

## Ligheder og forskelle

*Et forsøg på økonomisk forklaring af 5 sager om produktetfærlighed*

af

Rasmus Arler Bogetoft, Ph.D.<sup>1</sup>

### Abstract

Det kan være svært at finde den røde tråd i dansk retspraksis om erstatningsudmåling for immaterialretskrænkelser. En central udfordring er, at konkrete sager er komplekse og at erstatningen udmåles ud fra et konkret skøn. Det gør det svært at kontrollere for alle de mulige grunde, der kan være for et bestemt resultat. Og det gør det svært at forklare ligheder og forskelle på tværs af konkrete sager.

I denne artikel forsøger jeg at imødegå denne udfordring ved brug af en ny tilgang: Bl.a. foretages en dybdegående analyse af fem meget ens sager (i stedet for en overordnet analyse af retspraksis) ligesom jeg kun søger at forklare ligheder og forskelle ved hjælp af økonomiske modeller om og analyser af krænkelsens effekt på Rettighedshavers indtjening (i stedet for også at inddrage mere normative hensyn som overvejelser om krænkelsens grovhed).

Jeg viser, at de økonomiske modeller og analyser kan forklare mange ligheder og forskelle, men ikke alle. Derfor introduceres tre mulige supplerende momenter: Begrænsninger i de modeller og analyser, jeg anvender, at normative hensyn påvirker erstatningsudmålingen, samt at retssagens processuelle omstændigheder sætter grænser for domstolens skøn. Hermed tages nogle indledende skridt i forsøget på at forklare forskelle og ligheder på tværs af konkrete sager.

---

<sup>1</sup> Post.Doc ved det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet. Artiklen er en lettere omskrevet version af den, der indgår i min Ph.D.-afhandling: Rettighedshavers faktisk lidte tab i immaterialretssager – Studier af dansk ret med støtte i økonomisk teori og metode.

1	Indledning .....	2
2	Juridisk baggrund.....	4
3	Data og metode .....	7
3.1	Mange faktorer kan påvirke Rettighedshavers tab .....	7
3.2	Der er behov for et anvendeligt grundlag for sammenligning.....	9
3.3	Om brug af økonomisk teori og metode.....	11
3.4	Nogle overvejelser om resultaternes generaliserbarhed .....	11
4	Tripp Trapp-sagerne .....	11
4.1	Grænserne for substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelse .....	11
4.2	Markedsforstyrrelse .....	17
4.3	Burde markedsforstyrrelsen være højere i <i>Sit'n'Gro?</i> .....	19
4.4	Burde substitutionsfaktoren være højere i <i>Sit'n'Gro?</i> .....	20
4.5	Delopssummering.....	23
5	<i>Tripp Trapp</i> sammenlignet med <i>Montana</i> .....	23
5.1	Prisforskelle .....	25
5.2	Forskelle i salgskanaler .....	27
5.3	Montanas priser steg hurtigere end Denkas .....	28
5.4	Montanas omsætning voksede sammenlignet med resten af markedet.....	30
5.5	Delopssummering.....	33
6	Hvad kan forklare forskellene? .....	34
6.1	Der er fejl i mine modeller og analyser .....	35
6.2	Normative elementer påvirker den konkrete erstatningsudmåling.....	35
6.3	Retssagens processuelle omstændigheder.....	36
7	Konklusion og et blik fremad.....	36
8	Bibliografi.....	37
8.1	National lovgivning og EU-kilder.....	37
8.2	Praksis .....	38
8.3	Litteratur.....	39

## 1 Indledning

Inden for immaterialretten kan det være svært at gennemskue den røde tråd i domstolenes erstatningsudmåling.<sup>2</sup> En central udfordring er, at konkrete sager er komplekse og at

---

<sup>2</sup> (Riis, 2011, s. 194) og (Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 463).

erstatningen udmåles ud fra et konkret skøn. Det gør det svært at kontrollere for alle de mulige grunde, der kan være for et bestemt resultat. Og det skaber et behov for en metode, der kontrollerer for så mange af disse faktorer som muligt.

Hertil kommer to underliggende problemer:

For det første er der ikke fuldstændig klarhed over, hvilke momenter der påvirker erstatningsudmålingen og hvordan. Der er næppe tvivl om, at overvejelser om krænkelsens økonomiske effekt på Rettighedshavers indtjening påvirker erstatningsudmålingen, men det er også anført, at normative overvejelser kan påvirke erstatningen.<sup>3</sup> Derfor er der behov for at undersøge, hvor store dele af sagernes forskelle og ligheder der kan beskrives ud fra bestemte momenter.

For det andet er der ikke er klarhed over, hvordan man kan sammenligne resultaterne i to sager. Det er f.eks. uhensigtsmæssigt at sammenligne sager kun på baggrund af erstatningernes størrelse. Faktorer som antallet af solgte krænkelser og forskelle i salgskanaler og pris vil alle påvirke det endelige resultat, hvorfor forskellige erstatningsbeløb ikke nødvendigvis udtrykker uensartede vurderinger fra domstolene.<sup>4</sup> Derfor er der behov for en metode til at sammenligne sager baseret på sammenlignelige elementer.

I denne artikel søger jeg at bidrage med en metode, der opfylder alle tre behov. Det gør jeg ved hjælp af en i skandinavisk teori hidtil uset tilgang: I stedet for en mere overordnet undersøgelse af mange domme, foretager jeg en dybdegående analyse af fem meget ensartede sager: Fire om krænkelse af Tripp Trapp-stolen og én om krænkelse af Montana reolsystemet. Og i stedet for at sammenligne erstatningsstørrelserne, udleder og sammenligner jeg den af domstolene anvendte substitutionsfaktor (hvor stor en del af Krænkens salg, Rettighedshaver ville have haft) og markedsforstyrrelse (f.eks. mistet goodwill og renommé). Endeligt fokuseres alene på krænkelsens økonomiske effekter på Rettighedshavers indtjening.

Denne tilgang har flere fordele: Ved at fokusere på få, ens sager og på substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelsen, er det muligt at kontrollere for en række af de forhold, der potentielt kunne påvirke erstatningsudmålingen. Og ved at fokusere på krænkelsens økonomiske sider, kan jeg drage fordel af konkrete modeller og metoder, som jeg tidligere har anvendt og udviklet.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Se for dette synspunkt (Borcher, 2003, s. 255) og (Skovbo, 2005, s. 372).

<sup>4</sup> Da Rettighedshaver kan have strategiske grunde til at påstå et oppustet tab, er det også uhensigtsmæssigt at sammenligne erstatningsstørrelser som en procentdel af Rettighedshavers påstand. Smh. med (Bøggild, 2019, s. 758).

<sup>5</sup> Se hertil (Bogetoft, 2021a), (Bogetoft, 2021b) og (Bogetoft, 2022b).

Jeg viser, at mange ligheder og forskelle på tværs af de fem sager kan forklares med henvisning til de anvendte modeller og metoder, men at der også er forskelle, som ikke kan forklares herved. Jeg introducerer derfor potentielle, supplerende, grunde herfor, bla. begrænsninger i de modeller og analyser, jeg har introduceret, og at normative hensyn påvirker erstatningsudmålingen. Hermed håber jeg at have taget nogle indledende skridt i forsøget på at forklare forskelle og ligheder på tværs af konkrete sager, samtidig med at vise, hvordan erstatningsspørgsmål konkret kan argumenteres.

Artiklen er inddelt som følger:

I afsnit 2 introduceres det juridiske grundlag for erstatning i immaterialretssager. Udover at introducere de generelle regler og principper for kompensationsudmålingen, fremhæver jeg også nogle enkelte begrænsninger samt nogle processuelle omstændigheder, der kan påvirke det endelige resultat. I afsnit 3 gennemgår jeg nogle centrale overvejelser om data og metode. Jeg forklarer bl.a., hvorfor jeg har valgt at fokusere på netop *Tripp Trapp* og *Montana*-sagerne, hvordan jeg udleder de parametre, som jeg anvender til at sammenligne sagerne, min brug af økonomisk teori og metode og resultaternes generaliserbarhed.

Afsnit 4 til 6 er artiklens analytiske kerne. I afsnit 4 behandler jeg først de fire *Tripp Trapp*-sager og viser, at mens man med rimelig sikkerhed kan fastslå en fælles substitutionsfaktor på 0,67, afviger erstatningen for markedsforstyrrelse ganske markant. Der er dog gode økonomisk-teoretiske grunde for denne forskel. I afsnit 5 sammenligner jeg *Tripp Trapp*-sagerne med *Montana*. Substitutionsfaktoren i *Montana* er højst 0,11, og jeg diskuterer derfor en række mulige forklaringer på forskellen mellem *Montana* og *Tripp Trapp*-sagerne. Jeg finder, at de modeller og metoder, som jeg her anvender, ikke kan forklare forskellen mellem *Montana* og *Tripp Trapp*-sagerne. Derfor fremhæver jeg i afsnit 6 en række potentielle øvrige forklaringsmodeller.

Artiklens rundes af med afsnit 7, hvor jeg konkluderer og peger på nogle fremadrettede perspektiver. Afsnit 8 indeholder en bibliografi.<sup>6</sup>

## 2 Juridisk baggrund

De danske immaterialretslove følger alle den samme systematik i deres bestemmelser om kompensation. Samme systematik findes i markedsføringsloven.<sup>7</sup> Udgangspunktet er et

---

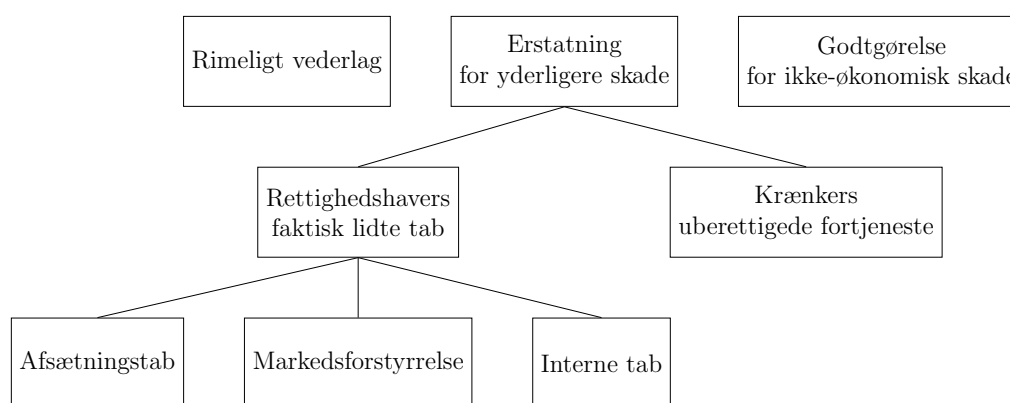
<sup>6</sup> Endeligt har jeg udarbejdet et appendiks med de centrale informationer, som bruges til sammenligningen på tværs af sagerne. Dette appendiks kan tilgås på side 286 i (Bogetoft, 2022a), der kan hentes her: [https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/70999255/rasmus\\_arler\\_bogetoft\\_phd\\_series\\_09\\_2022.pdf](https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/70999255/rasmus_arler_bogetoft_phd_series_09_2022.pdf).

<sup>7</sup> Se DSL § 37, OPL § 83, PTL § 58, VML § 43. Samme regler følger af MFL § 24. EU-harmonisering (på immaterialretsområdet) findes i retshåndhævelsesdirektivets art. 13.

rimeligt vederlag<sup>8</sup> med mulighed for, at der gives erstatning for yderligere skade, som krænkelsen måtte have medført. Herudover gives godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Under yderligere skade kan domstolene inddrage Rettighedshavers faktisk lidte tab og Krænkers uberettigede fortjeneste. Det faktisk lidte tab er artiklens fokus, hvorfor det er værd at ekspliciterer dette punkt yderligere.

Det faktisk lidte tab kan inddeles i underkategorierne: afsætningstab, tab som følge af markedsforstyrrelse og interne tab. Mens der er uklarhed i litteraturen om tabsposternes nærmere indhold,<sup>9</sup> er der generelt enighed om, at afsætningstab bl.a. dækker tab, der følger af, at Krænker har overtaget en del af Rettighedshavers salg, mens markedsforstyrrelse dækker mere generelle tab, der f.eks. følger mistet goodwill eller øgede markedsføringsomkostninger. Interne tab dækker f.eks. øgede kontrolomkostninger eller omkostninger til prøvekøb.<sup>10</sup>

Systematikken kan illustreres således:<sup>11</sup>



Figur 1 Systematikken i dansk ret

Det faktiske lidte tab opgøres ofte som Rettighedshavers mistede omsætning minus sparede variable omkostninger. Og størstedelen af argumentationen falder på, hvad Rettighedshavers omsætning ville have været. Der har i praksis udviklet sig to primære tilgange til at besvare dette spørgsmål; en Krænkerfokuseret, teoretisk, og en Rettighedshaverfokuseret, empirisk. Den Krænkerfokuserede ser på Krænkers salg, og spørger hvor stor en del heraf, Rettighedshaver ville have haft. Den Rettighedshaverfokuserede ser derimod på ændringer i

<sup>8</sup> Hvilket primært forstås som den licens, parterne ville have aftalt, hvis Krænker havde anmodet om tilladelse til udnyttelsen.

<sup>9</sup> Se i det hele min diskussion nedenfor.

<sup>10</sup> Jeg henviser i til behandlingen i (Bogetoft, 2021a).

<sup>11</sup> For en nærmere gennemgang heraf, herunder sammenhængen med retshåndhævelsesdirektivets art. 13, henvises til (Bogetoft, 2021b). Det kan diskuteres om Krænkers uberettigede fortjeneste skulle placeres under Rettighedshavers faktisk lidte tab. Da ovenstående systematisering bedre passer med ordlyden i de danske immaterialretsbestemmelser, har jeg valgt at fastholde den her.

Rettighedshavers salg og spørger, hvor stor en del af disse ændringer, der skyldes krænkelsen.<sup>12</sup> I denne artikel anvender jeg begge tilgange.

Som jeg redegør for i afsnit 3.2 neden for, vil denne artikel især dreje sig om fastsættelsen af substitutionsfaktoren (hvor stor en del af Krænkens salg, Rettighedshaver ville have haft), som indgår i fastsættelse af afsætningstab, og markedsforstyrrelsen (skade på f.eks. goodwill og renommé). Derfor er det værd kort at opridse, hvilke faktorer, der normalt anses for at påvirke størrelsen af disse:<sup>13</sup>

Det er bredt anerkendt, at substitutionsfaktoren påvirkes af forskelle i pris,<sup>14</sup> kvalitet<sup>15</sup> og salgs-/distributionskanaler.<sup>16</sup> Endeligt – og mere implicit – har forskelle i, hvad jeg kalder *it-faktor*,<sup>17</sup> også en betydning,<sup>18</sup> ligesom øvrig konkurrence på markedet kan have en effekt.

Der er ikke samme grad af teori og systematisering omkring markedsforstyrrelsen, men markedsforstyrrelse gives navnlig for tab, der følger af, at forbrugernes præferencer har ændret sig p.g.a. krænkelsen. Det vil typisk udmønte sig i mistet goodwill og renommékade.<sup>19</sup> Et signal om sådanne skader kan være informationer om øget usikkerhed i Rettighedshavers distributionsnetværk eller klager fra kunder, der troede, de havde købt originalproduktet og er utilfredse med kvaliteten.<sup>20</sup> En vigtig indsigt er, at noget, der indikerer en relativt større markedsforstyrrelse, kan indikere et relativt mindre afsætningstab. Hvis der f.eks. er store kvalitetsforskelle, vil man på den ene side kunne argumentere, at produkterne taler til forskellige kundetyper – hvorfor substitutionsfaktoren vil blive lavere – samtidig med, at Krænkens lavkvalitetsprodukt skader rettighedshaverproduktets renommé – hvorfor markedsforstyrrelsen bliver større.<sup>21</sup>

---

<sup>12</sup> Se f.eks. *U.2015.3932 H – Yakkey*, hvor der henvises til begge tilgange. Smh. også med (Bogetoft, 2022a, Kappen, p. 5)

<sup>13</sup> For en grundig gennemgang henviser jeg til (Bogetoft, 2021a), (Bogetoft, 2021b) og (Bogetoft, 2022b).

<sup>14</sup> F.eks. *U.2004.1085 H – Montana v. Denka* og *U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*.

<sup>15</sup> Se f.eks. *U.2012.2706 H – Puma v. Fakta*. Kvalitet nævnes ofte af parterne i sagerne. F.eks. *U.2012.256 H – Alfi termokander* og *U.2012.3383 H – Elite Models*. For et omvendt eksempel, se *U.2002.911 Ø – Boksekamp*.

<sup>16</sup> F.eks. *U.2004.1085 H – Montana v. Denka* og *U.2007.2713 S – MP3-afspillere*.

<sup>17</sup> Jeg bruger dette som samlebetegnelse for forskelle i goodwill, renommé, brandværdi og eksklusivt præg.

<sup>18</sup> Dette delelement ses ikke eksplicit anerkendt i praksis, men må selvfølgelig gælde. Et eksempel herpå kan være *U.2009.1018 H – Burberry*.

<sup>19</sup> En vis teori findes hos (Borghäll, 2004).

<sup>20</sup> Et nyligt eksempel fra praksis, hvor disse argumenter fremhævedes er *U.2020.2532 Ø – Anne Black*. Se også min behandling heraf i (Bogetoft, 2021a).

<sup>21</sup> Smh. diskussionen heraf i (Bogetoft, 2021a, s. 398).

Mens immaterialretlige erstatningsspørgsmål har været udsat for en vis grad af specialisering, gælder de almindelige erstatningsretlige principper fortsat.<sup>22</sup> Det indebærer bl.a., at dansk rets almindelige princip om, at Rettighedshaver ikke må opnå vinding, fortsat gælder. Dette ses konkret ved, at Rettighedshaver som udgangspunkt kun har krav på erstatning for den yderligere skade, der går ud over et evt. rimeligt vederlag.<sup>23</sup> I realiteten er det dog muligt, at Rettighedshaver i nogle særlige tilfælde kan blive kompenseret således, at hun faktisk opnår kompensation, der går ud over det faktisk lidte tab.<sup>24</sup>

Erstatningen udmåles ud fra et konkret skøn. Beviskravet er, at tabet skal godtgøres eller sandsynliggøres. Der gælder i dansk ret et princip om fri bevisvurdering,<sup>25</sup> dog således at vurderingen skal være objektiv, og at domstolenes bevisvurdering skal kunne verificeres og accepteres af andre.<sup>26</sup>

### 3 Data og metode

I de næste fire underafsnit vil jeg kort fremhæve nogle metodiske overvejelser, om udfordringen ved at sammenligne erstatningsudmålingen på tværs af konkrete sager.

#### 3.1 Mange faktorer kan påvirke Rettighedshavers tab

Fordi mange faktorer kan påvirke fastsættelsen af erstatningen, er der et behov for at isolere nogle enkelte, håndtérbare faktorer. Øvelsen bliver at finde sager med tilpas mange fællestræk, således at jeg kan kontrollere for så mange af de mulige komplicerende faktorer som muligt.

Denne artikel baserer sig som nævnt på en gennemgang af erstatningen i fem sager. Fire af sagerne handler om krænkelse af rettighederne til Tripp Trapp-stolen: Sø- og Handelsrettens afgørelse i *Sit'n'Gro* (afsagt i 1997), Højesterets afgørelse i *2-Step* (2001) og *Lulu* (2011) og

---

<sup>22</sup> Bl.a. (Skovbo, 2005, s. 193 ff.), (Andersen et al., 2006, s. 419 ff.) og (Schovsbo et al., 2021, s. 724). Se dog (Riis, 2011, s. 195), der anfører, at den almindelige erstatningsretlige litteratur ikke bidrager videre med nyttige fortolkningsbidrag. Navnlige fordi de sjældent beskæftiger sig synderligt med almindelig formueskade.

<sup>23</sup> Det ses skrevet flere steder, at Rettighedshaver ikke må opnå dobbeltkompensation. Se (Koktvedgaard, 2002, s. 425), (Skovbo, 2005, s. 202, 395) og (Andersen et al., 2006, s. 462, 463). Dette er formentlig en forsimpning af retstilstanden, men er en diskussion, som går ud over rammerne for denne artikel.

<sup>24</sup> Jeg diskuterer dette i (Bogetoft, 2022a, Kappen, s. 39 ff.) .

<sup>25</sup> Jf. retsplejelovens § 344, stk. 1.

<sup>26</sup> Se herom (Dahlager, 2015, s. 143 f.). Dog anfører (Riis, 2005, s. 258), at den usikkerhed om erstatningens størrelse, der hidrører fra markedskonjunkturer, ikke altid skal bæres af Rettighedshaver.

dissensen i Sø- og Handelsretten i *Steve* (2015).<sup>27</sup> Den femte sag, *Montana* (2004),<sup>28</sup> afsagt af Højesteret, handler om krænkelse af rettighederne til Montana reolsystemet.

Der er således tale om fem sager om produkt efterligning efter hhv. ophavsretsloven (*Tripp Trapp*) og markedsføringsloven (*Montana*), der vedrører to symboler for skandinavisk design. Mens sagerne alle er konkrete begrundet og blev afgjort ud fra forskellige retsgrundlag, blev det i både *Tripp Trapp* og *Montana* fundet, at produkterne ville være forvekslelige for forbrugere uden særlig sagkundskab.<sup>29</sup>

Af tre grunde er disse sager velegnede til artiklens øvelse:

For det første er det nødvendigt at finde sager, der har et tilpas ens faktum. I alle *Tripp Trapp*-sagerne solgte Krænker et billigere produkt af laverer kvalitet, og i 3 ud af 4 af sagerne blev Krænkens produkt solgt i samme salgskanaler som *Tripp Trapp*-stolen. Dette indikerer, at substitutionsfaktoren burde være nogenlunde den samme på tværs af sagerne. Et overfladisk kig på *Montana* ville også skabe en forventning om, at substitutionsfaktoren her skulle være nogenlunde den samme. Montanareolen og *Tripp Trapp*-stolen er begge skandinaviske designikoner, og krænkelsen i *Montana* var, ligesom i *Tripp Trapp*, billigere og af lavere kvalitet. Dog blev krænkelsen her primært solgt gennem andre salgskanaler.

For det andet er det vigtigt at finde sager, hvor udmålingsmetoden har været meget den samme. Der er klare indikationer på, at erstatningen i alle fem sager blev udmålt ud fra en vurdering af, hvor stor en del af Krænkens salg, Rettighedshaver ville have haft, hvis krænkelsen ikke var sket, samt en generel vurdering af markedsforstyrrelsen. Denne tilgang fremgår eksplicit af *Sit'n'Gro*, *Lulu*, *Steve* og *Montana* og lignende overvejelser findes mere implicit i *2-Step*.

Endeligt, for det tredje, vil det være belejligt at kontrollere for "menneskelige" faktorer. *Montana* blev ligesom *2-Step* og *Lulu* afgjort i Højesteret. *2-Step* og *Montana* blev afsagt med kun tre års mellemrum og med et overlap på to dommere i Højesteret.<sup>30</sup> Endeligt var Rettighedshaver i alle fem sager repræsenteret af ledende partnere fra Plesner advokatpartnerselskab, hhv. Per Håkon Schmidt og Peter-Ulrik Plesner. Vi ville derfor

---

<sup>27</sup> Hhv. *FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sit'n'gro)*, *U.2001.747 H – Tripp Trapp v. Tvillum Møbelfabrik (2-Step-stolen)*, *U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)* og *U.2015.979 H – Tripp Trapp v. Jyske (Steve-stolen)*.

<sup>28</sup> *U.2004.1085 H – Montana v. Denka*.

<sup>29</sup> Smh. Højesterets begrundelse i *2-Step* og Sø- og Handelsrettens begrundelse i *Montana*. For en god ordens skyld skal det nævnes, at der findes anden praksis vedrørende *Tripp Trapp*-stolen og Montanareol systemet. Størstedelen af denne praksis er dog irrelevant for undersøgelserne i denne artikel, da det blev fundet, at rettighederne ikke var krænkede, f.eks. *U.2015.992 H – Dan-stolen* og *U.2014.3539 H – ABC-reoler*. I

<sup>30</sup> Per Sørensen og Poul Søgaard.



forvente, at det juridiske niveau på den dømmende og procederende side var relativt ens i alle sagerne.

### 3.2 Der er behov for et anvendeligt grundlag for sammenligning

Tabet blev i alle fem sager i hvert fald delvist opgjort ud fra en vurderingen af, hvor stor en del af Krænkens salg, Rettighedshaver ville have haft, samt en generel vurdering af markedsforstyrrelsen. Mere stiliseret kan dette skrives som antallet af solgte krænkelser ganget med en substitutionsfaktor ganget med Rettighedshavers dækningsbidrag plus en vis markedsforstyrrelse. Det samlede tab kan dermed skrives som ligningen:

$$\text{Erstatning} = \text{antal solgte krænkelser} * \text{substitutionsfaktor} * \text{Rettighedshavers dækningsbidrag} + \text{markedsforstyrrelse}$$

Denne opsætning har to fordele.

For det første kan vi nu skrive substitutionsfaktoren som et tal mellem 0 og 1, der dækker over ratioen:<sup>31</sup>

$$\frac{\text{Rettighedshavers mistede salg}^{32}}{\text{Krænkens samlede salg}}$$

Hvis f.eks. Krænker har solgt 1.000 produkter, og Rettighedshaver ville have solgt 300, er substitutionsfaktoren 0,3 eller 30%.

For det andet kan vi opsætte de logiske grænser for domstolens skøn over hhv. markedsforstyrrelse og substitutionsfaktor. Det kan vi, fordi vi i de fleste sager kender 3 af ligningens 5 dele; erstatningsbeløbet, antallet af krænkelser og Rettighedshavers dækningsbidrag.

Hvis f.eks. der er solgt 1.000 krænkelser, Rettighedshavers dækningsbidrag er 500 kr. pr. produkt og erstatningen er 300.000 kr., er ligningen (efter ombytning af faktorer):

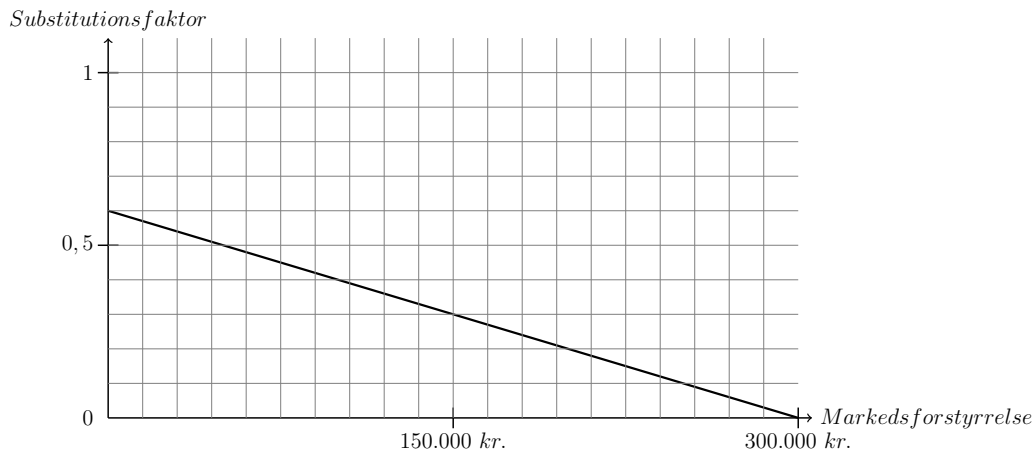
$$1.000 * 500 * \text{substitutionsfaktor} + \text{markedsforstyrrelse} = 300.000.$$

Vi kan således opsætte en funktion, der dækker over de mulige kombinationer af substitutionsfaktor og markedsforstyrrelse. Spændet kan visualiseres således:

---

<sup>31</sup> Jeg argumenterer ikke for, at domstolene konkret fastsætter en substitutionsfaktor. Mit argument er i stedet, at de overvejelser om, hvor stor en del af Krænkens salg, Rettighedshaver ville have haft, kan stiliseres som en substitutionsfaktor. Så selv hvis domstolene ikke eksplicit nævner en substitutionsfaktor – og det gør de ganske sjældent – indebærer de overvejelser, som domstolene gør sig, at man i hvert fald implicit arbejder med en substitutionsfaktor. Som eksempler på, at disse overvejelser fremhæves ganske eksplicit, kan udover de i artiklen behandlede sager henvises til U.1983.976 Ø – *Scan Video* og *Esomeprazol* (S.H.D. af 18. februar 2016 i sag T-4-13 - *AstraZeneca AB og A/S v. Krka Sverige AB*). Forfatteren arbejdede som advokatfuldmægtig på sidstnævnte sag.

<sup>32</sup> Det er det mistede salg som følge af substitution, vi her leder efter.



Figur 2 Mulige kombinationer af substitutionsfaktor og markedsforstyrrelse

På y-aksen ses substitutionsfaktoren (mellem 0 og 1) og på x-aksen ses markedsforstyrrelsen. Hvis substitutionsfaktoren er 0, er markedsforstyrrelsen 300.000, og hvis markedsforstyrrelsen er 0, er substitutionsfaktoren 0,6.<sup>33</sup>

I dette eksempel er der usikkerhed om både substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelsen, men hvis f.eks. markedsforstyrrelsen udmåles separat, kan man komme endnu tættere på, hvilken substitutionsfaktor, der (implicit) er blevet brugt. Omvendt vil der selvfølgelig også være sager, hvor der er øvrige usikkerheder, f.eks. om krænkelsens omfang eller Rettighedshavers dækningsbidrag. Her kræver det lidt flere antagelser at skabe det logiske spænd for substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelsen.

Tilgangen med at fastsætte det logiske spænd for substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelse har to fordele overfor en direkte sammenligning af erstatningsstørrelserne. For det første viser spændet de mulige kombinationer af de underliggende tabsposter. For det andet vil man forvente at substitutionsfaktoren er den samme for to virksomheder, der udsættes for den samme grad af konkurrence – også selvom det konkrete tab bliver et andet. I den forstand er det lidt utilfredsstillende, at markedsforstyrrelsen blot er angivet som et kr.-beløb. Dette skyldes, at der på nuværende tidspunkt ikke på samme måde er en teori for, hvordan man kan isolere de underliggende elementer, der udgør markedsforstyrrelsen.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Da bliver regnestykket:  $substitutionsfaktor = \frac{300.000}{1.000 \cdot 500} = 0,6$ .

<sup>34</sup> Her skal man huske, at substitutionsfaktoren indgår i fastsættelsen af afsætningstab. Afsætningstab udgøres altså af: antallet af solgte krænkelse\*substitutionsfaktoren\*Rettighedshavers dækningsbidrag. En vis teori om opgørelsen af markedsforstyrrelse kan findes i: (Borgenhäll, 2004).

### 3.3 Om brug af økonomisk teori og metode

I denne artikel fokuserer jeg i første omgang på krænkelsens økonomiske effekter på Rettighedshavers indtjening. Dette fokus er rimeligt, da udgangspunktet med erstatningen er, at stille Rettighedshaver som om krænkelsen ikke var sket. Og det er i udpræget grad et spørgsmål om krænkelsens økonomiske effekter.

Endvidere har denne tilgang den fordel, at der kan tages udgangspunkt i modeller og analyser, der er bredt anerkendte inden for økonomisk teori eller ofte anvendte inden for statistisk praksis.<sup>35</sup>

### 3.4 Nogle overvejelser om resultaternes generaliserbarhed

Jeg analyserer kun fem sager. Man må derfor spørge hvad, hvis overhovedet noget, man kan konkludere på baggrund af en sådan analyse. Det er selvfølgelig rigtigt, at der er tale om et begrænset datasæt med deraf følgende risiko for ikke-generaliserbare resultater. Hertil må man først bemærke, at det har været nødvendigt at skære analysen til. En gennemgang og analyse af hver sag er krævende, og det er derfor ikke muligt inden for rammerne af én artikel at foretage en bredere analyse. Men hertil hører selvfølgelig også hele pointen med at kontrollere for så mange faktorer som muligt. Netop fordi vi kontrollerer for en række faktorer, kan vi sige noget meget præcist om de faktorer, vi så undersøger.

Det ændrer dog ikke på, at man bør være tilbageholdende med for vidtgående konklusioner.<sup>36</sup> Artiklens resultater skal derfor i højere grad ses som de indledende skridt i forsøget på at forklare forskelle og ligheder på tværs af konkrete sager.

## 4 Tripp Trapp-sagerne

I dette afsnit viser jeg, at man rimeligvis kan formode, at domstolene i alle fire *Tripp Trapp* sager har anvendt en substitutionsfaktor på omkring 0,67. Dette indebærer dog, at domstolenes kompensation for markedsforstyrrelse er forskellig i de fire sager. Der kan imidlertid være gode grunde for disse forskelle.

### 4.1 Grænserne for substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelse

I dette underafsnit finder jeg de øvre og nedre grænser for hhv. substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelsen. Jeg bruger dette til at vise, at vi med rimelighed kan antage, at der er brugt en fælles substitutionsfaktor på 0,67.

---

<sup>35</sup> De metoder, jeg her anvender, har jeg i tidligere bidrag udsat for en grundig behandling. Jeg henviser til: (Bogetoft, 2021a), (Bogetoft, 2021b) og (Bogetoft, 2022b).

<sup>36</sup> Dette understøttes for så vidt også af sagernes relative alder.

Vi kan starte med at observere, at præmissernes ordlyd indikerer, at substitutionsfaktoren bør være høj. Således anførte Sø- og Handelsretten i *Sit'n'Gro* (1997):

Uanset den betydelige prisforskel, der var mellem de to produkter, må det efter oplysningerne om sagsøgerens markedsposition antages, at sagsøgerens salg er blevet formindsket med et næsten tilsvarende antal, som sagsøgte har solgt.

I *Lulu* (2011) anførte Sø- og Handelsretten endvidere:

Stokke har herefter krav på erstatning for Bassons krænkelse. Fastsættelse af erstatning må ske på grundlag af et dækningsbidrag på 369 kr. pr. stol. Når henses til prisforskellen mellem produkterne, finder retten, at ikke alle købere af Lulu-stolen, men dog en betydelig del af dem, ville have købt en Tripp Trapp-stol.

Udover disse relativt rummelige formuleringer, kan vi bruge de metoder, jeg har introduceret oven for, til at komme nærmere et egentligt tal for substitutionsfaktoren. Dette er nemmest med hhv. *Lulu* (2011) og *Steve* (2015).

#### 4.1.1 *Lulu* og *Steve*

I *Lulu* var erstatningen 1.250.000 kr., der var solgt 4.834 stole og Stokkes dækningsbidrag var 369 kr. pr. stol. Endvidere havde Rettighedshaver kun krævet erstatning for markedsforstyrrelse på 30.000 kr.<sup>37</sup> Vi kan således opsætte ligningen:

$$1.250.000 \text{ kr.} = 4.834 \text{ stole} * 369 \text{ kr./stol} * \text{substitutionsfaktor} + 1 \text{ til } 30.000 \text{ kr.}$$

Dette leder til et spænd for substitutionsfaktoren på 0,68-0,7.<sup>38</sup>

I *Steve-stolen* var der solgt 1.402 stole, dækningsbidraget var 471 kr. pr. stol og erstatningen var 500.000 kr. Ligningen er altså:

$$500.000 \text{ kr.} = 1.402 \text{ stole} * 471 \text{ kr./stol} * \text{substitutionsfaktor} + \text{markedsforstyrrelse.}$$

*Steve-stolen* er samtidig én af de få sager, hvor domstolen angiver en egentlig faktor i sine præmisser. Retten udtalte:

Henset til det oplyste om Jysks markedsposition, og at STEVE stolen er en nærgående kopi af TRIPP Trapp-stolen, må det konkret antages, at Jysks salg af STEVE stolen har medført en risiko for forveksling, ligesom det må antages, at salget af STEVE stolen generelt har medført markedsforstyrrelser, således at Schous og Jysks salg af STEVE stolen har mindsket salget af TRIPP Trapp-stole med 2/3 af det antal stole, som det Jysk har solgt.

---

<sup>37</sup> Dette var for Sø- og Handelsretten. Som Rettighedshavers argumenter for Højesteret er gengivet i domsudskriftet, kan det tyde på, at argumentet om markedsforstyrrelse her var frafaldet. Som det vil fremgå neden for har det ikke den store betydning for vores analyse.

<sup>38</sup> Et enkelt usikkerhedsmoment er, at Sø- og Handelsretten udmålte rimeligt vederlag ud over erstatningen. Dette medfører mindre ændringer, som jeg har taget højde for i ovenstående spænd. Se også artiklens appendiks, jf. fodnote 6.

Jeg læser dette som, at den implicitte substitutionsfaktor var  $2/3$ , dvs. 0,67.<sup>39</sup> Ved denne substitutionsfaktor er markedsforstyrrelsen 59.500 kr. Det er dog værd at understrege, at dette beløb blev udmålt af den dissenterende sagkyndige dommer. Dommermajoriteten i Sø- og Handelsretten og Højesteret fandt, at der ikke forelå en krænkelse af rettighederne til Tripp Trapp-stolen.<sup>40</sup>

*Lulu* og *Steve* indikerer altså begge, at substitutionsfaktoren har været mellem 0,67-0,7.

Lige så præcise kan vi ikke være med hhv. *Sit'n'Gro* (1997) og *2-Step* (2001). Vi kan dog udlede et spænd. Det gør jeg neden for.

#### 4.1.2 *Sit'n'Gro*

I *Sit'n'Gro* var erstatningen 500.000 kr. og dækningsbidraget var 369 kr. pr. stol.<sup>41</sup> Der var usikkerhed om, hvor mange krænkende stole, der var solgt. Der var i hvert fald solgt 715, men Rettighedshaver påstod, at der var solgt 3.400. I sine præmisser henviste Sø- og Handelsretten eksplicit til de 715 stole, men anførte endvidere, at dette antal ikke fuldt ud kunne lægges til grund. Jeg anser det som en rimelig antagelse, at retten højest har lagt til grund, at der var solgt 1.500 stole. Allerede her ville retten antage, at der var solgt mere end dobbelt så mange stole, som der faktisk var dokumentation for.

Ligningen er således:

$$500.000 \text{ kr.} = 715 \text{ til } 1.500 \text{ stole} * 369 \text{ kr./stol} * \text{substitutionsfaktor} + \text{markedsforstyrrelse.}$$

Vi kan få den maksimalt mulige substitutionsfaktor ved at antage, at der kun var solgt 715 krænkende stole, og at der ikke blev givet erstatning for markedsforstyrrelse. Da bliver substitutionsfaktoren 1,9. Dette er over 1, som jeg tidligere har defineret som den øvre grænse for substitutionsfaktoren.<sup>42</sup> Jeg håndterer denne potentielle uoverensstemmelse i afsnit 4.1.4 neden for.

---

<sup>39</sup> Umiddelbart kan præmisserne læses som at Sø- og Handelsretten her sammenblandede substitutions- og præferenceskade, hvilket ville betyde, at det samlede tab skulle opgøres som 1.402 stole. \* 471 kr./stol i dækningsbidrag \*  $2/3$ . Men dette giver kun 440.542 kr. og erstatningen var på 500.000 kr. Derfor antager jeg, at substitutionsfaktoren var  $2/3$  og at den resterende markedsforstyrrelse var 59.500 kr. En anden mulig forklaring er, at retten simpelthen rundede op til at rundt beløb.

<sup>40</sup> Erstatningen i *Steve* er dermed udtryk for én dommers vurdering og ikke hele dommerkollektivets.

<sup>41</sup> Bemærk, at dækningsbidraget ikke var identisk i alle fire sager.

<sup>42</sup> Denne definition er i øvrigt ikke modargumenteret i litteraturen. Er den maksimalt mulige substitutionsfaktor større end 1, følger det, at der enten er givet erstatning for markedsforstyrrelse eller er inddraget normative elementer i erstatningsudmålingen. Siden indførelsen af retshåndhævelsesdirektivet kan der også lægges vægt på Krænkernes uberettigede fortjeneste, hvilket i princippet kan lede til en substitutionsfaktor over 1. Denne mulighed kom imidlertid først i Danmark i 2005.

Ligeegyldigt hvor mange stole, vi antager er blevet solgt, kan substitutionsfaktoren være 0. Det skyldes, at vi ikke har indikationer på den øvre grænse for markedsforstyrrelsen, der altså kan være op til 500.000 kr.

Mens vi ville forvente, at markedsforstyrrelsen var relativt stor (retten fremhævede, at der også skulle gives erstatning for en betydelig markedsforstyrrelse), kan vi dog formode, at substitutionsfaktoren var noget større end 0. Således fremgår det af Sø- og Handelsrettens præmisser (citeret oven for), at retten antog, at Stokkes salg var blevet formindsket med et "næsten tilsvarende antal". Ud fra de eksplicit givne oplysninger kan vi dog kun fastslå det mulige spænd for substitutionsfaktoren i *Sit'n'Gro*: 0-1,9 og for markedsforstyrrelse 0-500.000 kr.

#### 4.1.3 2-Step

Også i 2-Step var der uklarhed om, hvor mange stole, der indgik i rettens vurdering. Denne gang skyldtes det, at der var solgt 1.021 stole i Danmark og 4.999 i udlandet, i alt 6.020. Udfordringen ligger i, hvor stor en del af det udenlandske salg, Højesteret anerkendte. Mere om dette straks neden for.

Ligningen i 2-Step er:

$$500.000 \text{ kr.} = 1.021 \text{ til } 6.020 \text{ stole} * 369 \text{ kr./stol} * \text{substitutionsfaktor} + \text{markedsforstyrrelse.}$$

Vi kan igen finde den maksimalt mulige substitutionsfaktor ved at antage at markedsforstyrrelsen var 0, og at kun det danske salg (1.021 stole) indgik. Da bliver substitutionsfaktoren 1,327.

Hvis det maksimale antal stole, som kan indgå i sagen er 6.020, er det ligesom i *Sit'n'Gro* muligt, at substitutionsfaktoren er 0.<sup>43</sup> Jeg mener dog, at vi rimeligvis kan sige, at substitutionsfaktoren har været i hvert fald 0,133. Argumentet er som følger:

For det første mener jeg, at vi rimeligvis kan begrænse antallet af stole til 2.042, hvilket svarer til, at det danske salg var halvdelen af det samlede salg. Dette baserer jeg på Højesterets præmisser, hvoraf fremgår:

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. [Min understregning]

“Navnlig” indikerer, at det danske tab har udgjort mere end 50% af den samlede erstatning for afsætningstab. Det betyder omvendt, at det udenlandske salg max. indgik med 50%.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Rettighedshaver argumenterede for en markedsforstyrrelse på 400.000 kr., jf. dommens UfR-print s. 6.

<sup>44</sup> En gennemgang af Højesterets voteringsprotokoller understøtter denne fortolkning.

For det andet kan vi begrænse markedsforstyrrelsen til maks. 400.000 kr. Dette kan vi, fordi Stokke selv påstod en markedsforstyrrelse på dette beløb.<sup>45</sup> Jeg mener, at vi med rimelighed kan antage, at Højesteret ikke har givet mere i markedsforstyrrelse end dette.

Vi finder den minimalt mulige substitutionsfaktor ved at antage, at det danske tab kun udgør 50% af den samlede erstatning og at markedsforstyrrelsen var 400.000 kr. Da bliver substitutionsfaktoren 0,133.

Vi kan altså med rimelige antagelser opsummere substitutionsfaktoren i *2-Step* som værende et sted mellem 0,133 og 1,327, mens markedsforstyrrelsen er mellem 0-400.000 kr.

#### 4.1.4 Opsummering

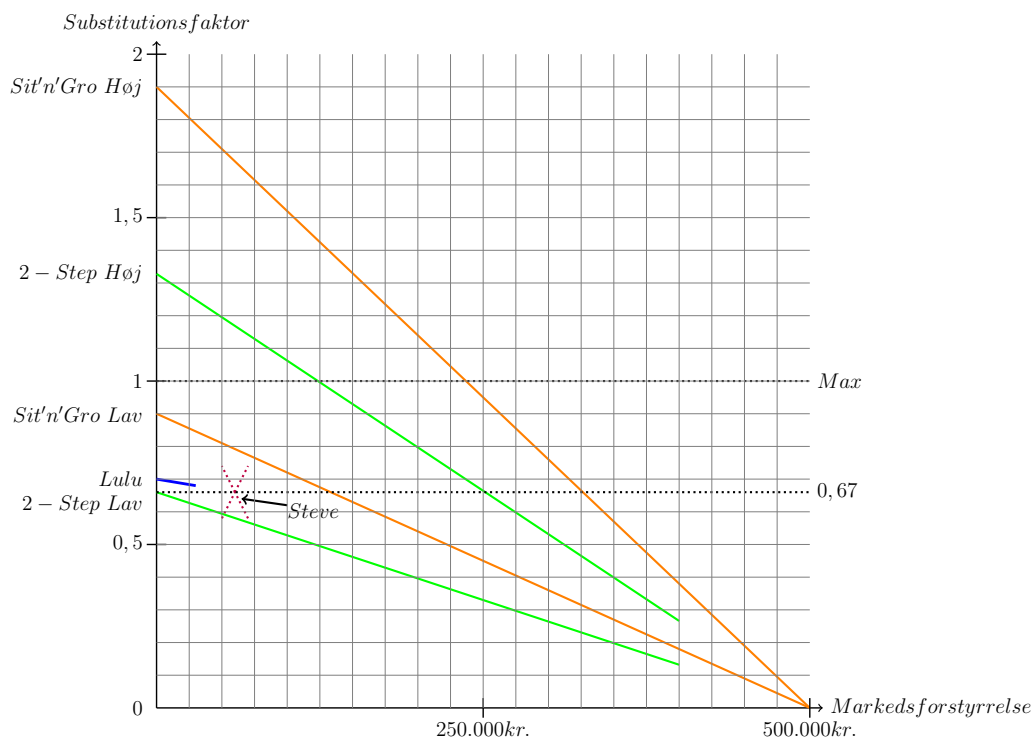
Resultaterne opsummeres neden for:

<b>Logiske spænd på tværs af de 4 Tripp Trapp-sager</b>		
	Substitutionsfaktor	Markedsforstyrrelse (kr.)
<i>Sit'n'Gro</i> (1997)	0-1,9	0-500.000
<i>2-Step</i> (2001)	0,133-1,327	0-400.000
<i>Lulu</i> (2011)	0,68-0,7	0-30.000
<i>Steve</i> (2015)	0,67	59.500

Resultaterne er indsat i figuren neden for:

---

<sup>45</sup> Dog baseret på en meget højere erstatningspåstand; 2.800.000 kr.



Figur 3 Mulige kombinationer i de fire Tripp Trapp-sager

I grafen er *Lulu* den blå kurve. Den blå kurve er meget kort, da vi ved at markedsforstyrrelsen er mellem 0 og 30.000 kr.<sup>46</sup> *Steve* er markeret med det lille kryds. Dette skyldes, at vi ved, at retten i denne sag brugte en substitutionsfaktor på 0,67 (hvilket også er markeret med den stiplede linje).

*Sit'n'Gro* er markeret med de orange kurver. Dette skyldes, at vi arbejder med et spænd på 715-1.500 krænkende stole. Kurven *Sit'n'Gro Høj* er situationen, hvor vi antager, at Krænker solgte 715 stole, hvilket leder til en højere substitutionsfaktor end *Lav*, der viser de mulige kombinationer af substitutionsfaktor og markedsforstyrrelse, hvis der var solgt 1.500 krænkende stole. De to kurver viser de logiske grænser for forskellige kombinationer af antal krænkende stole, substitutionsfaktor og markedsforstyrrelse. Ethvert punkt mellem de to kurver indikerer dermed en mulig kombination af substitutionsfaktoren, markedsforstyrrelse og et bestemt antal krænkende produkter. Hvis f.eks. substitutionsfaktoren er 0,8 og markedsforstyrrelsen er 250.000 kr., kræver det blot, at vi antager, der er blevet solgt 846 krænkende stole. Samme logik gælder for de to *2-Step* kurver.<sup>47</sup>

Den øverste stiplede linje indikerer en substitutionsfaktor på 1. Det er min fortolkning, at dette er den maksimalt mulige substitutionsfaktor. Det indebærer i princippet, at vi kan indsnævre

<sup>46</sup> Smh. dog fodnote 37, ovenfor.

<sup>47</sup> Som nævnt krævede Rettighedshaver i *2-Step* en markedsforstyrrelse på 400.000 kr., hvilket jeg antager er maksimumværdien.



spændet på hhv. *Sit'n'Gro* og *2-Step* endnu mere. Når jeg ikke har gjort det her, skyldes det, at jeg ønsker at bruge så få antagelser som muligt.

I grafen kan vi se, at alle fire sager ville kunne indebære en substitutionsfaktor på ca. 0,67.<sup>48</sup> Det er faktisk det eneste mulige punkt. Det ser vi ved, at både *Lulu* og *Steve* krydser dette punkt på y-aksen og at begge *Sit'n'Gros* og *2-Steps* kurver også krydser punktet.

Fordi sagerne har et relativt ens faktum, ville vi forvente at domstolene nåede frem til det relativt samme resultat. I de 4 Tripp Trapp-sager kan man derfor rimeligvis antage, at domstolene har arbejdet med en implicit substitutionsfaktor på 0,67.<sup>49</sup> Dette følger direkte af *Lulu* og *Steve*, og det ligger inden for spændet af *Sit'n'Gro* og *2-Step*.

## 4.2 Markedsforstyrrelse

Hvis vi antager en substitutionsfaktor på 0,67 kan vi sætte grænserne for markedsforstyrrelsen. Igen kan figuren oven for hjælpe os, da vi blot skal finde det punkt på de respektive kurver, som krydser substitutionsfaktoren 0,67.

Vi kan igen starte med *Lulu* og *Steve*, da markedsforstyrrelsen her var meget klar. I *Lulu* leder en substitutionsfaktor på 0,67 til en markedsforstyrrelse på 30.000 kr.,<sup>50</sup> mens den i *Steve* er 59.500 kr.<sup>51</sup>

Fordi der er usikkerhed om antallet af solgte krænkelse i både *Sit'n'Gro* og *2-Step*, er det kun muligt at fastsætte et spænd for markedsforstyrrelsen. Desto flere stole, som indgik i erstatningen, desto større ville tabet som følge af substitution være, hvilket igen medfører en desto mindre markedsforstyrrelse. Grafisk er spændet dikteret af hvor de respektive "høje" og "lave" kurver krydser med substitutionsfaktoren på 0,67.

Neden for er nogle enkelte taleksempler for spændet. Først for *Sit'n'Gro* dernæst for *2-Step*. Tallene kan verificeres i grafen oven for.

<b>Markedsforstyrrelsen i <i>Sit'n'Gro</i> ved en substitutionsfaktor på 0,67</b>
---

---

<sup>48</sup> Jeg medgiver her, at substitutionsfaktoren i *Lulu* minimum skulle være 0,68. Så præcist vil jeg nu ikke tro, vi skulle arbejde. Som jeg tidligere har nævnt i fodnote 37, er det muligt, at Rettighedshaver i *Lulu* slet ikke krævede erstatning for markedsforstyrrelse for Højesteret, hvilket indebærer, at substitutionsfaktoren i *Lulu* er 0,7. Selvom det ikke her er muligt at finde et punkt, hvor alle afgørelser passer ind, mener jeg stadig, at vi er inden for et rimeligt spænd.

<sup>49</sup> Se også Tripp Trapps argumenter for Højesteret i *U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*, s. 5-6.

<sup>50</sup> Faktisk er markedsforstyrrelsen her højere. Som nævnt var den mulige substitutionsfaktor 0,68-0,7. Vi antager derfor en faktor, der er lidt for lav. Konsekvenserne heraf er minimale.

<sup>51</sup> Vi finder det ved at løse ligningen: 500.000 kr. = 1.402 stole \* 471 kr./stol \* 0,67 + markedsforstyrrelse.

Antal stole solgt	Markedsforstyrrelse (kr.)
715	324.000
1.000	254.000
1.500	131.000

Spændet er 131.000-324.000 kr.

<b>Markedsforstyrrelsen i 2-Step ved en substitutionsfaktor på 0,67</b>	
Antal stole solgt	Markedsforstyrrelse
1.021	235.000 kr.
1.531	110.000 kr.
2.042	0 kr.

Spændet er 0-235.000 kr.

Begge sager indebærer dermed en usikkerhed på ca. 200.000 kr.

Ser vi på de fire sager samlet, fremgår det endvidere, at der ikke kan findes én markedsforstyrrelse, der gælder for alle fire sager. Dette hverken i absolutte tal eller som procentdel af den samlede erstatning:

<b>Spændet for markedsforstyrrelse i de 4 Tripp Trapp-sager ved en substitutionsfaktor på 0,67</b>		
	kr.	% af samlet erstatning
<i>Sit'n'Gro</i> (1997)	131.000-324.000	26-65% (500.000 kr.)
<i>2-Step</i> (2001)	1-235.000	0-47% (500.000 kr.)
<i>Lulu</i> (2011)	30.000	2% (1.250.000 kr.)
<i>Steve</i> (2015)	59.500	12% (500.000 kr.)

Hvis vi antager, at domstolene konsekvent har brugt den samme substitutionsfaktor på 0,67, ligger markedsforstyrrelsen i de 4 sager mellem 0 og 324.000 kr. og mellem 0 og 65% af den samlede erstatning. Dette fremstår umiddelbart som et bredt spænd, men det er værd at bemærke, at det inden for et spænd på ca. 30.000 kr. er muligt at forene *2-Step*, *Lulu* og *Steve*.

Det er imidlertid ikke muligt at forene *Sit'n'Gro* (minimum 131.000 kr., 26%) med *Lulu* (30.000 kr., 2%) og *Steve* (59.500 kr., 12%).

Spørgsmålet er, om der kan findes økonomiske forklaringer på forskellene. Det diskuterer jeg i de næste to afsnit.

### 4.3 Burde markedsforstyrrelsen være højere i *Sit'n'Gro*?

I *Sit'n'Gro* blev det eksplicit fremhævet, at der også blev givet erstatning for en betydelig markedsforstyrrelse. Da lignende formuleringer ikke findes i de tre andre sager, kunne det indikere, at der var særlige grunde i *Sit'n'Gro* for en større markedsforstyrrelse end i de andre sager. Jeg ser tre potentielle grunde her for:

- 1) Krænkelsens omfang: Stort antal solgte krænkelser medfører stor markedsforstyrrelse.
- 2) Tidsfaktor: Længerevarende krænkelser medfører mere forvirring i markedet, og dermed større markedsforstyrrelse.
- 3) Antallet af førte sager: Tidligere krænkelser påvirkede markedet mere end senere krænkelser.

I skemaet nedenfor har jeg opsummeret de centrale informationer for disse mulige forklaringsmodeller:

<b>Informationer for mulige forklaringsmodeller for forskelle i markedsforstyrrelse på tværs af <i>Tripp Trapp</i>-sagerne</b>				
	Markedsforstyrrelse (kr.)	% af erstatning (kr.)	Krænkelsesperiode	Antal krænkelser
<i>Sit'n'Gro</i> (1997)	156.000-335.000	31-67% (500.000)	ca. 1995	715-1.500 <sup>52</sup>
<i>2-Step</i> (2001)	1-235.000	0-47% (500.000)	3-6.1997	DK: 1.021. Udland: 4.999
<i>Lulu</i> (2011)	30.000	2% (1.250.000)	2005-2011	4.834
<i>Steve</i> (2015)	59.500	12% (500.000)	9.2010-4.2011	1.403

---

<sup>52</sup> Husk, at Rettighedshaver faktisk påstod, at der var solgt 3.400 stole. Dette anser jeg for urealistisk. Smh. med diskussionen oven for.

Krænkelsens omfang, målt som antal solgte krænkelser, synes ikke at kunne forklare forskellen i de udmålte markedsforstyrrelser. Observer navnlig, at erstatningen for markedsforstyrrelse i *Steve* udgjorde 12% af den samlede erstatning ved salg af 1.403 stole, mens markedsforstyrrelsen i *Sit'n'Gro* ville have været 31%, hvis retten antog, at Krænker havde solgt 1.500 stole. Hvis antallet af solgte krænkelser forklarede forskelle i markedsforstyrrelsen, burde den i disse sager have været mere ens.

Heller ikke krænkelsens varighed kan umiddelbart forklare forskellene. Den tidsmæssigt mest omfattende sag var *Lulu*, og det er samtidig den sag, hvor markedsforstyrrelsen var mindst.

Tilbage står antallet af førte sager. Det giver for så vidt mening, at en konkret krænkelse ikke kan medføre særlig meget markedsforstyrrelse, hvis markedet allerede er forstyrret. Som det fremgår i alle sager, får Stokke løbende henvendelser om kopier fra kunder. Desto længere, dette har stået på, desto mindre er den marginale effekt af endnu en krænkelse. Men, hvis det var tilfældet, ville vi også forvente, at markedsforstyrrelsen i *Lulu* var større end i *Steve*. Og det var den ikke. Man kan fristes til at argumentere, at Rettighedshavers advokat i *Lulu* påstod for lidt i markedsforstyrrelse, eller at der selvfølgelig altid vil være en vis fejlmargen på tværs af sager. Jeg håndterer disse overvejelser i slutningen af artiklen.

Krænkelsens salgs- eller tidsmæssige omfang synes altså ikke at forklare forskellen i markedsforstyrrelser. Antallet af førte sager har en intuitiv appel og kan principielt forklare udviklingen. Men dette passer ikke med forskellen på *Lulu* og *Steve*.

#### 4.4 Burde substitutionsfaktoren være højere i *Sit'n'Gro*?

Hvis substitutionsfaktoren i *Sit'n'Gro* burde være højere end i *2-Step*, *Lulu* og *Steve*, ville det medføre, at den relative forskel i markedsforstyrrelse ville blive mindre.<sup>53</sup>

Der er en vis støtte for dette synspunkt i dommenes præmisser. I *Sit'n'Gro* udtalte Sø- og Handelsretten som nævnt, at Stokkes salg måtte formodes at være faldet med et "næsten tilsvarende antal" til det af krænker solgte, mens den 14 år senere i *Lulu* udtalte, "at ikke alle købere af Lulu-stolen, men dog en betydelig del af dem, ville have købt en Tripp Trapp-stol."

Jeg ser primært tre faktorer, som er relevante at diskutere i den sammenhæng:<sup>54</sup>

- 1) Designmæssige forskelle
- 2) Prisforskelle
- 3) Forskelle i salgskanaler

---

<sup>53</sup> Da ville substitutionen stå for en større del af tabet i *Sit'n'Gro* og markedsforstyrrelsen en mindre del.

<sup>54</sup> Smh. her med praksis og teori om substitutionsfaktoren, jf. henvisningerne tidligere i denne artikel.

Hvis de tidligere krænkelser designmæssigt lå tættere på Tripp Trapp-stolen end de senere, kunne det argumenteres, at substitutionsfaktoren skulle være højere i de tidlige sager. Argumentet er, at stole af ens design taler til de samme forbrugere.<sup>55</sup>

Jeg har ikke kunnet finde billeder af Sit'n'Gro-stolen, men et hurtigt blik på de tre andre stole synes til dels at understøtte dette argument:

Billeder af produkterne i <i>Tripp Trapp</i> -sagerne	
<i>Tripp Trapp</i>	<i>2-Step</i> (2001)
	
<i>Lulu</i> (2011)	<i>Steve</i> (2015)
	

Det, der i *2-Step* navnlig blev fremhævet som det designmæssigt særlige ved Tripp Trapp-stolen, var dens L-form, hvorved at der kun var 2 ben i stedet for 4. Dette træk findes primært i *2-Step* og *Lulu*, og kunne altså understøtte et argument om, at substitutionsfaktoren burde være højere i de tidligere sager.

---

<sup>55</sup> Jeg diskuterer relevansen af såkaldte horisontale parametre i (Bogetoft, 2021b).

Man bør dog være varsom med at drage for vidtgående konklusioner på dette punkt. Brugskunst beskyttes kun mod meget nærgående efterligninger,<sup>56</sup> og mens der selvfølgelig er et spektrum for, hvad der udgør en meget nærgående efterligning, må spektret alt andet lige være begrænset. Heraf følger, at effekten på substitutionsfaktoren må antages at være begrænset.

Større prisforskelle vil alt andet lige lede til en lavere substitutionsfaktor. Men på tværs af de fire sager synes der ikke at være store forskelle heri:

<b>Krænkens pris som andel af Rettighedshavers pris</b>			
<i>Sit'n'Gro</i> (1998)	<i>2-Step</i> (2001)	<i>Lulu</i> (2011)	<i>Steve</i> (2015)
ca. 0,33 til 0,55 (forbrugerleddet)	max. 0,72 (detaileddet)	0,46 (forbrugerleddet)	0,37 (forbrugerleddet)

Det relevante led at sammenligne med er forbrugerleddet. Derfor er der størst usikkerhed omkring prisforskellen i *2-Step*. Det er dog værd at nævne, at 0,72 er et meget konservativt estimat, og at prisforskellen i detaileddet formentlig har været meget større: Prisforskellen er her udregnet som Krænkens salgspris eks. moms divideret med Tripp Trapps dækningsbidrag. Et rimeligt gæt ville nok være, at i forbrugerleddet udgjorde 2-Steps pris ca. 50% af Tripp Trapp-stolens.<sup>57</sup>

Endeligt blev krænkerstolen i *Steve* solgt i salgskanaler forskellige fra Tripp Trapp-stolen, mens den i *Sit'n'Gro* blev solgt i samme salgskanaler. Dette indikerer, at substitutionsfaktoren burde være lavere i *Steve*. Men dette resultat er svært at forene med substitutionsfaktoren i *2-Step* og *Lulu*.

Forskelle i design kunne potentielt forklare en forskel i substitutionsfaktor mellem de tidligere sager *Sit'n'Gro* og *2-Step* og de senere sager *Lulu* og *Steve*. Men konkret er dette svært at forene med erstatningen i de enkelte sager. Prisforskelle og forskelle i salgskanaler synes heller ikke at kunne indikere en større substitutionsfaktor i starten. Derfor er der ikke umiddelbart et samlet stærkt argument for, at substitutionsfaktoren burde være faldet over tid.

<sup>56</sup> Se navnlig præmisserne i *2-Step*. En grundig kommentar findes i Rosenmeiers kommentar til dommen i (Schovsbo & Rosenmeier, 2002, s. 280–282). Se også (Schmidt, 2003).

<sup>57</sup> Dette er baseret på en antagelse om, at *2-Step* omkring år 2000 kostede 417 kr. Dette er baseret på, at Tripp Trapp-stolen fra 1990-2015 oplevede en prisstigning på ca. 50% (900 kr. til 1349). Prisbillige alternativer i 2015 kostede ca. 500 kr. Hvilket svarer til, at de i 1990 kostede 333,33 kr. I år 2000 ville de da have kostet lidt under 417 kr. (gennemsnittet af 500 og 333,33 kr.). Disse udregninger indebærer en antagelse om, at priserne er vokset lineært eller approksimativt lineært.

## 4.5 Delopsummering

Jeg ser det som en rimelig antagelse, at domstolene i alle 4 Tripp Trapp-sager har anvendt en substitutionsfaktor på omkring 0,67. Med denne antagelse kan vi endvidere forene *2-Step*, *Lulu* og *Steves* markedsforstyrrelse i et spænd mellem 30.000-60.000 kr. Ved en substitutionsfaktor på 0,67 har markedsforstyrrelsen i *Sit'n'Gro* været minimum ca. 160.000 kr. Det kræver derfor en yderligere økonomisk forklaring for at forene alle fire sager. Det bedste argument herfor er, at markedsforstyrrelsen faldt over tid. Der er bestemt oplysninger som understøtter en sådan forklaring, men ikke nok oplysninger til nærmere at kvantificere forskellen.<sup>58</sup> Overordnet set indikerer gennemgangen dog en relativt høj grad af analytisk konsistens på tværs af de fire *Tripp Trapp*-sager.

## 5 *Tripp Trapp* sammenlignet med *Montana*

Nogenlunde samtidig med de to første *Tripp Trapp*-sager (1996, 2001) afsagde Højesteret dom i *Montana* (2004).

Både Montanareolerne og *Tripp Trapp*-stolene er kvalitetsprodukter, der har en stor tilstedeværelse på det danske marked, og som er omfattet af en vis prestige.<sup>59</sup>

Ud fra disse forhold, ville vi derfor umiddelbart forvente nogenlunde samme resultat i *Montana* som i *Tripp Trapp*-sagerne.

Det var imidlertid ikke tilfældet. Mens der i *Tripp Trapp*-sagerne formentlig anvendtes en substitutionsfaktor på 0,67, var substitutionsfaktoren markant lavere i *Montana*: Maksimum 0,11.<sup>60</sup>

Dette har store konsekvenser for erstatningsstørrelsen. I *Montana* var erstatningen 3.000.000 kr. Hvis Højesteret havde brugt den samme substitutionsfaktor som i *Tripp Trapp*-sagerne, havde erstatningen i stedet været 17.600.000 kr. Omvendt var erstatningen i *Lulu* 1.250.000 kr. Hvis Højesteret derimod havde brugt den samme substitutionsfaktor som i *Montana*, havde erstatningen været 198.000 kr.

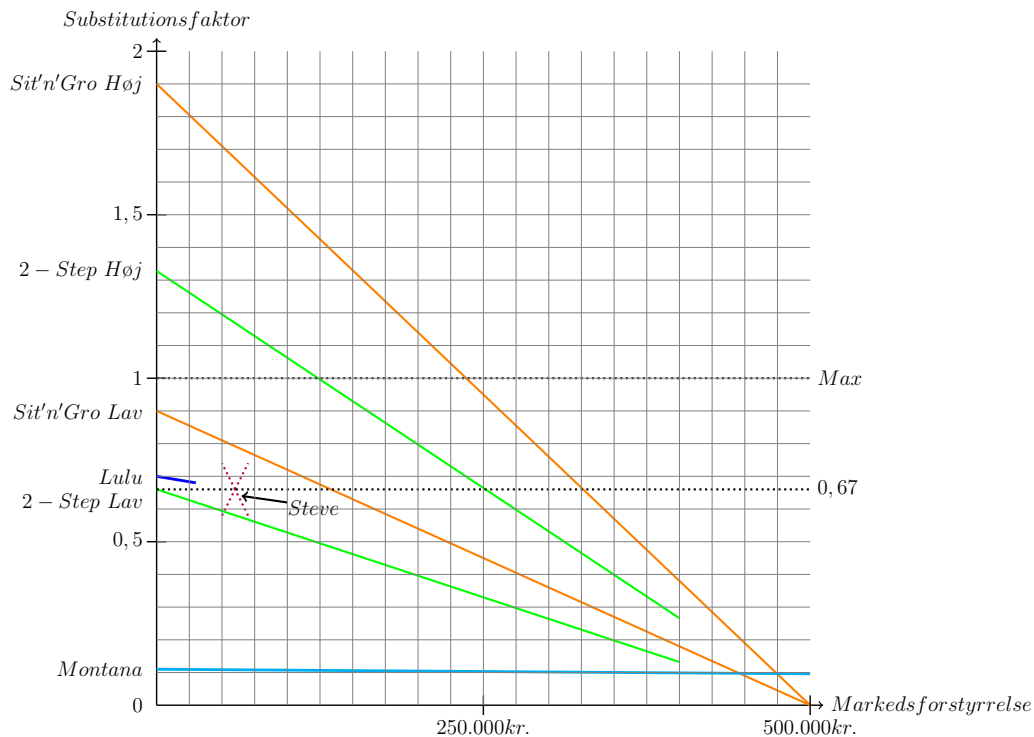
---

<sup>58</sup> Det er selvfølgelig også muligt, at retten i *Sit'n'Gro* faktisk lagde til grund, at Krænker havde solgt mere en 1.500 stole, som jeg ellers antager. Er dette tilfældet, vil det i sig selv være et opsigtsvækkende resultat, da det imødegår den generelle opfattelse, at domstolene er uvillige til at strække sig fra langt fra det faktisk beviste.

<sup>59</sup> Udover de konkrete sager henvises til hhv. *Montanas leveringspligt* (Konkurrenceankenævnets kendelse af 23. december 1998, j.nr. 98-94.941 *Montana Møbler ctr. Konkurrencerådet*) og *Stokke Danmarks forhandleraftaler* (Konkurrencerådets afgørelse af 28. januar 2004, nr. 1120-0389-0013/BHH/SEK).

<sup>60</sup> Erstatningen var 3.000.000 kr., Montanas dækningsbidrag 240 kr. pr. reolmodul og Krænker havde solgt mellem 110.000-120.000 krænkende reolmoduler. Havde *Montana* solgt 110.000 moduler, ville deres samlede dækningsbidrag have været 26.400.000 kr. Montanas dækningsbidrag var ikke oplyst direkte i sagen, men dækningsgraden blev oplyst til 40%. Se *Montanas* UfR-print s. 3 Da gennemsnitsstykprisen pr. modul var 600 kr., svarer det til et dækningsbidrag på 240 kr./modul.

Vi kan visualisere forskellen ved at indsætte *Montanas* kurve i grafen fra afsnit 4.1.4.:



Figur 4 Mulige kombinationer i alle fem sager

Bemærk, at 0,11 er den maksimalt mulige substitutionsfaktor i *Montana*. Da Højesteret imidlertid også anerkendte erstatning for markedsforstyrrelse, har faktoren i princippet været lavere. Det er også i øjenfaldende, at substitutionsfaktoren i *2-Step*, *Lulu* og *Steve* var minimum hhv. 0,13, 0,68 og 0,67 – altså højere end Montanas maksimum.

Spørgsmålet er, disse forskelle kan forklares.

Af Højesterets præmisser fremgår det, at:

Ved vurderingen af, hvilken del af Denkas omsætning *Montana* ville have haft, hvis Team-reolsystemet ikke havde været på markedet, må det - ud over omfanget af Denkas salg af Team-reoler og den høje grad af substituerbarhed - tillægges betydning, at Montanas omsætning 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 produktfterligninger - valgte at målrette 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 til 1995/96 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..



Højesterets præmisser kan opsummeres i 4 argumenter: (1) Forskelle i pris, (2) forskelle i salgskanaler, (3) at Montana i løbet af krænkelsen hævdede sin priser og fokuserede på en eksklusiv og kvalitetsbevidst kundekreds, samt (4) at Montanas omsætning voksede sammenlignet med resten af markedet.

Jeg vil nedenfor diskutere disse argumenter i lyset af de økonomiske metoder og modeller, jeg har identificeret tidligere. Det er værd at nævne, at mens behandlingen af pris- og salgskanalsforskelle primært vedrører spørgsmålet om substitutionsfaktoren, omfatter diskussionen af Montanas prisstigninger og omsætningsudviklingen både overvejelser om substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelsen.

## 5.1 Prisforskelle

Større prisforskelle vil alt andet lige lede til en lavere substitutionsfaktor: Hvis Krænker sælger et billigere produkt, vil man forvente, at markedet udvides til forbrugere, som ikke ville have købt Rettighedshavers.

Der var imidlertid også prisforskelle i *Tripp Trapp*-sagerne, og målt i procenter var disse forskelle større end i *Montana*:

I *Sit'n'Gro*, *Lulu* og *Steve* var Krænkens priser i forbrugerleddet mellem 33-55% af Tripp Trapp-stolens pris. Det samme har formentlig gjort sig gældende i *2-Step*, hvor der dog kun findes oplysninger fra detaileddet.<sup>61</sup> I *Montana* var der ikke samme klarhed over prisforskellen, bl.a. fordi der solgtes forskellige typer reolmoduler. Ifølge Montana, var det samlede spænd 67-87% af originalprisen, mens Krænker påstod, at spændet gik ned til 40%.

Uagtet spændet er det relevante den vægtede prisforskel, hvor der tages højde for, hvilke moduler, der blev solgt. Ifølge Montana var 80% af deres salg hvide moduler. Her var Krænkens pris 87% af originalprisen i forbrugerleddet.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Her var Krænkens priser 72% af Tripp Trapp-stolens.

<sup>62</sup> Smh. med dommens UFR-print, s.5:

Montana har fremlagt prissammenligninger for seks opstillinger af Montana og Team. Team-opstillingerne er i forbrugerpriser fra 21 % til 33 % billigere end Montana-opstillingerne. Montana har endvidere fremlagt en sammenlignende oversigt over priser på en række hvide reolelementer fra Montana- og Team-systemet. Priserne er fra 1990 og 1991. Af oversigten udledes at Teams nettopriser (med en enkelt undtagelse hvor Team er dyrere) er fra 6,4 % til 53,3 % lavere end priserne for Montana. Den ikke vejede gennemsnitsforskel er på 23,5 %. For de hvide elementer der står for 80 % af Montanas omsætning, er gennemsnittet 13,4 %. Målt på bruttopriser er de tilsvarende forskelle 30,7 % og 21,1 %. Denka har fremlagt et hjælpebilag med sammenligning af priser på enkelte moduler af samme type og mål alle i hvid lak. Af bilaget fremgår at Montana er fra 40 % til 157 % dyrere end Team.

Jeg opsummerer forskellene i tabellen neden for:

<b>Krænkens pris som andel af Rettighedshavers pris</b>	
<i>Sit'n'Gro</i>	33-55% (forbrugerleddet)
<i>2-Step</i>	Max. 72% (men formentlig lavere) <sup>63</sup> (detaileddet)
<i>Lulu</i>	46% (forbrugerleddet)
<i>Steve</i>	37% (forbrugerleddet)
<i>Montana</i>	80-90% <sup>64</sup> (detaileddet) 40-87% (forbrugerleddet)

Bemærk, at prisforskellen i *Montana* synes at være mindre både i forbruger og detaileddet end i *Tripp Trapp*-sagerne.

Alene et kig på den procentvise forskel mellem Krænkens og Rettighedshavers priser kan altså ikke forklare forskellen i substitutionsfaktor mellem *Montana* og *Tripp Trapp*. Jeg ser dog to argumenter for, at prisforskellen i *Montana* skulle have en større effekt på substitutionsfaktoren end i *Tripp Trapp*-sagerne

For det første kunne det argumenteres, at Montanareoler i højere grad er et luksusgode end *Tripp Trapp*-stolen. Luksusgode skal her forstås i den økonomiske forstand, således at det er et gode, som ikke er lige så nødvendigt for forbrugerne.<sup>65</sup> Det er en normal antagelse, at forbrugerne er mere prisfølsomme over for prisændringer på luksusgoder end andre goder.<sup>66</sup> Intuitionen er, at man skal have mad, men ikke smykker. Der er ikke nok oplysninger i sagerne

---

I hendes kritik af afgørelsen, (Deichmann, 2004, s. 490, fn. 9), begår Deichmann den fejl, kun at henvise til den første sætning i ovenstående citat. Sandheden er at prissammenligninger kan være yderst komplekse. Som eksempel på en sag, hvor netop prissammenligningerne var næsten umulige, se *T. Hansen (Ø.L.D. af 7. november 2018 i sag B-684-17 - Schneider Electric Danmark A/S v. T. Hansen Gruppen A/S)*. Artiklens forfatter arbejdede som advokatfuldmægtig på den konkrete sag.

<sup>63</sup> Dette er i detaileddet og er udregnet som *Tvillums* salgspris eks. moms divideret med *Tripp Trapps* dækningsbidrag. Et rimeligt gæt ville nok være, at i forbrugerleddet udgjorde *2-Steps* pris ca. 50% af *Tripp Trapp*-stolens. Dette er baseret på en antagelse om, at *2-Step* omkring år 2.000 kostede 417 kr. Smh. fodnote 57.

<sup>64</sup> Baseret på, at Montanamoduler havde en gennemsnitspris på 600 kr., og at Højesteret vurderede, der var solgt mellem 110-120.000 krænkende produkter til en samlet omsætning på 60.000.000 kr.

<sup>65</sup> F.eks. forskellen på mad og smykker. Se min behandling heraf i (Bogetoft, 2021b, 575 og 581 ff.).

<sup>66</sup> Her taler jeg om forbrugere generelt, og ikke kun dem, der køber produktet. Hvis nu et produkt primært købes af velhavere, vil disse ikke nødvendigvis være helt så prisfølsomme, som hvis reolen solgtes til et mere generelt marked.

til fuldstændigt at understøtte denne påstand, men det virker intuitivt, at forbrugerne generelt vil være mindre følsomme over for prisændringer på en barnestol end på en reol; barnestolen har alt andet lige en mere central funktion for familiens velværende

For det andet ville køb af Montanareolerne formentlig udgøre en større del af forbrugernes samlede budget. Det er også generelt antaget i økonomisk teori, at desto større en del af det samlede budget, et produkt udgør, desto mere prisfølsomme vil forbrugerne være.<sup>67</sup> I 2015, da den var dyrest, kostede Tripp Trapp-stolen ca. 1.300 kr. i forbrugerleddet. I midt 90'erne kostede ét Montanamodul 600 kr. i detaileddet. Når man endvidere må forvente, at de fleste forbrugere ville købe mere end ét modul ad gangen, er det åbenlyst, at en forbruger, der køber Montana, vil bruge flere penge end en forbruger, der køber Tripp Trapp.

Da der både var forskel på krænker- og originalprodukternes priser i *Montana* og *Tripp-Trapp* sagerne, kan alene prisforskellen i *Montana* ikke forklare de forskellige substitutionsfaktorer. Dog kan der være solide økonomiske argumenter for, at prisforskellen i *Montana* havde større betydning end i *Tripp Trapp*. Og det kunne understøtte, at prisforskellen skulle have en større effekt i *Montana* end i *Tripp Trapp*.

## 5.2 Forskelle i salgskanaler

Hvis Krænker og Rettighedshavers produkter sælges i forskellige salgskanaler, er det en rimelig forventning, at substitutionsfaktoren vil være lavere. Dette fordi forbrugere, der vil købe ind i Krænkens kanaler, ikke nødvendigvis vil købe ind i Rettighedshavers forretninger.

Montanareolen blev solgt i såkaldte "hvide" forretninger, dvs. i en højere luksusklasse, mens krænkerreolen blev solgt i IDÉ-møbler, hvilket var en lavere luksusklasse. Ifølge ét af Krænkens vidner, var der kun ca. 3 forretninger, der solgte begge reoler.

Herved afviger faktum i *Montana* fra faktum i *Sit'n'Gro*, *2-Step* og *Lulu*, hvor der var et overlap i salgskanaler mellem Tripp Trapp-stolen og Krænkens stol. Dette kunne altså tale for, at der burde være forskelle i substitutionsfaktor.

Der er to potentielle modargumenter:

For det første blev krænkerstolen i *Steve* udelukkende solgt i de mindre prestigefyldte Jysk-forretninger, mens Tripp Trapp-stolen blev solgt i forretninger som BabySam. Forskellen i substitutionsfaktor mellem *Montana* og *Steve* kan derfor ikke videre forklares. Her er det dog vigtigt at holde for øje, at *Steve* blev afsagt af den dissenterende sagkyndige dommer, ikke af hele dommerkollegiet.

---

<sup>67</sup> Dette afhænger selvfølgelig også af antallet af substitutter.

For det andet har jeg andetsteds udviklet en (meget) simpel model, der viser at under visse omstændigheder, hvor der både er pris- og placeringsforskelle vil substitutionsfaktoren enten være maks. 0,33 eller minimum 0,33.<sup>68</sup> Afgørende er, om Rettighedshaver potentielt kunne sælge til den forbruger, som har den størst mulige værdi af Krænkerproduktet. Hvis ja, skal substitutionsfaktoren være mindst 0,33. Hvis nej, skal den være max 0,33. Ud fra oplysningerne i sagen, ville jeg umiddelbart hælde til, at substitutionsfaktoren i Montana burde være minimum 0,33.

Opsummerende kan det konstateres, at mens forskelle i salgskanaler nok kunne retfærdiggøre, at substitutionsfaktoren i *Montana* burde være mindre end 0,67, indikerer en simpel økonomisk model plus en antagelse om, at den forbruger, der har størst glæde af Denkas produkter også ville købe Montanas, at substitutionsfaktoren skulle være minimum 0,33.

### 5.3 Montanas priser steg hurtigere end Denkas

Højesteret lagde også vægt på, at Montanas priser steg hurtigere end Denkas priser.

I *Tripp Trapp*-sagerne, var der ikke fokus på Tripp-Trapp-stolens prisændringer over tid. På tværs af sagerne kan vi dog observere, at en sådan skete: I *Sit'n'Gro* fra 1997 blev prisen på en Tripp Trapp-stol oplyst til at være 900 kr., mens den i *Steve* fra 2015 blev oplyst til at være 1.349 kr. Det svarer til en årlig prisstigning på 2,3% hvert år i 18 år. Prisstigningen på de krænkende produkter var i samme periode mellem 0-2,9%, alt efter hvilke priser man sammenligner med.<sup>69</sup>

Af de oplysninger, jeg har kunnet finde i *Montana*, gennemførte Montana gennemsnitligt årlige prisstigninger på 7% over en 3-årig periode. Over den samme treårige periode hævdede Denka sine priser med gennemsnitligt 5,2% pr. år.

Det er altså korrekt, at Montana oplevede en større prisstigning relativt til Denka, end Stokke gjorde relativt til de krænkende produkter.<sup>70</sup> Dette kan i første omgang være et argument for, at substitutionsfaktoren i *Montana* skulle være lavere end i *Tripp Trapp*-sagerne.

Mens denne del af Højesterets argument fremstår korrekt, mener jeg, at de overser to forhold, som også indgår i præmisserne, og som kunne indikere, at prisændringerne var en konsekvens

---

<sup>68</sup> Se (Bogetoft, 2021b, s. 588 f.).

<sup>69</sup> Jeg henviser til appendikset, jf. fodnote 6. Her skal man selvfølgelig også huske, at der var tale om forskellige krænkende produkter.

<sup>70</sup> At sammenligne procentuelle stigninger kan dog være problematisk af flere grunde, hvorfor dette resultat skal tages med et gran salt.

af krænkelsens skadevirkninger: Montana ændrede sit fokus til en mere eksklusiv kundegruppe og hævdede sine markedsføringsomkostninger.<sup>71</sup>

At Montana ændrede sit fokus til en mere eksklusiv kundegruppe, kan skyldes Montanas rationelle forsøg på at differentiere sig fra konkurrencen,<sup>72</sup> ligesom højere priser kan skyldes de højere markedsføringsomkostninger, som Montana afholdte.

Det fremgår af dommen at Montana fokuserede sin markedsføring på et mere kvalitetsbevidst og eksklusivt kundesegment, og at Montanas markedsføringsomkostninger voksede markant i løbet af krænkelsesperioden – også sammenlignet med resten af markedet. Således var det normale, at 1-1,5% af omsætningen gik til markedsføring. Montana brugte 8-14%. Endvidere steg Montanas markedsføringsomkostninger i perioden omkring krænkelsen fra 892.000 til 13.466.000 kr. pr. år (hvilket svarer til en årlig vækst på 35%).<sup>73</sup> Montana havde altså dokumenteret højere markedsføringsomkostninger end resten af markedet, og deres markedsføringsomkostninger steg procentvis hurtigere end deres priser. Herudover er det ikke urimeligt at formode, at Montana, da de tilrettelagde deres fokus over på det mere eksklusive kundesegment, oplevede andre øgede omkostninger, f.eks. mere eksklusiv indpakning etc.

Disse øgede omkostninger ville alt andet lige medføre, at Montana måtte hæve deres priser.

Det er i den forbindelse sigende, at det af Højesterets præmisser fremgår, at Montana omlagde sit fokus for at undgå konkurrence fra produktefterligninger. Ud fra en forudsætning af, at Montana er en profitoptimerende virksomhed, betyder det, at Montana ville have tjent mere ved ikke at ændre fokus til mere eksklusive kunder, hvis der ikke var konkurrence fra produktefterligninger. For hvis Montana kunne have tjent mere ved dette fokus, vil de have gjort det af sig selv inden fremkomsten af produktefterligninger. Behovet for et skift til mere eksklusive kunder må altså følge den (ulovlige) konkurrence fra produktefterligninger – hvoraf én er Denka.<sup>74</sup> Montanas ændrede fokus kan altså have været den optimale strategi givet den nye konkurrencesituation.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Der er eksempler fra praksis, hvor Rettighedshaver får dækket tab som følge af prissænkninger og øgede omkostninger. Se *U.1994.671 H – Kroken og* (Bogetoft, 2021a, s. 394) for omtale heraf.

<sup>72</sup> Smh. diskussionen af horisontal og vertikal differentiering i (Bogetoft, 2021b, s. 575 f.).

<sup>73</sup> De forskellige taloplysninger i dommens UfR-print følger ikke helt de samme datoafgrænsninger. Jeg tager derfor forbehold for evt. mindre afvigelser.

<sup>74</sup> Smh. dog med (Riis, 2005, s. 260), der ift. *Montana* anfører, at “Prisstigninger kan være rationelle at gennemføre på et marked i vækst, og når sagsøgeren gennemførte relativt større prisstigninger end sagsøgte, er det alt andet lige udtryk for, at der ikke var et stærkt konkurrenceforhold mellem de to produkter.”

<sup>75</sup> Dette er strengt taget et argument om markedsforstyrrelse. Da jeg imidlertid diskuterer den maksimale substitutionsfaktor i *Montana* er konsekvenserne heraf begrænsede.

Netop Montanas ændrede fokus kan dermed være med til at forklare prisstigningerne.<sup>76</sup>

#### 5.4 Montanas omsætning voksede sammenlignet med resten af markedet

Endeligt lagde Højesteret i sine præmisser vægt på, at Montanas omsætning steg hurtigere end resten af markedets.

Hvis Montanas omsætning under krænkelsen er steget mere end sammenlignelige virksomheders, kan det være udtryk for, at krænkelsen ikke har haft en mærkbar effekt på Montanas salg. At sammenholde Montanas salg med resten af markedet kan derfor være en rimelig metode.<sup>77</sup>

Det er ikke eksplicit gengivet hvilket “marked”, Højesteret sammenligner med, men de oplysninger, der fremgår af sagen, vedrører *hele* den danske møbelbranche.

Der er grund til at være kritisk over for denne sammenligning. Hele markedets omsætningsvækst er et gennemsnit af alle implicerede virksomheders omsætningsvækst. Det betyder, at der vil være mange virksomheder med en vækst, der ligger højere end gennemsnittet og mange virksomheder med en vækst, der ligger lavere end gennemsnittet. Der vil med andre ord være stor variation på tværs af enkelte virksomheder. At observere at Montana ligger højere end hele markedets vækst er i den forbindelse ikke særligt bemærkelsesværdigt. Det er formodentligt tilfældet for cirka 50% af alle virksomheder. Mere interessant er det at observere, om Montana ligger signifikant højere end f.eks. 97,5% af møbelmarkedet,<sup>78</sup> men sådanne oplysninger fremgår ikke af sagen.

I den forbindelse er det relevant at gøre sig to yderligere observationer: Mens Montanas årlige omsætningsvækst i procent i perioden før krænkelsen er større end hele markedets, falder den støt i løbet af krænkelsen, indtil den ligger inden for et par procentpoint af markedsniveauet. Den årlige procentuelle vækst begynder endvidere at stige efter krænkelsen stopper. Begge dele kunne indikere negative effekter af krænkelsen, jf. også straks neden for. Endvidere lå Denkas vækst ligeledes over markedsniveauet i en række år.<sup>79</sup> Dette kunne understøtte en hypotese

---

<sup>76</sup> Køber man dette argument, opstår det problem, at substitutionsfaktoren ikke er en hensigtsmæssig metode til at opgøre tabet. Desuagtet understøtte gennemgangen et argument om, at Montanas prisstigninger ikke nødvendigvis kan retfærdiggøre konklusionen, at Montana ikke oplevede tab pga. krænkelsen. Om substitutionsfaktoren, når Rettighedshaver ændrer sine priser, se (Bogetoft, 2021a, s. 394), (Bogetoft, 2021b, s. 623 og fn. 111.).

<sup>77</sup> Smh. også med min gennemgang i (Bogetoft, 2022, s. 57 ff.).

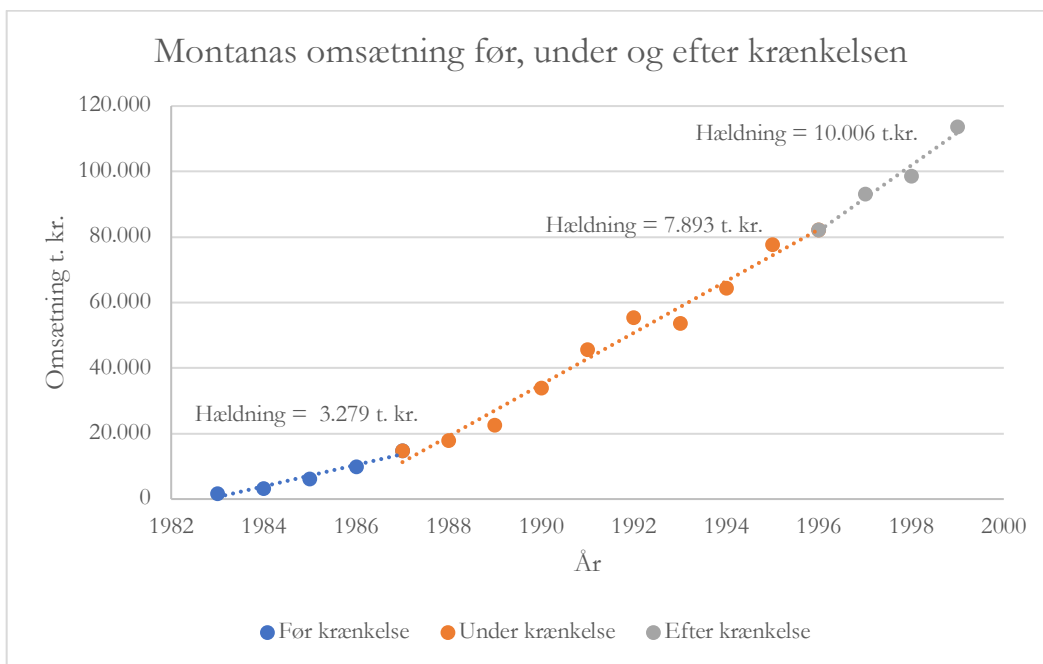
<sup>78</sup> Vi ville også forvente, at forskelle dele af møbelbranchen oplevede forskellige modemæssige udsving: Nogle gange er sofaer populære, nogle gange er reoler. Det indebærer, at én møbeltypes vækst kan modsvares af én modeltypes nedgang. Og det indebærer, at Montanas vækst som følge af et branchemæssigt opsving ikke fanges af sammenligningen med hele den danske møbelbranche.

<sup>79</sup> Disse informationer fremgår af artiklens appendiks, jf. fodnote 6.

om, at reoler generelt oplevede en vækststigning i krænkelsesperioden, hvilket indebærer, at Montanas vækst ikke i samme grad kan ses som udtryk for, at krænkelsen ikke havde en effekt.

En anden – og i min optik bedre – måde at analysere Montanas omsætningsdata er ved brug af den såkaldte før-under-efter metode.<sup>80</sup> Her sammenholdes Montanas salg i tre distinkte perioder; før, under og efter krænkelsen. Ved denne tilgang kan man få indikationer på, om krænkelsen har haft en negativ effekt på Montanas omsætning, samt omfanget af en eventuel negativ effekt.

Nedenfor har jeg udarbejdet tre lineære regressioner på Montanas omsætning i de tre distinkte perioder:



Figur 5 Tidsserieanalyse af Montanas omsætning

Figuren illustrerer de respektive lineære regressioner samt den estimerede hældningskoefficient for hver periode.

Det må understreges, at det er begrænset, hvad en regressionsanalyse kan bidrage med, når der indgår så få data som her. Dette er navnlig tilfældet for perioderne før og efter krænkelsen, der indeholder 4-5 observationer. Resultaterne må altså tages med et vist gran salt. Endvidere er der særlige udfordringer ved regressionsanalyser af tidsseriedata. Jeg vil ikke nærmere behandle dem her, men blot bemærke at ét problem ved tidsseriedata er, at p-værdiestimatet kan være skævvredet.<sup>81</sup> Endeligt gør de relativt få observationer, at det er svært at verificere de

<sup>80</sup> Se i det hele min gennemgang i (Bogetoft, 2022, 57 ff.).

<sup>81</sup> Se i min diskussion heraf i (Bogetoft, 2022, s. 65 f.).

underliggende tekniske antagelser for regressionsanalysen.<sup>82</sup> Den største lid kan lægges til plottet for perioden under krænkelsen (hvor der også er flest observationer), og dette ser ud til at være nogenlunde jævnt fordelt.

Med disse forbehold kan vi notere, at alle tre regressioner har en p-værdi på under 0,05 og en  $R^2$  over 0,9. Det indikerer, at regressionsmodellerne kan forklare en stor del af de ændringer i omsætning, vi observerer, samt at det er meget usandsynligt, at vi ville observere så ekstreme hældninger, hvis der faktisk ikke var opadgående trends i de tre respektive perioder.

Relevant for vores analyse er imidlertid snarere, hvad den generelle hældning har været. Her bidrager analysernes 95% konfidensintervaller med en vis indsigt.

Tabellen neden for viser hældningskoefficienten og konfidensintervallet for de respektive regressioner.

<b>Regressionsestimater for hældningskoefficienten inkl. konfidensinterval</b>			
	Nedre 95% interval	Regressionsestimat	Øvre 95% interval
Før krænkelsen	2.094	3.279	4.463
Under krænkelsen	6.981	7.893	8.805
Efter krænkelse	4.735	10.006	15.277

Ser vi på salget før og under krænkelsen er det nævneværdigt, at den årlige omsætningsstigning er større under krænkelsen end før, og at konfidensintervallet for perioden under krænkelsen ligger uden for konfidensintervallet for perioden før krænkelsen. Dette ville understøtte en hypotese om, at Montana oplevede et generelt opsving i løbet af krænkelsen og ikke var påvirket af krænkelsen, eller måske endda nød fordel af krænkelsen.

Ud fra samme logik er det imidlertid bemærkelsesværdigt, at Montanas omsætningsstigning igen vokser, efter krænkelsen er stoppet. Dette ville enten kunne forklares ved, at der var et yderligere generelt opsving i samfundet, eller at krænkelsen faktisk har haft en vis negativ effekt på Montanas omsætningsvækst. Vi ser, at regressionsestimatet for perioden efter krænkelsen ligger uden for 95% konfidensintervallet for perioden under krænkelsen. Det indikerer, at der er sket et skift i omsætningsudviklingen efter krænkelsen ophørte. Dog overlapper de to

---

<sup>82</sup> Se i det hele min behandling af regressionsanalysernes tekniske antagelser i (Bogetoft, 2022b), 67 f.. Jeg har i artiklens appendiks, jf. fodnote 6, fremlagt residualplots for alle tre perioder, der – efter omstændighederne – ser rimelige ud.



regressioners 95% konfidensintervaller, hvilket indebærer en større usikkerhed om resultatets styrke end i sammenligningen mellem perioderne før og under krænkelsen. En del af forklaringen på overlappet skyldes dog formentlig, at der for perioden efter krænkelsen er tale om relativt større tal i absolutte termer samt, at der kun er tale om 4 observationer. Begge dele vil formentlig lede til et bredere konfidensinterval.<sup>83</sup>

På baggrund af ovenstående mener jeg, at man rimeligvis kan antage, at krænkelsen har haft en vis negativ effekt på Montanas salg, selvom Montana oplevede en omsætningsstigning under krænkelsen.

## 5.5 Delopssummering

Mens prisforskellene var mindre i *Montana* end i *Tripp Trapp*-sagerne, kan *Montanas* særlige omstændigheder måske indikere, at selv mindre prisforskelle skulle have en større betydning i *Montana*. Endvidere er der i *Montana* forskelle i salgskanaler, hvilket som udgangspunkt skulle indebære en lavere substitutionsfaktor. Heroverfor står især argumentet om, at der også var forskelle i salgskanaler i *Steve*, og at en simpel økonomisk model plus en antagelse om, at den forbruger, der har størst glæde af Denkas produkter også ville købe Montanas, indikerer, at substitutionsfaktoren skulle være minimum 0,33.

Både en stigning i omsætning og priser kan være udtryk for en begrænset substitution mellem Montana og Denka. Der er derfor gode økonomiske argumenter for at inddrage disse elementer i fastsættelsen af erstatningen. Men jeg mener, at Montanas prisstigninger også kan fortolkes som udtryk for rationelle reaktioner på øget konkurrence, hvilket understøtter en hypotese om, at substitutionsfaktoren burde være højere.. Endvidere indebærer sammenligningen mellem Montana og hele møbelbranchen en række risici for fejlslutninger, ligesom et dybere kig på udviklingen af Montanas omsætning i hvert fald til dels understøtter et argument om, at krænkelsen har haft en negativ effekt på Montanas vækst – hvilket igen understøtter et argument om en højere substitutionsfaktor.

Spørgsmålet er så, hvad disse forhold betyder i forsøget på at forklare forskelle og ligheder mellem *Tripp Trapp*-sagerne og *Montana*.

Den simple, teoretiske, model forudsiger som nævnt, at substitutionsfaktoren skulle være minimum 0,33, og evt. højere. Dette er tre gange så højt som den maksimale substitutionsfaktor på 0,11 og ville lede til en erstatning, der i hvert fald var 9 mio. kr.

---

<sup>83</sup> Forskellen skyldes næppe, at der i perioden efter krænkelsen var større udsving i observationerne end perioden under krænkelsen. Den gennemsnitlige absolutte værdi af residualerne er større for perioden under krænkelsen end for perioden efter.

En anden tilgang kunne fokusere på tidsserieanalysen af Montanas omsætning. Som vist dér var regressionsestimatet på hældningen efter krænkelsen ca. 2 mio. kr. højere end regressionsestimatet for perioden under krænkelsen. Vi kan bruge dette til at estimere, hvor meget større Montanas omsætning ville have været uden krænkelsen. Hældningen ville formentlig ikke have været 2 mio. kr. mere hvert år under krænkelsen. Som vi så, var hældningen før krænkelsen i alt ca. 3,5 mio. kr. Et mere konservativt estimat kunne være, at hældningen hvert år i gennemsnit ville have været 1 mio. kr. højere. Over en 9-årig periode summer det til en mistet omsætning på 45 mio. kr. I sagen er dækningsbidraget oplyst til at være 40%, hvilket leder til en erstatning på 18 mio. kr. Det indebærer en substitutionsfaktor på 0,67. Antog vi i stedet, at den mistede omsætning pr. år, kun var 500.000 kr., ville erstatningen være 9 mio. kr., og den implicite maksimale<sup>84</sup> substitutionsfaktor 0,33.

En erstatning mellem 9-18 mio. kr. ville være konsistent med de teoretiske overvejelser, jeg har fremhævet, med de i sagen oplyste data og med det faktum, at substitutionsfaktoren i *Tripp-Trapp*-sagerne i hvert fald var 0,67. Jeg mener derfor, at der er gode argumenter for, at erstatningen i *Montana* burde have været i dette spænd.

Dette betyder, at jeg med de her anvendte modeller og metoder ikke har kunnet forklare forskellen på *Montana* og *Tripp Trapp*. Nedenfor undersøger jeg kort, hvad der så kan forklare den manglende forklaring.

## 6 Hvad kan forklare forskellene?

Man kan fristes til at konkludere, at forskellene mellem erstatningerne i *Montana* og *Tripp Trapp*-sagerne skyldes, at domstolene er uensartede i deres praksis. Dét ville dog være en noget billig konklusion. En anden løsning kunne være at acceptere en usikkerhedsmargin for substitutionsfaktoren på ca. 0,34 i hver retning, men så ville enkelte afgørelser indebære en usikkerhedsmargin, der potentiel dækker over 50% af det mulige spektrum.<sup>85</sup> Mens vi selvfølgelig må acceptere en vis mængde støj på tværs af konkrete erstatninger,<sup>86</sup> ville en så stor usikkerhedsmargin umiddelbart være utilfredsstillende.

Snarere er det relevant at undersøge, om ikke andre forhold kan forklare forskellen. Tre af disse gennemgår jeg neden for:

---

<sup>84</sup> Maksimale fordi der også skulle udmåles erstatning for markedsforstyrrelse.

<sup>85</sup> Det ville gælde alle situationer, hvor substitutionsfaktoren ligger mellem 0,2 og 0,8.

<sup>86</sup> Der er en relativt omfattende litteratur om statistisk støj i beslutningstagningen. En omfattende og inspirerende gennemgang af state of the art findes i (Kahneman et al., 2021).

## 6.1 Der er fejl i mine modeller og analyser

Den første mulighed er, at der er fejl i de modeller og analyser, jeg har brugt. Navnlig ser jeg to mulige svagheder. For det første er mit resultat, at substitutionsfaktoren skal være minimum 0,33, baseret på en simpel model, hvor det bl.a. antages at forbrugerne har lineære transportomkostninger, samt at de har perfekt information omkring markedet. Begge dele anser jeg for rimelige førsteordensapproximationer, men de kan selvfølgelig også være forkerte. Der er også kun tale om en analyse i to dimensioner, hvor en mere korrekt analyse ville være i flere dimensioner. For det andet er det statistiske argument baseret på de oplysninger, der er trykt i sagen. Andre oplysninger kunne have ledt til et andet resultat, og argumentet, jeg fremlægger, er baseret på en række antagelser, som domstolene ikke er bundet til at acceptere.<sup>87</sup>

Det er også værd at nævne, at Montana kun krævede 10 mio. kr. i erstatning (selvom de argumenterede for at have mistet ca. 50-58 mio. kr.). Der kan være mange fortolkninger af denne omstændighed, men én er, at andre faktorer, som jeg ikke har inddraget, har talt i en anden retning.

## 6.2 Normative elementer påvirker den konkrete erstatningsudmåling

Jeg vil her kort fremhæve 2 muligheder:

For det første kan der have været et pøntivt element i *Tripp Trapp*-sagerne. I 3 ud af 4 *Tripp Trapp*-sager blev Krænker også idømt en bøde, hvilket indebærer en forsættelig krænkelse. Domstolene kan her have været mere villige til at idømme en højere erstatning.

For det andet kan der også have været et ønske om at give *Tripp Trapp*-stolen en særligt bred beskyttelse.<sup>88</sup> Dette finder støtte i, at *Tripp Trapp*-stolen, af skønsmanden i *2-Step*, blev omtalt som udtryk for et usædvanligt selvstændigt design.<sup>89</sup> Endvidere var der i alle *Tripp Trapp*-sagerne en krænkelse efter ophavsretsloven, hvorimod der i *Montana* var en krænkelse efter markedsføringsloven<sup>90</sup> I samme retning kan forskellen være udtryk for idéen om

---

<sup>87</sup> Jeg har heller ikke foretaget de samme statistiske analyser af *Tripp Trapp*-sagerne. Det medfører en risiko for, at jeg drager inkonsistent konklusioner.

<sup>88</sup> Det har været anført flere steder, at høj originalitet leder til bredere beskyttelse. Se (Schovsbo & Rosenmeier, 2002, s. 281) med analyse af *2-Step* og henvisninger til praksis.

<sup>89</sup> *Tripp Trapp*-stolen var også udtryk for en usædvanligt selvstændigt design. Se hertil skønserklæringen i *2-Step* og (Schmidt, 2003, s. 551).

<sup>90</sup> I samme retning kan det anføres, at beskyttelsesindholdet i hhv. ophavsretslovens og markedsføringsloven er forskelligt, hvorfor der ikke kan ske en sammenligning. I litteraturen er det imidlertid accepteret, at principperne for erstatningsudmålingen for produktetfterligninger i strid med markedsføringsloven er rimeligt de samme som erstatningsudmålingen for produktetfterligninger i strid med immaterialretslovene. Se hertil (Koktvedgaard, 1994, s. 119), (Borcher, 2003, s. 254 ff.) og (Heide-Jørgensen, 2020, s. 81).

apportionment: Der skal kun gives kompensation for den del af et produkt, der direkte vedrører immaterialretten.<sup>91</sup>

### 6.3 Retssagens processuelle omstændigheder

Domstolene er begrænsede af de påstande, der gøres gældende, og de beviser, der fremlægges. Som nævnt var erstatningspåstanden kun på 10 mio. kr. i *Montana*, hvilket i sig selv begrænser spændet for substitutionsfaktoren til maksimum 0,38.

Herudover synes Krænker i *Montana* at have haft fordelene ved en simpel historie – Montanas omsætning var steget – ligesom det kan have haft en effekt, at Montana oprindeligt opgjorde deres tab til 800.000 kr., for derefter at hæve kravet. Både gennemgangen af *Montana*, *Tripp* *Tripp*-sagerne og en mere generel gennemgang af praksis giver det indtryk, at domstolene er særligt fokuserede på informationer, der kan understøttes af statistik, f.eks. et fald i omsætning eller et manglende fald i omsætning hos Rettighedshaver.<sup>92</sup> Sådanne statistiske beviser kan på mange måder fremstå mere sikre end teoretiske overvejelser om effekten af forskelle i salgskanaler. Det er således muligt at denne omstændighed i sig selv har påvirket resultatet.

## 7 Konklusion og et blik fremad

Det kan være svært at finde den røde tråd i dansk retspraksis om erstatningsudmåling for immaterialretskrænkelser. En central udfordring er, at konkrete sager er komplekse og at erstatningen udmåles ud fra et konkret skøn. Det gør det svært at kontrollere for alle de mulige grunde, der kan være for et bestemt resultat. Og det gør det svært at forklare ligheder og forskelle på tværs af konkrete sager.

---

<sup>91</sup> (Riis, 2014) diskuterer dette ift. det rimelige vederlag. Meget lignende overvejelser, men under et andet navn findes i (Rognstad & Stenvik, 2002). En sag, hvor dette kan have været oppe er *U.2020.2532 Ø – Anne Black*. Der er ikke en umiddelbar afklaring af gældende ret om spørgsmålet i Danmark, men der er praksis, hvor sådanne overvejelser inddrages. Se navnlig Sø- og Handelsrettens præmisser i *U.2003.1020 H – Melitta Kaffefiltre*: “De opgørelser over den anslåede omsætningsnedgang og tabet herved, som Melitta har fremlagt under sagen, tager ikke hensyn til den markedsandel, som Coffilter under alle omstændigheder ville have opnået, hvis Coffilter havde bragt sine produkter i omsætning uden samtidig at krænke Melittas varemærkeret m.v.” Sø- og Handelsretten udmålte erstatningen til 500.000 kr. Højesteret nedsatte erstatningen til 100.000 kr. I dette har nok indgået en overvejelse om, at Højesteret ikke fandt de samme krænkelser som Sø- og Handelsretten. Sø- og Handelsrettens kontrafaktiske analyse er dog interessant, da domstolene i flere sager faktisk giver erstatning for mistet salg af tilbehør, som i princippet kunne være blevet solgt af øvrig lovlig konkurrence på markedet. Smh. med (Møgelvang-Hansen & Riis, 2001, s. 185). Se også fra nyere praksis: *U.20015.2011 H – BMW følge og Valmet Automation Mod Emco (S.H.D. af 21. august 2020 i Sag BS-9719-2017-SHR - Valmet Automation Inc. v. EMCO Controls A/S)*.

<sup>92</sup> Ligeledes kunne man overveje, om domstolene i *Lulu* gav en højere substitutionsfaktor for at kompensere for det faktum, at Rettighedshaver kun havde krævet 30.000 kr. i markedsforstyrrelse.

Jeg har søgt at imødegå denne udfordring ved en ny tilgang: En dybdegående analyse af fem meget ens sager, et fokus på substitutionsfaktoren og markedsforstyrrelsen og et isoleret fokus på krænkelsens økonomiske effekter på Rettighedshavers indtjening. Udover at denne tilgang tillader en mere systematisk analyse på tværs af sager, har den også vist, hvordan konkrete spørgsmål i fremtiden kunne argumenteres.

Spørgsmålet er så, om de økonomiske modeller og analyser har kunnet forklare ligheder og forskelle på tværs af de fem sager.

Svaret herpå er ja og nej.

Ift. *Tripp Trapp*-sagerne har det været muligt at forklare en ret væsentlig del af lighederne mellem *2-step*, *Lulu* og *Steve* og finde rimelige forklaringer på, hvorfor markedsforstyrrelsen burde være større i *Sit'n'Gro*. På dette område kan økonomisk teori og metode altså forklare hele, eller næsten hele udsvinget i erstatningen.

Mindre ligetil er det i sammenligningen mellem *Tripp Trapp*-sagerne og *Montana*. Overordnet set understøtter økonomisk teori de argumenter, som Højesteret fremhæver, men der er grund til at være kritisk over for Højesterets empiriske udsagn. Mens der altså er belæg for en del af forskellen mellem *Tripp Trapp*-sagerne og *Montana*, indikerer både den teori og empiri, som jeg her har anvendt, at erstatningen i *Montana* nok burde have været højere.

Og dét indikerer, at forhold, som jeg ikke har håndteret, spiller ind. Jeg ser navnlig tre forhold, der bør være genstand for fremtidige studier: 1) Der kan være fejl i mine modeller og analyser. 2) Normative hensyn kan påvirke domstolenes konkrete erstatningsudmåling. 3) Retssagens konkrete og processuelle omstændigheder sætter visse grænser for erstatningsudmålingen, herunder dens præcision. Herudover vil det også være relevant at undersøge, hvor meget tilfældig støj, der indgår på tværs af sager.<sup>93</sup>

Det er mit håb, at jeg med denne artikel har taget nogle indledende skridt i forsøget på at forklare forskelle og ligheder på tværs af konkrete sager.

## 8 Bibliografi

### 8.1 National lovgivning og EU-kilder

Designloven (Lovbekendtgørelse 2019-01-29 nr. 89).

Markedsføringsloven (Lov 2017-05-03 nr. 426).

Ophavsretsloven (Lovbekendtgørelse 2014-10-23 nr. 1144).

---

<sup>93</sup> Smh. fodnote 86 ovenfor.

Patentloven (Lovbekendtgørelse 2019-01-29 nr. 90).

Retshåndhævelsesdirektivet (Dir. 2004/48/EF).

Varemærkeloven (Lovbekendtgørelse 2019-01-29 nr. 88).

## 8.2 Praksis

### *Trykt retspraksis*

FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sit'n'gro).

U.1983.976 Ø – Scan Video.

U.2001.747 H – Tripp Trapp v. Tvillum Møbelfabrik (2-Step-stolen).

U.20015.2011 H – BMW fælge.

U.2002.911 Ø – Boksekamp.

U.2003.1020 H – Melitta Kaffefiltre.

U.2004.1085 H – Montana v. Denka.

U.2009.1018 H – Burberry.

U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen).

U.2012.256 H – Alfi termokander.

U.2012.2706 H – Puma v. Fakta.

U.2012.3383 H – Elite Models.

U.2014.2652 Ø – Helle - i samtaler med Ninka.

U.2015.3932 H – Yakkay.

U.2015.979 H – Tripp Trapp v. Jysk (Steve-stolen).

U.2020.2532 Ø – Anne Black.

U 2007.2713 S – MP3-afspillere.

### *Utrykt retspraksis*

Daniel Wellington ure (S.H.D. af 30. november 2020 i sag BS-17254/2018-SHR - Daniel Wellington AB v. Kulog ApS og Ole Frank Nielsen).

Esomeprazol (S.H.D. af 18. februar 2016 i sag T-4-13 - AstraZeneca AB og A/S v. Krka Sverige AB).

T. Hansen (Ø.L.D. af 7. november 2018 i sag B-684-17 - Schneider Electric Danmark A/S v. T. Hansen Gruppen A/S).

Valmet Automation mod Emco (S.H.D. af 21. august 2020 i sag BS-9719-2017-SHR - Vamlet Automation Inc. v. EMCO Controls A/S. (n.d.)).

### *Administrativ praksis*

- Montanas leveringspligt (Konkurrenceankenævnets kendelse af 23. december 1998, [j.nr.](#) 98-94.941 Montana Møbler ctr. Konkurrencerådet). <https://www.kfst.dk/media/47278/kendelse-98-94941-montana-moebler.pdf>.
- Stokke Danmarks forhandleraftaler (Konkurrencerådets afgørelse af 28. januar 2004, nr. 1120-0389-0013/BHH/SEK).

### 8.3 Litteratur

- Andersen, N. M., Carlquist, A., & Rubinstein, A. (2006). *Rets håndbøvelse af immaterialrettigheder* (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Bogetoft, R. A. (2021a). Substitutions- og præferenceskade – en alternativ fortolkning af tabsposterne afsætningstab og markedsforstyrrelse. *Nordiskt Immaterialt Rättskydd*, 4, 391-417.
- Bogetoft, R. A. (2021b). Substitutionsfaktoren og produktforskelle – Et økonomisk bidrag til fastsættelsen af erstatning for immaterialretskrænkelser baseret på oplysninger om krænkers salg. *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 134(5), 563–634. <https://doi.org/https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2021-05-02>
- Bogetoft, R. A. (2022a). *Rettighedshavers faktisk lide tab i immaterialretssager - Studier af dansk ret med støtte i økonomisk teori og metode* [Copenhagen Business School]. [https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/70999255/rasmus\\_arler\\_bogetoft\\_phd\\_series\\_09\\_20\\_22.pdf](https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/70999255/rasmus_arler_bogetoft_phd_series_09_20_22.pdf).
- Bogetoft, R. A. (2022b). Statistiske perspektiver på erstatning for yderligere skade ved immaterialretskrænkelser - Med konkrete eksempler fra Anne Black-sagen. *Nordiskt Immaterialt Rättskydd*, 1, 36-89.
- Borcher, E. (2003). *Produktefterligninger* (2. udg.). Forlaget Thomson.
- Bøggild, F. (2019). Immaterialretlige sager. I P. Backhausen, H. Djurhuus, & C. Lundblad (red.), *Proceduren* (s. 751–766).
- Borgenhäll. (2004). Reparation vid varumärkesintrång. *Nordiskt Immaterialt Rättskydd*, 2, 153–161.
- Dahlager, C. (2015). *Civile retssager* (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Deichmann, H. K. (2004). Kommentar til U 2004.1018 H (Montana reolsystem). *Nordiskt Immaterialt Rättskydd*, 5, 487–492.
- Koktvedgaard, M. (2002). *Lærebog i immaterialret* (6. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Møgelvang-Hansen, P., & Riis, T. (2001). Fogedforbud og kompensation for immaterialretskrænkelser. I P. Møgelvang-Hansen, L. L. Andersen, J. Fejø, & R. Nielsen (red.), *Festskrift til Bernhard Gomard* (1. udg., s. 177–205). Karnov Group Denmark A/S.
- Riis, T. (2005). *Enerettigheder og vederlagsrettigheder – Håndbøvelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv* (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Riis, T. (2011). Kompensation i immaterialretssager. I E. L. Andersen, J. Feilberg, A. Laudrup, & J. Schovsbo (red.), *Sø- og Handelsretten 150 år* (s. 193–210). Karnov Group Denmark A/S.

- Riis, T. (2014). Udmåling af et “rimeligt vederlag for udnyttelsen” ved krænkelse af immaterialrettigheder. I E. Eide, H. Lando, & E. Stavang (red.), *Retsøkonomi i nordiske dommer*. Institutt for privatrett, UIO.
- Rognstad, O.-A., & Stenvik, A. (2002). Hva er immaterialretten verd? - Om erstatning og anden kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser. I K. S. Bull, V. Hagstrøm, & S. Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias - Festskrift til Peter Lødrup* (1. udg., s. 512–550). Gyldendal Akademisk.  
[https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsrett/publikasjoner/artikler/immaterialretten\\_oar\\_as.pdf](https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsrett/publikasjoner/artikler/immaterialretten_oar_as.pdf)
- Schmidt, P. H. (2003). TRIPP TRAPP - om brukskunst i tiden. I M. B. Andersen, C. Heide-Jørgensen, & J. Schovsbo (red.), *Festskrift til Mogens Køktvedgaard* (s. 549–557). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Schovsbo, J., & Rosenmeier, M. (2002). Fra dansk domspraksis. *Nordiskt Immaterielt Rättskydd*, 3, 272–289.
- Schovsbo, J., Rosenmeier, M., & Petersen, C. S. (2021). *Immaterialret* (6. udg.). Djøf Forlag.  
<https://www.jurabibliotek.dk/view/book/9788771985351/9788771985351.xml>
- Skovbo, E. A. (2005). *Erstatning for ophavsretlige krænkelse* (1. udg.). Forlaget Thomson.