

Substitutions- og præferenceskade

En alternativ forståelse af tabsposterne afsætningstab og markedsforstyrrelse

Rasmus Arler Bogetoft, ph.d.-stipendiat, CBS-Law, tidligere advokat

(Udgives i NIR 4/2021)

Abstract

Når der skal udmåles erstatning for yderligere skade i immaterialretssager, sondres der ofte mellem afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelse. Den i dansk litteratur fremherskende sontring er én i tid, f.eks. hvor afsætningstab er tab lidt før domsafsigelse, mens markedsforstyrrelse er tab lidt efter domsafsigelse. På baggrund af primært nyere Højesteretsafgørelser argumenterer jeg, at denne sontring ikke udtrykker gældende ret samt er praktisk uhensigtsmæssig. Som alternativ foreslår jeg en sontring baseret på, om tabet er lidt som følge af substitutionsskade (hvor krænker har overtaget rettighedshavers salg) eller præferenceskade (hvor originalproduktet har mistet værdi i forbrugernes øjne, f.eks. ved mistet goodwill). Denne sontring passer med retspraksis og har en række praktiske fordele. Bl.a. kan den fungere som metode i konkrete erstatningsudmålinger.

Indholdsfortegnelse:

1	Indledning: Hvad er forskellen på afsætningstab og markedsforstyrrelse?	3
2	Den erstatningsretlige kerne: At stille skadelidte som om skaden ikke var sket.....	4
3	En alternativ sondring: substitutions- eller præferenceskade.....	6
3.1	Sondringen kan bruges i konkrete sager	9
3.2	Delopsummering: Sondringen substitutions- eller præferenceskade er en hensigtsmæssig fremstilling af gældende ret og har praktiske fordele.....	12
4	I dansk litteratur er der ikke enighed om sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse	12
4.1	Koktvedgaard	13
4.2	Skovbo	14
4.3	Riis	16
4.4	Delopsummering	16
5	Sondringen før/efter domsafsigelse må afvises	17
5.1	I <i>Burberry</i> og <i>Puma v. Fakta</i> anerkender Højesteret markedsforstyrrelse for tab lidt før domsafsigelse.....	18
5.2	I <i>Wegner</i> og <i>Hvilestol 1</i> anvender domstolene ikke en tidsmæssig sondring	19
5.3	At der gives erstatning for fremtidigt tab, validerer ikke sondringen før/efter domsafsigelse.....	21
5.4	Delopsummering: Retspraksis støtter ikke sondringen mellem tab lidt før/efter domsafsigelse.....	23
6	To mulige komplikationer: Rimeligt vederlag og markedsfortrængning.....	23
6.1	Hvad hvis det rimelige vederlag alene dækker afsætningstab?	24
6.2	Hvad hvis markedsfortrængning dækker mere end substitutionsskade?	27
6.3	Delopsummering: De mulige komplikationer må afvises.....	30
7	Er tidsaspektet irrelevant?	30
8	Konklusion.....	31

1 Indledning: Hvad er forskellen på afsætningstab og markedsforstyrrelse?

Når der skal udmåles erstatning for yderligere skade i immaterialretssager, sondres der ofte mellem afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelse. Mens de to tabsposter ofte påberåbes af parterne og anvendes af domstolene, er der ikke i litteraturen enighed om, hvad de dækker, og hvordan man sondrer mellem dem.

Dette er ikke kun et semantisk problem. Hvis vi ikke forstår de begreber, domstolene bruger, kan vi ikke forstå deres ræsonnementer eller vurdere, om de er korrekte. Det gør det svært for advokater at vide, hvordan sagerne skal argumenteres, og tilsvarende svært for domstolene at sikre at ens faktum leder til ens resultater. To forhold som ofte kritiseres.¹

Med denne artikel vil jeg forsøge at skabe begrebsmæssig klarhed. Det gør jeg ad to veje:

Dels behandler jeg den i dansk litteratur fremherskende opfattelse, at den centrale sondring mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse ligger i et tidsaspekt, f.eks. er det anført, at

¹ Se f.eks. Riis, T. (2011). Kompensation i immaterialretssager. I L. Andersen, J. Feilberg, A. Laudrup, & J. Schovsbo (red.), *Sø- og Handelsretten 150 år* (s. 193–210). Karnov Group Denmark A/S s. 194 og af samme forfatter 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 s. 52, der argumenterer, at der mangler en rød tråd i retspraksis, Deichmann, H. K. (2004). Kommentar til U 2004.1018 H (Montana reolsystem). *Nordiskt Immaterielt Rättskydd* 5, 487–492 og af samme forfatter Deichmann, H. K. (2010). Krænkelse af Burberrys varemærkerettigheder. Kommentar til U 2009.1018 H (Burberry Ltd. mod Zebra A/S). *Nordiskt Immaterielt Rättskydd* 117, der kritiserer erstatningsstørrelserne, og mere generelt Skovbo, E. A. (2009). Erstatning for markedsforstyrrelser og godtgørelse svarende til passende licensafgift ved patentkrænkelser – en kommentar til U 2007.1219 (H). *Nordiskt Immaterielt Rättskydd* 3, 292 og af samme forfatter (2012). Højesteret afliver “dobbelt-op-princippet” i relation til erstatningsudmåling for ophavsretlige krænkelser af digitalt tilgængelige værker. Kommentar til Højesterets afgørelse af 24. marts 2011 (Direct Connect). *Nordiskt Immaterielt Rättskydd* 2, 202–205 og Bøggild, F., & Staunstrup, K. (2015). *EU varemærkeret (EU Trademark Law)* (1. udg.). Karnov Group Denmark A/S, s. 463. Kritik af en manglende rød tråd og for lave erstatninger ses også udover de danske grænser. Se f.eks. Rognstad, O.-A., & Stenvik, A. (2002). Hva er immaterialretten verd? - Om erstatning og anden kompensasjon ved immaterialrettskrænkelser. IK. S. Bull, V. Hagstrøm, & S. Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias - Festskrift til Peter Lødrup* (1. udg., s. 512–548). Gyldendal Akademisk., Pehrson, L. (1986). Ersättning vid patentintrång - en kritisk granskning av nuvarande regler. Institutet för immaterialrätt og marknadsrätt vid Stockholms Universitet (red.), *Ulf, 50 - Uppsatser tillägnade Ulf Bernitz på 50-årsdagen den 28 februari 1986* (s. 89–105). Liberförlag. 4Og Bernitz, U., Pehrson, L., Rosén, J., & Sandgren, C. (2017). *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (14. udg.). Jure AB, s. 434 f. for Skandinavien, Commission, E. (2010). *Staff Working Document Analysis of the application of Directive 2004/48/EC in the Member States, SEC(2010) 1589 finals.24-26* og Kur, A., & Dreier, T. (2013). *European Intellectual Property Law – Texts, Cases & Materials* (1. udg.). Edward Elgar Publishing for Europa, Yang, Z. (2014). Damaging Royalties : An Overview of Reasonable Royalty Damages. *Berkeley Technology Law Journal*, 29, 647–678 for Nordamerika og AIPPI. (2017). *Study Guidelines for study regarding the quantification of monetary relief, 2017*. <http://aippi.org/wp-content/uploads/2017/01/FINAL-website-version-Quantification-of-monetary-relief.pdf> for det internationale perspektiv.

afsætningstab dækker et tab lidt før domsafsigelse, mens markedsforstyrrelse dækker tab lidt efter domsafsigelse.² På baggrund af primært nyere Højesteretsafgørelser argumenterer jeg for, at denne sondring ikke udtrykker gældende ret.

Dels foreslår jeg en alternativ sondring baseret på, om tabet er lidt som følge af substitutionsskade eller præferenceskade, dvs. om forbrugerne køber mindre af den krænkede rettighedshavers (Rettighedshavers) produkt, fordi de nu foretrækker krænkens (Krænkens) produkt, eller om forbrugerne køber mindre, fordi de kan lide Rettighedshavers produkt mindre. Denne sondring er i overensstemmelse med retspraksis, de argumenter der faktisk fremføres i litteraturen, og har derudover en række praktiske fordele, da den bl.a. kan fungere som metode i konkrete erstatningsudmålinger.

Artiklen er inddelt som følger:

I afsnit 2 introducerer jeg kort de grundlæggende spørgsmål ved erstatning for immaterialretskrænkelser. I afsnit 3 introducerer jeg sondringen mellem substitutions- og præferenceskade og den heraf følgende model for, hvordan erstatningsposterne skal behandles. Herefter retter jeg blikket mod den centrale danske litteratur på området, og i afsnit 4 giver jeg et overblik over nogle af de forskellige forståelser af tidsaspektet, som tidligere har været fremført i litteraturen. I afsnit 5 argumenterer jeg for, at den fremherskende teori om tidsaspektet (før/efter domsafsigelse) ikke finder støtte i retspraksis. I afsnit 6 foretager jeg to yderligere begrebsafklaringer, jeg mener er nødvendige for en fyldestgørende analyse af problemstillingen, mens jeg i afsnit 7 diskuterer alternative versioner af en tidsbaseret sondring. I afsnit 8 konkluderer jeg på artiklens resultater.

2 Den erstatningsretlige kerne: At stille skadelidte som om skaden ikke var sket

I de danske immaterialretslove har en Rettighedshaver ret til et rimeligt vederlag og erstatning for yderligere skade.³ Ved fastsættelsen af den yderligere skade kan domstolene inddrage både Rettighedshavers faktisk lidte tab og Krænkens uberettigede fortjeneste. Mens immaterialretlige erstatningsspørgsmål har været udsat for en vis grad af specialisering, gælder de almindelige erstatningsretlige principper fortsat.⁴

² Se herom navnlig omtalen af Riis i afsnit 4.3, neden for.

³ Se DSL §37, OPL §83, PTL §58 og VML §43. Samme regler følger af MFL §24 og forretningshemmelighedslovens § 15. EU-harmoniseringen på immaterialretsområdet findes i retshåndhævelsesdirektivet (Dir. 2004/48/EF) art. 13.

⁴ Bl.a. Schovsbo, J., Rosenmeier, M., & Petersen, C. S. (2021). *Immaterialret* (6. udg.). Djøf Forlag. <https://www.jurabibliotek.dk/view/book/9788771985351/9788771985351.xml>, p.724, Skovbo, E. A. (2005). *Erstatning for ophavsretlige krænkelse* (1. udg.). Forlaget Thomson, s. 193 ff. Og Andersen, N. M., Carlquist, A., & Rubinstein, A. (2006). *Retsåndbavelse af immaterialrettigheder* (1. udg.). Jurist- og

Det primære fokus i denne artikel er det faktiske lidte tab. Inden for immaterialretten udmåles dette oftest i form af afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelse, og nogle gange også for interne tab. Mens der er uklarhed i litteraturen om tabsposternes nærmere indhold,⁵ er der generelt enighed om, at afsætningstab bl.a. dækker tab, der følger af det direkte mistede salg, mens markedsforstyrrelse dækker mere generelle tab, f.eks. som følge af mistet goodwill eller øgede markedsføringsomkostninger. Interne tab dækker f.eks. øgede kontrolomkostninger eller omkostninger til prøve køb.

Uanset tabsposten er målet at stille den skadelidte Rettighedshaver som om den skadevoldende krænkelse ikke var sket. Erstatningen bliver da forskellen på, hvad Rettighedshaver faktisk har tjent, og hvad hun ville have tjent i det kontrafaktiske scenarie, hvor krænkelsen ikke var sket.

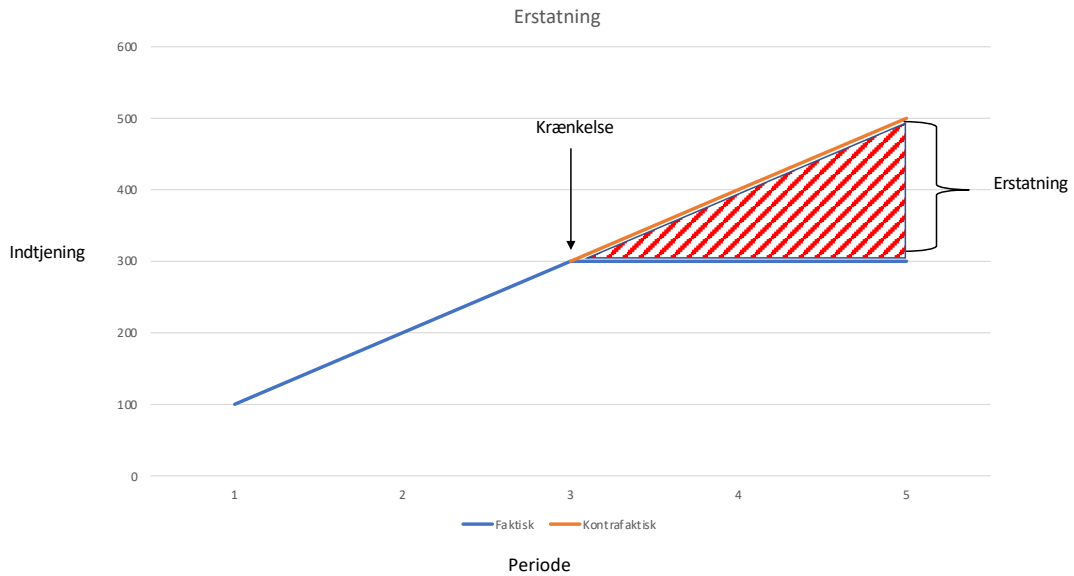
Den primære intellektuelle øvelse er derfor at besvare spørgsmålet: Hvad ville Rettighedshaver have tjent uden krænkelsen?⁶

Vi kan visualisere øvelsen således:

Økonomforbundets Forlag, s. 419 ff. Se dog (Riis, 2011, s. 195), der anfører, at den almindelige erstatningsretlige litteratur ikke bidrager videre med nyttige fortolkningsbidrag. Navnlig fordi de sjældent beskæftiger sig synderligt med almindelig formueskade.

⁵ Se i det hele min diskussion neden for.

⁶ Se f.eks. Iversen, T. (2000). *Erstatningsberegning i kontraktsforhold* (1. udg.). Karnov Group Denmark A/S., Riis, T. (2005). *Enerettigheder og vederlagsrettigheder – Håndhævelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv* (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag., Ussing, H. (1962). *Erstatningsret* (6. udg.). Juristforbundets forlag., og von Eyben, B., & Isager, H. (2015). *Lærebog i erstatningsret* (8th udg.). DJØF forlag. Alle fire henviser til, at reglen kun er udgangspunktet, og at der er flere modifikationer, f.eks. standardiserede erstatninger i personskadeserstatningsretten og spørgsmål om kausalitet. Se (Iversen, 2000, s. 821 ff.) og Bloch Ehlers, A. (2017). *Kausalitet i personskadeserstatningsretten* (1. udg.). Karnov Group Denmark A/S, s. 176. For immaterialretten, navnlig (Rognstad & Stenvik, 2002). Af interesse kan også være Strandberg, M. (2005). *Skadelidtes hypotetiske inntekt* (1. udg.). Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS.



Figur 1 Visualisering af erstatningsudmålingen⁷

For at besvare dette spørgsmål, må vi forstå, hvilke negative konsekvenser en krænkelse kan have for en Rettighedshaver.

3 En alternativ sondring: substitutions- eller præferenceskade

Ved en immaterialretskrænkelser kan en virksomhed kun lide et tab, hvis der er sket en ændring i priser, antal solgte enheder eller virksomhedens omkostninger (husk her, at indtjeningen er antallet af solgte enheder ganget med prisen minus omkostninger). I langt de fleste sager påstår Rettighedshaver alene at have lidt et tab grundet et lavere antal solgte enheder,⁸ men det ses også, at Rettighedshaver lider et tab ved f.eks. at have sænket sine priserne⁹ eller øget sine (markedsførings)omkostninger.¹⁰

For at lede til erstatning skal ændringer i pris, antal solgte enheder eller omkostninger skyldes krænkelsen. Og det kan de kun, hvis krænkelsen har påvirket Rettighedshavers efterspørgsel.¹¹

⁷ Figuren er lånt fra working paper, der forventes udgivet i NIR i starten af 2022: mod slutningen af 2021: Bogetoft, R. A. (2022). *Statistiske perspektiver på erstatning for yderligere skade ved immaterialretskrænkelser - Med konkrete eksempler fra Anne Black-sagen.*

⁸ Særligt interessante er: U.2001.747 H – Tripp Trapp v. Tivlum Møbelfabrik (2-Step-stolen), U.2004.1085 H – Montana v. Denka, U.2009.1018 H – Burberry, U.2009.1789 H – Koziol, U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen) og U.2020.2532 Ø – Anne Black.

⁹ F.eks. U.1994.671 H – Kroken.

¹⁰ Erstatning for ændringer i omkostninger er et underbelyst område af dansk ret. Eksempler hvor det indgår er U.2004.1085 H – Montana v. Denka og U.2012.256 H – Alfi termokander.

¹¹ I princippet kan der også ske en ændring i omkostninger, hvis Krænker bruger de samme produkter som Rettighedshaver, hvorved efterspørgslen på disse produkter stiger, hvilket leder til øgede omkostninger hos Rettighedshaver. Og i det tilfælde er det strengt taget ikke en ændring i

Det er gavnligt at sondre mellem to teorier for, hvordan Rettighedshavers efterspørgsel påvirkes, henholdsvis substitutionsteorien og præferenceteorien.

Substitutionsteorien baserer sig på en idé om ren konkurrence og en upåvirket samlet efterspørgselskurve.¹² Krænker er kommet på markedet og har solgt produkter, evt. til en anden pris¹³ og kvalitet,¹⁴ evt. i andre distributionskanaler¹⁵ og med en anden “*it-faktor*”.¹⁶ Efterspørgslen på Rettighedshavers produkt har ændret sig, fordi nogle forbrugere vælger Krænkens produkt i stedet for Rettighedshavers.¹⁷

Præferenceteorien baserer sig derimod på idéen om, at Krænkens handlinger har påvirket efterspørgslen på Rettighedshavers produkt, uden at Krænker nødvendigvis har overtaget denne. Forbrugerne kan f.eks. have vænnet sig til lavere priser¹⁸ eller ændret deres opfattelse af produktet eller Rettighedshavers kvalitet¹⁹ og *it-faktor*.²⁰ Endeligt kan Krænkens

Rettighedshavers efterspørgsel. Jeg er ikke bekendt med dansk retspraksis, hvor dette er sket. Se dog Stenvik, A. (2013). *Patentrett* (3. udg.). Cappelen Damm AS, s. 407, der nævner muligheden for, at Krænkens efterspørgsel efter råvarer fører til øgede råvarepriser for Rettighedshaver.

¹² De rene eksempler på denne type skade findes ved krænkelse af medicinske patenter. Se f.eks. Sø- og Handelsrettens præmisser i *U.2016.2429 H – Singulair parallelimport*. Medicinalprodukter er også kendetegnet ved en noget begrænset prisfølsomhed hos forbrugerne, hvilket betyder, at man rimeligvis kan antages 1:1 substitution, selvom der er prisforskel. Lav prisfølsomhed blev brugt kreativt i to sager om uberettiget nedlagt forbud: *Seroquel (S.H.D. af 24. januar.2017 i sag T-2-12 - AstraZeneca AB og A/S v. Teva Denmark A/S og 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 begge sager.

¹³ F.eks. *U.2004.1085 H – Montana v. Denka* og *U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*.

¹⁴ 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*. Som et omvendt eksempel, se *U.2002.911 Ø – Boksekamp*.

¹⁵ Se f.eks. *U.2004.1085 H – Montana v. Denka* og *U 2007.2713 S – MP3-afspillere*.

¹⁶ En snævrere betegnelse kunne være brandstyrke, men det fanger ikke helt mulighederne. Skade på “*it-faktor*” ses ikke eksplicit anerkendt i praksis, men må selvfølgelig gælde. Et eksempel herpå kan være *U.2009.1018 H – Burberry*.

¹⁷ Et eksempel på en relativt grundig substitutionsvurdering findes i *U. 2014.2497 S – Interior Addict* Mere generelt, se (Andersen et al., 2006, s. 469 ff.), der ift. markedsfortrængning fremhæver “Forskellig kundekreds/salgskanaler” og forskellige priser. Ved markedsfortrængning mener forfatterne substitution.

¹⁸ Se f.eks. Sø- og Handelsrettens afgørelse i *U.1994.671 H – Krøken*. Bemærk, at dette element ikke passer med klassiske modeller for rationalitet.

¹⁹ Navnlig skønsmandens forklaring som gengivet s. 31 i *Anne Black (S.H.D. af 4. juni 2019 i sag BS 1498/2016-SHR - Anne Black ApS v. Ronald A/S Og Salling Group A/S)*.

²⁰ Se f.eks. *U.2020.2532 Ø – Anne Black*, hvor landsretten lagde vægt på, at krænkelsen havde medført negativ “brand value”. I *U.2015.1782 H – Trævarefabrikkernes Udsalg* lagde Sø- og Handelsretten eksplicit vægt på, at krænkende brug af Rettighedshavers varemærker havde skabt “misforståelser og utilfredshed hos kunderne, når de ikke kunne få varer købt hos [Krænker] byttet i en af [Rettighedshavers] butikker.” Højesteret stadfæstede uden nærmere bemærkninger. Forbrugernes negative reaktioner søges dokumenteret i bl.a. *Kharisma Øreringe (S.H.D af 9. maj 2016 i sag V-31-15 - Marie Dulong ApS v Izabel Camille Ap)* – gennem vidneforklaring – og *U.2020.2532 Ø – Anne Black* – gennem skønsrapport og vidneforklaringer.

tilstedeværelse på markedet have skabt en usikkerhed omkring Rettighedshavers brandstyrke eller lignende.²¹ Efterspørgslen har altså ændret sig, fordi forbrugerne har ændret opfattelse af Rettighedshavers produkt eller virksomhed.²²

Den centrale sondring mellem de to teorier ligger i, om forbrugerne køber mindre af Rettighedshavers produkt, fordi de nu foretrækker Krænkens produkt, eller om forbrugerne køber mindre, fordi de mindre kan lide Rettighedshavers produkt.²³ Begge virkninger kan selvfølgelig ske samtidig.

I praksis vil det ofte være sådan, at substitutionsskaden ophører, når Krænker forsvinder fra markedet. Da har forbrugerne ikke længere mulighed for at købe Krænkens produkter og bør derfor vende tilbage til Rettighedshaver – medmindre deres præferencer også har ændret sig, hvilket ville være en præferenceskade. Men forbrugerne vender ikke altid tilbage. Tag f.eks. situationen, hvor Krænker har gjort ulovlig brug af Rettighedshavers varemærke som adword.²⁴ Adwordet har her udgjort blikfang for et ellers lovligt konkurrerende produkt,²⁵ og da forbrugerne nu har fået øjnene op for Krænkens produkt, vil de måske fortsætte med at købe dette. Denne situation kan bedst beskrives som en substitutionsskade, der fortsætter efter krænkelsen.

²¹ Se navnlig Sø- og Handelsrettens præmisser i *U.2020.2532 Ø – Anne Black*. Samme overvejelser har nok gjort sig gældende i *U.1925.206/3 Ø – Gravmonumentet*. Se hertil Lund, T. (1961). *Ophavsret*. G.E.C. Gads Forlag, s. 302.

²² Bemærk, at Krænkens tilegnelse af Rettighedshavers goodwill kun indgår, hvis tilegnelsen samtidig har skadet Rettighedshavers goodwill. Kompensation for tilegnelse må ske i form af et rimeligt vederlag, der er baseret på Krænkens uberettigede fortjeneste. Smh. med (Riis, 2005, s. 263 ff.), der vist nok er uenig.

²³ Sondringen er ikke altid klar, og man kan fristes til at se det mere som et spektrum end en egentlig tvedeling. Tag f.eks. *Isolerings-gruppen (S.H.D. af 4. december 2012 i sag V-78-11 - Isolerings-Gruppen Odense A/S v. F.I.G. Gruppen Danmark S.M.B.A.)*, hvor Krænkens brug af et varemærke havde skabt konkret forveksling hos forbrugerne. Sø- og Handelsretten lagde vægt på dette i sin erstatningsudmåling. Men medfører den konkrete forveksling substitutions- eller præferenceskade? *Pdes.* kan forvekslingen lede til, at forbrugerne køber Krænkens produkt i stedet for Rettighedshavers. *Pdas.* Kan det også være at forbrugerne ikke har købt Krænkens produkt, men holdt sig til Rettighedshavers. Forvekslingen har herved skabt øgede omkostninger for forbrugeren, hvilket på marginen teoretisk set vil medføre et mindre salg, der bedst defineres som følgende præferenceskade. Sø- og Handelsretten fandt, at der var sket markedsforstyrrelse, hvilket indikerer en præferenceskadeslogik.

²⁴ Se om adwords Wallberg, K. (2019). Varemærkeret. IJ. P. Mathiasen & L. L. Nielsen (red.), *Lærebog i Entertainmentret*. Karnov Group Denmark A/S.

²⁵ Tag f.eks. *U.2003.1020 H – Melitta Kaffefiltre* Her var et af spørgsmålene, om det krænkede Melittas varemærkerettigheder at bruge de samme talkoder for filtrenes størrelse. Højesteret fandt, at det ikke var tilfældet. Men hvis det havde været en krænkelse, kunne Krænker efter dommen fortsætte med at sælge konkurrerende kaffefiltre. Her ville der måske være nogle kunder, som ikke skiftede tilbage til Melittas kaffefiltre, da de nu vidste, at Krænkens filtre kunne modsvare Melittas filtre med en bestemt talkode. Dette defineres nok bedst som tab, der følger substitutionsskade.

Der er en omfattende praksis, hvor domstolene enten lægger vægt på substitutions- eller præferenceskade,²⁶ og det er min tese, at afsætningstab og tab som følge af markedsforstyrrelse bedst forstås som en sondring mellem to de skadesteorier, substitutions- og præferenceskade.²⁷ Fra afsnit 4 og frem argumenterer jeg for, hvorfor dette er en korrekt forståelse af gældende ret. Inden da, vil jeg kort fremhæve de praktiske fordele, der er ved den her foreslåede sondring.

3.1 Sondringen kan bruges i konkrete sager

Rent metodisk indebærer min sondring mellem substitutions- og præferenceskade en øvrig sondring mellem skadesteorier og økonomiske konsekvenser:²⁸

- 1) *Skadesteori*: Har krænkelsen medført en ændring i efterspørgslen? Hvordan? Har nogle forbrugere f.eks. valgt Krænkens produkt i stedet for Rettighedshavers (substitutionsskade), eller har krænkelsen medført, at Rettighedshavers produkt ikke længere er lige så værdifuldt i forbrugernes øjne (præferenceskade)?

²⁶ Se i det hele den praksis, der gennemgås neden for. Som eksempler fra nyere praksis, hvor der lægges vægt på substitutions- eller præferenceskade, se især *Minitrampoliner (S.H.D. af 31. marts 2017 i sag V-1-16 - PE-Redskaber A/S v. Enges ApS)* – der ift. afsætningstab lægger væsentlig vægt på substitutionsskade – U 2017.923 H – *Benedikte Utzon* – primært Sø- og Handelsrettens præmisser – *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)*, *The Chair (S.H.D. af 10. januar 2020 i sager BS-46669/2018-SHR og BS-24427/2019-SHR - PP Møbler ApS mod Bryggeriet Skive ApS og Knud Bjerre)*, *Juleengle (S.H.D. af 28. maj 2019 i sag BS-46785/2018-SHR - Sirius Company A/S v. Buy Simple ApS)*, *Edge of Glory (S.H.D. af 4. november 2019 i sag BS-18539/2018-SHR - Telebrands Corporation og International Edge Inc. v. Bilablau ApS og andre.)* – navnlig Rettighedshavers argumenter, s. 25 ff. – *Lab forstærkere (S.H.D. af 1. november 2016 i sag V-33-15- LAB Gruppen AB v. Sound Support v/Lars Sørensen)* – navnlig Rettighedshavers argumenter, s. 11 f. – *Kühler vaser (S.H.D. af 7. februar 2017 i sag V-2-16 - Danish Design Management A/S v. Borivictus A/S)* – navnlig Rettighedshavers argumenter s. 32 ff. Der er samtidig mange sager, hvor domstolene vel nok har lagt vægt på argumenter, der bedst fortolkes som enten vedrørende substitutions- eller præferenceskade, dog uden at man kan se, hvad domstolene nærmere har tænkt. Se f.eks. *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)*, *Lakeringsportal (S.H.D. af 30. april 2019 i sagerne BS-9831-2017, BS-9829/2017-SHR - hhv. Pivab AB v HBC System Smarttool Production ApS og Carbeal ApS, og Carbeal ApS mod Pivab AB)*. Endeligt, i nogle afgørelser, kan man kun gisne om domstolens ræsonnement. Som nyere eksempler herpå, se *U.2019.1294 Ø - Tegninger i SPOT*.

²⁷ Med “skade” søger jeg at holde mig i overensstemmelse med den eksisterende terminologi, hvor der især tales om renomméskade og tab “som følge af” markedsforstyrrelse. Se f.eks. Møgelvang-Hansen, P., & Riis, T. (2001). Fogedforbud og compensation for immaterialretskrænkelser. IP. Møgelvang-Hansen, L. L. Andersen, J. Fejø, & R. Nielsen (red.), *Festskrift til Bernhard Gomard* (1. udg., s. 177–205). Karnov Group Denmark A/S, s. 199 og (Andersen et al., 2006, s. 479). Herved følger jeg også den terminologi, som man finder i bl.a. personskadestatsningsretten, hvor en skade f.eks. er en brækket arm, mens tabet er de økonomiske konsekvenser heraf.

²⁸ Et tredje punkt kunne være bevisvurderingen. Tilføjer vi dette, har vi ikke kun en hensigtsmæssig fremstilling af gældende ret, *de lege lata*, men en gavnlig metode i konkrete erstatningsudmålinger.

- 2) *Økonomiske konsekvenser*: Har ændringen i efterspørgsel haft konsekvenser for Rettighedshavers indtjening? Er Rettighedshavers salg faldet eller har hun sænket sine priser eller øget sine omkostninger som konsekvens af krænkelsen?²⁹

En vigtig indsigt er her, at de tre økonomiske konsekvenser, fald i salg, lavere priser, højere omkostninger, kan skyldes både en substitutions- eller en præferenceskade.

Mens vi i sidste ende er interesserede i at bevise omfanget af de økonomiske konsekvenser, er der tre grunde til at starte med at fastlægge skadesteorien:

For det første vil forskellige oplysninger have forskellige implikationer alt efter skadesteorien. Hvis f.eks. Krænkens produkt sælges til væsentligt lavere pris end Rettighedshavers, vil man ud fra en substitutionsteori kunne argumentere, at nogle af Krænkens kunder ikke ville have købt Rettighedshavers produkt, alene af den grund at det var for dyrt. Dette taler alt andet lige for en lavere erstatning. Ud fra en præferenceteori kunne man derimod argumentere, at den store prisforskel havde beskadiget opfattelsen af Rettighedshavers produkt som et "luksusgode".³⁰ Dette taler alt andet lige for en højere erstatning.

For det andet er skadesteoriene relevante for hvilken metode, der bør anvendes, når der udmåles erstatning. F.eks. ses det tit i praksis, at erstatningen udmåles på basis af informationer om Krænkens salg. Nogle gange kan erstatningen sågar fastsættes ud fra regnestykket antallet af solgte krænkende produkter ganget med en substitutionsfaktor ganget med Rettighedshavers indtjening pr. styk.³¹ Substitutionsfaktoren skulle her dække over, hvor mange procent af Krænkens salg, som Rettighedshaver ville have haft. Denne metode er relativt oplagt, hvis man mener, at tabet er lidt som følge af substitutionsskade, da Krænker her har taget noget af Rettighedshavers salg. Derimod er metoden uoplagt, hvis man mener, at tabet er lidt som følge af en præferenceskade. I tilfælde af præferenceskade har Krænker ikke overtaget noget af Rettighedshavers salg, og sammenhængen mellem antallet af solgte krænkende enheder og Rettighedshavers mistede indtjening bliver i bedste fald indirekte.

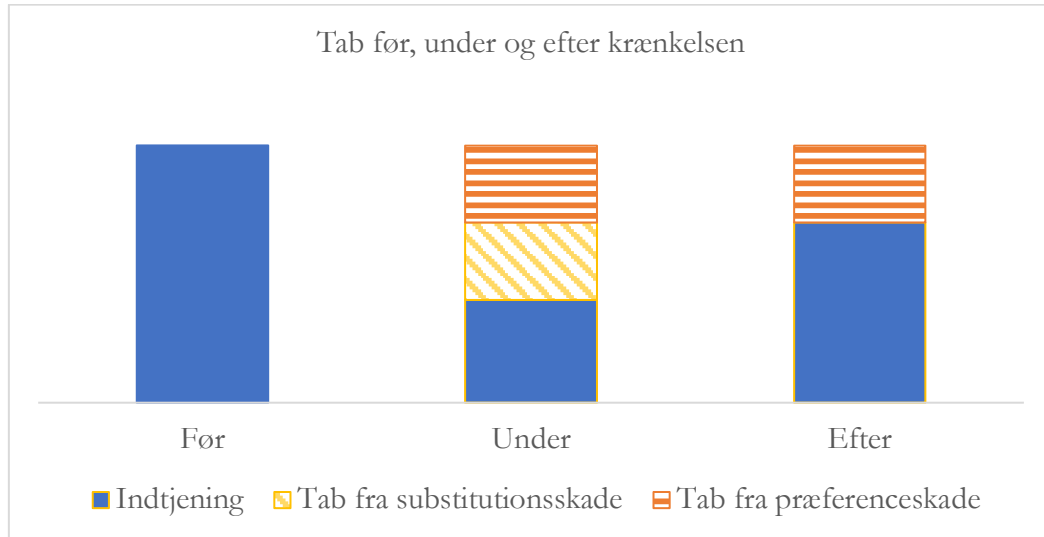
For det tredje er sondringen central, når vi skal udlede, hvad Rettighedshaver bør tjene, efter krænkelsen er stoppet. Alt efter hvornår krænkelsen stopper og der afsiges dom, vil domstolen have adgang til oplysninger om Rettighedshavers indtjening før, under og efter krænkelsen.

²⁹ Retspraksis anerkender alle tre typer negative konsekvenser.

³⁰ Dette argument blev først fremført af Koktvedgaard, M. (1966). Det ophavsretlige sanktionssystem. *Juristen*, s. 57 f. med en kritik af U.1963.782 H – *Hvilestol 1*. Et andet eksempel kan være, at hvis produkterne har meget den samme kvalitet, kan dette være et argument, der understøtter, at Krænker har taget en større del af Rettighedshavers marked, men samtidig undergraver det et argument om markedsforstyrrelse. Som eksempel på sidstnævnte led i dette argument, se *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)*.

³¹ Som et eksempel hvor øvelsen og de underliggende antagelser lægges klart frem, se *Kharisma Øreringe (S.H.D af 9. maj 2016 i sag V-31-15 - Marie Dulong ApS v Izabel Camille ApS)*.

Under krænkelsen kan Rettighedshavers indtjening være påvirket af både substitutions- og præferenceskade, men efter krænkelsen vil Rettighedshavers indtjening ofte kun være påvirket af præferenceskaden.³² Vi bliver derfor nødt til at kunne sondre mellem de to skadesteorier, da vi i en fremskrivning af, hvad Rettighedshaver bør tjene efter krænkelsen, skal kunne adskille de to effekter fra hinanden.³³ Figuren nedenfor illustrerer pointen.



Figur 2 Forskellige skader i forskellige perioder

Den solide kolonne illustrerer Rettighedshavers faktiske indtjening dels før, under og efter krænkelsen. Den skråstribede kolonne illustrerer tabet som følge af substitutionsskade, mens de horisontalt stribede kolonner illustrerer tabet som følge af præferenceskade. Hvis vi skal forudsige tabet som følge af præferenceskade efter krænkelsen, er det nyttigt at vide, hvor stor en del af tabet under krænkelsen, der skyldes præferenceskade, da det er denne del som skal fremskrives (evt. i nedsat form).³⁴

Alle tre fordele anser jeg for hensigtsmæssige, når der konkret skal argumenteres for en erstatningspåstand.

Mens den her foreslåede tilgang altså har en række praktiske fordele, kunne et potentielt kritikpunkt være, at det ville være mere praktisk at sondre mellem fald i salg pga. substitutions- eller præferenceskade på den ene side og Rettighedshavers "særlige foranstaltninger," f.eks. prisnedsættelser eller markedsføringstiltag, på den anden side. Som nævnte ses det relativt sjældent, at Rettighedshaver øger sine omkostninger eller sænker sin priser som konsekvens af

³² Jeg henviser til nuancerne diskuteret i afsnit 3, ovenfor.

³³ En øvrig hovedpointe kunne være, at vi – hvis vi kan estimere Rettighedshavers efterspørgselskurve før, under og efter krænkelsen – vil have et stærkt værktøj til erstatningsudmålingen.

³⁴ Her antager vi, at Rettighedshaver ville have tjent det samme før som efter krænkelsen.

krænkelsen,³⁵ hvorfor det i praksis oftest er tilfældet, at Rettighedshaver kun kan lide et tab, hvis der er sket et fald i, hvor mange enheder hun har solgt.

En sådan sondring opnår imidlertid ikke nogen af de fordele, jeg netop har gennemgået. Til min orientering har den ej heller støtte i retspraksis.

3.2 Delopssummering: Sondringen substitutions- eller præferenceskade er en hensigtsmæssig fremstilling af gældende ret og har praktiske fordele

Jeg har oven for givet et præliminært argument for, hvorfor min struktur er velegnet til at beskrive de argumenter, som indgår i gældende ret, og har praktiske fordele.

Mens der både i retspraksis og litteraturen er bred enighed om relevansen af de argumenter og overvejelser, jeg har fremhævet ovenfor, arbejder næsten alle forfattere med en fremstillingsstruktur, der er centreret omkring tabsposterne afsætningstab³⁶ og tab for markedsforstyrrelse,³⁷ og hvor forskellen mellem de to tabsposter primært forklares som én i tid. F.eks., som foreslået af Riis;³⁸ at afsætningstab er tabet før domsafsigelse og markedsforstyrrelse er tabet efter.

I det næste afsnit giver jeg en kort gennemgang af tre forfatteres fremstilling af tabsposterne afsætningstab og markedsforstyrrelse. Herefter udfordrer jeg sondringen før/efter domsafsigelse.

4 I dansk litteratur er der ikke enighed om sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse

Selvom der i næsten alle større danske fremstillinger henvises til et tidsaspekt, er der ikke enighed om, hvad dette dækker over. Nedenfor opsummerer jeg kort de sondringer, som man finder hos hhv. Koktvedgaard, Skovbo og Riis – de tre forfattere, der har udsat afsætningstab og markedsforstyrrelse for den grundigste behandling siden 1960'erne.³⁹

Jeg viser, at de tre forfattere ikke er enige om betydningen af tidsaspektet (der kan udledes fire forskellige fortolkninger), og at deres argumenter for hhv. afsætningstab og

³⁵ Jeg takker min bivejleder, Thomas Riis, for dette forslag.

³⁶ Nogle gange ser vi også begrebet omsætningstab. Smh. f.eks. (Andersen et al., 2006, s. 445 og 462 ff. og (Skovbo, 2005, s. 225 og 228), der tilsyneladende bruger det synonymt med afsætningstab.

³⁷ Og andre tab. Som nævnt behandles disse ikke i denne fremstilling.

³⁸ Se i det hele min gennemgang i afsnittet straks neden for.

³⁹ Hos flere af forfatterne kræver det noget fortolkning at finde deres nærmere opfattelse af tabsposterne afsætningstab og markedsforstyrrelse. Jeg har i den forbindelse udarbejdet et appendiks, der er tilgængeligt ved forespørgsel. Appendikset indeholder en grundig gennemgang af de tre forfatteres værker med henvisninger og citater, samt en tilsvarende gennemgang af Holm-Nielsen, Andersen et al og Schovsbo et al.

markedsforstyrrelse overordnet set kan rubriceres som hhv. argumenter om substitutions- eller præferenceskade.

4.1 **Koktvedgaard**

Koktvedgaard er den første til at introducere et tidsaspekt. Han beskriver således markedsforstyrrelse som en tabspost, der dækker “markedets ødelæggelse på *længere* sigt [...]”⁴⁰[oprindelig kursivering]

Koktvedgaards argumenter kan dog bedst opdeles i kategorierne tab for substitutions- eller præferenceskade. Om afsætningstab skriver Koktvedgaard således, at det dækker over en “konkurrenceskade”, der skyldes Krænkerens “konkurrerende afsætning”, hvilket indebærer, at der er tale et krænkende værk, der kan “substituere eller overflødigøre” det oprindelige.⁴¹ Om markedsforstyrrelse skriver Koktvedgaard videre, at dette dækker over “tilintetgørelsen af ydelsens kommercielle værdi”⁴², hvilket kan læses som en skade, der følger af forbrugerens ændrede præferencer. Andetsteds skriver han, også om markedsforstyrrelse, at det skal godtgøres, at der “forelægger en kundekreds, og at forholdet til denne er blevet forstyrret”⁴³, samt at markedsforstyrrelse er erstatning for tab af “egenværdi”.⁴⁴ Alt dette peger i retning af præferenceskadesteorien.

Mens Koktvedgaard altså fremhæver et tidsaspekt, passer hans argumenter og øvrige konklusioner bedre med en sondring mellem substitutions- og præferenceskade. Hos Koktvedgaard er tidsaspektet derfor alene vejledende.

Med forbehold for at miste nuancer, mener jeg, at man kan opsummere Koktvedgaards sondring i tabellen neden for. Rækkerne viser tab på hhv. kortere og længere sigt, mens kolonnerne viser tab som følge af hhv. substitutions- og præferenceskade.

⁴⁰ Koktvedgaard, M. (1965). *Immaterialretspositioner – Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret*, (1. udg. 2. print). Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 272. Formuleringen “på længere sigt” genfindes i *Båndafgifter, sanktioner, påtale (betænkning 944/1982)*, s. 70 f., men ikke i f.eks. *Forarbejderne til 2005-loven, (2005-06-L 48, FT 2005, Tillæg A 1364)*, s. 1375, 1399.

⁴¹ (Koktvedgaard, 1965, s. 271). Herved lægger han yderst tæt på substitutionsskadesteorien som tidligere defineret, og stemmer overens med opfattelsen i Holm-Nielsen, K. (1940). Nogle erstatningsretlige problemer i patentsager. *Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 1*, 18. Mens de konkrete formuleringer i høj grad bærer præg af en substitutionsteori, har Koktvedgaard formentlig ikke anvendt et begrebsapparat identisk med mit. Således beskriver han i (Koktvedgaard, 1994, s. 119 f) afsætningstab som det samlede mistede salg som følge af krænkelsen (hvilket kan dække både substitutions- og præferenceskade), dog foreslår han samme sted, at tabet opgøres med udgangspunkt i Krænkens salg (hvilket er mest velegnet, hvis man vil udmåle erstatning alene ud fra en substitutionsteori.)

⁴² Se (Koktvedgaard, 1965, s. 272).

⁴³ (Koktvedgaard, 1965, s. 164).

⁴⁴ (Koktvedgaard, 1965, s. 218).

Koktvedgaards systematik		
	<i>Substitutionskade</i>	<i>Præferenceskade</i>
<i>Kortere sigt</i>	Afsætningstab	Markedsforstyrrelse
<i>Længere sigt</i>	Vides ikke	Markedsforstyrrelse

4.2 Skovbo

Skovbo⁴⁵ tilbyder den mest komplekse teori for hhv. afsætningstab og markedsforstyrrelse og det kan derfor være uklart, hvordan hun konkret sonderer.

Ifølge Skovbo er forudsætningen for overhovedet at drøfte afsætningstab, at der foreligger et konkurrenceforhold. Om et sådant konkurrenceforhold foreligger, afhænger bl.a. af “momenter så som, om parterne opererer i samme branche, henvender sig til samme kundegruppe og markedsfører deres produkter på samme geografisk bestemte marked.”⁴⁶

Skovbo anvender også begrebet markedsfortrængning. Markedsfortrængning er som begreb velindarbejdet i konkurrence- og markedsføringsretten,⁴⁷ men Skovbo bruger det for “det forhold, at krænkeren helt eller delvist fortrænger ophavsmanden fra markedet ved salg og markedsføring af det krænkende produkt.”⁴⁸ Markedsfortrængning skal formentlig læses som synonymt med substitution.⁴⁹

Da markedsfortrængning ifølge Skovbo er en forudsætning for afsætningstab, indebærer ovenstående, at Skovbos sondring mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse følger sondringen substitutions- og præferenceskade.

Senere synes Skovbo imidlertid at skifte imellem denne sondring og en sondring baseret på tidsaspektet. Det sker i hendes beskrivelse af markedsforstyrrelse. Således anfører hun, at markedsforstyrrelsen kan bevirke, at Rettighedshaver mister sin kundekreds og goodwill, og at Rettighedshaver har mistet markedsandele som ikke umiddelbart kan genvindes, selvom det

⁴⁵ (Skovbo, 2005).

⁴⁶ (Skovbo, 2005, s. 224).

⁴⁷ Se f.eks. (Heide-Jørgensen, 2020, s. 369 f.) og Koktvedgaard, M. (2003). *Lærebog i konkurrenceret* (5. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 325 ff. Her ses Markedsfortrængning brugt som samlebetegnelse for en række retsstridige handlinger, f.eks. boycott, leveringsstandsning, misrekommandering, produktefterligninger og tilegnelse af andens forretningsmæssige identitet.

⁴⁸ Se (Skovbo, 2005, s. 227)

⁴⁹ (Riis, 2005) bruger også markedsfortrængning synonymt med substitution. Tilsvarende nok også (N.M. Andersen et al., 2006). Bemærk dog, at Skovbo tilsyneladende bruger “substitution” til at dække “fuld substitution.” Således skriver hun flere steder om tilfælde, hvor der ikke er substitution, men hvis det, hun skriver, skal give mening, er den korrekte fortolkning, at hun hermed mener begrænset substitution. Se i det hele (Skovbo, 2005, s. 227 ff.).

Substitutions- og præferenceskade (1)

krænkende produkt fjernes.⁵⁰ Begge overvejelser er i tråd med en sondring mellem substitutions- og præferenceskade. Hun skriver dog også, at markedsforstyrrelse er et udtryk for forventet fremtidigt afsætningstab, og at afsætningstab er tabet lidt på kort sigt, mens markedsforstyrrelse er tabet på langt sigt. Disse overvejelser peger i retning af en rent tidsmæssig sondring.

Skovbo tilbyder tilsyneladende også en mere præcis tidsmæssig sondring, således at afsætningstab dækker tabet indtil krænkelsen stopper, mens markedsforstyrrelse dækker tabet efter krænkelsen stopper.⁵¹

Da det er uklart, præcist hvordan markedsfortrængning spiller ind i Skovbos teori, kan der opsættes to fortolkninger.

I den første læsning er tidsaspektet irrelevant, og afsætningstab og markedsforstyrrelse passer fuldstændig med kategorierne substitutions- og præferenceskade:

Skovbos systematik 1	
<i>Substitutionskade</i>	<i>Præferenceskade</i>
Afsætningstab	Markedsforstyrrelse

I den anden læsning er tidsaspektet vigtigt, og her sondres mellem tab under og efter krænkelsen:

Skovbos systematik 2		
	<i>Substitutionskade</i>	<i>Præferenceskade</i>
<i>Under krænkelse</i>	Afsætningstab for substitutionsskade (markedsfortrængning)	Afsætningsstab andet end substitutionsskade
<i>Efter krænkelse</i>	Markedsforstyrrelse	Markedsforstyrrelse

⁵⁰ Se (Skovbo, 2005, s. 235).

⁵¹ (Skovbo, 2005, s. 225) skriver: "Foreligger en konkurrencesituation konkret mellem parterne, skal rettighedshaverens mistede omsætning på det krænkede produkt beregnes. Dette skal ske for den periode, det krænkende produkt har eksisteret på markedet." [oprindelige fremhævninger fjernet]

4.3 Riis

Med sin doktordisputats⁵² er Riis den første forfatter til for alvor at foreslå en fuldstændigt klar sondring mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse.⁵³ Således anfører han, at sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse primært er tidsmæssig, og at den korrekte sondring er mellem tabet op til afgørelsestidspunktet (afsætningstab) og det forventede tab efter afgørelsestidspunktet (markedsforstyrrelse).⁵⁴ Jeg forstår afgørelsestidspunktet som domstidspunktet.

I hans behandling af hhv. afsætningstab- og markedsforstyrrelse, er Riis imidlertid i rimelig overensstemmelse med den øvrige litteratur. Således behandler han under rubrikken afsætningstab primært tab, der følger substitutionsskader, mens markedsforstyrrelsens afsnittet i stedet fokuserer på renomméskade, dvs. præferenceskader.

Riis' systematik		
	<i>Substitutionskade</i>	<i>Præferenceskade</i>
<i>Før domsafsigelse</i>	Afsætningstab	Afsætningsstab
<i>Efter domsafsigelse</i>	Markedsforstyrrelse	Markedsforstyrrelse

4.4 Delopssummering

Tre forfattere introducerer fire forskellige opfattelser af tidsaspektet. Hos Koktvedgaard er det vejledende. Hos Skovbo er det enten irrelevant eller baseret på forskellen mellem tab under og efter krænkelsen. Og hos Riis er tidsaspektet det væsentligste element og baseret på forskellen mellem tab før/efter domsafsigelsen.

Der er – med andre ord – kun overfladisk enighed om tidsaspektet, dets rolle, og hvad det betyder.

Til trods for de forskellige formuleringer af tidsaspektet har de tre fremstillinger noget til fælles: Tidsaspektet påvirker ikke, hvordan tabsposterne behandles i øvrigt. Dette har jeg navnlig vist ved Koktvedgaard, men det samme gør sig gældende for Skovbo og Riis. De diskuterer primært substitutionsskade under rubrikken afsætningstab og præferenceskade under

⁵² (Riis, 2005).

⁵³ Riis har skrevet omfattende om emnet, og jeg kunne have valgt at fokusere på tidligere dele af hans forskning, f.eks. (Møgelvang-Hansen & Riis, 2001), der synes at anvende en metode noget mere lig den fremført af Koktvedgaard. Da Riis' teori som fremført i hans disputats er gentaget af (Schovsbo et al., 2021), finder jeg imidlertid denne særligt relevant at fremhæve.

⁵⁴ (Riis, 2005, s. 251): “[...] afsætningstab opfattes som en på afgørelsestidspunktet allerede opstået reduktion i Rettighedshaverens afsætning som følge af krænkelsen. Et forventet (dvs. fremtidigt) afsætningstab må karakteriseres som markedsforstyrrelse.”

rubrikken markedsforstyrrelse. Herved stemmer fremstillingerne fint overens med den righoldige retspraksis, hvor der primært bruges argumenter om substitutions- og præferenceskade for hhv. afsætningstab og tab for markedsforstyrrelse.⁵⁵

Begge dele understøtter, at den korrekte sondring mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse er de to skadesteorier, ikke et tidsaspekt. I det næste afsnit søger jeg at vise, at retspraksis ikke understøtter en sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse baseret på tidsaspektet før/efter domsafsigelse.

5 Sondringen før/efter domsafsigelse må afvises

Et metodisk problem ved at udfordre de i litteraturen fremført tidsaspekter, er, at flere af formuleringerne ikke umiddelbart lader sig teste. Den nemmest testbare formulering er Riis' om at afsætningstab og markedsforstyrrelse dækker tab hhv. før/efter domstidspunktet. Denne formulering er også særligt relevant, da den gentages i bl.a. (Schovsbo et al., 2021), der fungerer som lærebog på den største juridiske uddannelse i Danmark, og vel må anses for at være den kilde, som de fleste praktikere starter med, når de skal undersøge et konkret spørgsmål.

I dette afsnit udfordrer jeg sondringen før/efter domsafsigelse ved at gennemgå den væsentligste retspraksis på området. Afgørelserne er især valgt ud fra, om de konkret forholder sig til forskellen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse, og om de er citeret i den eksisterende litteratur som eksempler på forskellen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse.

Jeg starter med en gennemgang af fire centrale sager om sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse: *U.2009.1018 H – Burberry* og *U.2012.2706 H – Puma v. Fakta*, hvor Højesteret afviser afsætningstab, men anerkender markedsforstyrrelse, og *U.1960.483 Ø – Wegnerstolen* og *U.1963.782 H – Hvilestol 1*, der er de første citerede afgørelser om markedsforstyrrelse.

Jeg viser, at afgørelserne ikke understøtter sondringen før/efter domsafsigelse, men støtter sondringen substitutions- eller præferenceskade. Til sidst behandler jeg et potentielt argument til støtte for sondringen før/efter domsafsigelse; at domstolene i en række sager eksplicit giver erstatning for fremtidigt tab.

⁵⁵ Se mine henvisninger navnlig i afsnit 3 ovenfor.

5.1 I *Burberry* og *Puma v. Fakta* anerkender Højesteret markedsforstyrrelse for tab lidt før domsafsigelse

Sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse står særligt klart, hvor der gives erstatning for markedsforstyrrelse, men ikke for afsætningstab.⁵⁶

I *U.2009.1018 H – Burberry*⁵⁷ havde Tigerforretningerne solgt punge til ca. 20 kr./stk., der krænkede Burberrys varemærkerettigheder. Burberrys punge var markant dyrere.

Tigers krænkelse foregik i perioden ca. april 2004 – marts 2005. Dommen blev afsagt i januar 2009, ca. 4 år efter krænkelsens ophør. Højesteret afviste erstatning for afsætningstab, men anerkendte markedsforstyrrelse. Vederlag og erstatning udmålte herefter til 100.000 kr.

Forstår man forskellen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse som forskellen mellem tab før/efter domsafsigelse, indebærer det, at Burberry – ifølge Højesteret – ikke har lidt et tab i perioden fra april 2004 til januar 2009, men må forventes at ville lide et tab fra januar 2009 og frem. Dette virker i sig selv som anstrengt fortolkning.⁵⁸ At dette næppe har været Højesterets pointe, understøttes også af præmisserne:

De to produkter må antages at have så forskellige målgrupper, at det har formodningen mod sig, at salg af den billige pung i Tiger-forretningerne kan substituere Burberrys salg af eksklusive punge. [...] Der er herefter ikke grundlag for at antage, at Burberry har lidt et tab som følge af mistet afsætning [...] Højesteret finder endvidere, at den store spredning af krænkende punge har medført en sådan eksponering, at Burberry har krav på erstatning for markedsforstyrrelse.

Højesterets formuleringer bærer præg af en sondring mellem tab som følge af substitution (afsætningstab) og tab som følge af ændringer i forbrugernes præferencer (negativ eksponering, der leder til markedsforstyrrelse). Den eksponering, Højesteret henviser til, kan endvidere have haft en effekt allerede fra det tidspunkt, krænkelsen startede. På dette tidspunkt var de ulovlige punge faktisk i Tigerbutikkerne og kunne dermed påvirke forbrugernes opfattelse af Burberrys renommé. Da Burberry endvidere er et mærke, som ofte udsættes for immaterialretskrænkelser,⁵⁹ kunne man endda formode at den primære del eller hele skaden,

⁵⁶ Se (Riis, 2005, s. 273) med henvisning til *U.2001.1838 S – Alcantara*. De argumenter, jeg fremhæver i dette afsnit, finder også anvendelse på *Alcantara*.

⁵⁷ Citeres af (Schovsbo et al., 2021, s. 737, 738) og af Madsen, P. B. (2020). *Markedsret 3: Immaterialret* (7. udg.). Djøf Forlag. <https://www.jurabibliotek.dk/view/book/9788771984163/9788771984163.xml>, s. 369, som eksempler på markedsforstyrrelse. Se endeligt Larsen, T. B. (2018). Rimeligt vederlag i produktefterligningssager. I *I forskningens og formidlingens tjeneste - festskrift til professor Lar Bo Langsted* (1. udg., s. 431). Ex Tuto Publishing.

⁵⁸ Et potentielt modargument kunne være, at Højesteret er uklar i sin sprogbrug, og at de faktisk mente afsætningstab, i overensstemmelse med Riis' fortolkning. Jeg går ud fra, at domstolene ved, hvad de mener med de forskellige begreber.

⁵⁹ Et forhold der også blev belyst under sagen.

der fulgte den konkrete eksponering, skete i begyndelsen af den 6-årige periode, der gik fra krænkelser til dom. I min optik synes Højesteret således meget klart at have afvejet fra sondringen før/efter domsafsigelse.

I U.2012.2706 H – *Puma v. Fakta*⁶⁰ havde Faktabutikkerne solgt meget billige kondisko med en ulovlig efterligning af Pumas velkendte formstrip. Formstriben blev også markedsført i Faktas tilbudsavis. Skoene var markant billigere end Pumas og blev alene solgt i perioden den 19.-23. april 2008. 4 år senere, ved dom af maj 2012, udtalte Højesteret blandt andet:

Pumas sko er en kvalitets- og mærkevare, der kun i meget begrænset omfang kan antages at blive substitueret af Faktas sko. Straks efter Pumas indsigelse ophørte Fakta med at sælge skoene. Puma har ikke fremlagt oplysninger om faldende salg af sko. Højesteret finder herefter ikke grundlag for at tilkende Puma erstatning for yderligere skade som følge af mistet afsætning [...] Under de anførte omstændigheder må den eventuelle markedsforstyrrelse, som Faktas tilbudsavis og skosalg har medført, endvidere antages at være yderst begrænset. [Min understregning]

Vederlag og erstatning blev udmålt til 25.000 kr., hvoraf markedsforstyrrelsen formentlig var 9.000 kr.⁶¹ Igen ser vi, at Højesteret afviser afsætningstab, pga. manglende substitution. Da den meget begrænsede krænkelser var 4 år gammel ved Højesterets dom, virker det endvidere mest sandsynligt, at en hvilken som helst markedsforstyrrelse må antages at være stoppet eller udbedret 4 år senere. Især henset til erstatningens størrelse. Derfor mener jeg igen, at den mest korrekte fortolkning medfører en afvisning af sondringen før/efter domsafsigelse.⁶²

5.2 I Wegner og Hvilestol 1 anvender domstolene ikke en tidsmæssig sondring

Ser man på de tilsyneladende første danske domme til eksplicit at anerkende muligheden for tab for markedsforstyrrelse, synes heller ikke disse at understøtte en sondring mellem tab før/efter domsafsigelse. Dommene er U.1960.483 Ø – *Wegnerstolen* og U.1963.782 H – *Hvilestol*

⁶⁰ Citeres af (Schovsbo et al., 2021, s. 737, 738) som eksempel på sager, hvor afsætningstab afvises og markedsforstyrrelse udmåles. Se også (Madsen, 2020, s. 396) og (Larsen, 2018).

⁶¹ Vederlag og erstatning blev udmålt til 25.000 kr. Højesteret havde i en tidligere passage anført, at vederlaget ikke kunne være over 10% af den krænkende omsætning, som havde været ca. 160.000 kr. Det rimelige vederlag udgjorde altså max. 16.000 kr.

⁶² Som et eksempel fra endnu nyere praksis, se *Kähler vaser* (S.H.D. af 7. februar 2017 i sag V-2-16 - *Danish Design Management A/S v. Bovictus A/S*), hvor krænkelser var ophørt ca. 2 år før domsafsigelse. Rettighedshaver argumenterede for markedsforstyrrelse bl.a. ved skadet renommé og forstyrrelse i Rettighedshavers forbrugergruppe, dommen s. 32. Senere anførte Rettighedshaver, at der var lidt tab som følge af markedsforstyrrelse, da de fremtidige afsætningsmuligheder var beskadiget, dommen s. 34. Det er oplagt, at forstyrrelse i forbrugergruppen og skadet renommé vil have virkning for domsafsigelsen. Sø- og Handelsretten udmålte rimeligt vederlag, afsætningstab og markedsforstyrrelse på 200.000 kr., bl.a. med bemærkninger om den manglende dokumentation.

1 og citeres begge af Lund og Koktvedgaard.⁶³ Mens sagerne anerkender muligheden for markedsforstyrrelse, afvises det konkret, at der er lidt et tab herfor. Sagerne er alligevel relevante, da vi kan undersøge hvilke argumenter, parterne og retterne lagde vægt på.⁶⁴

I *Wegner* havde Krænker ca. fra 1956-1957 produceret og solgt 300 krænkende kopier af Wegnerstolen til USA. Der var tale om relativt få ulovlige kopier sammenlignet med Wegners stykomsætning i USA. Ved dom i januar 1960 afviste Østre Landsret erstatning for markedsforstyrrelse navnlig under hensyn til at Krænkens eksport af 300 stole var ganske begrænset sammenlignet med et amerikanske marked og til at der i forvejen var lang leveringstid på Rettighedshavers originalstole.

Det er ikke umiddelbart muligt at finde et tidsmæssigt perspektiv i disse overvejelser. Navnlig ikke når krænkelsen er stoppet ca. 3 år før landsrettens dom. Tværtimod bærer ræsonnementet om krænkelsens relativt lille omfang præg af et ræsonnement om præferenceskade: Hvis der var solgt et stort antal stole, kunne dette have skadet Rettighedshavers renommé.⁶⁵ Om end det er mindre klart end i *Burberry* og *Puma v. Fakta*, synes landsrettens ræsonnementer i højere grad at passe med en sondring mellem substitutions- og præferenceskade.

I *Hvilestol 1* havde Krænker solgt et ikke helt fastslået antal stole i perioden fra ca. august-september 1959 til ca. februar-marts 1960.⁶⁶ Ved sin dom af februar 1962 vurderede Østre Landsret at erstatningen for avancetab skulle opgøres til 15.500 kr. Dette er baseret på et estimat af antallet af krænkende stole, 500, og Rettighedshavers indtjening pr. stol, 31. kr. Om markedsforstyrrelse fandt retten dog det fremlagte materiale for usikkert, og bemærkede, at der ikke kunne ses bort fra, "at de andre billigere typer af polstrede stole, hvoraf en enkelt muligt også er et plagiat [...] kan have indvirket på sagsøgernes nedadgående salg."

Højesteret stadfæstede uden nærmere bemærkninger landsrettens afgørelse i august 1963 – 3 år efter krænkelsens ophør. Igen er det tidsmæssige aspekt ikke til at finde. Landsretten henviser til Rettighedshavers nedadgående salg i perioden før domsafsigelse. Dette stemmer overens med, at Rettighedshaver i sit argument for markedsforstyrrelse anførte, at deres salg ville have været højere i årene 1960 og 1961, dvs. i årene før domsafsigelse.⁶⁷

⁶³ Citeredes første gang i hhv. (Lund, 1961, s. 302) og (Koktvedgaard, 1965, s. 272). Lund citerer også *U.1925.206/3 Ø – Gravmonumentet* som eksempel på markedsforstyrrelse. Retten nævner dog ikke eksplicit termet markedsforstyrrelse, hvorfor dommen ikke er medtaget her. Argumentationen læses dog bedst som én om præferenceskade.

⁶⁴ Smh. (Koktvedgaard, 1966, s. 58).

⁶⁵ Se (Andersen et al., 2006, s. 480) og forudsætningsvist (Koktvedgaard, 1966, s. 58), der beskriver underlødige krænkelser som optræder "alle vegne."

⁶⁶ Se dommens UfR print s. 2.

⁶⁷ Dommens UfR print s. 5.

Jeg mener også, at denne dom kan læses til støtte for sondringen substitutions- og præferenceskade, om end det er mere uklart. Bemærk for det første, at landsretten implicit arbejder med en substitutionsgrad på 100%, da den udmåler erstatning for avancetab (hvilket må være det samme som afsætningstab). Bemærk også, at Rettighedshaver argumenterede for markedsforstyrrelse “[...] som følge af, at den billigere stol har udvandet markedet.”⁶⁸ Det gør i den forbindelse ikke nogen forskel, at landsretten lægger vægt på øget konkurrence fra andre billige stole. Salget fra sådanne billige stole er kun med til at svække påstanden om, at det er krænkelserne, der har ledt til Rettighedshavers salgsnedgang.

Der er gået mange år siden dommene, *Wegner og Hvilestol 1*, er afsagt. Det ændrer imidlertid ikke på, at de bedst kan læses som at støtte sondringen substitutions- og præferenceskade, ikke før/efter domsafsigelse.

5.3 At der gives erstatning for fremtidigt tab, validerer ikke sondringen før/efter domsafsigelse

I den ovenstående praksis findes der ikke støtte for en sondring i tid, hvor afsætningstab dækker tabet før domsafsigelse, og markedsforstyrrelse dækker tabet efter. Der er dog en lille håndfuld domme, hvor der eksplicit gives erstatning for forventet, fremtidigt tab: *U.1983.976 Ø – Scan Video*, *U.1994.671 H – Kroken* og *U.2007.1219 H – POMI 1*.

For at verificere en tidsmæssig sondring baseret på om tabet er lidt før/efter domsafsigelse, er det imidlertid nødvendigt, at retten eksplicit giver erstatning for markedsforstyrrelse i form af et forventet fremtidigt tab – og kun det. Da retterne i *Scan Video* og *Kroken* ikke placerer erstatningen for fremtidigt tab i rubrikken markedsforstyrrelse (eller afsætningstab) kan dommene ikke anvendes.⁶⁹ Tilbage står *POMI 1*.⁷⁰

POMI 1 vedrørte patentrettighederne til en komponent i halmballemaskiner. I sagen var der to Krænkerer: Breum Maskinstation og POMI. POMI havde krænket patentrettighederne ved

⁶⁸ Dommens UfR print s. 5.

⁶⁹ Der er i øvrigt en del sager, hvor domstolene synes at formode markedsforstyrrelse før domsafsigelse. F.eks. *U.1999.158 S – Eva-Trio*, hvor Sø- og Handelsretten anførte at der “ikke er grundlag for at antage, at markedsforstyrrelsen har været af længere varighed.” [min understregning]. Datidsformen indebærer, at markedsforstyrrelsen kan være sket før domsafsigelse. Se også Rettighedshavers forklaringer i *U.2015.1216 H – Tanepose*, der synes implicit at antage allerede sket markedsforstyrrelse. Formentlig også Sø- og Handelsrettens præmisser i *U.2020.2532 Ø – Anne Black*.

⁷⁰ Se også *Spike-stolen (S.H.D. af 15. april 2016 i sag V-44-14 - Gramrode Møbelfabrik A/S v. Henrik Lehm og 57 Nord I/S)*, hvor retten giver erstatning for substitution og fremadrettet markedsforstyrrelse. Det er dog uklart, hvor meget markedsforstyrrelse, der er blevet kompenseret. Det fremgik af sagen, at det originale og uoriginale produkt var stort set identiske ift. pris og kvalitet, og at Krænkernes produkt blev solgt i sammenhæng med Rettighedshavers. Samlet kompensation blev udmålt til 125.000 kr. på baggrund af at Krænker havde solgt 501 stole, og at Rettighedshaver havde et dækningsbidrag på 250 kr./stol. 125.000 kr. svarer her til dækningsbidraget på salg af 500 stole.

i 1995-1996, at have produceret og solgt krænkende halmballemaskiner, mens Breum Maskinstation havde krænket patentrettighederne ved at anvende halmballemaskinerne. Maskinstationen skulle alene betale kompensation i form af et rimeligt vederlag for mistede licensindtægter, mens Rettighedshaver over for POMI kun krævede erstatning i form af markedsforstyrrelse. Rettighedshaver argumenterede bl.a., at retssagen havde påvirket Rettighedshavers muligheder for fremtidigt at handle maskiner med de beskyttede komponenter. Ved dom i 2007 vurderede Højesteret, at POMI's salg af patentkrænkende maskiner og det efterfølgende retlige opgør havde medført en sådan belastning af Rettighedshavers markedsposition, at der var grundlag for at give erstatning for markedsforstyrrelse. Om denne markedsforstyrrelse skrev Højesteret: “[e]rstatningen for forventet fremtidigt afsætningstab som følge af dette tab af goodwill fastsættes skønmæssigt til 300.000 kr.”

Højesterets formulering indikerer meget klart, at markedsforstyrrelsen kun dækkede det fremtidige tab. Dette selvom POMI's krænkelse på domstidspunktet var mere end 10 år gammel. *POMI 1* kan derfor umiddelbart læses som en verificering af påstanden om, at markedsforstyrrelse kun dækker tab efter domsafsigelsen. En sådan fortolkning ville være støttet af, at Krænker havde solgt maskiner til i hvert fald 12 andre maskinstationer, og at Rettighedshaver rimeligvis kunne have påstået et lidt substitutionstab ved dette salg.

Retssagens kontekst indikerer imidlertid noget andet: Rettighedshaver havde anlagt 12 øvrige retssager mod de danske maskinstationer, der havde købt halmballemaskinerne af POMI. Disse 12 sager var anlagt i 2001, men afventede Højesterets afgørelse af *POMI 1*, og blev derfor først afgjort i *U.2012.3327 H – POMI 2* (hvor der kun blev givet et rimeligt vederlag). På tidspunktet for *POMI 1* ville det være en rimelig formodning, at det substitutionstab, Rettighedshaver led ved, at POMI havde solgt krænkende maskiner til 12 andre maskinstationer, ville blive dækket i de efterfølgende sager. Da Højesteret formentlig har været opmærksom på dette, og da domstolene generelt søger at undgå, at Rettighedshaver opnår gevinst på sagen (nogle gange kaldet dobbeltkompensation), ville det give mening, at Højesteret alene gav erstatning for det tab, der ikke ville blive dækket af de sager, der ville blive afgjort senere: det fremtidige tab.⁷¹

Derfor ser jeg det som en mere korrekt læsning af *POMI 1*, at det var sagens konkrete omstændigheder, der ledte til Højesterets formulering. Ikke overvejelser om en generel sontring.

⁷¹ Under forudsætning af at Rettighedshaver ikke har mistet salg til øvrige maskinstationer i perioden op til domsafsigelse. Højesteret synes at mene dette.

5.4 Delopsummering: Retspraksis støtter ikke sondringen mellem tab lidt før/efter domsafsigelse

Der er en righoldig retspraksis, hvor der bruges argumenter om afsætningstab og markedsforstyrrelse. I et flertal af disse domme er argumenterne primært struktureret i overensstemmelse med sondringen substitutions- eller præferenceskade.

Sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse står dog særligt klart, hvis afsætningstab afvises og markedsforstyrrelse anerkendes, eller hvis markedsforstyrrelse afvises og afsætningstab anerkendes.

I den forbindelse ser jeg *Burberry* og *Puma v. Fakta* som kraftige afvisninger af en sondring mellem tab lidt før/efter domsafsigelse.⁷² I samme retning ser jeg de historiske *Wegner* og *Hvilestol 1*. Alle fire sager kan derimod læses til støtte for en sondring mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse baseret på forskellen mellem substitutions- og præferenceskade.

Der gives ganske vist erstatning for fremtidigt tab, i hhv. *Scan Video*, *Kroken* og *POMI 1*. Men en sondring før/efter domsafsigelse kræver, at markedsforstyrrelsen kun dækker tabet efter domsafsigelsen. I *Scan Video* og *Kroken* beskrives det fremtidige tab ikke som markedsforstyrrelse, og selv om *POMI 1* ved første gennemlæsning synes at støtte den tidsmæssige sondring, viser en dybere læsning, at dette næppe er tilfældet. Højesterets præmisser kan bedst læses som en konsekvens af sagens konkrete omstændigheder.

Alt dette ser jeg som stærke argumenter imod en sondring mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse, der er baseret på om tabet er lidt før/efter domsafsigelse. Samtidig ser jeg det som stærke argumenter for en sondring baseret på forskellen mellem substitutions- og præferenceskade.

6 To mulige komplikationer: Rimeligt vederlag og markedsfortrængning

For endeligt at kunne afvise sondringen før/efter domsafsigelse er det nødvendigt at diskutere to mulige begrebsmæssige udfordringer: Sammenhængen mellem erstatning for yderligere

⁷² Nok i samme retning er *U.2011.2319 H – Tandstikkere*, hvor der udmålte erstatning for patentkrænkelse for “markedsforstyrrende adfærd.” Et vist modargument findes måske i *U.2014.876 H – Noma*, hvor Krænker havde brugt Rettighedshaver, Noma’s, varemærke i en annonce for en chokoladeklub. Der har åbenlyst ingen konkurrencerelation været mellem Noma og Krænker, og et hvilket som helst tab kunne altså kun følge præferenceskader. Rettighedshaver argumenterede da også kun for rimeligt vederlag og erstatning for markedsforstyrrelse. Højesteret gav rimeligt vederlag og bemærkede, at Noma ikke havde “godtgjort at have lidt et omsætningstab eller anden yderligere skade.” Når jeg alligevel ikke ser dette som et argument til støtte for sondringen før/efter domsafsigelse skyldes det, at Højesteret jo netop ikke giver erstatning for omsætningstab (hvilket jeg læser som afsætningstab). Højesteret bemærker blot, at der ikke er ført beviser for nogen form for yderligere skade. Dette understøttes af, at ingen af parterne omtalte afsætningstab. Argumenter om yderligere skade vedrørte alene markedsforstyrrelse.

skade og det rimelige vederlag og sammenhængen mellem afsætningstab, markedsforstyrrelse og markedsfortrængning.

Disse håndteres nedenfor.

6.1 Hvad hvis det rimelige vederlag alene dækker afsætningstab?

Ifølge Andersen et al, vil der “normalt” ikke være noget overlap mellem erstatning for markedsforstyrrelse og rimeligt vederlag, mens der kan være overlap mellem det rimelige vederlag og afsætningstab.⁷³

Spørgsmålet om overlap er relevant, da Rettighedshaver normalt ikke må opnå gevinst,⁷⁴ og domstolene nogle gange udmåler kompensation i form af rimeligt vederlag og erstatning for markedsforstyrrelse.⁷⁵ Dette gælder bl.a. *Burberry* og *Puma v. Fakta*, der begge indgår som centrale dele af mit argument imod den tidsmæssige sondring før/efter domsafsigelse.

Abstraherer man fra, at Andersen et al alene beskriver, hvad der ifølge dem er normalt, og dermed ikke søger at sætte absolutte regler op, vil man kunne argumentere for, at domstolene faktisk tænker markedsforstyrrelse som det tab, Rettighedshaver vil lide efter domsafsigelse, da det rimelige vederlag dækker det tab, som Rettighedshaver lider før domsafsigelse. En skarpvinklet version af Andersen et als synspunkt indebærer derfor, at man ikke lige så vel kan bruge min analyse af retspraksis til at afvise sondringen før/efter domsafsigelse.

Jeg kan næppe fuldstændigt afvise denne version af Andersen et als synspunkt, men jeg mener, der er god grund til at formode, at det næppe udtrykker en generel regel.

Selvom Andersen et al ikke nærmere redegør for, hvorfor de mener, at det rimelige vederlag primært overlapper med afsætningstab, må synspunktet være baseret på, hvordan de beskriver det rimelige vederlag: som udtryk for, hvad parterne ville have aftalt som en normal licensafgift.⁷⁶ Normal værende det centrale term.

Det er formentlig rigtigt, at man under normale forhold ville forvente, at Rettighedshavers tab ved udnyttelsen enten opstår ved, at hun ikke kan give licens til andre eller ved at hun selv mister et direkte salg på markedet. Det vil sige, at tabet kommer af, at licenstagere tager salg fra Rettighedshaver, hvilket indebærer substitution. Vi ville ikke forvente et tab i form af f.eks.

⁷³ (Andersen et al., 2006, s. 463). Måske også (Koktvedgaard, 2002, s. 425).

⁷⁴ Se bl.a. (Andersen et al., 2006, s. 462, 463) (Skovbo, 2005, s. 202, 395), (Koktvedgaard, 2002, s. 425). Se også *Forarbejderne til 2005-loven (2005-06-L 48, FT 2005, Tillæg A 1364)*, s. 1375.

⁷⁵ Se også *U.1998.1385/2 S – Von Scholtens fodspor*, *U.2001.1838 S – Alcantara, Foscam Danmark (S.H.D. af 16. februar 2015 i sag V-69-13 - Tiggi v/ Jørgen Klitmøller Rasmussen v. Security Denmark v/ Bo Birk Christiansen)* og *The Chair (S.H.D. af 10. januar 2020 i sager BS-46669/2018-SHR og BS-24427/2019-SHR - PP Møbler ApS mod Bryggeriet Skive ApS og Knud Bjerre)*.

⁷⁶ Se (Andersen et al., 2006, s. 450).

renomméskade, da licensaftaler ofte indeholder beskrivelser af, hvordan immaterialretten må udnyttes – netop for at undgå den type skader. Fordi tabet primært baserer sig på substitution, vil det endvidere nok stoppe, når licensen ophører. I den normale licenssituation, vil det altså være konsekvent med en sondring baseret på tab lidt før/efter domsafsigelse, at fortolke det rimelige vederlag som primært overlappende med afsætningstab.

Men immaterialretskrænkelser dækker sjældent “normale” licenssituationer. Tag som eksempel *Burberry*. Her led Rettighedshaver renomméskade før domsafsigelsen, men Højesteret afviste afsætningstab. Holder vi fast i en tidsmæssig sondring, således at markedsforstyrrelse alene dækker tab efter domsafsigelse, indebærer det, at det rimelige vederlag også skulle dække den renomméskade, som Burberry led før domsafsigelsen. Men i det tilfælde dækker det rimelige vederlag ikke længere den “normale” licensafgift.

Mere generelt er der grund til at anholde Andersen et als fokus på den “normale” licensafgift. Standarden for det rimelige vederlag, er ikke, hvad der er normalt, men hvad parterne ville have aftalt, hvis Krænker havde anmodet om tilladelse til udnyttelsen,⁷⁷ og Højesteret har i *U.2007.1219 H – POMI 1* fortolket dette som udtryk for, hvad Rettighedshaver med rimelighed ville have opnået på markedsvilkår. I denne bredere formulering indgår overvejelser om, hvad Rettighedshaver ville have krævet for den konkrete udnyttelse. Og i det tilfælde er der ikke grund til at opsætte en generel regel om, at det rimelige vederlag kun dækker afsætningstab. Hvad det rimelige vederlag dækker, afhænger af, hvad det er for en type krænkende udnyttelse.

Under alle omstændigheder udfordres Andersen et als fortolkning af hensynet til at Rettighedshaver ikke må opnå gevinst. Se igen *Burberry*, men også *U.2005.2082 H – Oslo Lamper*. I begge sager afviste Højesteret at udmåle erstatning for afsætningstab, da et sådant ikke var bevist, men gav rimeligt vederlag og markedsforstyrrelse. Hvis Rettighedshaver ikke

⁷⁷ F.eks. ordlyden i retshåndhævelsesdirektivet (Dir. 2004/48/EF) art. 13(1)(b), hvor domstolene kan “[...] fastsætte erstatningen til et fast beløb på grundlag af elementer, der som minimum svarer til størrelsen af de gebyrer eller afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed.” *Forarbejderne til 2005-Loven (2005-06-L 48, FT 2005, Tillæg A 1364)*: Ift. patentloven, varemærkeloven og chipsloven, s. 1379: “Vederlaget fastsættes af retten til et beløb, der som minimum svarer til det vederlag, som den krænkede part skulle have betalt, hvis denne havde fået tilladelse til udnyttelsen.” Smh. f.eks. s. 1390. Dog delvist anderledes, s. 1375 ift. ophavsretsloven “Ved rimeligt vederlag forstås det honorar, som Rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt Krænkeren havde fået tilladelse fra Rettighedshaveren, det vil sige et sædvanligt honorar eller lignende.” Smh. s. 1387.

må opnå gevinst, må dette indebære, at det rimelige vederlag har overlappet med udmålingen af markedsforstyrrelse.⁷⁸

En potentiel støtte for synspunktet at det rimelige vederlag kun overlapper med afsætningstab er dog *U.2009.1789 H – Koziol*.⁷⁹ Her havde Tigerbutikkerne solgt ulovlige kopier af bl.a. en hundeskål og en opvaskebørste. Rettighedshaver, Koziol, fik nedlagt forbud mod Tigers salg i april 2004, og endelig dom fra Højesteret blev afsagt i 2009. Tiger havde solgt mere end 40.000 kopier. Koziol – der var et tysk firma – havde haft en meget begrænset markedstilstedeværelse og salg i Danmark både før, under og efter kränkelsen, men påstod alligevel at de havde lidt et meget stort tab, og havde haft væsentlige markedsføringsudgifter til at opretholde deres markedsposition. Højesteret vurderede, at Koziols omsætningstab måtte have været mindre end det rimelige vederlag, som de under alle omstændigheder ville have haft krav på. Derimod fandt Højesteret at Kränkers “[...] meget betydelige salg af nærgående efterligninger efter de omhandlede produkters karakter må antages i væsentligt omfang at have skadet koziols fremtidige afsætningsmuligheder.” Højesteret udmålte herefter rimeligt vederlag og erstatning for markedsforstyrrelse til 200.000 kr.⁸⁰

Selvom Højesteret binder det rimelige vederlag op på afsætningstab, er dette nok konkret begrundet. Dette pga. Koziols meget begrænsede markedstilstedeværelse før, under og efter kränkelsen. Det eneste tab, der således var at lide ud over det rimelige vederlag, var ved, at de fremtidigt ville have svært ved at komme på markedet. Og det kan naturligt defineres som markedsforstyrrelse. Dette understøttes også af Koziols egne argumenter for markedsforstyrrelse: at de havde mistet deres markedsposition og havde haft øgede markedsføringsomkostninger (der allerede var afholdt). Koziols argument var derfor ikke baseret på det tidsmæssige perspektiv, men på præferenceskaden.

Det er her værd at bemærke, at der i *Koziols* Karnovfodnoter henvises til både *Burberry* og *Oslo Lamper* (der ikke understøtter Andersen et als synspunkt),⁸¹ ligesom at tre af de fem dommere,

⁷⁸ Ligeledes *Babette Guldmeden 1* (S.H.D. af 1. april 2016 i sag V-44-15 - *Restaurant Babette ApS v. Babette Guldmeden ApS*). Det rimelige vederlag er for så vidt tabsafhængigt, og kan derfor gives uden at der dokumenteres et tab. Konkret tror jeg ikke, det har været tilfældet i nogle af de citerede sager.

⁷⁹ Udover de tidligere behandlede (*U.2005.2082 H – Oslo Lamper*, *U.2009.1018 H – Burberry* og *U.2012.2706 H – Puma v. Fakta*), se *U.2007.1896 H – Fisherman’s Friend*.

⁸⁰ Se også *U.2012.256 H – Alfi termokander*, hvor Højesteret anførte “[...] at den tilkendte erstatning for afsætningstab må antages at overstige, hvad Alfi Zitzmann ville kunne have krævet som mindsterstatning efter ophavsretslovens § 83 i form af et rimeligt vederlag, og at der herefter ikke efter denne bestemmelse ville være krav på erstatning i form af et rimeligt vederlag ved siden af erstatningen for afsætningstab.” Dommen kan dog også læses som at Højesteret blot gentager idéen om, at det rimelige vederlag er en minimumskompensation.

⁸¹ Henvisningen i fodnoterne har dog nok snarere været til det faktum, at der er manglende oplysninger om de økonomiske aspekter af kränkelsen, hvorfor retten vælger at skønne. Se bl.a. at der også henvises

der afsagde *Kozjól*, var med til at afsige *Burberry*.⁸² Man ville derfor forvente en vis ensartethed i dommenes rationaler.⁸³

Mens det altså er korrekt, at en normal licensafgift nok primært vil overlappe med Rettighedshavers afsætningstab, tror jeg ikke, at dette faktum i sig selv kan udtrykke en generel regel, om at det rimelige vederlag alene overlapper med afsætningstabet. Derfor mener jeg heller ikke, at det kan bruges til at fastholde en sondring i tid baseret på før/efter domsafsigelse.

6.2 Hvad hvis markedsfortrængning dækker mere end substitutionsskade?

I den teori, jeg foreslår, sondres der alene mellem substitutions- og præferenceskade. I litteraturen ses dog flere steder anvendt begrebet markedsfortrængning. Ifølge Riis er markedsfortrængning synonymt med substitutionsskade,⁸⁴ hvilket også synes ment af Andersen et al.⁸⁵ og Skovbo.⁸⁶ Omvendt synes det hos Schovsbo et al.⁸⁷ fremført, at substitutionsskade bedre ses som én forklaringsmodel for markedsfortrængning, hvor en anden forklaringsmodel kan være præferenceskade. Markedsfortrængning bliver tilsyneladende opfattet som synonymt med afsætningstab, defineret som tab lidt før domsafsigelse.⁸⁸

til *U.2005.1291 H – Jutlandoor*, hvor det var de manglende oplysninger, der var problemet. Når jeg alligevel nævner citationerne, er det fordi, jeg mener, det er en rimelige antagelse at domstolene er konsekvente i deres anvendelse af deres principper. Således, at Højesteret ikke ville henvise til en afgørelse, der anvendte et princip i direkte modstrid med et princip, som blev anvendt nu.

⁸² Understregede dommere går igen: Højesterets dommerpanel i *Burberry*: Poul Sørensen, Per Walsøe, Børge Dahl, Thomas Rørdam og Michael Rekling. I *Kozjól*: Poul Sørensen, Peter Blok, Børge Dahl, Jon Stokholm og Michael Rekling. *Burberry* blev afsagt den 26. januar 2009, mens *Kozjól* blev afsagt den 3. april 2009.

⁸³ Acceptorer man mit argument, at tab for markedsforstyrrelse bedst forstås som tab, der følger en præferenceskade, understøtter følgende argumenter også min kritik af Andersen et als formulering: *U.2002.717 H – Kursus Børsen*, hvor Højesteret udmålte det rimelige vederlag bl.a. under hensyn til den “betydelige goodwill”, der var tilknyttet varemærket; *U.2003.1343 S – Tomater*, hvor Sø- og Handelsretten udmålte et rimeligt vederlag med en bemærkning om, at der ikke var ført bevis for andet tab. (Riis, 2005, s. 264, fn. 44) anser dommen for at illustrere situationen, “hvor Rettighedshaverens tab må anses for udelukkende at tage form af skade på Rettighedshaverens goodwill [...]”

⁸⁴ (Riis, 2005, s. 253): “Substitutionsforholdet mellem de to produkter er identisk med graden af markedsfortrængning og dermed det afsætningstab, Krænkeren påfører Rettighedshaveren.”

⁸⁵ (Andersen et al., 2006, s. 464 ff.) væver noget frem og tilbage. S. 464, fn. 78, henviser forfatterne dog til Riis’ fokus på substitution.

⁸⁶ Se (Skovbo, 2005, s. 227 ff.) og diskussionen heraf i afsnit 4.2 ovenfor.

⁸⁷ (Schovsbo et al., 2021, s. 736) skriver: “Krænkelserne *kan* føre til markedsfortrængning ved, at køberne simpelthen køber kopiproduktet i stedet for Rettighedshaverens (*substitution*), men markedsfortrængning kan også skyldes, at kopiproduktet ødelægger den goodwill, som er forbundet med det originale produkt. I sådanne sager må domstolene normalt foretage et skøn over markedsfortrængningens udstrækning.” [Oprindelige fremhævninger].

⁸⁸ (Schovsbo et al., 2021, s. 735) gentager den tidsmæssige sondring som anført af Riis.

Følger man denne tankegang, at markedsfortrængning er et samlebegreb for substitutions- og præferenceskade, kunne en systematik være:

Alternativ systematik baseret på Schovsbo et al		
	<i>Substitutionsskade</i>	<i>Præferenceskade</i>
<i>Før domsafsigelse</i>	Afsætningstab for substitutionsskade	Afsætningsstab for markedsfortrængning andet end substitutionsskade
<i>Efter domsafsigelse</i>	Markedsforstyrrelse	Markedsforstyrrelse

Konsekvensen af denne struktur bliver, at afsætningstab dækker alt tab før domsafsigelsen. Hvis dette er korrekt, er det sværere at afvise sondringen mellem afsætningstab og markedsforstyrrelse som tab lidt før/efter domsafsigelse.

I første omgang finder jeg dog terminologien uhensigtsmæssig. Ved denne fortolkning er markedsfortrængning synonymt med afsætningstab, og det er overflødigt at have to ord for det samme.⁸⁹ Herudover er det uhensigtsmæssigt at bruge markedsfortrængning som en slags tabspost, da markedsfortrængning allerede er en samlebetegnelse for typer af ulovlig adfærd inden for markedsførings- og konkurrenceretten.⁹⁰

Markedsfortrængning bruges heller ikke konsekvent som begreb i domstolenes erstatningsudmåling, og i flere af de sager, der behandler markedsfortrængning, dækker argumentationen overvejelser om substitutionsskade.⁹¹

Se f.eks. *U.2000.212 S – Mag-lite*, hvor Sø- og Handelsretten i fastsættelsen af markedsfortrængning lagde vægt på (1) at Krænkens og Rettighedshavers produkter blev solgt i forskellige salgskanaler, (2) at folk, der købte Krænkens produkter ikke ville være villige til at betale for Rettighedshavers markant dyrere produkt, og (3) at det omvendt for en del købere

⁸⁹ Det samme gør sig for så vidt gældende, når man anser markedsfortrængning som synonymt med substitutionsskade.

⁹⁰ (Heide-Jørgensen, 2020, s. 369 f.) og (Koktvedgaard, 2003, s. 325 ff.).

⁹¹ Se f.eks. alle de sager, der citeres i (Schovsbo et al., 2021, s. 736) som eksempler på markedsfortrængning: Som eksempler henviser forfatterne til: *U.2000.212 S – Mag-lite*, *U.2001.747 H – Tripp Trapp v. Tvillum Møbelfabrik (2-Step-stolen)*, *U.2004.1085 H – Montana v. Denka*, *U.2007.2713 S – MP3-afspillere*, som alle behandles neden for. Forfatterne henviser også til: *Kharisma Øreringe (S.H.D af 9. maj 2016 i sag V-31-15 - Marie Dulong ApS v Izabel Camille ApS)*, *U.2005.60 V – DivX* og *U.2011.1736 H – Direct Connect*, jeg finder dem ikke relevante for nærværende spørgsmål. (Skovbo, 2005, s. 336 ff.) Se *FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sii'n'gro)*, *U.2001.747 H – Tripp Trapp v. Tvillum Møbelfabrik (2-Step-stolen)*. Se også *U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*, hvor Krænker ét steder bruger betegnelsen markedsfortrængning, dog nok synonymt med substitution.

ville have været afgørende, at de fik Rettighedshavers originalprodukt.⁹² Se også *U 2007.2713 S – MP3-afspillere*, hvor Sø- og Handelsretten vurderede, at Krænkens produkt gennem ens design og samme salgskanaler havde skabt en betydelig markedsfortrængning af Rettighedshavers MP3-afspiller. Dog måtte der også tages højde for, at Krænkens lavere priser “i ikke ubetydeligt omfang” havde medført, at en del forbrugere, som havde købt krænkerproduktet, ikke ville have købt det dyrere originalprodukt. Alle disse argumenter trækker på en substitutionstankegang.

Se endeligt *U.2004.1085 H – Montana v. Denka*, hvor Højesteret selv synes at have oversat Rettighedshavers argumenter om markedsfortrængning til et spørgsmål om substitution. I flere passager argumenterede Rettighedshaver således for markedsfortrængning. F.eks.: “Omsætningstab beror ikke kun på direkte markedsfortrængning. Det skyldes også den betydelige forstyrrelse af markedet som kom efter Denkas markedsføring af Team.” I sine præmisser fokuserede Højesteret imidlertid på den “høje grad af substituerbarhed.” Højesteret synes altså at have oversat markedsfortrængning til substitution.⁹³

Én dom der dog kan læses til støtte for fortolkningen, at markedsfortrængning dækker mere end kun substitutionsskade er *U.2012.256 H – Alfi termokander*, hvor Krænker havde solgt ulovlige kopier af de klassiske Alfi termokander. For Højesteret argumenterede Alfi, at de havde krav på erstatning for “markedsfortrængning”, og deres argumenter herfor synes mest rimeligt læst som argumenter om markedsfortrængning dels i form af substitution, dels i form af præferenceskade. Således argumenterede Alfi bl.a., at de havde oplevet en salgsnedgang pga. markedsføringen af de krænkende kander (primært substitutionsskade), og at Alfi havde fundet det nødvendigt at udarbejde en konceptmanual til forhandlerne for at imødegå de skadelige virkninger af markedsføringen af de krænkende kander (primært præferenceskade).⁹⁴

I sin afgørelse bemærkede Højesteret, at det kunne lægges til grund, at Krænkens salg i “betydeligt omfang ha[vde] fortrængt Alfi-kanderne.” Dog udmålte erstatningen med vægt på antallet af krænkende kander, hvilket indikerer en substitutionstankegang.

Det er min holdning, at retspraksis bedst læses som, at markedsfortrængning primært skal forstås som synonymt med substitution, men dette kan ikke konkluderes endeligt. Da det under alle omstændigheder vil medføre uhensigtsmæssig begrebsuklarhed også at anvende

⁹² *Mag-lite* citeres bl.a. også i (Madsen, 2020, s. 396) som eksempel på en afgørelse, hvor markedsfortrængningen er fastlagt.

⁹³ Udover de i hovedteksten nævnte domme kan også henvises til Sø- og Handelsrettens formulering i *U.20015.2011 H – BMW følge*.

⁹⁴ Rettighedshaver havde oplevet en salgsnedgang på ca. 1.125.000 kr. og havde brugt ca. 100.000 kr. på at udvikle konceptmanualer.

begrebet markedsfortrængning synonymt med afsætningstab, mener jeg ikke, *de sententia ferenda*, at dette er en farbar vej fremadrettet.

6.3 Delopsummering: De mulige komplikationer må afvises

Jeg har oven for håndteret to øvrige påstande, der potentielt kunne modvirke min kritik af tidsaspektet før/efter krænkelse: At det rimelige vederlag primært overlapper med afsætningstab, og at begrebet markedsfortrængning dækker både substitutions- og præferenceskade. Jeg læser praksis til primært at afvise begge synspunkter, men den retsdogmatiske analyse er nødvendigvis mindre sikker end i tidligere afsnit. Dog er der gode grunde, *de sententia ferenda*, til at afvise især sidstnævnte påstand og derfor samlet at afvise sondringen før/efter domsafsigelse.

7 Er tidsaspektet irrelevant?

En afvisning af en tidsmæssig sontring før/efter domsafsigelse er ikke en afvisning af tidsaspektet som sådant, da der som nævnt eksisterer flere versioner heraf, navnlig tab lidt på kortere/længere sigt eller tab lidt under/efter krænkelse.

Førstnævnte sontring er upræcis og ikke synderligt vejledende,⁹⁵ hvilket i sig selv gør den uhensigtsmæssig.

Sontring under/efter krænkelse, der måske findes hos Skovbo,⁹⁶ er derimod ganske præcis, om end knap så testbar som sondringen før/efter domsafsigelse.⁹⁷ Den passer endvidere fint med nogle afgørelser. F.eks. *U.2009.1789 H – Kozjol* hvor Højesteret konkret behandlede afsætningstab som tabet, der lå i løbet krænkelsen.

I forhold til min foreslåede sontring mellem substitutions- og præferenceskade har under/efter krænkelsen også en vis praktisk værdi: I mange tilfælde vil Rettighedshaver ikke lide et tab som følge af substitution, efter krænkelsen er stoppet.⁹⁸ Sondringen kan derfor være vejledende.

Af tre grunde mener jeg alligevel, at man bør være varsom med at anvende sondringen under/efter krænkelse.

For det første forklarer tidsaspektet intet om kausaliteten mellem Krænkens handling og Rettighedshavers tab. Og i erstatningsudmålingen er det primære spørgsmål ikke, hvornår

⁹⁵ Formuleringen er så upræcis, at den ikke er testbar.

⁹⁶ Se gennemgangen afsnit 4.2 oven for.

⁹⁷ Da markedsforstyrrelse i denne fortolkning starter straks efter krænkelsen ophører, kan man f.eks. ikke bruge den metode, jeg anvendte ift. *U.2009.1018 H – Burberry* og *U.2012.2706 H – Puma v. Fakta* i afsnittet ovenfor.

⁹⁸ Se dog afsnit 3 med en nuancering af dette udgangspunkt.

tabet er opstået, men hvorfor det er opstået. I dette tilfælde er et fokus på substitutions- og præferenceskade mere velegnet end et fokus på tab lidt før/efter krænkelse.

For det andet kan præferenceskade opstå under krænkelsen, og som nævnt behandler en stor del af litteraturen afsætningstab som tab, der følger substitutionsskade, og markedsforstyrrelse som tab, der følger præferenceskade.⁹⁹ Tidsaspektet skaber dermed en uhensigtsmæssig forvirring i fremstillingerne.

For det tredje kan et fokus på tidsaspektet lede til fejlslutninger: Ofte kan erstatningen for afsætningstab opgøres som Krænkens salg ganget med en "substitutionsfaktor" mellem 0 og 1.¹⁰⁰ Men kombinationen af substitutions- og præferenceskade kan i sagens natur lede til, at Rettighedshaver ville have solgt flere produkter uden krænkelsen, end Krænker har under krænkelsen.¹⁰¹ Hvis vi fastholder tidsaspektet som en sondring, indebærer det, at afsætningstab dækker alt tab, der lides, mens krænkelsen foregår. Og det betyder, at "substitutionsfaktoren" kan være større end 1. Men det ses ikke erkendt noget steds i dansk litteratur.

En sondring i tid kan altså være vejledende, hvis man sondrer mellem tab under og efter krænkelsen. Men den er også kun dét; vejledende. Metodisk er man bedre tjent med at fokusere på hvilken type skade, krænkelsen har skabt, og konsekvenserne heraf.

8 Konklusion

Hvis vi ikke forstår de begreber, domstolene bruger, kan vi ikke forstå deres ræsonnementer eller vurdere, om de er korrekte. Det gør det svært for advokater at vide, hvordan sager skal argumenteres, og for domstolene at sikre at ens faktum leder til ens resultater.

Jeg har i denne artikel forsøgt at gøre os klogere på begreberne afsætningstab og markedsforstyrrelse. Navnlig har jeg argumenteret, at forskellen på de to tabsposter bedst forstås som en forskel mellem tab, der følger hhv. substitutions- og præferenceskade. Denne sondring finder ikke kun rig støtte i retspraksis men følger også de faktiske argumenter, som fremhæves i dansk litteratur. Jeg mener derfor, at denne foreslåede sondring er en mere korrekt fremstilling af gældende ret.

⁹⁹ Både (Andersen et al, 2006) og (Riis, 2005) laver en opdeling, hvor de under afsætningstab eksklusivt behandler spørgsmål, der vedrører substitutionsspørgsmålet, mens de under markedsforstyrrelse alene behandler spørgsmål, der vedrører præferencetabet.

¹⁰⁰ Se f.eks. (Møgelvang-Hansen & Riis, 2001, s. 185), hvor forfatterne skriver: "afsætningstab er afhængigt af substitutionsforholdet mellem Rettighedshaverens produkt og Krænkerens produkt [...] Ved et lavt substitutionsforhold mellem Rettighedshaverens produkt og Krænkerens produkt er Rettighedshaverens afsætningstab blot en mindre andel af Krænkerens faktiske salg."

¹⁰¹ Endvidere er der udmålingstekniske grunde til at fokusere på skaden fremfor tabsposten. Se hertil min diskussion om behovet for skadesteoriene i afsnit. 3.1, ovenfor.

Substitutions- og præferenceskade (1)

Der hvor min sontring primært afviger fra den eksisterende danske litteratur er ved litteraturens fokus på tidsaspektet. Her har jeg vist, at den version af tidsaspektet, hvor afsætningstab og markedsforstyrrelse dækker tab lidt hhv. før/efter domsafsigelse, ikke finder støtte i gældende ret, og at der er grunde til generelt at være varsom med et fokus på tidsaspektet.

Sontringen mellem substitutions- og præferenceskade har i øvrigt en række praktiske fordele, som ikke opnås ved en sontring i tid. Navnlige tillader den et klarere fokus på, hvordan Rettighedshaver kan have lidt et tab (f.eks. ved ændringer i priser, mængde solgt og omkostninger) ligesom den gør det nemmere at foretage en korrekt behandling af de informationer og beviser, som indgår i immaterialretlige erstatningssager.

I konkrete sager kan man bruge disse indsigter til at opbygge en erstatningsudmåling på tre punkter:

- 1) Hvad er skadesteorien? Hvordan har krænkelserne skadet Rettighedshavers efterspørgsel?
- 2) Hvilke økonomiske konsekvenser har skaden haft?
- 3) Hvilket beviser understøtter 1) og 2)?