningen ikke tillægges. Det bevis, rettighedshaveren skal præstere, må antages at være afhængig af forskellige konkrete forhold.

Dette kan være det beskyttede produkts markedsmæssige værdi, f.eks. produkter af høj designmæssig kvalitet (U1999.158SH, U2000.212H, U2000.1838H, U2001.474H, U2001.2387H og U2002.612SH). Når et produkt er velindarbejdet og besidder store markedsandele vil retten ofte anerkende, at en plagiering medfører markedsforstyrrelser for rettighedshaveren. Bevisbyrden er i sådanne tilfælde lempelig, og har alene karakter af en sandsynliggørelse for, at der vil blive lidt et tab. Omvendt kræves, at denne sandsynliggørelse *er* til stede, idet ikke alene den blotte krænkelse af et velindarbejdet produkt eller varemærke medfører, at rettighedshaveren pr. automatik tilkendes erstatning for markedsforstyrrelser (U1998.946H).

I sager om krænkelse af teknisk reproducerbare værker ses, at erstatning for markedsforstyrrelser og andre tab fastsættes til et beløb, der tilsvarer det rimelige vederlag eller erstatningen for afsætningstab. Dette fremgår af følgende afgørelser: U1997.1546V, U2001.1572V, RH2002:69, den utrykte svenske afgørelse, Hovrätten, Mål T-3484-03 samt U2005.60V. Da bevisførelsen for krænkelsens omfang i disse sagstyper er meget vanskelig, er kravene til bevisførelsen for markedsforstyrrelser lempet. Netop for denne sagstype kan der ikke med rimelighed rejses tvivl om, at retsstridig adfærd medfører markedsforstyrrelser.

I visse sager kan rettighedshaveren ikke dokumentere et afsætningstab. Er produktet beskyttet af ophavsretsloven er der adgang til et rimeligt vederlag for udnyttelsen. I sager efter bestemmelserne i markedsføringsloven, hvor der ikke er mulighed for tilkendelse af et rimeligt vederlag, kan tillægges erstatning for markedsforstyrrelser, hvor sådanne højst er sandsynliggjort. Det er tilfældet i U2001.2387H og U2002.875SH.

Det kan samlet konkluderes, at bevisbyrden for erstatning for markedsforstyrrelser er noget lettere at løfte end bevisbyrden for afsætningstab. En markedsforstyrrelse skal alene sandsynliggøres.

At rettighedshaveren har sandsynliggjort, at han lider et tab som følge af en markedsforstyrrelse og dermed tilkendes erstatning herfor, er imidlertid ikke ensbetydende med, at erstatningen udmåles med udgangspunkt i rettighedshaverens opgjorte tab.

Da erstatning for markedsforstyrrelse oftest udmåles sammen med erstatning for afsætningstab eller et rimeligt vederlag, er det vanskeligt at fremdrage en generel konklusion om udmålingen. En gennemgang af retspraksis viser, at erstatningerne for såvel afsætningstab, rimeligt vederlag og markedsforstyrrelser nedsættes. Derfor stiller domstolene nok ganske høje krav til bevisbyrden – også for markedsforstyrrelser – såfremt rettighedshaverens fulde påstand skal imødekommes. Erstatning for markedsforstyrrelser er ifølge sin natur et skønsmæssigt udmålt beløb. Dette faktum bevirker, at man kunne få den tanke, at domstolene »føler« at de »bør« nedsætte erstatningen alene fordi, der er tale om et hypotetisk eller i hvert fald et mere usikkert tab. Dette udsagn fremsættes med forsigtighed, idet redegørelserne for rettens overvejelser er så sparsomt gengivet i afgørelsernes præmisser. På ovennævnte baggrund forekommer det fornuftigt, at Vestre Landsret søger at definere nogle rammer for, hvorledes erstatningen kunne udmåles.[15]

5.4. Andre tab

Erstatning for andre tab er erstatning for de udgifter, der er forbundet med at konstatere krænkelsen. Der vil ofte være tale om udgifter, for hvilke der foreligger bevis i form af fakturaer eller lignende. Som anført ovenfor i kapitel 7, afsnit 4, fastsætter retten hyppigt erstatning for andre tab skønsmæssigt til trods for fremlagt dokumentation.

Der er dog ingen tvivl om at, i det omfang rettighedshaveren påberåber sig erstatning for andre tab, skal der foreligge dokumentation for kravet.

For så vidt angår de særlige sager om krænkelse de teknisk reproducerbare værker, kan der være store vanskeligheder og udgifter forbundet med at foretage kontrolforanstaltninger. Det skyldes, at den moderne teknologi muliggør krænkelser på måder, der kan være vanskelige at spore. Det følger af U2005.60V, at det vil være hensigtsmæssigt, at erstatning udmåles ud fra nogle retningslinjer, der er *generelt anvendelige*. Denne udtalelse er møntet på erstatningens størrelse, men ikke på dokumentationens karakter. Det må derfor forventes, at dokumentationen for udgiften til kontrolforanstaltningerne stadig skal præsteres, og at udtalelsen alene vedrører *udmålingen af erstatningen*.

15. Jf. U2005.60V.

5.5. Godtgørelse for ikke-økonomisk skade, jf. § 83, stk. 3

På trods af bestemmelsens ordlyd, men på baggrund af dens forarbejder, fortolkning samt retspraksis i et vist omfang, kan det konstateres, at bestemmelsen er obligatorisk, men alene hvor en ikke-økonomisk skade er lidt.[16]

Om dette er tilfældet afhænger i høj grad af hvilken værkstype, der har været udsat for krænkelse. For krænkelse af værker af udpræget kommerciel karakter gives ikke godtgørelse for ikke-økonomisk skade.[17]

Godtgørelse for ikke-økonomisk skade lader sig ikke bevise i form af et økonomisk målbart tab. Rettighedshaveren skal *sandsynliggøre* at have lidt en ikke-økonomisk skade. Denne skade kan være på ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse, men kan også være en skade, der retter sig mod ophavsmandens person, jf. U2002.911Ø (Mogens Palle). Krænkelsens karakter, omfang, samt omstændighederne ved krænkelsen kan betyde, at rettighedshaveren tilkendes erstatning for ikke-økonomisk skade. Dette er under den forudsætning, at det beskyttede produkt har en karakter, hvortil der kan knyttes ikke-økonomiske interesser.

Såfremt kravet nedlægges af den originære ophavsmand stilles der ikke store krav til rettighedshaverens bevisbyrde, jf. U2001.7474H (Tripp Trapp).

Foreligger en krænkelse, der er meget begrænset i omfang, kan selv originære ophavsmænd eller deres repræsenterende fællesforeninger have vanskeligt ved at dokumentere en ikke-økonomisk skade, jf. U1994.132Ø (undervisningskompendier). Vedrører kravet alene et økonomisk opgør mellem parterne (f.eks. manglende indberetning af indspilninger til fællesforeninger o. lign.) gives i U1997.1546V ikke erstatning for ikke-økonomisk skade. Denne afgørelse giver anledning til undren, idet krænkelsens omfang var betydelig, da en stor samling kunstnere ikke havde modtaget vederlag for indspilninger af deres musik. I U2001.1572V (deep links) gives godtgørelse for ikke-økonomisk skade for ulovlig downloading samt oprettelse af deep-links til musiknumre på internettet.

Nedlægges påstanden af en producent eller en rettighedshaver, der har erhvervet ophavsretten ved overdragelse, er beviskravene til den ikke-økonomiske skade sandsynligvis større. Erstatning for ikke-økonomisk skade er dog set, f.eks. i U1996.093V (Bamse/kylling), hvor Danmarks Radio modtog kr. 20.000 i erstatning for ikke-økonomisk skade for krænkelse af kyllinge-figuren, som man havde erhvervet ophavsrettighederne til. Erstat-

16. Jf. FT 1984-1985, Tillæg A, sp. 1979 ff.
17. Jf. *Palle Bo Madsen*: Markedsret, Del 2, 4. udgave, p. 81.

ning for ikke-økonomisk skade i tilfælde, hvor ophavsretten er overdraget, er ikke set tidligere. Det må derfor formodes, at beviskravene er strengere for en ikke-originær ophavsmand.

Det tilkendte erstatningsbeløb er traditionelt lavt og andrager mellem 20.000 og 35.000 kr. Beløbet må nødvendigvis fastsættes skønsmæssigt. Det må forventes, at domstolene fastholder dette erstatningsniveau, men at udmålingen på dette område også kan påvirkes i de tilfælde, hvor der foreligger grov skyld.

5.6. Bevisets karakter

Bevisets karakter spiller en naturlig rolle for bevisvurderingen. I sager om ophavsretlige krænkelser ses mange forskellige bevismidler anvendt

I enkelte sager ses bevisbyrden søgt løftet ved oplysninger i parternes processkrifter – ofte suppleret med parts – og vidneforklaringer. Disse oplysninger kan være understøttet af bilag fra parternes bogholderi, men er det ikke altid. Det kan være vanskeligt at læse af domsreferaterne, i hvilket omfang parternes påstande er underbygget af bilagsmateriale. I en del sager anvendes revisorerklæringer til understøttelse eller opgørelse af erstatningskravet. Der er ikke tradition for medvirken af uvildige sagkyndige til opgørelse af erstatningskravet.

Som redegjort for ovenfor i afsnit 5.1. skal beviset for en given licensberegning fremstå som fuldt dokumenteret. I modsat fald skønner retten frit over licensens størrelse, og lægger måske krænkerens beregning til grund, såfremt denne fremstår bedre dokumenteret. Dette var tilfældet i den svenske afgørelse NIR1995.332, hvor krænkeren havde indhentet en udtalelse fra det svenske handelskammer.

Som dokumentation for afsætningstab giver Olaf Eskildsen udtryk for, at fremlæggelse af revisorerklæringer i et vist omfang synes at støtte erstatningsopgørelserne: »Revisorerklæringerne giver et bedre fundament for tilkendelse af erstatninger, og rettighedshaverens krav imødekommes længere hen ad vejen, end i de tilfælde, hvor erklæringerne ikke er afgivet.«[18] Det konkluderes også i artiklen, at selv de bedste revisorudfærdigede erstatningsopgørelser mister i styrke, såfremt der skabes tvivl om markedsforholdene. Omvendt kan veldokumenterede og overbevisende revisorerklæringer løfte erstatningen. Disse synspunkter kan tilsluttes.

I følgende sager kan den anvendte revisorerklæring antages at have haft betydning for den tilkendte erstatning:

18. Jf. Olaf Eskildsen: Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, p. 363.

I U1979.248/2H (Bjørn Wiinblad) havde revisor beregnet bruttoavancen for 1 stk. af rettighedshaverens lysestager. Sagsøgtes revisor havde ligeledes attesteret det af sagsøgtes oplyste salg. Begge erklæringer blev lagt til grund for erstatningsudmålingen.

I U1981.46H (plastikposer) blev sagsøgers erstatningspåstand på kr. 30.000 imødekommet med kr. 10.000 i Sø- og Handelsretten. For Højesteret blev der fremlagt en revisorerklæring, der beregnede rettighedshaverens afsætningstab. Erstatningspåstanden udgjorde kr. 145.000, hvilken blev efterkommet med kr. 40.000.

I U1991.10H (reolsystem) opgjorde krænkerens revisor omfanget af krænkerens salg, hvilket blev lagt til grund af Højesteret, der udtalte: »Efter omfanget af det oplyste salg […]«.

I U1992.909S (Superellipse) opgjorde rettighedshaverens revisor afsætningstabet og omsætningsnedgangen. Erstatningskravet beregnedes på baggrund heraf, men nedsattes væsentligt. Til trods herfor tilkendtes alene kr. 300.000 i erstatning, da sagsøgte gjorde gældende, at parterne ikke henvendte sig til samme kundegruppe samt at revisorerklæringen medtog produkter, der ikke var omfattet af sagen. Dette kan evt. have haft betydning for udfaldet.

I U1994.671H (Kroken) var rettighedshaverens afsætningstab nøje redegjort for af revisor. Desuden havde revisor redegjort for forhold omkring prisnedsættelse af originalproduktet som følge af plagiatets tilstedeværelse på markedet. Erstatningspåstanden blev opgjort til kr. 933.194, men blev alene imødekommet med kr. 600.000, idet retten lagde vægt på usikkerhedsmomenter i relation til opgjorte omsætningstab samt prisnedsættelsens betydning.

I U1999.1061SH (ølarmatur) var rettighedshaverens omsætning på det krænkede produkt også nøje dokumenteret af revisor, der også havde udfærdiget beregninger af den mistede bruttoavance. Erklæringen blev stort set lagt til grund for erstatningsudmålingen.

I afgørelsen U2003.694SH (møbelknop) forelå substitution. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at krænkeren skulle betale erstatning svarende til rettighedshaverens tabte dækningsbidrag, der var opgjort af sagsøgers revisor. Den nedlagte påstand blev imødekommet, bortset fra nogle beløb, der hidrørte fra usikkerheder omkring prisudviklingen på produktet.

Retspraksis støtter således synspunktet om, at der er større sandsynlighed for at rettigheds-haverens dokumentation for sine afsætningsforhold lægges til grund, såfremt der fremlægges revisorerklæringer til støtte herfor. Dette er under alle omstændigheder tilfældet, når sagens øvrige aspekter fremstår klare og når graden af markedsfortrængningen er fastlagt. Foreligger substitution lægges revisors beregninger af dækningsgraden til grund, jf. U1991.10H, U1999.1061SH og U2003.694SH. Afgørelsen U1981.46H er

et eksempel på, at der for Højesteret fremlægges en revisorerklæring, hvorefter erstatningen hæves, uden der fremkommer andre nye oplysninger. Fremkommer sagsøgte med sandsynlige oplysninger eller dokumentation for, at der skal lægges andre markedsforhold til grund, end rettighedshaveren har gjort ved sin tabsopgørelse, vil erstatningerne typisk blive nedsat, jf. U1992.909SH (tvivl om salg til samme kundegruppe samt prisstigning på originalproduktet i perioden), U1994.671H (tvivl om det påståede afsætningstab samt betydning af en prisnedsættelse på originalproduktet), samt U2000.212SH (usikkerhed omkring salg til samme kundegruppe).

Det er for nogle produkters vedkommende muligt at indhente oplysninger om forhold for branchen generelt. Dette kan typisk ske hos brancheforeninger. Det var tilfældet i afgørelsen U2004.1085H (Montana), hvor der blev fremlagt oplysninger om, hvorledes markedet for møbler generelt havde udviklet sig i perioden. Højesteret nævner denne omstændighed i sin begrundelse. Ligeledes i afgørelsen U1992.909SH blev der fremlagt en markedsoversigt over markedsandelene i den danske møbelbranche i krænkelsesperioden. Retten fremkommer ikke i denne afgørelse med bemærkninger hertil, men sådanne oplysninger kan såvel underbygge en erstatningspåstand som påvirke den i nedadgående retning.

Revisorerklæringer udtaler sig ikke hyppigt om tab som følge af markedsforstyrrelser. Revisor kender som udgangspunkt ikke markedsforholdene, det vil sige afsætningsforhold, prismæssige omstændigheder, kundesegmenter m.v.[19] Det kan være muligt at spørge de allerede udmeldte syns- og skønsmænd om en branchekyndig vurdering af markedet, men det ses sjældent. Det skete i U2004.1085H og til trods for, at Højesteret i sin præmisser nævner substitutionsforholdet, er der ikke noget der direkte tyder på, at syns- og skønserklæringen på dette punkt har påvirket erstatningen i opadgående retning. Der er således ikke i retspraksis i dag tradition for indhentelse af særlige branchekyndige vurderinger af markedet for den konkret krænkede genstand og kopiproduktet til brug for fastlæggelse af tab som følge af markedsforstyrrelser.

5.6.1. Syn og skøn

Flere forfattere har drøftet, om der bør anvendes syn og skøn til fastlæggelse af tabets størrelse.[20] Dette er som udgangspunkt ikke set i retspraksis.

19. Jf. *Olaf Eskildsen*: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR2000.116 og *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 259.
20. Se f.eks. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 263, *Olaf Eskildsen*: Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, p. 363, og samme i Immaterialretlige erstatning i Danmark, NIR2000.116.

I afgørelsen U1963.410V begærede rettighedshaveren udmeldt syn og skøn til konstatering af, om han havde lidt et tab og dettes størrelse. Dette blev nægtet under henvisning til, at der ikke derved ville fremkomme oplysninger, som ikke kunne skaffes ad anden vej. I afgørelsen U2002.1647Ø (Lollikhus) blev syns- og skønsmændene adspurgt om, hvilket beløb det takstmæssige arkitekthonorar ville andrage for et byggeri, som det af sagen omhandlede. Det fremstår dog ikke, som om landsretten har lagt betydelig vægt på besvarelsen af spørgsmålet ved sin erstatningsudmåling.

Det forekommer ikke oplagt, at syn og skøn, for så vidt angår den rent talmæssige opgørelse af rettighedshaverens afsætningstab, skulle være mere egnet end erklæringer fra rettighedshaverens revisor. Denne formodes bekendt med virksomhedens regnskabsmæssige forhold, og bør derfor uden de store vanskeligheder kunne beregne dækningsgrader samt fremstille virksomhedens omsætningstal og budgetter i fornødent omfang.

Udmeldelse af syn og skøn for så vidt angår de mere markedsmæssige forhold kunne imidlertid være en fordel. Det fremstår som umiddelbart vanskeligt for en rettighedshaver at fremkomme med den fornødne dokumentation for markedsforholdene. Branchekendte syns- og skønsmænd kan i mange situationer udtale sig om forhold af betydning for fastlæggelse af erstatningen. Det kan for eksempel være oplysninger om det krænkende produkts indvirkning på salget af det originale produkt og produkternes stilling på markedet, men også om mere generelle forhold som prisudvikling, efterspørgsel og kundesegment. Endvidere kan branchekyndige vurdere spørgsmålet om rimeligheden af omkostninger anvendt til imødegåelse af en krænkelse, f.eks. annonceringsudgifter samt af prisnedsættelser. Til bedømmelse af selve krænkelsesproblematikken udmeldes ofte branchekyndige skønsmænd. Det kan overvejes, om de kunne fremkomme med vurderinger af de markedsmæssige forhold. Erling Borcher anfører, at man herved vil forskyde dokumentationsproblemet fra rettens bord til skønsmændene, og at skønsmændene ville skulle forlade sig på vurderinger af hypotetisk karakter.[21] Dette synspunkt er i mange tilfælde korrekt, men situationen vil afhænge af, hvorledes spørgsmålene til syns- og skønsmændene formuleres. Det er korrekt, at den juridiske vurdering af det lidte tab, skal overlades til domstolene.[22] Det forekommer dog

21. Jf. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, 2. udgave, p. 263.
22. Om den juridiske vurdering af selve krænkelsesproblematikken i relation til anvendelse af sagkyndige i sager om ophavsretlige krænkelser, se *Morten Rosenmeier*: Nogle bemærkninger om sagkyndiges medvirken i ophavsretssager, U2001B.102. Forfatteren giver udtryk for, at det skal undlades at overlade foretagelse af egentlige retlige vurderinger til sagkyndige.

ikke umuligt at lade skønmændene foretage vurderinger af markedsmæssig karakter, som ovenfor anført. Dette ville bevirke, at domstolene havde bedre baggrund for at vurdere, hvorvidt der reelt foreligger markedsforstyrrende adfærd samt omfanget heraf. Da bevisvurderingen er fri, kan domstolene tillægge oplysningerne den vægt de ønsker, men givet få flere oplysninger at foretage den juridiske afvejning ud fra.

Sikkert er det under alle omstændigheder, at den foreliggende retstilstand giver store usikkerhedsmomenter, når de markedsmæssige forhold skal vurderes og umuliggør stort set, at rettighedshaveren kan løfte den bevisbyrde, domstolene øjensynlig pålægger.

6. Konklusion

Dette kapitel omhandler en beskrivelse af de krav, der stilles til den bevisførelse, der skal ske, når erstatning for ophavsretlige krænkelser skal udmåles. Desuden beskrives bevisførelsens karakter.

Det er hovedreglen i al erstatningsret, at skadelidte har bevisbyrden for det lidte tab. Dette er ikke anderledes ved erstatning for ophavsretlige krænkelser. Rettighedshaveren skal løfte bevisbyrden for, at krænkeren har handlet culpøst, såfremt forholdet skal kvalificeres under § 83, stk. 1. Grundet retsområdets særlige karakter, og fordi der ofte går en krænkelsesvurdering forud for erstatningsvurderingen, er denne bevisbyrde ikke tyngende. I det omfang der foreligger en krænkelse, der kvalificeres under ophavsretslovens bestemmelser, vil bevisbyrden for culpøs handling være løftet. Vil krænkeren påberåbe sig god tro og dermed maksimere erstatningen til den indvundne fortjeneste, har han bevisbyrden herfor, jf. § 83, stk. 2.

Det er i afsnit 3 påvist, at skyldgraden influerer på bevisbedømmelsen, men alene for så vidt angår tilfælde af grov skyld. Ved groft uagtsomme og forsætlige forhold findes eksempler på, at der stort set ikke fremlægges tabsdokumentation, og alligevel tilkendes erstatning – ofte for markedsforstyrrelser.

Rettighedshaveren skal endvidere løfte bevisbyrden for, at der foreligger den fornødne årsagssammenhæng mellem krænkelsen og det lidte tab. At føre bevis herfor volder ofte rettighedshaveren betydelige vanskeligheder. Manglende årsagssammenhæng er den hyppigste årsag til, at rettighedshaverens krav nedsættes. Der stilles som udgangspunkt krav om fuldstændig dokumentation for årsagssammenhæng, hvilket kræver en belysning af samtlige afsætningsforhold for det krænkede og det krænkende produkt samt en belysning af markedsforholdene.

Nedlægger rettighedshaveren påstand om erstatning udmålt som et rimeligt vederlag for udnyttelsen, skal han dokumentere den beregningsfaktor, der anvendes ved vederlagsfastlæggelsen. På et særligt område, nemlig retsstridig kopiering eller spredning af de teknisk reproducerbare værker ses, at det rimelige vederlag opgøres som et afsætningstab. Rettighedshaveren skal derfor fremlægge bevis for det gennemsnitlige dækningsbidrag på den krænkede produkttype, ligesom krænkelsens omfang skal dokumenteres. Disse beviser er vanskelige for rettighedshaveren at præstere, hvilket i flere sager fører til en nedsættelse af erstatningskravet.

Såfremt rettighedshaveren nedlægger påstand om erstatning for afsætningstab, skal der fremlægges bevis for, hvor stort et salg rettighedshaveren har mistet som følge af den skete krænkelse. I tilfælde af substitution tillægges krænkerens salg stor betydning, hvorfor rettighedshaveren må fremlægge dokumentation herfor. Denne kan enten fremprovokeres under en retssag eller skaffes via anvendelse af bevissikringsreglerne i retsplejelovens kapitel 57 a. Det ses, at retten vælger at tillægge det processuel skadevirkning, såfremt krænkeren ikke ønsker at oplyse om sine omsætningstal.

I tilfælde hvor der nedlægges påstand om afsætningstab med baggrund i krænkerens eget mistede salg stilles strenge krav til beviset. Beviset skal nærme sig fuldstændig dokumentation. Det konkluderes, at domstolene i et ikke ubetydeligt omfang kræver fuldstændig dokumentation for et krav, der ifølge dets natur alene kan opgøres ud fra forhold, der hviler på hypoteser. Da fuldstændig dokumentation i sagens natur ikke kan fremlægges, sker en skønsmæssig udmåling og dermed en nedsættelse af kravet. Dette er i og for sig acceptabelt, men det er mindre acceptabelt, at der ikke redegøres for, på hvilke præmisser denne beskæring sker. Det bevirker at retsområdet bliver behæftet med betydelig usikkerhed og giver næring til en formodning om, at der sker *ubegrundede* nedsættelser af det opgjorte tab. Denne formodning underbygges af det faktum, at rettighedshaverens erstatningskrav i langt højere grad imødekommes i det tilfælde, hvor der foreligger fuldstændig eller tilnærmelsesvis fuldstændig markedsfortrængning og substitution.

Afsætningstabet beregnes som den mistede afsætning i antal stk. multipliceret med rettighedshaverens dækningsbidrag. Til dokumentation for dækningsbidraget kan hensigtsmæssigt fremlægges en revisorerklæring. Det konkluderes, at revisorerklæringer i påkommende tilfælde underbygger erstatningspåstanden og har positiv indflydelse på bevisbedømmelsen. Domstolene er dog opmærksomme på, at revisorerklæringer ikke er tilstrækkeligt fyldestgørende, når markedsforholdene skal vurderes. Derfor kan krænkerens oplysninger om ændrede markedsforhold rykke ved grundlaget for selv meget udførlige og grundige revisorerklæringer.

Erstatning for markedsforstyrrelser retter sig imod rettighedshaverens fremtidige afsætningstab som følge af krænkelsen og som følge af eventuelle skader på rettighedshaverens renommé. I medfør af nyere retspraksis bliver rettighedshaveren ofte tilkendt erstatning for markedsforstyrrelser. Bevisbyrden for, at markedet er forstyrret som følge af krænkelsen, er som udgangspunkt ikke vanskelig at løfte. Det betyder ikke, at enhver krænkelse medfører, at retten anser det for bevist, at rettighedshaverens marked er blevet påvirket.

Bevis for den beløbsmæssige udmåling af erstatning for markedsforstyrrelser er i modsætning hertil yderst vanskeligt at føre. Dette skyldes kravets karakter. Det er ikke muligt at prisfastsætte en markedsforstyrrelse med tilnærmelsesvis stor sikkerhedsgrad. Denne erstatning bliver derfor om nogen skønsmæssigt udmålt. Da erstatning for markedsforstyrrelser hyppigt udmåles sammen med erstatning for afsætningstab, er det vanskeligt at vurdere, hvorledes domstolene udmåler erstatningen. Alene på området for krænkelse af de teknisk reproducerbare værker som film, musik og edb-programmer ses en tendens til, at domstolene udmåler erstatning for markedsforstyrrelser og andre tab, til et beløb svarende til det rimelige vederlag eller til afsætningstabet. I andre sager er der tale om en skønsmæssig udmåling, der i realiteten ikke kan analyseres. Dette betyder, at retstilstanden er behæftet med usikkerhed og erstatningsudmålingerne i mange situationer kommer til at fremstå som vilkårlig.

Ved krav om erstatning for andre tab i form af udgifter forbundet med at konstatere og kontrollere den skete krænkelse er der uomtvisteligt krav om fuldstændig dokumentation for de afholdte udgifter. Dette bevis lader sig meget let præsentere, idet der ofte vil foreligge bilag i form af fakturaer eller lignende.

Ophavsretsloven § 83, stk. 3 giver hjemmel til erstatning for ikke-økonomisk skade. Rettighedshaveren skal sandsynliggøre en skade på hans litterære eller kunstneriske anseelse, men skaden kan også efter omstændighederne have sammenhæng med rettighedshaverens personlige forhold. Hvorvidt der tilkendes erstatning for ikke-økonomisk skade afhænger således af flere forhold, og vil i de fleste tilfælde være meget konkret begrundet. Det forekommer sandsynligt, at karakteren af den lidte skade samt forseelsens grovhed kan påvirke erstatningsudmålingen.

Domstolene har i princippet fri bevisbedømmelse. De fremlagte beviser kan således frit vægtes i forhold til hinanden. Derfor er det vanskeligt at konkludere, om beviser i sager om ophavsretlige krænkelser bedst skal leveres i en bestemt form. Bevis i form af revisorerklæringer underbygger erstatningsopgørelserne. Der er ikke tradition for, at anvende sagkyndige vurderinger i form af syn og skøn til brug for erstatningsfastsættelsen. Det

konkluderes, at dette ej heller er hensigtsmæssigt for så vidt angår selve den talmæssige opgørelse. Det ville dog *de lege ferenda* være ganske hensigtsmæssigt, som et supplement til en af revisor udarbejdet talmæssig opstilling, at indhente en sagkyndig vurdering af markedsforholdene. Dette skyldes, at domstolene meget vanskeligt kan danne sig særligt veldokumenteret billede af disse forhold alene ud fra parternes forklaring.

Kapitel 9

Konklusion og afsluttende bemærkninger

I dette kapitel opsummeres afhandlingens væsentligste konklusioner. For så vidt angår de problemstillinger afhandlingen behandler, er der dels løbende konkluderet og dels afsluttende konklusioner i hvert kapitel. Derfor kan de konklusioner, der fremgår af dette kapitel ikke betragtes som udtømmende.

Dette kapitel indeholder også nogle retspolitiske bemærkninger om afhandlingens emner. Enkelte af disse findes også under behandlingen af det pågældende emne. Der fremsættes ikke retspolitiske betragtninger omkring hver enkelt problemstilling. Dette sker alene, hvor retsstillingen kan begrunde fremsættelse af sådanne. Afhandlingen afsluttes med nogle retsøkonomiske betragtninger omkring erstatningsudmåling.

1. Konklusioner

Det primære formål med afhandlingen er at beskrive retsstillingen, når erstatning for ophavsretlige krænkelser skal udmåles. Indledningsvist beskrives de øvrige sanktioner, der eksisterer ved siden af erstatningsbestemmelsen, ligesom bevissikringsreglerne m.v. behandles. Årsagen hertil er, at den erstatningsmæssige sanktion sjældent står alene, og det er nødvendigt at præsentere sanktionsområdet for at belyse retsstillingen for erstatningsudmåling og den sammenhæng denne sanktion findes i.

Retsgrundlaget for tilkendelse af erstatning findes i ophavsretslovens § 83. Denne bestemmelse er nu kommet under påvirkning af direktiv 2004/48/EF, der blev vedtaget i 2004 og som skal implementeres inden april 2006. Direktivets erstatningsbestemmelse findes i artikel 13. Udmålingen skal, jf. direktivet, primært tage afsæt i de almindelige erstatningsretlige regler. Den retsstilling kendes fra dansk ret før lovændringen i 1995. Direktivet adskiller sig imidlertid fra den danske retsstilling ved, at krænkerens fortjeneste, som et økonomisk aspekt blandt flere, skal tages i betragtning, når erstatning udmåles. Det konkluderes i kapitel 2, at den danske

ophavsretslov på dette punkt skal ændres som følge af direktivets ordlyd. Det konkluderes endvidere at det ikke vil være tilstrækkeligt at begrænse erstatningen til rettighedshaverens dokumenterbare tab, når direktivet skal implementeres. Bestemmelsen om, at krænkerens fortjeneste skal tillægges vægt, medfører, at der skal gives mulighed for at tilkende en erstatning på basis af bestemmelsen i artikel 13, stk. 1, litra a, der overstiger dette tab.

Ifølge direktivet kan der tillægges rettighedshaveren, hvad der svarer til det rimelige vederlag, når dette anses for hensigtsmæssigt. Bestemmelsen om det rimelige vederlag er således ikke, i medfør af direktivets ordlyd, den primære bestemmelse om erstatningsudmåling. Dette er tilfældet i dansk ret ifølge ordlyden af ophavsretslovens § 83, stk. 1. Det konkluderes, at der dog ikke på dette punkt kræves en ændring af ordlyden i § 83, stk. 1.

Afhandlingens kapitel 3 omhandler sanktioner og bevissikring. Fogedforbud anses for det primære retsmiddel i sager om ophavsretlige krænkelser og er derfor undergivet grundig behandling i kapitlet. Tilbagekaldelsesproblematikken er af væsentlig praktisk interesse, når der skal nedlægges fogedforbud mod et retsstridigt produkt. Det konkluderes herom, at bestemmelsen om handlepligt i retsplejelovens § 641, stk. 2 ikke giver hjemmel til, at en krænker kan pålægges at tilbagekalde de krænkende produkter fra markedet, såfremt de er videreoverdraget til en forhandler el. lign.

På området for de foreløbige foranstaltninger kræver implementering af retshåndhævelses-direktivet også adskillige lovændringer – særligt i retsplejeloven. Det drejer sig primært om følgende: Beslaglæggelse skal kunne iværksættes som en foreløbig foranstaltning, der skal kunne foretages arrest som middel til erstatningsinddrivelse ved kommercielle krænkelser, der skal kunne kræves fremlæggelse af krænkerens finansielle og kommercielle oplysninger til brug for erstatningsopgørelsen, der skal kunne iværksættes foranstaltninger til beskyttelse af vidners identitet ligesom tredjemand skal kunne tilpligtes af fremkomme med oplysninger, der kan tjene som grundlag for en krænkelsessag. Endvidere skal implementeres en række bestemmelser om foranstaltninger, der følger af en realitetsafgørelse.

Kapitlerne 4-8 udgør afhandlingens mest centrale kapitler. I kapitel 4 analyseres principperne i ophavsretslovens § 83 ud fra deres ordlyd, forarbejder, formål m.v. Det sluttes at *lovbestemmelserne* om erstatning i de øvrige eneretslove, primært varemærkeloven og patentloven, kan anvendes på lige fod med bestemmelsen i ophavsretsloven, når retsstilling skal fastlægges. Endvidere kan den svenske upphovsrättslag finde anvendelse, men ikke den norske, idet bestemmelserne har forskelligt materielt indhold. Det betyder, at forarbejderne til disse love samt den retslitteratur, der knytter sig hertil anvendes som led i analysen af ophavsretslovens § 83.

I kapitel 5 gives en introduktion til den analyse af retspraksis, der følger i kapitlerne 6 og 7. Det sluttes, at *retspraksis* i henhold til de øvrige eneretslove ligeledes kan finde anvendelse, når retstilstanden ifølge retspraksis skal fastlægges på ophavsrettens område. Der kan dog konkret være anledning til at tage forbehold, idet vederlagsbestemmelsen har eksisteret i de øvrige eneretslove i en længere periode end i ophavsretsloven og dermed er bedre indarbejdet. Retsstillingen i medfør af disse love kan dermed også anvendes til at forudsige, hvorledes retstilstanden *kan* udvikle sig på ophavsrettens område. Der kan også konkret være forskel på, om der foreligger en krænkelse af en ophavsrettighed eller af en industriel rettighed, idet disse – i modsætning til ophavsrettigheder – er prioritetsbeskyttede. Det betyder at erstatningsudmåling på området for krænkelser foretaget i ond tro sandsynligvis ikke umiddelbart kan sammenlignes.

I medfør af markedsføringslovens § 13 gives der erstatning efter de almindelige erstatnings-retlige regler for overtrædelse af lovens § 1. På området for produktefterligninger kan retsstillingen efter markedsføringslovens § 13 og ophavsretsloven sammenlignes – dog alene, i de tilfælde hvor der tilkendes erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler.

I kapitel 6 foretages en analyse af retspraksis i henhold til vederlagsreglen. I kapitel 7 analyseres retspraksis i henhold til de almindelige erstatningsretlige bestemmelser. I disse kapitler inddrages løbende de konklusioner, der fremgår af kapitel 4. Først når den teoretiske analyse sammenholdes med den praktiske kan retsstillingen udledes. Det bliver også muligt på den baggrund at fremsætte kritik af reglernes anvendelse i praksis.

Herefter følger de væsentligste konklusioner, der er draget ud fra analysen af et enkelte tabsposter, herunder det rimelige vederlag.

1.1. Det rimelige vederlag

Vederlagsbestemmelsen i ophavsretslovens § 83, stk. 1 fremstår ifølge bestemmelsens ordlyd som hovedreglen, når der skal udmåles erstatning for ophavsretlige krænkelser. Der er imidlertid stadig adgang til at kræve erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, hvilket har vist sig at være den praktiske hovedregel. Erstatning efter vederlagsreglen er tiltænkt som en minimums-kompensationen, der skal udmåles, hvortil kan lægges erstatning som følge af afsætningstab, markedsforstyrrelser og andre tab. Dog således, at disse tabsposter alene kan tillægges i det omfang, de overstiger der rimelige vederlag. Der er ikke adgang til dobbeltkompensation. Tilkendelsen af vederlag er *uafhængig af tabsdokumentation*. Det rimelige vederlag kan også i teorien anvendes i tilfælde, hvor det konstaterede

afsætningstab er beskedent, og hvor salget af det krænkende produkt ville kunne indbringe en licensbetaling, der overstiger afsætningstabet. Det har imidlertid vist sig, at alene få afgørelser på ophavsrettens område afgøres efter bestemmelsen om det rimelige vederlag.

Det følger af forarbejderne til bestemmelsen, at der med betegnelsen »rimeligt vederlag« sigtes til det beløb parterne ville have aftalt sig frem til, såfremt udnyttelsen var sket på ganske sædvanlige aftaleretlige vilkår. På immaterialrettens område har sådanne aftaler primært karakter af licensaftaler, hvorved rettighedshaveren overdrager udnyttelsesretten til produktet mod betaling af en licens/royalty. Denne beregnes typisk som en procentdel af medkontrahentens omsætning eller som et fast beløb pr. realiseret produkt. Det fremgår af den nordiske patentudretning, der ligger til grund for vederlagsbestemmelsen, at en rimelig licensafgift forudsættes anvendt som beregningsmetode.

Det drøftes, om princippet i købelovens § 5 kan anvendes til fastlæggelse af vederlagets beregning, når der ikke foreligger anden dokumentation herfor. Det forkastes. Anvendelse af dette princip vil indebære, at krænkeren skal betale, hvad rettighedshaveren fordrer, så vidt det ikke anses for ubilligt. En sådan retsstilling har hverken støtte i bestemmelsens ordlyd eller forarbejder. Ifølge ordlyden og forarbejderne skal vederlagets værdi fastlægges ved anvendelse af sædvanlige aftaleretlige normer og forudsætninger. Der skal således ikke foretages en billighedsvurdering af ophavsmandens fordren, hvilket i nogle situationer kunne tænkes at hæve beregningsniveauet for vederlaget. Retspraksis viser desuagtet, at princippet i købelovens § 5 følges i enkelte afgørelser. Det bevirker, at det tilkendte vederlag nærmer sig en overlicens eller i hvert fald en beregning af det rimelige vederlag, der i et vist omfang overstiger, hvad en udregning efter en sædvanlig licensaftale kunne indbringe.[1]

I de afgørelser, hvor retten i præmisserne tilkendegiver, at den tilkendte erstatning er udmålt på basis af et rimeligt vederlag, baseres vederlagsudmålingerne ikke på licensbetragtninger. Det fremgår under alle omstændigheder ikke klart af præmisserne i de afsagte afgørelser. Imidlertid må man formode, at beregningerne desuagtet spiller en – måske mindre – rolle for vederlagsudmålingen.[2]

En analyse af retspraksis viser, at domstolene generelt har vanskeligt ved at anvende vederlagsreglen på ophavsrettens område, så det klart fremgår at

1. Jf. kapitel 6 afsnit 3.1.4. og afsnit 6.
2. Dette ses f.eks. i U1999.158SH (Eva Trio). Foretages en beregning af krænkerens oplyste salg og rettighedshaverens krævede licensafgift fremkommer et beløb, som Sø- og Handelsretten sandsynligvis har lagt vægt på – dog uden det fremgår af præmisserne.

vederlæggelsen er løsrevet fra en vurdering af det lidte tab samt dokumentationen herfor. Til trods for at rettighedshaverne påberåber sig et rimeligt vederlag som den primære påstand fremgår det af et flertal af afgørelserne på området, at domstolene i præmisserne primært lægger vægt på dokumentation for det lidte tab. Det medfører, at præmisserne i vidt omfang fremstår som om, der *alene* er nedlagt påstand efter de almindelige erstatningsretlige regler.[3] Såfremt retten inddrager licensbetragtninger i udmålingen af de tilkendte erstatning, ville det være ønskeligt at dette fremgik af præmisserne – også selvom der tilkendes et samlet beløb indeholdende såvel vederlag som erstatning. Dette ville i udpræget grad højne gennemsigtigheden af retsstillingen på området. Grunden til at retstilstanden er som skitseret, skal sandsynligvis søges i traditioner på området. Domstolene har vanskeligt ved at udmåle et vederlag, der overstiger det dokumenterede eller sandsynliggjorte lidte tab, da erstatningerne på ophavsrettens område traditionelt har været knyttet hertil. Det er også først i nyere tid, at der er knyttet meget væsentlige økonomiske interesser til det ophavsretlige område, der nu på dette punkt kan sammenlignes med de øvrige enerettigheder, hvor vederlagsbetingede erstatninger har været udmålt i en længere årrække.

På varemærkerettens område tegnes samme billede. Retspraksis om udmåling af et rimeligt vederlag for varemærkekrænkelser viser også besværligheder med at løsrive vurderingerne fra det lidte tab. Dog har der for varemærkekrænkelser i forbindelse med parallelimport udviklet sig en praksis, hvorefter der udmåles et rimeligt vederlag for krænkelserne. Praksis har stort set fundet et ensrettet leje for licensberegningerne.

I svensk retspraksis anvendes licensbetragtninger stort set undtagelsesvist ved udmåling af erstatning for ophavsretlige krænkelser. Når rettighedshaverens tab overstiger det rimelige vederlag, gives erstatning for yderligere skade. Det betyder, at der ifølge svensk retspraksis også foretages en udmåling af det afsætningstab, der overstiger det rimelige vederlag. Dette ses f.eks. i afgørelserne NIR1995.322, RH98:89 og NJA 1995 p. 164. I dansk retspraksis tages som udgangspunkt alene stilling til afsætningstabet, når dette skønnes at overstige det rimelige vederlag. Det er tilfældet uanset at der er nedlagt påstand om et rimeligt vederlag. I mange

3. Jf. f.eks. U1998.941SH (StandArt), hvor det udtaltes i præmisserne: »Efter salgs- og avanceoplysningerne […]«. Sagsøgers licensbetragtninger blev ikke kommenteret. I afgørelserne U2001.1572V, Sø- og Handelsrettens afgørelse nr. V-0168/97 af 4. marts 1999 samt Vestre Landsrets afgørelse nr. B-1733-03 gør tilsvarende forhold sig gældende. Opfattelsen om, at domstolene ikke anvender licensbetragtninger på området for ophavsretlige krænkelser i udstrakt grad, deles endvidere af flere praktikere på området. Se f.eks. *Erling Borcher*: Produktefterligninger, p. 252 f. og *Olaf Eskildsen*: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, NIR2000.116 ff.

situationer nedlægges en sådan påstand dog slet ikke, idet rettighedshaveren er af den opfattelse at de almindelige erstatningsretlige regler fører til den største erstatning.

De svenske domstole har en anden tradition for udfærdigelse af deres præmisser, hvorfor rettens vurderinger og begrundelser for den tildelte erstatning fremstår klarere og retstilstanden derved bliver mere gennemsigtig. Der er derfor i vidt omfang hjælp at hente i de svenske retsafgørelser på området, såvel når påstanden skal nedlægges af parterne, som når afgørelsen skal afsiges. Det er opfattelsen at de svenske afgørelser bør kunne påberåbes for de danske domstole og dermed have en vis retskildemæssig værdi. Bestemmelserne i den danske og den svenske ophavsretslovgivning er stort set enslydende og grundes på samme lovforberedende arbejde. Hvorvidt de danske domstole vil betragte de svenske afgørelse som bindende præjudikater, er nok tvivlsomt, men afgørelserne bør tjene som direkte inspiration til tilsvarende løsninger i dansk ret.

På området for erstatning udmålt som et rimeligt vederlag er der for enkelte produkttyper tegn på, at vederlaget udmåles efter særlige retningslinjer. Det mest typiske sagsområde er erstatninger for krænkelser af arkitekter og journalisters værker. For krænkelser af arkitekter og journalisters rettigheder udmåles det rimelige vederlag som absolut hovedregel som det sædvanlige vederlag for arbejdets udførelse. Såfremt der gør sig særlige forhold gældende, kan der ske fradrag i erstatningen. Dette kan f.eks. være fordi en arkitekt ikke skal forestå projekteringen, og dermed ikke har lidt et tab for manglende indtægter herved. Svensk retspraksis er i overensstemmelse med dansk praksis på dette område.

På området for de teknisk reproducerbare værker er der støtte i retspraksis for, at det rimelige vederlag beregnes som det gennemsnitlige dækningsbidrag for det krænkede produkt. Der beregnes således ikke en licensafgift enten i form af en procentdel af krænkerens samlede omsætning eller udmålt som et fast beløb pr. retsstridig handling. Derved får vederlaget karakter af erstatning for afsætningstab. Det fremstår ikke som om rettighedshaveren har store vanskeligheder ved at beregne tabet pr. retsstridig handling. Derimod er der knyttet betydelige vanskeligheder til dokumentation for krænkelsens omfang. Rettighedshaveren har bevisbyrden for antallet af retsstridige kopieringer, det være sig i fysisk form eller ved fremførsler eller downloading på internettet. Denne bevisbyrde er tydeligvis vanskelig at løfte, hvilket ofte medfører en nedsættelse af det skønnede antal krænkelser med en nedsættelse af erstatningskravet som en naturlig følge.

I svensk retspraksis findes en del afgørelser, der omhandler ulovlig kopiering af musik. Disse sager afgøres typisk efter licensberegninger i

modsætning til de danske afgørelser. Dog ses også i nyere svensk retspraksis, jf. f.eks. RH2002:69 og den utrykte afgørelse refereret i kapitel 6, afsnit 3.3., Mål T-3484-03 fra den svenske Hovrätt af 09.03.2004, en tendens til at beregne vederlagskravet med udgangspunkt i rettighedshaverens afsætningstab opgjort som det gennemsnitlige dækningsbidrag for det krænkede produkt. Det kan måske på denne baggrund forventes, at svensk retspraksis og dansk retspraksis tager samme udgangspunkt for erstatnings-beregningerne for disse værkskategorier.

På dette område tegner der sig også særlige forhold omkring erstatning for markedsforstyrrelser og andre tab, hvilke beskrives nedenfor.

1.2. Afsætningstab

Som det fremgår ovenfor nedlægges der påstand om erstatning efter de almindelige erstatningsregler i flertallet af sager om erstatning for ophavsretlige krænkelser. Bestemmelsen om det rimelige vederlag har således ikke fået nogen markant betydning siden dens indførelse på det ophavsretlige område. Som nævnt fremgår det af retspraksis, at i de tilfælde, hvor rettighedshaveren finder, at afsætningstabet overstiger det rimelige vederlag, bliver der alene nedlagt påstand om erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelser. Dette er alene hensigtsmæssigt under forudsætning af, at bevisbyrden for det påståede afsætningstab kan løftes. I modsat fald risikerer rettighedshaveren i teorien at blive tilkendt en mindre erstatning end vederlagsreglerne efter omstændighederne kunne hjemle.[4] Af kapitel

4. Et eksempel herpå foreligger eventuelt i afgørelsen U2004.1085SH (Montana), hvor rettighedshaveren havde valgt alene at nedlægge påstand om erstatning i medfør af markedsføringslovens bestemmelser. Der var ikke nedlagt påstand om krænkelse af ophavsretsloven, til trods for, at det tidligere retspraksis er fastslået, at Montana-reolen nyder ophavsretlige beskyttelse. Til støtte for erstatningsopgørelsen i sagen blev der foretaget en licensberegning af revisor. Ifølge kunne rettighedshaveren på baggrund af de oplyste omsætningstal fra krænkeren opgøre sin »mistede licensindtægt« til kr. 8,9 mio. Der er ikke i medfør af markedsføringslovens bestemmelser hjemmel til tilkendelse af et rimeligt vederlag for udnyttelsen, hvorfor beregningen blev foretaget ud fra betragtninger om, at en mistet licensindtægt i teorien *kan* være udtryk for et afsætningstab. Der er ikke umiddelbart noget i Højesterets præmisser, der tyder på, at man tilslutter sig dette synspunkt. Der var under sagen nedlagt en erstatningspåstand på kr. 10 mio., og rettighedshaveren blev i Højesteret tildelt kr. 3 mio. Såfremt sagen var ført efter ophavsretslovens vederlagsbestemmelser, kan det naturligvis ikke med sikkerhed siges, at der ville være blevet tildelt et højere erstatningsbeløb, men Højesteret ville have haft vanskeligt ved at undlade at tage stilling til oplysningerne om størrelsen af salget af det krænkende produkt samt de fremkomne oplysninger om licensberegninger i møbelbranchen. Disse fremstår som meget veldokumenterede.

8 fremgår, at der stilles meget strenge krav til beviset for afsætningstab – særligt i de tilfælde, hvor der ikke foreligger substitution. Derfor ville rettighedshaveren givet have bedre muligheder for at opnå erstatning for den skete krænkelse, såfremt der – mindst – nedlægges en subsidiær påstand om erstatning efter vederlagsbestemmelsen.

Afsætningstabet skal opgøres som ophavsmandens omsætningsreduktion som følge af krænkelsen multipliceret med hans fortjeneste pr. enhed. Fortjenesten opgøres som udgangspunkt som dækningsbidraget. Der kan måske være særlige situationer, hvor nettoavancen skal lægges til grund. Sker dette, vil erstatningen alt andet lige blive lavere, end hvis dækningsgraden lægges til grund. I de tilfælde, hvor der foreligger fuld eller tilnærmelsesvis fuld markedsfortrængning og substitution kan der lægges vægt på krænkerens salg, således at afsætningstabet opgøres som krænkerens salg multipliceret med ophavsmandens dækningsbidrag pr. enhed. Substitution foreligger ved meget nærgående produktefterligninger, der kan *erstatte* originalproduktet på markedet. Markedsfortrængning forudsættes for at der kan tilkendes erstatning for afsætningstab. Markedsfortrængning kan i vidt omfang finde sted selvom der ikke foreligger substitution. På markedet kan findes produkter, der med hensyn til udseende og egenskaber krænker rettighedshaverens produkt, men ikke kan erstatte originalproduktet på markedet. Det bliver ikke solgt som værende originalproduktet, men bliver solgt som en kopi. I disse situationer skal rettighedshaveren dokumentere sin mistede omsætning som følge af det retsstridige produkts tilstedeværelse på markedet. Krænkerens salg kan ikke lægges til grund for denne beregning. Forskelle i kvalitet, distributionskanaler og kundesegment kan bevirke, at rettighedshaveren har vanskeligt ved at dokumentere et afsætningstab af betydeligt omfang, og ikke tilnærmelsesvist i et omfang der tilsvarer krænkerens salg. Det er netop i disse situationer det rimelige vederlag bør kompensere rettighedshaveren for den skete udnyttelse af ophavsretten.

Der tages, som den absolutte og stort set ubetingede hovedregel, ikke stilling til krænkerens fortjeneste.

Som nævnt er opgørelse af afsætningstabet ikke nogen eksakt videnskab. Den mistede omsætning opgøres imidlertid ofte skønsmæssigt i et vist omfang, når krænkelsens betydning for rettighedshavernes omsætning ikke fremstår som fuldstændig bevist. Dette skøn underbygges af omsætningsoplysninger over en periode både før og efter krænkelsen samt oplysninger om krænkelsens omfang og omsætningen på det krænkende produkt.

Denne skønsmæssige beregning kan påvirkes af forskellige faktorer i både opadgående og nedadgående retning, når afsætningstabet skal be-

stemmes endeligt. Markedskonjunkturerne påvirker afsætningstabet ligesom kundegrundlag og produktets afsætningsmæssige stilling på markedet påvirker rettighedshaverens omsætning.

Der er afsagt flere afgørelser, hvor retten har lagt vægt på, hvorledes krænkeren *kunne* have påvirket konkurrencen ved markedsføring af et ikke-retsstridigt produkt i stedet for det konkret retsstridige. I disse sager har retten opstillet den teori, at rettighedshaveren kunne være påført lovlig konkurrence, såfremt krænkerens produkt ikke havde krænket rettighedshaverens eneret. I flertallet af de afgørelser, hvor synspunktet anføres, bliver rettighedshaveren allerede påført konkurrence fra andre »tilsvarende« produkter, der ikke er retsstridige. Eksempler er afgørelsen U2003.1020SH (Melitta) og den mønsterretlige afgørelse NIR1995.332. Opstilling af denne teori medfører en nedsættelse af det opgjorte afsætningstab. Synspunktet er ikke korrekt. Retten må og skal vurdere den konkrete situation, hvor der forligger en retsstridig overtrædelse af eneretslovgivningen, som skal sanktioneres i overensstemmelse hermed. Hypotetisk påført konkurrence fra det krænkende produkt, såfremt det var markedsført eller udformet anderledes kan ikke tillægges betydning. Dog kan konkurrence fra *anden* side af ikke-retsstridige produkter naturligvis tillægges betydning ved fastlæggelse af afsætningstabet, hvilket f.eks. kan ses af afgørelsen NIR1996. 335, hvor landsretten i præmisserne giver udtryk for, at afsætningstabet er påvirket af andre konkurrenters tiltag på markedet. En sådan situation drejer sig om opfyldelse af kravet om årsagssammenhæng.

Ved en gennemgang af retspraksis kan konstateres en tendens til, at afsætningstab er vanskeligt at dokumentere i tilstrækkeligt omfang i almindelighed og for virksomheder i vækst i særdeleshed.[5]

Opgørelser over afsætningstab udfærdiget af revisor eller advokat er endvidere meget følsomme overfor krænkerens oplysninger om ændrede markedsforhold. Anser retten disse oplysninger for sandsynliggjort, foretages en nedsættelse af det opgjorte tab til et skønsmæssigt fastsat beløb. Der er derfor, på baggrund af ovennævnte faktorer, der påvirker tabsopgørelsen, overordentligt vigtigt, at markedsforholdene belyses og søges dokumenteret i samme grad som den rent talmæssige opgørelse af afsætningstabet. Herved kommer vurderingen af afsætningstabet i høj grad til at minde om vurderingen af omfanget af markedsforstyrrelser, jf. umiddelbart nedenfor.

I en række afgørelser ses, at rettighedshaver selv foretager en skønsmæssig nedsættelse af det opgjorte tab. Denne nedsættelse sker enten af procesøkonomiske grunde, eller fordi sagsøger søger at tage højde for de usikkerheder, der er knyttet til opgørelsen af afsætningstabet. Det ses

5. Jf. f.eks. U2002.909SH (Super Ellipse) og U2004.1085H (Montana).

ikke umiddelbart i retspraksis, at domstolene tager hensyn til denne nedsættelse af kravet. Såfremt markedsforholdene skønnes usikre, sker en nedsættelse af det opgjorte tab uden at den allerede skete nedsættelse tages i betragtning umiddelbart. Domstolene nævner ikke nedsættelsen i noget tilfælde. I enkelte situationer ses dog, at domstolene giver fuldt medhold i den nedlagte påstand, men kun i sager, hvor det påstævnte beløb er nedsat af procesøkonomiske årsager. Dette er f.eks. tilfældet i U2001.1572V, hvor landsretten udtaler, at rettighedshaveren »mindst« har lidt et tab som påstået.

Generelt konkluderes det, at domstolene stiller strenge krav til beviset for rettighedshaverens afsætningstab. Der ses en tendens til at velunderbyggede revisorerklæringer kan underbygge erstatningspåstanden med en positiv effekt for tabsvurderingen til følge.

1.3. Markedsforstyrrelser

Tab som følge af markedsforstyrrelser relaterer sig til et *fremtidigt* tab på grund af krænkelsen. Tab som følge af markedsforstyrrelser lader sig således ikke udmåle og dokumentere i samme grad som afsætningstabet, men kan alene sandsynliggøres. Tabsopgørelsen for markedsforstyrrelser bliver dermed særdeles vanskelig. Tabet skal som følge heraf opgøres skønsmæssigt. Forskellige faktorer påvirker skønnet og dermed erstatningsudmålingen i opadgående eller nedadgående retning.

Når erstatningen for afsætningstab og markedsforstyrrelser tilkendes som ét samlet beløb, er det vanskeligt at beløbsfastsætte erstatningen for de enkelte tabskategorier. Der er endvidere en række markedsforhold, der påvirker såvel vurderingen af afsætningstabet som vurderingen af tabet som følge af markedsforstyrrelser. Det er for så vidt ganske naturligt, idet de forhold, der bevirker, at vurderingen af afsætningstabet må justeres som følge af markedsforholdene, også vil påvirke det fremtidige afsætningstab

De påvirkende faktorer, der har betydning for erstatningsudmålingen for markedsforstyrrelser kan for eksempel være kopiproduktet tidshorisont på markedet inden fogedforbud nedlægges, eller krænkeren trækker produktet tilbage, jf. f.eks. U1999.158SH. Såfremt det krænkende produkt hurtigt fjernes fra markedet, vil markedsforstyrrelsen efter omstændighederne alene være begrænset.

Krænkelsens grovhed og omfang er en naturlig faktor at vurdere. Det ses i flere afgørelser, at retten lægger til grund, at rettighedshaveren må forventes at være udsat for omfattende markedsforstyrrelser. I andre afgørelser kan beviset for markedsforstyrrelser kun vanskeligt løftes. En vurdering af krænkelsens grovhed kan medføre, at der desuagtet tilkendes

erstatning for markedsforstyrrelser.[6] Markedsvurderinger af kundegrupper og afsætningskanaler er ligeledes en faktor, der tillægges vægt. Sælges kopiproduktet til samme kundegruppe og ad tilsvarende salgskanaler er markedsforstyrrelserne så meget desto større. Er det modsatte der imod tilfældet, vil forstyrrelserne være tilsvarende mindre.

Ved en gennemgang af retspraksis kan konstateres at erstatningskravet for markedsforstyrrelser sjældent imødekommes med det påståede beløb. I de sager, hvor erstatningen gives som et samlet beløb, ses også ofte nedsættelser. I disse situationer kan det naturligvis vanskeligt bedømmes om nedsættelsen vedrører den ene eller den anden tabskategori. Det kan imidlertid blot konstateres, at nedsættelser af det påståede tab er meget hyppigt forekommende.

Når tabsopgørelsen for markedsforstyrrelser er så vanskelig for rettighedshaveren, skyldes det tydeligvis bevisproblematikken. Foreligger der en ophavsretlig krænkelse med tab til følge, er beviset for, at der reelt er sket en markedsforstyrrelse ikke vanskelig at løfte.[7] Problemerne opstår imidlertid ved udmålingen af erstatningen. Disse bliver ikke mindre af, at domstolene traditionelt ikke udtaler sig om skønsgrundlaget. Det er således ikke muligt at definere, præcist hvilket oplysninger domstolene lægger til grund for udmålingen af erstatningen. Der sker derfor det meget uheldige, at udmålingen i mange tilfælde fremstår som vilkårlig.

For enkelte værksarter tegner der sig imidlertid et billede af den samlede erstatningsudmåling for markedsforstyrrelser og andre tab. Det ses i retspraksis på området for retsstridige adfærd i relation til de teknisk reproducerbare værker, at erstatning for markedsforstyrrelser og andre tab fastsættes til et beløb, der svarer til den erstatning, der gives som et rimeligt vederlag eller som erstatning for afsætningstab. Vestre Landsret har i den forbindelse i U2005.60V udtalt, at det er hensigtsmæssigt at erstatningen for disse tabstyper sker efter principper der er »generelt anvendelige«. Landsretten lægger endvidere til grund, at denne udmåling er sket tidligere i retspraksis. Det kan således forventes, at udmålingen vil ske således i fremtidige sager, der kan sammenlignes med de nævnte afgørelser. Denne udvikling ses også i nyere svensk retspraksis.

6. F.eks. i U2001.2456SH (Antipants).
7. At rettighedshaveren skal sandsynliggøre, at der er sket en markedsforstyrrelse er et ubetinget krav. I følgende afgørelse blev der ikke give erstatning for markedsforstyrrelser trods nedlagt påstand herom: U1998.946 (WWF), U2000.2359Ø (Tango Jalousi) og U2003.1343 (Tomater).

2.4. Principper for udmåling af godtgørelse for ikke-økonomisk skade

Godtgørelse for ikke-økonomisk skade relaterer sig til den krænkelse, der er sket af ophavsmanden kunstneriske eller litterære integritet. Vurderingen, der skal foretages ved tilkendelse af erstatningen efter bestemmelsen i ophavsretslovens § 83, stk. 3, er i overensstemmelse med vurderingen efter erstatningsansvarslovens § 26 om tort. Der skal således være lidt en ikke-økonomisk skade, såfremt godtgørelse herfor skal tilkendes. Godtgørelsen har pønal karakter og lader sig principielt ikke prisfastsætte. Godtgørelsen udmåles derfor skønsmæssigt og typisk som et mindre beløb. Af retspraksis følger, at erstatningsniveauet ligger på mellem 20.000 og 30.000 kr.

2. Retspolitiske betragtninger

Som redegjort for i indledningen til afhandlingen vil der afslutningsvist blive fremsat nogle retspolitiske betragtninger om afhandlingens emner. Disse vil indledningsvist blive fremsat med henblik på en vurdering af den nuværende retstilstand. Herefter vil der blive fremsat nogle retsøkonomiske betragtninger om erstatningsudmåling. Disse er alene af retspolitisk karakter. Retsøkonomisk metode kan ikke alene anvendes retspolitisk. Retsøkonomisk metode kan indenfor ophavsretten anvendes til en vurdering af det ophavsretlige beskyttelsesniveau.[8] Ved hjælp af økonomiske modeller kan der foretages beregninger af, hvor stærk eller svag ophavsretten skal være, for at der stadig skabes incitamenter til teknologisk udvikling og kunstnerisk produktion.[9] Dette ligger uden for rammerne af denne afhandling.

Her anvendes retsøkonomisk metode alene som retspolitiske argumenter for en given retstilstand på det erstatningsretlige område. Som redegjort for i indledningen er det ikke formålet med afhandlingen at udsætte de dogmatiske konklusioner for behandling efter retsøkonomisk metode. Som nævnt i indledningen til dette kapitel fremsættes alene retspolitiske betragtninger om emner, hvor retsstillingen giver anledning dertil.

8. Se f.eks. *Thomas Riis*: Ophavsret og retsøkonomi.
9. Jf. *Thomas Riis*: Ophavsret og retsøkonomi, p. 66 ff.

2.1. Fogedforbud

I kapitel 3 er det ophavsretlige sanktionssystem beskrevet. Sanktionerne har hjemmel i såvel retsplejeloven, straffeloven som ophavsretsloven. Sanktionerne skal primært beskytte den rettighedshaver, der er udsat for en immaterialretlig krænkelse. Sanktionerne skal dog også være så afbalancerede, at kreativitet og innovation ikke bremses. Dette hensyn kan ikke tages af beskyttelsesbestemmelserne alene. Er sanktionerne ikke tilstrækkeligt effektive, vil det medføre et øget krænkelsesniveau. Dette vil standse udviklingen, idet rettighedshaveren ikke kan betragte sin investering og sin goodwill som tilstrækkelig beskyttet. Er sanktionerne meget effektive vil ikke-retsstridig adfærd måske hindres og dermed virke som en bremse for udviklingen, idet fremtidige frembringere vil afstå fra ellers lovlige handlinger af skræk for sanktionerne. Ganske få ophavsmænd står ikke på skuldrene af andre. Derfor må lovgivningen og domstolenes forvaltning af lovgivningen finde en egnet balance imellem disse hensyn. Der blæser flere forskellige politiske vinde på området. Visse brugere af immaterialrettigheder kræver lovfæstede brugerrettigheder, medens rettighedshaverne kræver skærpede beskyttelsesforanstaltninger.

I de senere år, og nu med direktiv 2004/48/EF, lægges der op til stramninger af stort set alle bestemmelser omkring sanktioner, bevissikring og erstatning. Det kan således konstateres, at lovgivningsmæssigt høres rettighedshaverens krav bedst.

På baggrund af afhandlingens undersøgelser for så vidt angår selve sanktionssystemet kan konstateres, at dette i det store hele er velfungerende. Den primære sanktion ved konstatering af en ophavsretlige krænkelse er forbudssanktionen. Denne kan anvendes i kombination med bevissikringsreglerne i retsplejelovens kapitel 57 a. Der er i afhandlingen påpeget visse svagheder ved forbudsinstituttet. Det vil være en stor fordel, om rettighedshaveren kunne anlægge forbudssagen ved Sø- og Handelsretten i København. Fordelene herved er, at der er tale om en domstol med et sagkyndigt element. Endvidere kunne sagsbehandlingstiden mindskes, idet behov for syn og skøn samt en lang skriftveksling ikke i samme omfang ville være til stede. Sø- og Handelsretten er i dag alene kompetent såfremt anvendelse af markedsføringslovens bestemmelser er af væsentlig betydning for sagens udfald, jf. markedsføringslovens § 14, stk. 1. Sø- og Handelsretten også gjort kompetent ved anvendelse af EF-designforordningen, der kræver udpegelse af én national domstol til varetagelse af sagerne i relation til forordningens bestemmelser. Det vurderes således ved disse krænkelsestyper, at Sø- og Handelsretten er mest kompetent til at behandle disse sager. De samme hensyn gør sig absolut gældende ved

sager om fogedforbudsnedlæggelse ved krænkelse af ophavsretlige – men også andre – immaterialretlige sager.

2.2. Kompensationens karakter

Som påvist ovenfor i kapitlerne 4-8 er der visse vanskeligheder forbundet med tabsfastsættelsen og dermed erstatningsudmålingen, når en ophavsretlig krænkelse er konstateret. Det er ofte nævnt i litteraturen, at de tilkendte kompensationsbeløb i forbindelse med ophavsretlige krænkelser er for beskedne.[10] Problemstillingen er beskrevet i kapitel 1, afsnit 4. I dette afsnit er stillet en række spørgsmål, der alle relaterer sig til problemstillingen omkring de »for« lave erstatningsudmålinger. Det er ikke afhandlingens primære formål at tage stilling til, om erstatningerne generelt udmåles for lavt. Der er formålet, at udlede principperne for den erstatningsudmåling der kan konstateres ved en teoretisk behandling af erstatningsbestemmelsen i ophavsretslovens § 83 samt den retspraksis, der knytter sig hertil. Det forekommer imidlertid naturligt, at søge spørgsmålet besvaret i det retspolitiske afsnit.

Ved den skete gennemgang af retspraksis kan generelt konstateres, at

- den nedlagte påstand imødekommes i yderst få tilfælde,
- der sjældent anvendes licensbetragtninger til fastlæggelse af det rimelige vederlag,
- det rimelige vederlag udmåles med udgangspunkt i det dokumenterede lidte tab,
- at der stilles strenge krav til bevis for årsagsforbindelse mellem den skadevoldende handling og det lidte tab,
- der stilles strenge krav til bevisbyrden for det lidte afsætningstab,
- at afsætningstabet skal opgøres som rettighedshaverens manglende omsætning multipliceret med rettighedshaverens dækningsbidrag,
- at afsætningstabet alene i tilfælde af fuld eller tilnærmelsesvis fuld markedsfortrængning og substitution opgøres med udgangspunkt i krænkerens salg,
- at krænkerens fortjeneste er uden betydning for erstatningsfastsættelsen,
- erstatningerne udmåles skønsmæssigt uden udførlig redegørelse for skønsgrundlaget,

10. Se f.eks. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 7. udg., ved *Jens Schovsbo* p. 459 ff., *Erling Borcher:* Produktefterligninger, 2, udgave, p. 250.

- at erstatningsfastsættelsen for især markedsforstyrrelser i de fleste tilfælde fremstår som vilkårlig, og
- at der er tegn på en mere ensartet udmålingspraksis i hvert fald for så vidt angår erstatning for krænkelse af de teknisk reproducerbare værker.

Spørgsmålet om, hvorvidt erstatning for ophavsretlige krænkelser generelt udmåles for lavt, må på ovennævnte baggrund besvares bekræftende. Det har den kedelige følge, at krænkeren i mange tilfælde kan opnå en økonomisk gevinst på den foretagne krænkelse til trods for en eventuelt idømt erstatning. Dette leder naturligt hen på spørgsmålet om, hvorledes kompensationen kunne udmåles således, at rettighedshaveren tilgodeses i større omfang. Det kan også naturligt spørges, om sagsbehandlingen med fordel kunne ændres til støtte for rettighedshaverens krav.

I kapitel 4, afsnit 1 anføres som den primært mulige løsning på problemstillingen at loven burde ændres. Med direktiv 2004/48/EF er lovgiver efter min opfattelse forpligtet til at ændre erstatningsbestemmelserne i samtlige eneretslove, således at det bliver muligt at tage hensyn til krænkerens *fortjeneste.* Det fremgår dog ikke, hvorledes denne betragtning skal implementeres. Det er lovgivningsmæssigt muligt, at der indføres hjemmel til, at rettighedshaveren skal tillægges hele krænkerens fortjeneste på det retsstridige produkt uden hensyn til det lidte tab. En anden konsekvens kunne være, at der tages hensyn til krænkelsens omfang, således at størrelsen af krænkerens *salg* tages i betragtning – også i de sager, hvor der ikke foreligger substitution. Det springende punkt bliver således, om lovgiver kan acceptere en retstilstand, hvor erstatningen kan overstige det dokumenterbart lidte afsætningstab. En sådan retstilstand er til en vis grad accepteret ved indførelse af vederlagsreglen, der imidlertid alene fordrer en andel af krænkerens fortjeneste udmålt som en licens. Skal krænkeren fralægge sig hele sin fortjeneste – forventeligt opgjort som dækningsbidraget – bliver sandsynligheden for, at rettighedshaveren tilkommer mere end sit dokumenterbare tab, forøget. Som kravene til bevisbyrden for det lidte tab fungerer i dag hersker der ingen tvivl om, at en erstatning baseret på krænkerens fortjeneste vil være kærkommen hos mange rettighedshavere. Skal en meget stærk erstatningsretlig sanktion anbefales, må beskyttelsesreglerne som konsekvens deraf afvejes nøje.

En situation, hvor retstilstanden på krænkelsesniveau er ganske klar, er at foretrække. Indføres en ganske klar retstilling på området for beskyttelsens karakter, vil dette betyde, at krænkeren i stort set samtlige krænkelsestilfælde vil have handlet forsætligt. Er dette tilfældet bør der ikke udvises tilbageholdenhed med at kræve, at fortjenesten skal fralægges. Ved ikke-forsætlige krænkelser bør der tages afgørende hensyn til

opgørelsen krænkerens salg. Det indebærer flere fordele. Først og fremmest lettes bevisbyrden for rettighedshaveren. Dernæst forekommer det stødende, at erstatningerne udmåles til meget lave beløb, såfremt rettighedshaveren ikke kan løfte bevisbyrden for det lidte tab. Tages udgangspunkt i krænkerens salg pr. stk. multipliceret med ophavsmandens dækningsbidrag fremkommer en hensigtsmæssig og fair erstatningsudmåling.

I kapitel 1, afsnit 4 påpeges også, at en medvirkende årsag til det lave erstatningsniveau kunne være, at domstolene ikke udnytter potentialet i bestemmelserne. Dette er delvist korrekt – særligt på to områder. Domstolene bør være mere lydhøre overfor de licensbetragtninger, der gøres gældende, således at det rimelige vederlag tillægges uden hensyntagen til det dokumenterbare eller sandsynliggjorte lidte tab. Endvidere bør domstolene i videre omfang tillægge godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Det er et af de parametre, hvor erstatningsniveauet kan påvirkes. Når en frembringelse er omfattet af ophavsretslovens beskyttelsessfære, kunne det overvejes, om der skal gives erstatning for ikke-økonomisk skade ved krænkelse uanset værkets karakter. Dette vil styrke ophavsrettighedens karakter af en eneret. Bestemmelsens ordlyd er udformet i overensstemmelse hermed. Dermed ikke sagt, at erstatning for ikke-økonomisk skade bør udmåles ved alle krænkelsesformer. Der kan være gode argumenter, der kan tale imod. Disse er særligt relateret til de konkrete omstændigheder, hvorunder krænkelsen er foregået. Er der alene tale om en af omfang meget begrænset krænkelse, skal godtgørelse ikke tillægges. Domstolene kunne dog med fordel lempe kravene til, hvornår man anser en ikke-økonomisk skade for at være indtrådt.

En tredje begrundelse for det lave erstatningsniveau angives at være anvendelse af en vilkårlig skønsudøvelse. Denne kan tilsluttes. Særlig for så vidt angår erstatning for markedsforstyrrelser er domstolenes præmisser så summariske, at anden konklusion ikke kan nås. For at afbøde på denne problemstilling kunne man indhente yderligere oplysninger om markedsforholdene, end i dag. Markedsforholdene har også væsentlig betydning for fastlæggelse af afsætningstabet. Selve den beregningsmæssige del af tabsopgørelsen kan foretages af revisor på forsvarlig vis. Dette er også realiteten i mange sager. Man kunne imidlertid forestille sig produktets markedsmæssige stilling både før, under og efter den skete krænkelse yderligere belyst, ligesom betydningen af prisnedsættelser og det almindelige konkurrencemæssige forhold mellem originalproduktet og efterligningen ville være af interesse. Sådanne spørgsmål kunne stilles de udmeldte skønsmænd. Hvorledes oplysningerne skal vægtes i relation til erstatningsudmålingen må imidlertid overlades til domstolene. Det forekommer ikke at være gavnligt, såfremt skønsmændene skal forestå den talmæssige

behandling og vægtning af oplysningerne. Ville domstolene herefter redegøre for, hvorledes oplysningerne har påvirket den skønsmæssige udmåling af erstatningen, var meget nået. Afholdelse af et egentlig syn og skøn på hele erstatningsopgørelsen kan ikke anbefales. Dette skyldes, at en egnet syns- og skønsmand ikke kan identificeres. Dette ville kræve omfattende revisionsmæssig – og markedsmæssig indsigt. Den endelige tabsfastsættelse skal ske af domstolene, men større belysning af grundlaget for kravene kunne være ønskeligt.

Det er påpeget i kapitel 1, afsnit 4, men også af flere forfattere med en praktisk baggrund, at sagens parter ikke ofrer erstatningsberegningerne tilstrækkelig opmærksomhed og rettidig omhu. Dette synspunkt kan også i begrænset omfang tilsluttes. Det synes oplagt, at indgående kendskab til bestemmelserne, samt de erstatningsmæssige muligheder de rummer, i flere tilfælde ville højde erstatningsniveauet.

Bevisproblematikken nævnes også. Det forekommer, på baggrund af den gennemgåede retspraksis, at domstolene stiller for strenge krav til beviset. Man ønsker i flere tilfælde fuldstændig bevis for krav, der følge deres natur alene lader sig sandsynliggøre. Da fuldstændig bevis i sagens natur ikke lader sig præstere foretages en skønsmæssig nedsættelse af kravet.

Det kan således konkluderes, at der er mange måder, hvorpå erstatningsniveauet på dette område kan forhøjes. Meget vil imidlertid være nået, såfremt lovgiver implementerer retshåndhævelsesdirektivet som anbefalet.

2.3. Retsøkonomiske betragtninger

Som nævnt i det indledende afsnit 3 i kapitel 1 om metode kan retsøkonomisk metode i en vis udstrækning finde anvendelse på analysen af ophavsrettens nødvendige styrke.

Der er en forudsætning for de retsøkonomiske betragtninger, at formålet med regulering er at sikre størst mulig samfundsmæssig velfærd, økonomisk efficiens. Det kan naturligvis diskuteres, om størst mulig samfundsmæssig velfærd er et mål i sig selv, når spørgsmålet om erstatning for ophavsretlige krænkelser drøftes. Da ophavsretten også er en ideel ret for rettighedshaveren, *er* økonomisk efficiens ikke nødvendigvis det eneste mål med en regulering af erstatningens størrelse. Erstatning kan også være et udtryk for kompensation for den personlige krænkelse, der ligger i at få sin frembringelse krænket. Det forudsættes imidlertid i dette afsnit, at formålet med den erstatningsretlige regulering er økonomisk efficiens.

Med afsnittet tilsigtes ikke en vurdering af, hvorvidt selve *eksistensen* af ophavsretten er økonomisk efficient. Der tages ikke stilling til, om selve ophavsretten medvirker til naturligt at generere ressourcerne derhen, hvor

der samfundsmæssigt skabes den største velfærd. Der tages heller ikke stilling til, om den eksisterende ophavsrets beskyttelsesniveau ud fra en retsøkonomisk betragtning skal være lavt eller højt. Der tages alene stilling til, om de eksisterende principper og regler for erstatningsudmåling er udtryk for retsøkonomiske principper. Indledningsvist beskrives kort nogle retsøkonomiske betragtninger af betydning for vurderingerne på dette område.

Det er værd at bemærke, at der i retsøkonomien ikke hersker nogen teoritvang. Det betyder, at man frit kan anvende disse teorier, og mange andre, og at »en god teori« kan være karakteriseret ved, at den hjælper med at besvare de spørgsmål, man stiller. Derfor tjener de retsøkonomiske teorier, som nævnt overfor i kapitel 1 afsnit 3, alene som hjælpemidler til belysning af juridiske problemstillinger. I lyset at dette skal de næste afsnit læses. Det interessante ved anvendelse af de retsøkonomiske teorier på erstatningsreglerne er således, om bestemmelserne kan bidrage til svaret på, hvorledes bestemmelserne skal indrettes, hvis formålet er at give en mere efficient ressourceallokering.

2.3.1. Retsøkonomiske teorier

Som anført ovenfor er økonomisk efficiens rationalet for den retsøkonomiske teori.

Ved økonomisk efficiens forstås, at ressourcerne i samfundet allokeres derhen, hvor det er velfærdsmæssigt optimalt. Når dette er tilfældet siges situationen at være Pareto-optimal.[11] Det er vigtigt at holde sig for øje, at det ikke er en vurdering af det enkelte individs øjeblikkelige økonomiske stilling, men en vurdering af den *samlede* økonomiske stilling. Det betyder, at man ikke kan optimere vilkårene for en person uden at forringe dem for en anden. Kan dette ikke lade sig gøre, har man nået en situation, der er Pareto-optimal.[12] Opnås en Pareto-optimal situation, er der samtidig opnået den optimale økonomiske velfærd i samfundet.[13]

Pareto-kriteriet har synlige praktiske vanskeligheder. For det første tager kriteriet ikke i øjesyn, at selvom en given situation er Pareto-optimal, kan ressourcerne være meget ulige fordelt mellem de økonomisk involverede

11. En italiensk økonom, Vilfredo Pareto, har opstillet denne teori.
12. Pareto-teorien har sin svaghed her al den stund, at der ofte er flere individer end to, der bliver påvirket kontrakten, lovgivningen el. lign, og det er selvfølgelig vanskeligt at forestille sig en handling, der ikke forringer vilkårene for et eneste individ. Se også *Thomas Riis*: Ophavsret og Retsøkonomi, p. 30 ff.
13. Om de antagelser, der ligger bag begrebet se: *Agnete Raaschou-Nielsen* og *Nicolai Juul Foss*: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi p. 13.

parter. For det andet lader det sig vanskeligt gøre, at en regel ikke påvirker en eneste part i negativ retning. Skulle Pareto-kriteriet anvendes uanfægtet, ville der stort set ikke kunne vedtages lovgivning med økonomiske konsekvenser.

Af samme grund anvendes Kaldor-Hicks-Kriteriet[14] som supplement til Pareto-kriteriet. Dette kriterium anvender et nyttebegreb med udgangspunkt i den enkelte økonomiske medspillers nytte. Det betyder med andre ord, at hvis tabet af den enes nytte opvejes af stigningen i den andens nytte *således at den samlede nytte stiger*, medfører en regel en samlet stigning i den samfundsmæssige velfærd. Der vil således være situationer, hvor Kaldor-Hicks-kriteriet vil statuere økonomisk efficiens, men hvor dette ikke vil være tilfældet, hvis situationen anskues fra Pareto-kriteriet. Kaldor-Hicks-kriteriet er det mest anvendte efficiensbegreb i retsøkonomien.

Kaldor-Hicks-kriteriet har også visse svagheder. Anvendelse af kriteriet forudsætter, at nytteværdien kan opgøres realistisk, hvilket vil være vanskeligt. Endvidere kan flere forskellige løsninger, eller virkningen af to modsatrettede regler, hver for sig være Kaldor-Hicks-efficiente, hvorfor det kan være umuligt med dette kriterium at finde den samfundsmæssigt bedste regulering.[15] Derfor skal disse forbehold tages i betragtning ved anvendelse af kriteriet som basis for retlig regulering.

Et andet muligt hjælpemiddel der kan anvendes, hvis målet er økonomisk efficiens, kaldes Coase-teoremet.[16] Ifølge Coase-teoremet vil parterne, under forudsætning af at de har fuld information, ingen transaktionsomkostninger og at markedet fungerer perfekt, forhandle sig frem til den økonomisk mest effektive løsning. Med andre ord kan regulering være unødvendig, hvis disse forudsætninger holder, idet parterne alligevel selvstændigt vil forhandle sig frem til, at den samlede nytte for parterne bliver størst.[17] Det betyder – set fra en erstatningsretlig synsvinkel – at fordeling af rettigheder, herunder valg af erstatningsansvarsregel, ikke har nogen betydning for produktionens størrelse.

Dette teorem har sine åbenlyse svagheder, idet der vel ikke eksisterer perfekte markeder og situationer, hvor parterne hver for sig har fuldstændig information. Ofte vil den ene part være i besiddelse af mere og vigtigere

14. Kaldor-Hicks-kriteriet er opstillet af *Nicolas Kaldor* i 1939 i dennes artikel: Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons and Utility: Economic Journal, vol. 49, p. 549-522. Kriteriet er opkaldt efter Nicolas Kaldor og John Hicks.
15. Dette kaldes Scitovskys paradoks. Se nærmere herom *Thomas Riis*: Ophavsret og Retsøkonomi, p. 32 f.
16. Coase-teoremet er udledt af en artikel af *Ronald H. Coase*: The Problem of social Cost, Journal of Law & Economics 1960, Vol. 3, p. 1-44.
17. Se også *Carl Martin Roos*: TfR 1993 p. 233 f. Varför rättsekonomi?

information end den anden part – der foreligger asymmetrisk information.[18] Endvidere vil det perfekte marked alene findes i teorien. Uafladeligt vil der være tale om en vis afvigelse fra de ideale betingelser. Der findes næppe situationer, hvor der ikke eksisterer transaktionsomkostninger. Ved transaktionsomkostninger forstås de samlede omkostninger forbundet med aftalens indgåelse, herunder informationsomkostninger, omkostninger ved aftaleindgåelse og omkostninger ved aftaleefterlevelse, hvilket i nærværende situation vil sige omkostninger forbundet med at håndhæve enerettigheden.

Som det fremgår af ovennævnte eksempler på de mest anvendte og i litteraturen bedst beskrevne retsøkonomiske teorier, har disse hver især både styrker og svagheder.

Det er Coase-teoremets grundidé, at parterne, under visse forudsætninger, vil forhandle sig frem til den mest økonomisk effektive løsning. Det betyder for ophavsretlige krænkelser, at det er underordnet, hvorvidt lovgivningen lægger risikoen på rettighedshaveren eller på krænkeren. De vil gennem forhandlinger begge opnå den mest optimale situation. Det kan enten være, at krænkeren betaler erstatning eller vederlag for de skader, der er sket, eller rettighedshaveren betaler krænkeren for at ophøre med de krænkende handlinger og begrænser rettighedshavens tab.

Anvendelse af de ovenstående principper på kompensationsudmåling vil således betyde, at der skal lægges vægt på begge parters muligheder for at påvirke skaderne og på, hvilke transaktionsomkostninger, som kan hindre en økonomisk optimal overenskomst eller aftale.[19] Ifølge en retsøkonomiske tankegang vil en retsstilling, hvorefter værdien af krænkelsen fastlægges som en licensaftale på aftalebaserede normer, være den bedste løsning. Såfremt krænkeren herudover har mulighed for at generere økonomisk overskud på krænkelsen, vil dette samlet set bidrage

18. Dette er f.eks. udtrykt i *George Akerlofs lemon-teori* fremsat i 84 Quarterly Journal of Economics, 1970 p. 488-500: The marked for Lemons. Qualitative Uncertainty and the Marked Mekanism. Lemon-teorien går nærmere bestemt ud på, at sælgeren er i besiddelse af bedre information om sin vares kvalitet end køberen, som ikke er villig til at betale mere end den sædvanlige pris for varen. Derfor fungerer markedet i relation til at finde den rigtige pris for varen ikke. Der findes adskillige begreber, der kan samles i begrebet asymetrisk information. »Opportunisme« betyder, at en sælger udnytter sin overlegenhed til at tage for meget for en vare overfor en kunde, som ikke besidder samme information som sælgeren. Begrebet »moral hazard« dækker over den modsatte situation, hvor der er kunden, der er den overlegne i situationen. »Bounded rationality« betyder, at en af parterne er i besiddelse af så lidt information, at man ikke kan træffe rationelle beslutninger.

19. Om retsøkonomisk tankegang anvendt på erstatning for immaterialretskrænkelser, se i det hele: *Peter Møgelvang-Hansen og Thomas Riis*: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser, Festskrift til Bernhard Gomard, p. 177 ff.

til størst mulig samlet ressourceallokering. Ifølge den retsøkonomiske teori skal ressourcerne allokeres derhen, hvor de bedst udnyttes, hvilket i nogle situationer kan være hos krænkeren. Anvendes tankegangen på erstatning for afsætningstabet nås samme løsning. Ifølge retsøkonomisk tankegang skal rettighedshaveren alene have adgang til erstatning for sit lidte afsætningstab. Der skal ikke være adgang til yderligere erstatning, idet rettighedshaveren alene skal have erstattet det tab, der flyder af den omsætning, han ikke kunne generere på grund af den skete krænkelse. At krænkeren kan generere et større overskud på krænkelsen end rettighedshaveren bevirker samlet set, at der genereres det største overskud. Rettighedshaverens nytte begrænses principielt ikke, idet han får erstattet den omsætning – og kun den omsætning – han selv kunne have skabt. At nytten for krænkeren stiger, bevirker alene at der genereres flere samlede ressourcer. Sættes denne situation på spidsen betyder det, at der er en samlet samfundsmæssig gevinst ved den skete krænkelse.

Det retsøkonomiske principper byder således, at anse alene det lidte tab samt erstatning udmålt efter vederlagsreglen som de erstatningsregler, der indebærer den største samfundsmæssige efficiens. Det betyder generelt set, at som reglerne er indrettede i dag, er de stort set udformet i overensstemmelse med de retsøkonomiske principper.

Dette har imidlertid betydelige svagheder. Det har den dogmatiske analyse af retspraksis påvist. Svaghederne består i, at rettighedernes karakter af enerettigheder ikke tages i betragtning. Endvidere tages de betydelige bevisvanskeligheder ved fastlæggelse af det lidte tab ikke i betragtning. Det betyder, at som retsstillingen er p.t., er der i mange tilfælde økonomiske incitamenter til at begå ophavsretlige krænkelser. Dette skyldes, at retstilstanden afspejler de retsøkonomiske principper. Som anført i begyndelsen af dette afsnit blev den retsøkonomiske analyse foretaget ud fra det udgangspunkt, at incitamentet bag den ophavsretlige erstatnings-bestemmelse var, at skabe økonomisk efficiente tilstande. Det er imidlertid ikke alene dækkende for ophavsretslovens regelsæt. En del af årsagen til den ophavsretlige regulering er ganske vist at skabe økonomisk vækst, men ophavsretslovens tilblivelseshistorie er primært formet ud fra ønsket om at beskytte ophavsmandens ideelle og økonomiske rettigheder.

Det har man glemt ved fortolkning og udformning af ophavsretslovens bestemmelser i praksis. Man tager ikke højde for rettens karakter af en enerettighed, men betragter den som en vederlagsrettighed – eller som enhver anden formueretlig »genstand«, der er blevet udsat for en skade. Vil man fastholde beskyttelsen i henhold til ophavsretsloven, som en beskyttelse af ophavsmanden og hans interesser af såvel personlig som økonomisk art, må erstatningsniveauet hæves, således at disse rettigheder imødekommes.

Der er dog tegn på, at lovgivningen er under forandring, således at erstatningerne imødekommer og i højere grad anerkender disse rettigheder.

3. Afsluttende bemærkninger

I afhandlingen er foretaget en analyse at de problemstillinger der eksisterer, når erstatning for ophavsretlige krænkelser er konstateret. Det er konkluderet, at retstilstanden på flere områder er ganske usikker og at den bevisbyrde, der påhviler rettighedshaveren er umulig at løfte i ønsket omfang. For enkelte retsområder, så som erstatningskrav for krænkelse af arkitekter og journalisters værker samt for retsstridig adfærd i forbindelse med kopiering af musik, film og edb-programmer tegner der sig efterhånden en ensartet praksis for erstatningsudmålingen.

Konsekvensen af den nugældende retstilstand er, at det må konkluderes, at krænkelser af ophavsrettigheder i mange tilfælde sanktioneres så lempeligt, at krænkelser kan »betale sig«. Denne retstilstand er ikke acceptabel. Det konkluderes i afhandlingen, at der er flere løsningsmuligheder på problemet. Den mest radikale, men nok også uundgåelige, er en lovændring. Med støtte i direktiv 2004/48/EF skal bestemmelsen i ophavsretsloven ændres således at det bliver muligt at tillægge krænkerens fortjeneste betydning ved fastlæggelse af erstatningen. Det skal overvejes, om der skal indsættes hjemmel til, at krænkeren skal fralægge sig hele sin fortjeneste til fordel for rettighedshaveren. Såfremt dette blive den fremtidige retsstilling, vil det betyde, at den grundlæggende erstatningsretlige betingelse om erstatning alene for det lidte tab fraviges. Det er langt fra sikkert, at rettighedshaveren kan generere samme overskud på originalproduktet, som krænkeren kunne genere på det retsstridige produkt. Man kunne også vælge at lægge størrelsen af krænkerens salg til grund uden samtidig at stille krav om, at der foreligger substitution. Størrelsen af krænkerens salg skal således sættes i relation til rettighedshaverens dækningsgrad. Dette skulle ske ud fra den betragtning, at rettighedshaveren i princippet skal honoreres for hvert enkelt salg af de retsstridige produkter, men dog således at rettighedshaveren alene kan tilkomme sit eget udbytte på originalproduktet. Ud fra en samlet afvejning af de forskellige hensyn er en sådan retsstilling at foretrække.

Bestemmelsen i direktivet om, at krænkerens fortjeneste skal tillægges vægt, kan også blot indføres i § 83, stk. 1 som et moment, der skal tages i betragtning som en del af den samlede erstatningsberegning. Sker dette, bliver det op til domstolene at fastlægge anvendelse af dette parameter i retspraksis.

Resumé

Emnet for denne afhandling er erstatning for ophavsretlige krænkelser. Erstatning for ophavsretlige krænkelser gives med hjemmel i ophavsretsloven § 83. Ifølge bestemmelsens stk. 1 udmåles erstatning som et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade, som overtrædelsen måtte medføre. I medfør af § 83, stk. 2 er der mulighed for at tilkende vederlag og erstatning, selv om krænkelsen er begået i god tro. Erstatningen er i disse tilfælde maksimeret til krænkerens fortjeneste. I medfør af § 83, stk. 3 har en ophavsmand, fotograf eller udøvende kunstner krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade, såfremt hans ret er krænket ved et retsstridigt forhold.

Bestemmelsen, som den er formuleret i ophavsretslovens § 83, blev indsat i 1995. Indtil da kunne en ophavsmand alene få erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Dette betød, at de almindelige erstatningsretlige betingelser for, at krænkeren kunne ifalde et erstatningsansvar skulle være til stede. Ophavsmanden skulle desuden bevise, at han havde lidt et tab samt omfanget heraf. Med den ændrede bestemmelse sikredes ophavsmandens krav på et rimeligt vederlag uafhængigt af et konstateret og dokumenteret tab. I det omfang ophavsmanden kan dokumentere yderligere skade i form af afsætningstab, markedsforstyrrelser og andre tab, kan erstatning herfor tillægges det rimelige vederlag. Der er ikke adgang til dobbeltkompensation.

Som retsstillingen er i dag, kan en ophavsmand vælge, om han vil kræve et rimeligt vederlag for udnyttelsen samt erstatning for den yderligere skade krænkelsen har påført ham, eller om han vil have erstatning med hjemmel i de almindelige erstatningsretlige regler.

Hovedformålet med afhandlingen er at gennemføre en analyse af bestemmelsen i ophavsretsloven § 83. Her igennem undersøges, hvorvidt der i dansk ret eksisterer gældende principper for, hvorledes erstatningen udmåles, når der foreligger en ophavsretlig krænkelse. Flere juridiske forfattere har igennem tiden gjort sig til talsmænd for, at de ophavsretlige sanktioner ikke er tilstrækkeligt effektive og dermed også, at det eksisterende erstatningsniveau er for lavt. Det er således den generelle opfattelse, at området er behæftet med betydelig retsusikkerhed. Det undersøges om

bestemmelsen om tilkendelse af det rimelige vederlag har bidraget til en afklaring af de udmålingsmæssige problemstillinger og har medvirket til en mere gennemsigtig retsstilling. Endvidere analyseres de tre tabskategorier: Afsætningstab, markedsforstyrrelser og andre tab.

Kapitel 1 indeholder afhandlingens indledning, der består af en problemformulering, retskilde- og metodespørgsmål samt en gennemgang af ophavsretslovens historiske udvikling.

Det immaterialretlige område er genstand for regulering af såvel internationale konventioner som af EU-retlig lovgivning. På retshåndhævelsesområdet, er der den 9. april 2004 vedtaget et nyt direktiv, 2004/48/EF, som har betydning for afhandlingens problemstillinger. I afhandlingen foretages i kapitel 2 en grundig gennemgang af direktivets bestemmelser med særlig vægt på erstatningsbestemmelsen. Det drøftes endvidere, hvorledes direktivet kan eller skal implementeres i dansk ret. Kapitel 2 indeholder også en gennemgang af de internationale konventioner, der har betydning for ophavsretten.

Når der foreligger en ophavsretlig krænkelse er sanktionsmulighederne mangfoldige, ligesom der på området er flere muligheder for bevissikring. Bevissikringsreglerne og de øvrige sanktioner har nær sammenhæng med de erstatningsretlige bestemmelser. Derfor behandles disse regler i et selvstændigt kapitel 3. Retshåndhævelsesdirektivets bestemmelser inddrages i dette kapitel, da flere af bestemmelserne i direktivet vil få indflydelse på den danske retsstilling ved implementeringen.

De efterfølgende 5 kapitler indeholder kernen i afhandlingen. Det er valgt at opdele analysen af bestemmelserne i § 83 i en teoretisk del og en praktisk del. Endvidere er analysen opdelt i to hovedafsnit, nemlig en analyse af bestemmelsen om et »rimeligt vederlag« og en analyse af den erstatning der gives efter de almindelige erstatningsretlige regler. I kapitlerne, der indeholder analysen af retspraksis, bliver det derved muligt at konkludere, om retspraksis er i overensstemmelse med de teoretiske analyser.

I kapitel 4 behandles de grundlæggende principper i ophavsretslovens § 83. Om bestemmelsen i § 83 fastslås indledningsvist, at vederlagsbestemmelserne i de øvrige eneretslove kan anvendes på lige fod med ophavsretslovens bestemmelse, når det nærmere indhold af bestemmelsen skal analyseres. Herefter foretages en gennemgang af ansvarsgrundlaget samt de almindelige betingelser for, at der kan ifaldes et erstatningsansvar sat i ophavsretlig kontekst. Om vederlagsbestemmelsen fastslås, at den grundlæggende er en erstatningsretlig regel. Det konkluderes endvidere, at det rimelige vederlag skal fastlægges ud fra vilkårene i en almindelig licensaftale indgået på sædvanlige aftaleretlige vilkår. Der er ikke adgang til overlicens. Der er ej heller adgang til fastlæggelse af vederlaget efter prin-

cipperne i købelovens § 5. Om afsætningstabet konkluderes, at dette skal opgøres som ophavsmandens salgsnedgang sat i forhold til ophavsmandens fortjeneste opgjort som dækningsbidrag. Om erstatning for markedsforstyrrelser konkluderes, at erstatningen skal fastsættes ud fra et skøn, og at ophavsmanden er forpligtet til at løfte bevisbyrden for, at der er indtrådt en markedsforstyrrelse. Der er endvidere adgang til erstatning for andre tab. Bestemmelsen dækker over erstatning for de omkostninger, ophavsmanden har afholdt for at konstatere krænkelsen.

Kapitel 5 indeholder en kort introduktion til retspraksis, som gennemgås i de to følgende kapitler. Kravene til beskyttelse i medfør af ophavsretsloven beskrives kort, ligesom markedsføringslovens bestemmelser om beskyttelse og erstatning gennemgås. Det skyldes, at der i kapitlerne om retspraksis inddrages retspraksis i medfør af markedsføringsloven. Det konkluderes, at retspraksis i medfør af markedsføringsloven er direkte anvendelige for så vidt angår konklusionerne i de ophavsretlige sager, hvor der er tilkendt erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Der er ikke i markedsføringsloven hjemmel til tilkendelse af et rimeligt vederlag.

Kapitel 6 indeholder en analyse af de afgørelser, hvor erstatningen er tilkendt efter vederlagsbestemmelsen. Der foretages endvidere en analyse af svensk ret på området. Det konkluderes, at de afgørelser, hvor erstatningen er udmålt som et rimeligt vederlag i vidt omfang imødekommer de nedlagte påstande. Det konkluderes også, at vederlagskravet for enkelte værkstyper reelt udmåles som et afsætningstab. Sammen med vederlagsbestemmelsen nedlægges ofte påstand om erstatning for markedsforstyrrelser og andre tab, men sjældent for afsætningstab. Overstiger afsætningstabet det rimelige vederlag nedlægges erstatningspåstanden som hovedregel efter de almindelige erstatningsretlige regler. Det konkluderes også i kapitlet, at dansk retspraksis ikke anvender licensbetragtninger, når det rimelige vederlag skal fastlægges. Dette er i modsætning til svensk retspraksis, der undtagelsesvist anvender licensbetragtninger til erstatningsudmåling.

I kapitel 7 foretages en analyse af retspraksis der omhandler de tilfælde, hvor erstatningen er nedlagt efter de almindelige erstatningsretlige regler. Om afsætningstabet konkluderes, at ophavsmanden har store bevisvanskeligheder, når afsætningstabet skal fastlægges. Erstatningskravet herfor nedsættes i stort set samtlige afgørelser. Alene hvor der foreligger tilnærmelsesvis fuld markedsfortrængning, kan krænkerens salg indgå om et parameter for udmålingen. Erstatning for markedsforstyrrelser udmåles ligeledes efter et skøn, og erstatningen nedsættes som alt overvejende hovedregel også. Retten fremkommer ikke med oplysninger om skønsgrundlaget og forholder sig nødigt til det fremlagte talmateriale i disse

sagstyper. Dette opfattes som et problem og bevirker, at der hersker betydelig retsusikkerhed på området. Erstatning for andre tab gives som hovedregel alene til dækning af indenretlige omkostninger. Ophavsmanden må typisk selv bære størsteparten af de udgifter, der er forbundet med krænkelsens konstatering.

Bevisførelse er akilleshælen i al erstatningsret, og området for erstatning for ophavsretlige krænkelser er ingen undtagelse. Problemstillingerne omkring bevisførelsen er drøftet dels løbende og dels i et særskilt kapitel 8. Såvel bevisbyrden ved fastlæggelse af det rimelige vederlag, som ved fastlæggelse af erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelser, drøftes. Det konkluderes, at en vis bevislettelse er ønskelig. Det konkluderes også, at fremlæggelse af revisorerklæringer i et vist omfang kan medvirke til at løfte bevisbyrden for dels en licensberegning og dels for et konstateret afsætningstab.

Kapitel 9 indeholder de væsentligste konklusioner af de problemstillinger, der er omhandlet i afhandlingen. Der fremsættes endvidere nogle retspolitiske overvejelser. Retsstillingen samt de retspolitiske betragtninger sættes herefter i en retsøkonomisk kontekst.

Summary

The subject for the dissertation is damages for infringement of copyrights. Damages for infringement of copyrights are awarded in pursuance of section 83 of the Copyright Act. According to subsection 1 of said provision, damages are meted out as fair royalties for the utilization and compensation for further damage caused by the infringement. In pursuance of section 83(2), royalties and compensation may be awarded even though the infringement has been committed in good faith. In certain cases, damages will be maximised to the infringer's profit. In pursuance of section 83(3), only a creator, photographer or performing artist is entitled to damages for non-economical damages if his rights are illegally infringed upon.

Section 83, was inserted in the Copyright Act in 1995. Until then the only option for the creator was to claim damages in accordance with the general tort liability rules. This meant that the general tort liability conditions for an infringer to incur liability had to be met. Furthermore, the creator had to prove that, and to what extent, he had suffered a loss. With the new provision, the creator was ensured the right to fair royalties regardless of whether a loss was ascertained and documented. To the extent that the creator is able to document a further loss in the shape of declined sales, market disturbances or other kinds of losses, further compensation may be added to the fair royalties. It is not possible to obtain double compensation.

As the current legal position is, a creator may chose between claiming fair royalties for the utilization and compensation for the further damage caused by the infringement, or he may claim damages in pursuance of the general tort liability rules.

The main purpose of the dissertation is to carry out an analysis of the provision laid down in section 83 of the Copyright Act, and through this analysis, examine whether the Danish legislation provides prevailing principles for meting out damages in the case of copyright infringement. Throughout times, several legal authors have advocated that sanctions for infringing copyrights are not sufficiently effective and consequently that the existing level of compensation is too law. It is thus the general opinion that the area is subject to a considerable lack of due process. It is examined whether the provision on awarding fair royalties has contributed to solving

the problems of meting out compensation and whether is has contributed to clarifying the legal position. Furthermore, an analysis is carried out of the three categories of losses: declined sales, market disturbances and other kinds of losses.

Chapter 1 contains the introduction, which lines out the problems to be dealt with, the methods to be applied and the sources to be investigated. The chapter also contains an account of the historical development of the Copyright Act.

The area of intellectual property rights is subject to regulation both in international conventions as well as in the EU-legislation. With regard to enforcement, a new directive, 2004/48/EF, which is of importance to the problems treated in the dissertation, was adopted on 9 April 2004. In chapter 2 of the dissertation, an in depth account is given of the directive with special attention to the provisions on damages. It is furthermore discussed how the directive can or shall be implemented in Danish law, Chapter 2 also contains an account of international conventions of importance to the subject.

When a copyright has been infringed, the copyright holder has numerous default powers; likewise, there is also a variety of options for securing evidence. The rules on securing evidence and the additional default powers are closely connected to the rules on tort liability. Consequently these rules are treated separately in chapter 3. The provisions of the enforcement directive are included in this chapter, as some of these will influence the legal position in Denmark when implemented.

The following 5 chapters form the core of the dissertation. It has been chosen to divide the analysis of the provision laid down in section 83 into a theoretical part and a practical part. The analysis is furthermore divided into two main divisions, namely an analysis of the provision on »fair royalties« and an analysis of damages awarded in pursuance of the general tort liability rules. In the chapters containing the analysis of legal practise, it will thus be possible to conclude whether legal practise corresponds to the theoretical analyses.

In chapter 4, the basic principles of section 83 of the Copyright Act are treated. Initially it is stated that, when the content of the provision is analysed in details, provisions on damages laid down in the other monopoly laws may be applied analogously with the provision of the Copyright Act. Next, an account is given of the basis of liability and the general conditions for incurring liability put into a copyright context. On the compensation provision is established that this is basically a tort liability rule. It is furthermore concluded that the calculation of fair royalties shall be based on the terms of an ordinary license agreement entered into on ordinary contractual

terms. It is not possible to obtain excessive license. Neither is it possible to calculate the compensation in pursuance of the principles in section 5 of the Danish Sale of Goods Act. On the declined sales, it is concluded that the loss shall be calculated as the creator's declined sale in relation to his profit estimated as contribution margin. On compensation for market disturbances, it is concluded that the compensation shall be based on an assessment and that it is for the creator to prove that a market disturbance has occurred. In addition to this, it is possible to claim damages for other kinds of losses. The provision covers compensation for costs incurred by the creator in order to ascertain the infringement.

Chapter 5 contains a short introduction to the legal practise accounted for in the following two chapters. The protection requirements provided by the Copyright Act are briefly described, likewise are the provisions of the Danish Marketing Practices Act on protection and compensation accounted for because, in the chapters on legal practise, also practice pursuant to the Danish Marketing Act is included. It is concluded that legal practice in pursuance of the Danish Marketing Act is directly applicable with regard to the conclusions in those copyright cases where compensation is awarded pursuant to the general tort liability rules. The Danish Marketing Act does not provide a statutory basis for awarding fair royalties.

Chapter 6 contains an analysis of the decisions where compensation has been awarded pursuant to the royalty provision. Furthermore, an analysis of Swedish law in the area is carried out. It is concluded that the decisions where compensation is meted out as fair royalties to a wide extent meet the claims. It is also concluded that compensation claims regarding individual types of creations are in actual fact meted out as declined sales. Together with the royalty provision, claims are often made for compensation for market disturbances and other losses, but rarely for declined sales. If the declined sale exceeds the fair royalties awarded, compensation is, as a main rule, claimed in pursuance of the general tort liability rules. In this chapter, it is also concluded that in Danish legal practice, licences considerations are applied when fair royalties are meted out. This is contrary to Swedish legal practise where licences are on rare occasions taken into consideration.

In chapter 7, an analysis of legal practise is carried out concerning those cases where compensation is claimed pursuant to the general tort liability rules. On loss of sales it is concluded that the creator has big difficulties when it comes to proving how much sales have declined. Consequently the awarded compensations are lower than claimed in practically all of the decisions. Only in cases where the creator has been almost completely pushed of the market, is it possible to include the infringer's profit as

a parameter for meting out the compensation. Compensation for market disturbances, too, is meted out based on an assessment, and the compensation is, as the predominant main rule, also lowered. The court does not disclose information on the basis of the assessment and does not willingly take the presented figures into consideration in this kind of cases. This is conceived as a problem and it entails that there is a substantial lack of due process in the area. Compensation for other kinds of losses is, as the main rule, awarded only to cover judicial costs. Typically it is the creator himself who has to pay the main part of the costs incurred in connection with ascertaining the infringement.

Production of evidence is the soft spot in all areas of tort law, and the area of compensation for infringement of copyrights is no exception. The issues regarding production of evidence are discussed both throughout the dissertation and separately in chapter 8. The burden of proof concerning the establishment of fair royalties as well as compensation for declined sales and market disturbances are discussed. It is concluded that it would be advisable to somewhat ease the standard of proof. It is also concluded that to produce a statement from a certified accountant may, to a certain extent, contribute to sustain the burden of proof partly for a licence calculation and partly for an ascertained loss of sales.

Chapter 9 contains a broad conclusion of the problems of meting out compensation, which is subsequently put into a legal economic context. In addition to this, some considerations on legal policy are made.

In chapter 10 the conclusions of the dissertation is summed up.

Forkortelsesliste

B	Byretsdom
Bet.	Betænkning
Bkg.	Bekendtgørelse
GRUR int.	Zeitschrift für den gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
H	Højesteretsdom
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law, München
Lovbkg.	Lovbekendtgørelse
NIR	Nordisk Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RG	Rettens Gang
Saml.	Samling af EF-Domstolens Afgørelser
SH	Sø- og Handelsretsdom
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
U	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsretsdom
Ø	Østre Landsretsdom

Litteraturfortegnelse

Ahnegård, Caroline, Karolina Asp og Karin Ström: Upphovsrätten och mp3-teknikken – en utmaning för skivindustrin, Institut for Immaterialrëtt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm 2001

George Akerlof: The Market for lemons, 84 Quarterly Journal of Economics, 1970, p. 488

Alin, Josephine og Helena Larson: Skadestånd vid varummärkesintrång, Institut for Immaterialrëtt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm 1998

Andersen, Mads Bryde: Edb og Ansvar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1989

Andersen, Mads Bryde: Praktisk Aftaleret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997

Andersen, Mads Bryde: IT-retten, Forlaget IT-retten, 2001

Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret, Forlaget Thomson A/S, København, 2000

Andersen, Jens Anker: Tvangsfuldbyrdelse, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997

Andersen, Lennart Lynge, og Palle Bo Madsen: Aftaler og Mellemmænd, 4. udgave, Forlaget Thomson A/S, København, 2001

Andersen, Paul Krüger: Markedsføringsret, Gads Forlag, København, 1978

Bender, Hanne: Underpantsætning af edb, U1993B.420

Bentzon, Viggo: Skøn og Regel, Universitetsbogtrykkeriet, København, 1914

Bernitz, Ulf m.fl.: Immaterialrätt och utilbörlig konkurrens, 6. udgave, Handelsbolaget Immateriellt Rättskydd i Stockholm

Bernitz, Ulf: Skälig licensavgift som beräkningsgrund för skadestånd vid varumärkesintrång, NIR1988.519

Blume, Peter: Juridisk Metodelære, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2004

Borgenhäll, Håkan: Reparation vid varumärkesintrång, NIR2000.151

Borum, O.A., (red.): Festskrift til Henry Ussing, Nyt Nordisk Forlag, København, 1951

Borcher, Erling: Produktefterligninger, 2. udgave, Forlaget Thomson A/S, København 2003

Borcher, Erling og Bøggild, Frank: Markedsføringsloven, Forlaget Thomson A/S, København 2001

Calabresi, Guido: Some thoughts on Risk Distribution and the law of Torts, 70 Yale Law Journal, 1961

Coase, Ronald H.: The Problem of Social Coasts, 3 The Journal of Law and Economics, vol. 3, 1960

Davidsson, Bo: Skadestånd inom det industriella rättsskyddet, NIR1979.116

Deichmann, Hanne Kirk: Programkoncepter – Ophavsret til tv-formater, Forlaget Thomson A/S, København 2002.

Deichmann, Hanne Kirk: Kommentar til U2004.1085H, NIR2004.485.

Dübeck, Inger: Ophavsret i 250 år i U1991B.155 ff.

Eskildsen, Olaf: Erstatningsberegning i immaterialretlige tvister, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm,1993

Eskildsen, Olaf: Immaterialretlige erstatninger i Danmark, i NIR2000.116.

Evald, Jens: Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000

Evald, Jens og Steen Schaumburg-Müller: Retsfilosofi, Retsvidenskab & retskildelære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2004

Eyben, W. E.: Juridisk Grundbog, bind 1, retskilderne, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1991

Eyben, Bo von: Nordisk Forsikringstidsskrift 1993 p. 244.

Eyben, Bo von og Isager, Helle: Lærebog i erstatningsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003

Förnell, Petra og Jenny Jilmstad: Immaterialrättslige skadestånd, Institut for Immaterialrëtt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm 1997

Germer, Peter: Indledning til Folkerettten, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2004

Gomard, Bernhard m.fl.: Kommenteret retsplejelov, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000

Gomard, Bernhard: Fogedret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1981

Gomard, Bernhard: Almindelige kontraktsret, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1996

Gomard, Bernhard: Fogedret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997

Gomard, Bernhard: Civilproces, Forlaget Thomson A/S, København, 2000

Grønbæk, Jacob: Beskyttelse af Av-fomater inden for Quiz/gameshov-gengren, Justitia 3/2000

Hagstrøm, Viggo: Skjønn over erstatningsudmåling i kontrakt i Festskrift til Bernhard Gomard, Forlaget Thomson A/S, København 2001

Hansen, Jesper Lau: Retsøkonomiens veje og vildveje i U1999B.115

Hayes, David L.: Internet Copyright, Computer Law & Security Report Vol. 16 no. 6, 2000

Heidenstam, Peter von: Immaterialrättsliga skadestånd, NIR2000.132

Heine, Kasper, von Haller Grønbæk, Martin, Trzaskowski, Jan, Internetjura, 2. udgave, Forlaget Thomson A/S, København 2002.

Hellner, Jan: Metodproblem i Rättsvetenskapen, Studier i förmögenhetsrätt, Jure, Stockholm 2001

Hellner, Jan: Lando on tort law and economics, TfR 1-2/99.190

Hurwitz, Stephan: Den Danske Kriminalret, 4. udgave, Gads Forlag, København, 1971

Iversen, Torsten: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, Forlaget Thomson A/S, København, 2000

Jacobsen, J. Hartvig: Ophavsretten, Nordisk Forlag, 1941

Jensen, Svend Gram: Almindelig retslære – en introduktion, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993

Jørgensen, Stig: Aftalelov og acceptfrist, U1963B.285

Kaldor, Nocolas: Walfare Propositions and Economics and Interpersonal Comparisons and Utility, Economic Journal, vol 49, 1939, p. 549.

Karlsson, Eva: Skadestånd vid indtrång i industriella rättigheder, NIR1990.269

Kjærgaard, Lisbeth: Privatansvarsforsikring i et erstatningsretligt perspektiv, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København,1999

Kjærgaard, Lisbeth: Grov uagtsomhed – et typebegreb, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2001 p. 37. www.rettid.dk

Karnell, Gunnar: Skälig ersättning, rimelig kompensation – noget om en upphovsrättslig ursprungliga rättsinnehavarna i Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003

Karnell, Gunnar: Oeftergivlig ersättningsrätt?, NIR1996.137

Karnell, Gunnar: Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär, NIR1998.157

Kazenberger, Paul, GRUR-int. 1995, p. 447 ff.

Kierkegaard, K.: Droit de suite, den danske ordning, set i lyset af harmoniseringsbestræbelserne, NIR1997.405 ff.

Koktvedgaard, Mogens: Det ophavsretlige sanktionssystem i Juristen 1966.49

Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretsdispostitioner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1965

Koktvedgaard, Mogens: Lærebog i Immaterialret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1999

Koktvedgaard, Mogens: Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område i Festskrift til Gunnar Karnell, Jure, Stockholm, 1999

Koktvedgaard, Mogens: Lærebog i Immaterialret, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2002

Koktvedgaard, Mogens, ved Jens Schovsbo: Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2005

Koktvedgaard, Mogens. Lærebog i Konkurrenceret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003

Koktvedgaard, Mogens og Levin, Marianne: Lärobok i Immaterialrätt, 6. udgave, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000

Kristensen, Lars Hedegaard: Studier i erhvervsfinancieringsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003

Kyst, Martin: Direktivet om ophavsret i informationssamfundet i U2001B.305

Lambert, Peter: Ophavsretlig beskyttelse af tv-formater, NIR2001.387

Lando, Henrik: Law and Economics in Denmark, 1999

Lando, Henrik: Hvad er retsøkonomi?, i Lov og Ret, juni 2003, p. 34 – 37

Larsen, Helle: Praktisk fogedret, Christian Ejlers' Forlag, København 2002

Lassen, Birger Stuevold: Bern, TRPIS, EØS og Phil Collins. Om utenlandske opphavsmenns og fotografers vern effer norsk åndsverkslov, NIR1998.533

Lehmann, Michael: The EC Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – A Short Comment i IIC 5/2003 p. 521

Levin, Marianne: Formskydd, Liber Förlag, Stockholm, 1984

Levin; Marianne: Noveller i varumärkedrätt, Juristförlaget, Stockholm 1990

Levin, Marianne (red.): Festskrift til Ulf Bernitz, NIR2001

Levin, Marianne, Per Jonas Nordell og Pia Sundberg: Upphovsrätt i millennietid, Juridiska Fakulteten, Stockholm 1999

Lookofsky, Joseph og Mads Bryde Andersen: Nationale aftaleregler og EU-integration, U2002B.211

Lund, Torben: Loven om forfatterret og kunstnerret af 26. april 1933, Gads Forlag, København, 1933

Lund, Torben: Om forringelse af litteratur, musik- og kunstværker, Gads Forlag, København, 1944

Lund, Torben: Erstatningsproblemet inden for ophavsretten i Festskrift til professor, de. juris Henry Ussing, København, 1951

Lund, Torben: Ophavsret, Gads Forlag, København, 1961

Lundgren, Ragnar: Lönar sig patentintrång?, NIR1994.68

Madsen, Palle Bo: Markedsret Del 2, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997

Madsen, Palle Bo: Markedsret Del 1, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000

Mersing, Erik Mohr: Nogle ophavsretlige bemærkninger i anledning af Højesteretsdommen U1978.901, U1979B.161

Møgelvang-Hansen, Peter og Thomas Riis: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser i Festskrift til Bernhard Gomard, Forlaget Thomson A/S, København 2001

Møller, Jens og Michale S. Wiisbye: Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2002

Nielsen, Ruth: EU-ret, 3, udgave, Forlaget Thomson A/S, København 2002

Nielsen, Ruth: Sondringen mellem privat og offentlig ret ved implementeringen af direktiver, der krydser den centrale formueret i U2003B.69.

Nielsen, Ruth og Paul Krüger Andersen: Retsøkonomi og retskildelære, U1998B.476

Nilsson, Christian og Richard Wessman; Immaterial- och marknadsrätt, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003

Nordell, Per-Jonas: The Notion and Originality – Redundant or nor?, NIR2001.73 ff.

Norrgård, Marcus: Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet, NIR2004.441.

Nørager-Nielsen, Jacob og Søren Theilgaard: Købeloven med kommentarer, 2. udgave, Gads Forlag, København 1993

Pehrson, Lars: EG och immateriälretten: gemenskapsrättens inverkan på nationell immateriälrett, Skriftserien, Juridiska Fakulteten i Stockholm, 1985

Petersen, Clement Salung: Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v. – udvalgte problemstillinger og praktiske erfaringer, U2005B.10

Plesner, Peter-Ulrik: Patentprocessen i NIR1996.444 ff.

Plesner Mogens: Forbud, erstatning og straf for indgreb i industrielle rettigheder – med hovedvægt på patentindgreb, NIR1986.367.

Plesner, Mogens: Om retsskridt inden proces indenfor immaterialretten i Vennebog til Mogens Koktvedgaard Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm,1993

Posner, Richard: Economic Analysis and Law, Little Brown and Co., Boston 1992

Posner, Richard A.: Economic Analyss of law, 2nd edition, 1997

Rasmussen, Hjalte: EU-ret i kontekst, 5. udgave, Forlaget Thomson A/S, København 2003

Raaschou Nielsen, Agnete og Nicolai Juus Foss: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, GadJura, København, 1997

Riis, Thomas: Ophavsret og retsøkonomi, GadJura, København 1996

Riis, Thomas: Immaterialret & IT, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2001

Riis, Thomas: Kommentar til Vestre Landsrets dom af 20. april 2001 (MP3) i NIR2002.423

Riis, Thomas og Ruth Nielsen (eds): Law and Economics, Methodology and Application, Djøf Publishing 1998

Riis, Thomas og Peter Møgelvang-Hansen: Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser, Festskrift til Bernhard Gomard, Forlaget Thomson A/S, København, 2001

Rodríguez, Ana M. López: Lex Mercatroria and Harmonization of Contract Law in the EU, Djøf Publishing, 2003

Rodríguez; Ana M. López: EU-rettens påvirkning af formueretten – det formelle og det faktiske perspektiv i U 2004B.115.

Rognstad, Ole Andreas: Komsumpsjon og digitale overføringer i Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003

Roos, Carl Martin: Varför Rättsekonomi?, TfR 1993 p. 225 ff.

Rosenmeier, Morten: Værkslæren i ophavsretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2001

Rosenmeier, Morten: Nogle bemærkninger om sagkyndiges medvirken i ophavsretssager i U.2001B.102

Ross, Alf: Om ret og retfærdighed, 3. udgave, Nyt Nordisk Forlag, København, 1971

Ryberg, Annika: Stadeståndsrätten inom immaterialrätten i USA, NIR2000.143

Rybert, Annika: De immaterialrättsliga skadestånden, NIR2000.564

Rybjerg, Bjørn: 1989-revisionen af reglerne om fogedforbud i NIR1992.24

Rybjerg, Bjørn, m.fl.: Grundlæggende Immaterialret, Forlaget Gjellerup, København 2004

Sandart, Dag og Anders Kylhammar: Immaterialrättsliga skadestånd i Storbritanien och Tyskland, NIR2000.138

Scherwood-Edwards: The Redundancy and Originality, IIC 1994, p. 658

Schmidt, Per Håkon: Teknologi og immaterialret, GAD, København, 1989

Schmidt, Per Håkon: Om ideelle rettigheder, Festskrift til Ulf Bernitz, NIR.159

Schmidt, Per Håkon: Reform af patentprocessen i U1997B.551

Schmidt, Per Håkon: Licensaftaler, Forlaget Thomson A/S, København, 2002

Schmidt, Per Håkon: Retsbeskyttelse af Edb-programmer, Forlaget Thomson A/S, København, 1998

Schovsbo, Jens: Ophavsrettens monopolproblemer i Ånd og Rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997, Universitetsforlaget, Oslo, 1997

Schovsbo, Jens: Ophavsret og industrielle rettigheder, Schultz Lovkommentar, København 2000

Schovsbo, Jens: Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2001

Schovsbo, Jens (red.): Immaterialrettens afbalancering, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003

Schovsbo, Jens: Immaterialretlige status, NIR2004.309

Schønning, Peter: Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udgave, Forlaget Thomson A/S, København, 2003

Schønning, Peter: EF-direktivet om retlig beskyttelse af edb-programmer, NIR1992.56

Schønning, Peter: Nordisk Harmoni på ophavsområdet?, NIR1992.187
Schønning, Peter: EF-harmoniseringen på ophavsretsområdet – statusoversigt, U1992B.371
Schønning, Peter: Ophavsretten mellem kulturpolitik og Handelspolitik, Forlaget Klim, København 1994
Schønning, Peter: Ophavsretsloven med kommentarer, Forlaget Thomson A/S, København, 1995
Schønning, Peter: Ophavsretsloven med kommentarer, 2. udgave, Forlaget Thomson A/S, København, 1998
Schønning, Peter: Ophavsretten i det indre marked, U1999B.200
Schønning, Peter og Lars M. Banke: Ophavsretten i Den Europæiske Union, U1994B.372
Sejersted, Nils J.: Erstatning for immaterlalretskrenkelser. Går utviklingen i riktig retning mot mer effektive erstatningsretlige sanksjoner, NIR 2000.572
Sejersted, Nils J.: Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller din sin funksjon?, NIR 2000.121.
Steffensen, Torben: Rettigheder til tv-programmer i ophavsretlige og markedsføringsretlige perspektiv, U2000B.196
Stenvik, Are: Patentrett, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 1999
Stenvik, Are og Ole Andreas Rognstad. Hvad er immaterialretten verd?, Bonus pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, Gyldendal akademisk, Oslo, 2002
Sijthoff Stray, Anne Lise: Opphavsretten, Universitetsforlaget, Oslo, 1989
Sjøberg, Gustaf: Rättsekonomisk tolkning av aktiebolagslagen: Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2002.194.
Sterling: IIC, 1998, p. 302
Søndergaard, Vagn: 18 retsafgørelser vedrørende enerettigheder, Advokatfirmaet Kleberg, Lund og Partnere, Århus, 2002
Sørensen, Finn C. Håndbog i lov om årsregnskab, Schultz, København 1981
Tvarnøe, Christina: EU – det indre marked og aftaleretlig harmonisering, U2002B.51
Uggla, Claës: Stadestånd i varumärkesmål, NIR1988.521
Wagle, Anders Mediaas, og Ødegaard jr., Magnus: Opphavsrett i en digital verden, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1997
Wagner, Christina: Tilbagekaldelsespligt vedr. immaterialretligt krænkede produkter også udenfor medicinparallelimport i Fuldmægtigen nr. 7, 2003 p. 168 ff.
Zahle, Henrik: Bevisret Oversigt, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994

Betænkninger

Danmark

912/1981: Licenskonstruktioner og fotokopiering
944/1982: Båndafgifter – sanktioner – påtale
962/1982: Beskyttelse af kunstneriske præsentationer
1000/1984: Film – og videogramspørgsmål
1037/1985: Ophavsretligt biblioteksvederlag
1063/1986: Billedret
1064/1986: Ophavsret og edb
1205/1990: Medieansvar
1197/1990: Revision af ophavsretslovgivningen
1360/1998: Billedkunst
1371/1999: Udviklingen i lovgivningen og kriminaliteten – hæleri og anden efterfølgende medvirken
1385/2000: Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder
1417/2002: IT-Kriminalitet

Sverige

SOU 1956:25: Upphovsmannsrätt til konstnäliga og littarära verk
SOU 1963:6: Betenkning angående Nordisk Patentlovgivning
SOU 1965:61: Mönsterskydd
SOU 1978:69: Upphovsrätt 1
SOU 1983:65: Översyn av upphovsrättslagstiftningen
SOU 1985:51: Upphovsrätt och datorteknik
SOU 1988:31: Översyn av upphovsrättslagstiftningen
SOU 1990:30: Översyn av upphovsrättslagstiftningen
Kungl. Maj:ts proposition 1969:168 angående mönsterskydd m.m.
Kungl. Maj:ts proposition 1973:15 ändringar i upphovsrättslagen

Norge

NOU 1983:35: Endringer i åndsverkloven
NOU 1986:18: Opphavsrett og edb
NOU 1998:22: Endringer i åndsverkloven

Domsregister

Ugeskrift for retsvæsen

U1907.619H, 35

U1920.595Ø, 89, 93

U1960.483Ø, 137, 185, 192, 234

U1961.731H, 297
U1961.1027H, 260, 262

U1963.782H, 262

U1964.53H, 262

U1965.215Ø, 125
U1965.365Ø, 125, 314
U1965.447H, 105
U1965.468H, 233, 375
U1965.530V, 261

U1966.759Ø, 93

U1968.576H, 261, 263
U1968.785H, 261

U1970.286SH, 261

U1972.782B, 314

U1974.787SH, 340

U1975.1014Ø, 313

U1976.245Ø, 276, 295
U1976.700B, 262

U1978.337H, 261
U1978.901V, 15
U1978.944SH, 262

U1979.15H, 206
U1979.248/2Ø, 138, 227, 340, 372, 385
U1979.388V, 201
U1979.685Ø, 276, 295

U1980.330SH, 262
U1980.578SH, 372, 373
U1980.600SH, 105
U1980.604SH, 126, 137, 192

U1981.46H, 348, 385
U1981.115H, 340
U1981.221H, 206
U1981.946H, 260

U1982.590H, 352
U1982.987SH, 224, 263
U1982.1081H, 264

U1983.970Ø, 101
U1983.976Ø, 138, 229, 334, 377

U1984.201Ø, 15, 201, 276, 295

U1984.356H, 104
U1984.444H, 375

U1985.257Ø, 201, 276, 295
U1985.300SH, 104
U1985.389H, 126, 319
U1985.1014H, 102
U1985.1087SH, 126, 330, 347, 377
U1985.1987SH, 233, 376

U1987.240SH, 264
U1987.250H, 99

U1988.510SH, 360
U1988.570SH, 352,
U1988.775SH, 264, 349
U1988.793V, 248

U1989.1016/2H, 292, 294

U1990.161H, 263
U1990.579Ø, 126

U1991.10H, 233, 350, 385
U1991.216/1H, 134, 229, 336
U1991.335H, 350
U1991.847H, 126

U1992.34H, 126, 347
U1992.549Ø, 246
U1992.650SH, 104
U1992.909SH, 224, 331, 347, 360, 376, 385

U1993.17H, 184
U1993.183Ø, 126
U1993.430V, 248
U1993.572H, 201, 277

U1994.72H, 263
U1994.132Ø, 316, 383
U1994.147/2SH, 297
U1994.671/2H, 231, 335, 350, 385

U1995.1/2H, 267, 355
U1995.92SH, 355
U1995.510SH, 267
U1995.535Ø, 141

U1996.759Ø, 89
U1996.1093V, 126, 134, 247, 317, 335, 377, 383

U1997.503Ø, 126, 139, 192
U1997.1226V, 100
U1997.1301Ø, 246
U1997.1446V, 316
U1997.1546V, 237, 296, 316, 319, 344, 377

U1998.288SH, 374
U1998.299SH, 298,
U1998.445H, 267
U1998.576H, 105
U1998.775SH, 227
U1998.941SH, 229, 262, 264, 278, 294, 338, 397
U1998.946SH, 210, 236, 292, 293, 294, 343, 403
U1998.1087SH, 313
U1998.1385/2SH, 342
U1998.1435Ø, 292, 294, 323

U1999.158SH, 161, 177, 279, 291, 294, 380, 396, 402
U1999.326Ø, 139, 178, 185, 186, 292, 293
U1999.909SH, 375
U1999.952H, 303, 304
U1999.1061SH, 232, 350, 385
U1999.1462Ø, 213, 288, 289

U1999.1678H, 303
U1999.1762Ø, 258

U2000.212SH, 236, 339, 341, 375, 377, 386
U2000.342H, 131
U2000.551H, 303
U2000.1838SH, 142, 189, 298, 380
U2000.2359Ø, 290, 295, 343, 380, 403

U2001.474H, 381
U2001.747H, 175, 203, 232, 296, 317, 337
U2001.951/1Ø, 101
U2001.1006/2H, 353,
U2001.1572V, 139, 143, 179, 191, 280, 285, 296, 312, 317, 397, 402
U2001.2387SH, 264, 267, 356
U2001.2456SH, 403
U2001.2594Ø, 288, 289, 290

U2002.212SH, 189, 342
U2002.612SH, 299, 300, 341
U2002.696H, 303, 304
U2002.717H, 300, 374
U2002.875SH, 341, 380
U2002.882V, 104
U2002.909SH, 401
U2002.911Ø, 315, 316, 318, 383
U2002.1065V, 117
U2002.1523H, 303
U2002.1645Ø, 184, 288, 289
U2002.1647Ø, 387
U2002.1682Ø, 104

U2003.630H, 91, 96, 304
U2003.694SH, 354, 385
U2003.1020H, 195, 301, 309, 342, 381, 401
U2003.1219H, 106
U2003.1343SH, 300, 343, 380, 403
U2003.1807H, 303
U2003.1826H, 304

U2004.1085H, 199, 225, 332, 357, 363, 378, 386, 399
U2004.2464SH, 332
U2004.2532Ø, 106

U2005.60V, 249, 283, 311, 345, 363, 375, 381
U2005.1019V, 178, 286, 318
U2005.1291H, 374
U2005.1393/2V, 286, 345
U2005.1438H, 303

Forsikrings- og erstatningsretlig domssamling

FED1995.1314, 248
FED1996.1503Ø, 196, 249
FED1997.192V, 335
FED1997.785V, 287, 289
FED1997.1362SH, 317, 336, 339, 377
FED1997.1834Ø, 332, 344
FED1998.307Ø, 104
FED1999.502SH, 287, 289, 316,
FED1999.1734Ø, 179, 246, 288
FED2000.522Ø, 104
FED2001.698Ø, 104

Tidsskrift for kriminalvidenskab

TfK2002.25, 118

Utrykte afgørelser

Sø- og Handelsretten

SH af 11.01.1995, V-0017-95, 297, 300
SH af 04.03.1999, V-0168-97, 283
SH af 04.06.1999, V-0042-98
SH af 11.06.1999, V-0075-97, 343
SH af 05.04.2001, H-44-99
SH af 21.08.2002, V-0054-01

Landsretten

VLK af 05.02.2003, B-2938-02, 91, 96
ØLD af 29.04.2004, B-1677-03, 89, 122
VLD af 13.05.2004, B-2432-02, 285
VLD af 25.06.2004, B-1188-03, 125, 283

Byretten

FS af 30.10.2003, 20-9314/2003, 92
FS af 18.05.2004, 1218/2004, 92
BS af 04.2003, 2E-6585/2002, 117

Nordisk Immateriellt Rättsskydd

NIR1971.453, 215
NIR1976.223, 241
NIR1978.129, 107
NIR1981.421, 189
NIR1985.479, 107
NIR1985.624, 105
NIR1986.246, 192
NIR1986.376, 305
NIR1989.223. 190
NIR1990.242, 198
NIR1990.269, 330, 369
NIR1990.385, 215
NIR1995.311, 186
NIR1995.322, 187, 188, 194, 217, 309, 397
NIR1995.332, 214, 230, 353, 384, 401
NIR1996.335, 339, 377, 401
NIR2000.116, 268
NIR2002.181, 239

Svenske afgørelser

NJA 1977 p. 415, 190
NJA 1984 p. 34, 192, 236, 306
NJA 1985 p. 194, 107
NJA 1985 p. 807, 306
NJA 1985 p. 813, 192
NJA 1986 p. 702, 178, 189, 237, 344
NJA 1988 p. 543, 190
NJA 1993 p. 390, 192, 306
NJA 1995 p. 164, 186, 187, 307, 308, 397
NJA 1995 p. 813, 306
NJA 1995 p.164, 186
NJA 1996 p. 354, 290
NJA 1996 p. 712, 306
NJA 2000 p. 325, 312
NJA 2002 p. 178, 306

RH1983:85, 192, 236, 306
RH1995:59, 246
RH1996:158, 143
RH1997:13, 186, 307, 308
RH1998:89, 307, 308, 397
RH2002:69, 285, 310, 311, 312, 321, 381, 399

Rettens Gang

RG1967.158, 241
RG2000.1042, 169

EU domme

C-245/00, 220, 222

Stikordsregister

A

Advarsel, 189 ff.
Advokatomkostninger, 237
Adækvans, 197, 209
Afsætningstab, 195, 201, 223 ff., 252, 267, 273, 278 ff, 328 ff., 337, 348 ff., 376 f., 399
Analytisk metode, 21
Andre tab, 193, 237 f., 344 f., 382
Anmeldelse, 131
Ansvarsgrundlag, 67, 370
Anvendelsesområde, 255
Anvendt kunst, 258, 262
Arkitekter, 268, 276, 287 ff.
Arrest, 147 ff.
Arv, 128
Arvingerne, 127

B

Bankoplysninger, 148
Berigelsesgrundsætning, 238
Bernerkonventionen, 34, 46 f
Beslaglæggelse, 103, 117, 147, 151
Betenkning angående Nordisk Patentlovgivning, 166, 201
Betinget offentlig påtale, 130
Beskyttelsestid, 347
Bevis, 101, 113 f., 148, 195, 367
– bedømmelse, 70
– byrde, 97, 200, 205, 212, 236, 285, 300, 368 ff.
– fremrykket bevisførelse, 121
– førelse, 97
– materiale, 150
– sikring, 74, 98, 103, 111 ff., 120, 146, 149, 151, 154
– vurdering, 368
Bonus Pater Familias, 183
Bortfald af straf, 142
Brugsmodelloven, 165
Brugskunst, 258, 262
Bruttoavance, 234 f
Bruttoindtægt, 74
Brydensholt-udvalget, 132, 135
Bøde, 129, 241

C

Coase-teoremet, 411
Copyright-modellen, 26

D

Databasedirektivet, 39 f.
Dekompilering, 38
Designforordningen, 53
Designloven, 165
Deskriptive retskildeteori, 28
Digital kopiering, 40
Direktiv 2004/48/EF, 17, 31, 53ff., 58ff., 63, 83, 158, 208, 240, 270
Direktiv 2000/31/EF, 181
Dispositionsret, 174
Dobbeltkompensation, 162, 278
Dobbeltfrembringelse, 184, 193
Dolus eventualis, 190
Dom til undladelse, 107
Droit d'auteur-modellen, 25

Droit moral, 128, 162, 246, 290
Dækningsbidrag, 224, 231 ff., 252, 267, 278, 283, 329, 331, 359

E
Edb-programmer, 112, 129, 132, 135, 185, 242, 256, 269
Edition, 89, 122
Efficiens, 410 ff.
Egen skyld, 198
Emne, 16
– afgrænsning, 19
Erhvervshemmeligheder, 116
Erstatningsansvarslovens § 24, 248
Erstatningsansvarslovens § 26, 250
Erstatnings
– beregning, 62, 234 ff., 267
– bortfald, 248
– inddrivelse, 147
– nedsættelse, 248
– opgørelse, 113, 228 ff., 267
– subjekterne, 172, 176 ff.
– udmåling, 200, 321, 406

F
Fair use, 156
Fogedforbud, 86 ff., 126, 180, 237, 405
Folklore, 52, 257
Forbrugerombudsmanden, 108
Fogedrettens kompetence, 115
Forhandlingsmaksimen, 29, 272
Forholdets natur, 30
Forsæt, 136, 138, 159, 182 ff., 190 ff., 347
Forsøg, 133
Fortjeneste, 69 f., 72, 74, 193, 238 ff., 351 ff.
Forveksslelighedskriteriet, 167
Forvandlingsstraf, 142
Forældelsesfrist, 134
Frafald af forfølgning, 119

G
Gensidighedskrav, 46
God tro, 77, 189, 192 f., 243 f, 253, 313 f., 369
Grov uagtsomhed, 136, 137 f., 182, 190, 249

H
Handlepligt, 103
Harmonisering, 51 ff.
Hypotetiske skadesårsager, 196 230
Hæftelsesgennembrud, 178

I
Ibrugtagning, 166, 188
Ikke-økonomisk skade, 75, 159, 175, 223, 245 ff., 250, 273, 282 f., 404
– retspraksis om, 315 ff.
Illoyal markedsføring, 263
Import, 136, 177
Implementering, 58 ff.
Inddragelse, 108, 124, 127
Indehaver af ophavsretten, 172 ff.
Infosoc-direktivet, 40, 63, 129, 145, 180, 242
Internetudbyder, 179
Intrångsundersökning, 120
Isoleret bevisoptagelse, 121 ff.
IT-kriminalitet, 132

J
Journalister, 268, 287 ff.
Justifikationssag, 102, 104, 110, 117, 149, 199, 237

K
Kaldor-Hicks-kriteriet, 411
Klassikerskyddet, 105
KOM 2003(427), 81

KOM 2003(46), 17, 56
Kommerciel adskillelsesevne, 347
Kommunikationsnet, 181
Konfiskation, 126
Konkurrencebegrænsninger, 263
Konkurrenceforhold, 224
Konsumption, 38
Kontradiktion, 116
Kontrolforanstaltning, 285, 324
Kontroludgifter, 237
Kopispærring, 129, 132
Krænkerens fortjeneste, 70 ff., 238, 340, 407
Krænkerens salg, 334, 351
Kulturelle interesser, 128
Kulturministeriets arbejdsprogram, 59
Kunst, 257 f.
Kvalitet, 258, 261 f.
Kvasiaftale, 206 f.
Købelovens § 5, 212, 320, 396

L
Lex loci delicti commissi, 81
Lex loci protectionis, 82
Lex specialis, 238
Licens
– aftale, 207 f, 211 f, 214, 273, 278, 356, 305, 360
– beregning, 205, 209, 285, 291 ff., 356
Litteratur, 257

M
Markedsandele, 231
Markedsforstyrrelse, 195ff., 201, 223, 235 ff., 267, 273, 328, 337 ff., 355, 379, 402
Markedsfortrængning, 214, 226 ff., 329, 349
Marknadsdomstol, 265
Medvirken, 134, 177, 181
Midlertidig eksemplarfremstilling, 180
Minimumsdirektiv, 58
Minimumskompensation, 207, 327

N
Navngivningsret, 25, 162
Nettofortjeneste, 171, 233, 244, 267, 302, 313
Nordisk Utredningsserie, 166, 201
Normativ retskildeteori, 27
Norsk ret
– anvendelse af, 271
– åndsverklovens § 55, 168, 171, 218, 240
– rimeligt vederlag, 218
– krænkerens fortjeneste, 240
– markedsføringsloven, 265
Nyhedsværdi, 260

O
Offentlig fremførelse, 141
Ofentlig påtale, 123, 129, 131 f., 142, 147
Offentliggørelse, 153
Offer-regel, 100
Omsætningsnedgang, 351
Omsætningstab, 224, 228, 230
Ond tro, 264
Ophavsretslovens historie, 34 ff.
Opsættende virkning, 102
Originalitet, 168, 183, 187, 258 ff.
Originære ophavsmand, 173
Overdragelse
– partiel, 174
– til forurettede, 125
Overlicens, 294, 323
Overtrædelse af forbud, 95, 103

P
Parallelimport, 93, 96, 303, 322
Pareto-optimal, 410

Passivitet, 105 ff., 200
Patentloven, 165, 201, 243, 269 f.
Piratkopiering, 125
Programkoncepter, 258
Privat kopiering, 41
Privat påtale, 127, 130, 142
Processuel skadevirkning, 122, 331, 374
Producentbeskyttelse, 26
Proportionalitetsgrundsætning, 64, 100, 115
Præjudikatværdi, 29 f.
Punitive damages, 240
Påtaleret, 104, 127, 174

R
Ransagning, 118, 123
Registrering, 165, 188
Regnskabsmateriale, 113
Respektret, 26, 162
Retlige interesse, 108, 266
Retshåndhævelsesdirektivet, 144 ff.
Retskilder,
– danske, 27
– EU-retlige, 30
– udenlandske, 32
– supranationale, 33
Retskildeteori
– deskriptiv, 27
– normativ, 28
Retskraft, 94
Retspolitik, 404
Retsstridighed, 194
Retsøkonomi, 22, 101, 409
Rettighedsforvaltning, 130
Rettighedssubjekt, 172, 175
Rimeligt vederlag, 200 ff., 205 ff., 221, 243, 266, 277, 373, 395
– bevis for, 373
– beregning, 209 f., 211 ff.,
– EU-retten, 220
– retspraksis om, 278 ff., 296 ff.
Romkonventionen, 48

S
Sagkyndig bistand, 117
Salgsnedgang, 330 ff., 348
Sikkerhedskopier, 129
Sikkerhedsstillelse, 101 f., 110, 199
Simpel uagtsomhed, 136, 182, 192
Skyldgrad, 371, 388
Skønsudøvelse, 273 f.
Smagsdommere, 257
Specialitetsgrundsætning, 176
Straf, 104, 132 f., 207
– bortfald, 142
– lempelse, 142
– nedsættelse, 142
– subjektet, 140
– udmåling, 141
– straffeprocessen, 118
– strafferamme, 104, 133
Stykomkostninger, 234
Substitution,
– ved ophavsretskrænkelser 226 ff., 252, 279, 329, 337, 353
– ved overtrædekse af markedsføringsloven, 267
Svensk ret
– anvendelse af, 271
– upphovsrättsagens § 54, 170
– rimeligt vederlag, 217, 306
– markedsføringsloven
Syn og skøn, 98, 121, 386
Sædvanlige honorarer, 268
Særpræg, 264
Søgsmålsberettigede, 174, 176

T
Tab, 197 f., 228 ff.
Tabsbegrænsningspligt, 199
Tekniske foranstaltninger, 241 f., 257

Tekstilområdet, 308
Tilbagekaldelsespligt, 90 ff., 152
Tilintetgørelse, 108, 126, 152
Tilknytningskriterium, 45
Tort, 245, 250
– erstatning, 119
Transaktionsomkostninger, 411
Trends, 225
TRIPS-aftalen, 46, 49, 61, 112, 222

U
Uagtsomhed, 159, 182 ff.
Udmålingsparametre, 211
Undersøgelsespligt, 183 ff.
– for forhandlere, 185
Undladelsespligt, 89 ff.

V
Vareforbrug, 234
Varemærkeloven, 165, 243, 270 f,
Varesalg, 234
Varetægtsfængsling, 134
Vederlagets størrelse, 209
Vederlagsreglen, 78
Verdenskonventionen, 48
Vidnefritagelse, 120
Vidners identitet, 151
Værk, 183, 255, 259
Værkshøjde, 258
WIPO, 49 f.
WTO, 46 f., 49 f.

Å
Årsagssammenhæng, 194 ff., 209, 302, 370